

Poznań, dnia 13 sierpnia 2020 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
w Warszawie  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa**

**Zamawiający: Katowickie Centrum Onkologii**

ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice  
tel.: +48 32 420 04 20, +48 32 251 17 61, +48 32 251 52 31, +48 32 251 52 32, +48 32 251 52 33, +48 32 251 52 34  
faks: +48 32 251 45 33  
e-mail: szpital@kco.katowice.pl

**Odwołujący: "KONSULTANT IT" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

ul. Krzywa 21, 60-118 Poznań  
tel.: 61 662 42 22  
faks: 61 662 42 23  
e-mail: biuro@konsultant-it.pl

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Zakup, dostawa, wdrożenie systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii”, nr zamówienia: K.C.O./PN/32/2020, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 3 sierpnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 148-362684

## **ODWOŁANIE**

### **wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia**

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.; dalej jako: „pzp”), wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Zakup, dostawa, wdrożenie systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii” zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mające istotny wpływ na wynik, tj.

- I. **art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp, art. 41 pkt 9 pzp, art. 91 ust. 1 pzp, art. 91 ust. 2d pzp, art. 7 ust. 1 pzp, §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1282; dalej jako Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów)** poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu

dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)” w sposób:

- a) niejednoznaczny, niezrozumiały, podlegający subiektywnej ocenie Zamawiającego, dający Zamawiającemu znaczną swobodę arbitralnej oceny w ramach tego kryterium oraz w sposób niepozwalający Wykonawcom na poznanie sposobu oceny ofert i kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (m. in. na skutek opracowania przez Zamawiającego lakonicznego schematu testowania oraz na skutek nieściśłości w zakresie przedmiotu testowania, tj. czy Zamawiający zamierza testować obligatoryjne funkcjonalności czy procesy, do których wymagane są funkcjonalności),
  - b) naruszający zasadę proporcjonalności poprzez żądanie przedłożenia do testowania właściwie całego przedmiotu zamówienia (a nie jego niewielkiego fragmentu), co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości;
  - c) niejednoznaczny i niezrozumiały m. in. na skutek postawienia wymogu przedłożenia próbki w ramach kryterium oceny ofert przy czym sam opis próbki w SIWZ wskazywałby, że Zamawiający zażądał próbki w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.
- II. **art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp, art. 41 pkt 9 pzp, art. 91 ust. 1 pzp, art. 91 ust. 2c, art. 91 ust. 2d pzp, art. 91 ust. 3 pzp** poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert pn. „Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami”, które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, tylko do właściwości wykonawcy w zakresie zdolności technicznej, zatem przedmiotowe kryterium oceny ofert nie może w ogóle stanowić kryterium oceny oferty przy udzielaniu zamówienia, a ponadto poprzez sformułowanie przedmiotowego kryterium oceny ofert pn. „Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami” w sposób nieprecyzyjny i lakoniczny;
- III. **art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp, art. 41 pkt 9 pzp, art. 91 ust. 1 pzp, art. 91 ust. 2 pzp, art. 7 ust. 1 pzp** poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne” w sposób dyskryminujący, co nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i prowadzi do nieuprawnionego faworyzowania jednego systemu, a w następstwie do uprzywilejowania wykonawcy oferującego ten system;

i wobec powyższego **wnoszę o:**

- I. uwzględnienie odwołania;
- II. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ poprzez:
  - a) zmianę kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)” poprzez uzupełnienie schematu testowania o wskazanie sposobu oceny ofert i kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, w szczególności przedstawienie w SIWZ zasad, sposobu i harmonogram testowania oraz wskazanie, że Zamawiający w trakcie przeprowadzanego testu nie będzie weryfikował poszczególnych funkcjonalności, a będzie sprawdzał działanie wyspecyfikowanych w schemacie testu procesów zachodzących na skutek korzystania z systemu, a także poprzez ograniczenie testowania przedmiotu zamówienia wyłącznie do oprogramowania;
  - b) wykreślenie kryterium oceny ofert pn. „Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami”;
  - c) wykreślenie kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne”, ewentualnie modyfikację kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne” poprzez przyjęcie, że Zamawiający będzie

przyznawał punkty wyłącznie za Parametr techniczny opisany w pkt 32 załącznika nr 2 do SIWZ, który przyjmie następujące brzmienie: „Oprogramowanie do Pracowni Cytostatyków (Wykonawca wraz z ofertą dostarczy dokumenty potwierdzające, że Oprogramowanie, w opisanym w niniejszym punkcie zakresie, jest wprowadzonym do obrotu wyrobem medycznym spełniającym wymagania zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami prawa) oraz rezygnację z wymogu opisanego w pkt 54 załącznika nr 2 do SIWZ;

III. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

#### **Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego postanowienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Utrata możliwości pozyskania realizacji zamówienia może doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego postępowania.

#### **Termin wniesienia odwołania i przekazania kopii odwołania Zamawiającemu:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 3 sierpnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 148-362684. SIWZ oraz Ogłoszenie o zamówieniu zostały opublikowane przez Zamawiającego na jego na stronie internetowej również w dniu 3 sierpnia 2020 r. (jak niżej):

## Przetarg nieograniczony na zakup, dostawa, wdrożenie systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii

BIP Przetargi

K.C.O./PN/ 32 /2020

Data utworzenia 03-08-2020 (Jan Wróblewski)

Data publikacji 03-08-2020

[Drukuj.\(PDF\)](#)

#### **PRZEGLĄD ZAŁĄCZNIKÓW**

Lp.	Nazwa pliku	Rozmiar	Data dodania	Opublikował
1	<a href="#">Ogłoszenie o zamówieniu (PDF, 157 KB)</a>	153,4 KB	03-08-2020	Jan Wróblewski
2	<a href="#">SIWZ</a>	136,7 KB	03-08-2020	Jan Wróblewski
3	<a href="#">Załącznik nr 3 do SIWZ - JEDZ (DOC, 188 KB)</a>	184 KB	03-08-2020	Jan Wróblewski

Wynikający z art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp 10-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, upływa więc w czwartek w dniu 13 sierpnia 2020 r. Uznać zatem należy, że odwołanie wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ zostało wniesione w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1

pzp. Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania, zatem został wypełniony obowiązek, o którym mowa w art. 180 ust. 5 pzp.

## UZASADNIENIE

**I. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp, art. 41 pkt 9 pzp, art. 91 ust. 1 pzp, art. 91 ust. 2d pzp, art. 7 ust. 1 pzp, §13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów – dot. kryterium oceny ofert pn. „Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)”**

W dniu 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest zakup, dostawa, wdrożenie systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków dla Katowickiego Centrum Onkologii wraz z licencjami. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

I.p.	Opis kryterium oceny	Waga kryterium
1.	Cena brutto za przedmiotu zamówienia	60 %
2.	Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)	10 %
3.	Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami	10 %
4.	Parametry techniczne	20 %

W pkt 2 rozdz. pn. „Ocena ofert” SIWZ w zakresie kryterium - ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet) - Zamawiający wskazał: „Zamawiający będzie przyznawał punkty: Ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet), na wezwanie Zamawiającego, oceniana przez Komisję Katowickiego Centrum Onkologii (przyszłych użytkowników systemu), w zakresie funkcjonalności z SIWZ w tym łatwość, szybkość i intuicyjność. Zamawiający wymaga dostarczenia i przygotowania do testu oprogramowania i sprzętu w terminie 7 dni od wezwania. Test ma się odbyć w siedzibie Zamawiającego według Schematu testu – Załącznik nr 8 do SIWZ.”

Schemat testu (Załącznik nr 8 do SIWZ) stanowi kilka poniższych, lakonicznych zdań:

„Schemat testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu.

1. Wprowadzenie leków na stan magazynowy Pracowni Cytostatycznej (max. 3pkt przyznawane wg uwag\*)
2. Wprowadzanie danych pacjentów (max. 3 pkt przyznawane wg uwag\*)
3. Przeprowadzenie wizyty lekarskiej wraz ze zleceniem wybranych schematów leczenia onkologicznego. (max. 4 pkt przyznawane wg uwag\*)
4. Przyjęcie i ocena zlecenia lekarskiego na stanowisku farmaceuty. (max. 3 pkt przyznawane wg uwag\*)
5. Proces produkcyjny metodą grawimetryczną i wolumetryczną zleconych preparatów. (max. 4 pkt przyznawane wg uwag\*)
6. Generowanie i sprawdzanie poprawności raportów. (max. 3 pkt przyznawane wg uwag\*)
7. Ocena kompatybilności sprzętu oraz płynności działania.

(max. 3 pkt przyznawane wg uwag\*)

\*2pkt za zgodność z SIWZ, 1-2 pkt za łatwość, szybkość i intuicyjność”.

Przedmiotowe kryterium oceny ofert zostało opisane w sposób niejednoznaczny, nieścisły i niezrozumiały dla Odwołującego. W pkt 2 rozdz. pn. „Ocena ofert” SIWZ Zamawiający zaznaczył, że będzie testował system w zakresie jego funkcjonalności, z kolei Schemat testu (załącznik nr 8 do SIWZ) nie potwierdza by miały być testowane poszczególne funkcjonalności. Treść Schematu testu wskazuje, że przedmiotem testu będzie sprawdzenie działania wyspecyfikowanych w Schemacie testu procesów zachodzących na skutek korzystania z systemu. Warto podkreślić, że obligatoryjne parametry techniczne nie mogą stanowić kryterium oceny ofert, a zatem nie mogą być testowane w ramach instytucji kryterium oceny ofert. Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2019 r. o sygnaturze akt: KIO 1885/19: „Te same obligatoryjne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia nie mogą być jednocześnie oceniane w ramach kryterium oceny ofert, promując korzystniejszą ofertą. Oferta zgodna z SIWZ to taka, która spełnia wszystkie wymagania, a nie tylko niektóre lub tylko w pewnym stopniu (częściowo). Jedynie zatem wymagania przewyższające wymagania minimalne co do przedmiotu zamówienia mogą stanowić kryterium oceny ofert, które będzie dodatkowo punktowało oferty jakościowo korzystniejsze”. W tym kontekście za niedopuszczalne uznać należy przyznawanie w ramach Schematu testu po „2 pkt za zgodność z SIWZ”, co oznaczałoby de facto punktowanie wykonawców za brak konieczności odrzucenia ich ofert. W tym zatem zakresie kryterium oceny oferty nie jest żadnym kryterium. Formalnie ocenie mogą podlegać wyłącznie procesy zachodzące na skutek korzystania z systemu, które zostały lakonicznie wskazane w Schemacie testu.

Niezależnie zawarty w SIWZ Schemat testu jest niezrozumiały, nieprecyzyjny, a przede wszystkim niekompletny. W Schemacie testu brak jest opisanej procedury przeprowadzania testu, brakuje opisanych zasad udziału wykonawców podczas testowania, następnie brakuje postanowień w zakresie udostępniania wyników testów. Ponadto nie zostały opisane zasady postępowania w przypadku problemów technicznych ze sprzętem czy to ze strony Zamawiającego czy ze strony wykonawców. W szczególności zaś nie wiadomo co ma być przedmiotem testu, tj. zgodność funkcjonalności z SIWZ, a może wyłącznie wymienionych 7 procesów. Tak nieprecyzyjny opis zawarty w Schemacie testu nie pozwala na należyte przygotowanie się do przeprowadzenia testu przez wykonawców, a nadto może prowadzić do licznych nadużyć w trakcie przeprowadzania testu. Schemat ten właściwie ogranicza się do wymienienia 7 procesów, które zostaną sprawdzone w ramach testowania i do podania maksymalnej liczby punktów, która zostanie przyznana w przypadku uznania przez Zamawiającego, że dany proces spełnia jego wymagania w zakresie łatwości, szybkości i intuicyjności. Tak przygotowany opis testowania systemu należy uznać za nieobiektywny, bowiem daje Zamawiającemu całkowitą swobodę arbitralnej oceny tego kryterium. Pojęcia „łatwości, szybkości i intuicyjności” są nacechowane dużym stopniem subiektywności. Zamawiający chcąc prowadzić ocenę w oparciu o tak przyjęte zasady, powinien szczegółowo wskazać w SIWZ jak zamierza przyznawać punkty w kolejnych przedziałach punktowych, czyli od czego uzależnione jest przyznanie 1 lub 2 pkt za „łatwość, szybkość i intuicyjność”, ponieważ z obecnego brzmienia SIWZ to nie wynika. W celu rzetelnego przeprowadzenia testu Zamawiający powinien szczegółowo opisać w SIWZ zasady, sposób i harmonogram testowania. Zamawiający nie zamierza przecież jedynie dokonać oględzin systemu, ale zamierza sprawdzać jego funkcjonowanie, stąd niezbędne jest doszczegółowienie zasad testowania oraz określenie praw i obowiązków po stronie wykonawcy i Zamawiającego. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 442/18 podkreślono, że *aby prawo do żądania próbki nie wypaczyło przebiegu postępowania podmiot zamawiający powinien opracować i udostępnić na etapie przygotowania dokumentacji postępowania scenariusz oceny próbek (testów) celem zachowania zasad systemu zamówień publicznych. Opracowanie to powinno cechować się kilkoma podstawowymi elementami, tj. powinna być zachowana przejrzystość i jawność tego scenariusza, powtarzalność jego wyników oraz ich miarodajność.* Lakonicznie sporządzony schemat testowania w konsekwencji doprowadził do złamania naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości.

Przedmiotowe kryterium jest niezrozumiałe także z uwagi na błędne zastosowanie instytucji próbki. Nie ulega wątpliwości, że o charakterze próbki decyduje Zamawiający sporządzając dokumentację przetargową. Próbka może być składana wraz z ofertą jeżeli ma być oceniona w ramach kryteriów oceny ofert, albo może być wymagana w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów). Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymaga próbki do oceny w ramach kryteriów oceny ofert, jednakże już sam opis próbki wskazywałby, że Zamawiający ma zamiar sprawdzać, czy przedmiot zamówienia jest zgodny z wymogami postawionymi w SIWZ o czym może świadczyć przyznawanie punktów za zgodność obowiązkowych parametrów z SIWZ (co wynika z Schematu testu), a także postanowienie mówiące, że próbka będzie składana na wezwanie Zamawiającego, a nie przedkładana wraz z ofertą (zgodnie z pkt 2 rozdz. pn. „Ocena ofert” SIWZ).

Ponadto przy formułowaniu kryterium pn. „ocena systemu w formie testu dostarczonego oprogramowania i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet)” doszło do naruszenia zasady proporcjonalności z uwagi na żądanie przez Zamawiającego w pkt 2 rozdz. pn. „Ocena ofert” SIWZ przedłożenia do testowania właściwie całego przedmiotu zamówienia, a nie jego fragmentu. W ramach umowy Wykonawca będzie dostarczał system informatyczny, dwie sztuki sprzętu komputerowego, dwie wagi, dwie drukarki i dwie klawiatury (vide część A. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, który stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ). Z kolei w ramach testowania Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, będzie dostarczał oprogramowanie, sprzęt komputerowy, wagę, drukarkę i klawiaturę, co stanowi dużą część nabywanego zamówienia. Wartość samego sprzętu, który powinien zostać dostarczony do testowania szacowany jest na kilkadziesiąt tysięcy złotych.

Dowód:

Oferty dostawców z Załączników 6,7 i 8

Zgodnie z SIWZ Wykonawca ma dostarczyć Zamawiającemu licencję oraz sprzęt (sprzęt komputerowy, wagę, klawiaturę, drukarkę etykiet), a także udzielić gwarancji. Zatem mając na uwadze postanowienia SIWZ należy uznać, że Zamawiający zamierza testować prawie całość przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca będzie musiał zapewnić oprogramowanie i całość wymaganego zgodnie z SIWZ sprzętu, z tą różnicą, że zamiast dwóch sztuk sprzętu komputerowego, wag, drukarek i klawiatur, wykonawca dostarczy po jednej sztuce każdego z wyżej wymienionych sprzętów. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „uprawnienie do zażądania próbki (...) ograniczone jest przez uniwersalną regułę wynikającą z art. 25 ust. 1 P.z.p., zgodnie z którą zamawiający może zażądać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zdaniem Izby ową niezbędność należy odnosić zarówno do możliwości zażądania dokumentu, jako takiego, jak i zażądanego zakresu dokumentu. Ta druga płaszczyzna oceny ma w szczególności znaczenie przy próbkce, której zakres nie został bliżej sprecyzowany w przywołanym przepisie rozporządzenia. Zatem również zakres zażądanego próbki musi być niezbędny dla przeprowadzenia postępowania. (...). Zamawiający winien zatem brać również pod uwagę, czy żądanie próbki nie naraża wykonawców na nadmierne obciążenia finansowe.”<sup>1</sup> Powyższe stanowisko dotyczące ograniczenia zakresu próbki do niezbędnego zakresu znajduje potwierdzenie również wśród przedstawicieli doktryny. Za M. Brzezińskim należy przyjąć, że „granica żądania próbek (ich cech, możliwości, sposobu prezentacji) winna być umiarkowanie i zdrowy rozsądek. Pamiętać należy przecież, iż to zamawiający będzie potem oceniał złożone próbki, a próbka ma dotyczyć możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś przygotowania, na etapie składania ofert, gotowego przedmiotu zamówienia w całości”<sup>2</sup>. Zatem żądanie przez Zamawiającego przedłożenia do testowania oprogramowania

<sup>1</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2013 r. o sygnaturze akt: KIO 2600/13, 2609/13.

<sup>2</sup> M. Brzeziński [w:] Próbką jako kryterium oceny ofert. Publikacje Elektroniczne ABC (system informacji prawnej LEX).

i sprzętu (sprzęt komputerowy, waga, klawiatura, drukarka etykiet) należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle zasady proporcjonalności. Z uwagi na wskazane wyżej uchybienia z zarzutem został skorelowany wniosek o zmianę przedmiotowego kryterium oceny ofert poprzez uzupełnienie Schematu testu o wskazanie sposobu oceny ofert i kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego, w szczególności przedstawienie w SIWZ zasad, sposobu i harmonogram testowania oraz wskazanie, że Zamawiający w trakcie przeprowadzanego testu nie będzie weryfikował poszczególnych funkcjonalności, a będzie sprawdzał działanie wyspecyfikowanych w schemacie testu procesów zachodzących na skutek korzystania z systemu, a także poprzez ograniczenie testowania przedmiotu zamówienia wyłącznie do oprogramowania, a z pominięciem sprzętu.

## **II. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp, art. 41 pkt 9 pzp, art. 91 ust. 1 pzp, art. 91 ust. 2c, art. 91 ust. 2d pzp, art. 91 ust. 3 pzp – dot. kryterium oceny ofert pn. „Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami”**

Zgodnie z art. 91 ust. 1 zd. 1 pzp *kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia*. Przepis ten oznacza, że Zamawiający ma pewną swobodę w doborze kryterium oceny ofert, ale swoboda ta zostaje ograniczona do związku danego kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia. Według art. 91 ust. 2c pzp: „Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia”. Z powyższymi przepisami koresponduje art. 91 ust. 3 pzp zgodnie, z którym „kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej”. Kryterium oceny ofert pn. „Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami”, gdzie Zamawiający zamierza przyznawać punkty zgodnie z regułą: „2 wdrożenia potwierdzone referencjami – 0 pkt, za każde następne wdrożenie potwierdzone referencjami po 1 pkt”, bez wątpliwości odnosi się do właściwości wykonawcy w zakresie zdolności technicznej, co oznacza, że przedmiotowe kryterium oceny ofert nie może w ogóle stanowić kryterium oceny oferty przy udzielaniu zamówienia. Przedmiotem tego kryterium jest bowiem liczba wdrożeń systemu zrealizowana przez danego wykonawcę. Na dodatek SIWZ nie wymaga nawet, by przedmiotem oceny były wdrożenia oferowanego rozwiązania, co zresztą i tak nie zmieniłoby negatywnej oceny całego kryterium. Wymóg przedstawienia referencji nie pozostawia żadnych wątpliwości, że mamy tu do czynienia z kryterium podmiotowym, tj. oceną liczby wdrożeń zrealizowanych przez danego oferenta, a nie oceną liczby wdrożeń oferowanego przez niego rozwiązania. Jest bowiem oczywistym, że wykonawca może uzyskać od zamawiających referencje dotyczące wykonania zawartej przez niego umowy, a nie np. wdrożenia przez inny podmiot oferowanego przez wykonawcę rozwiązania. Zdolność techniczna należy do kryteriów o charakterze podmiotowym i Zamawiający w tym zakresie może stawiać odpowiednie warunki udziału w postępowaniu, ale zabronione jest tworzenie kryteriów oceny ofert w oparciu o właściwości Wykonawcy. J. E. Nowicki również podkreśla, że *doświadczenie wykonawcy ma charakter podmiotowy i nie dotyczy jakichkolwiek aspektów lub etapów cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach danego zamówienia. Na podstawie art. 91 ust. 2 pkt 5 kryteriami oceny ofert mogą być natomiast kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jednakże tylko wtedy, gdy mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*<sup>3</sup>.

Nadto co wyżej należy wskazać, że przedmiotowe kryterium oceny ofert pn. „Liczba wdrożeń systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzona referencjami” zostało sformułowane w

<sup>3</sup> J. E. Nowicki [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV. Wolters Kluwer Polska, 2019.

sposób niedokładny. Z treści SIWZ (Rozdz. pn. „Ocena ofert” pkt 2) wynika, że Zamawiający będzie punktował wdrożenia systemu informatycznego do obsługi Pracowni Cytostatyków potwierdzone referencjami, przy czym Zamawiający nie wskazał ani w jakim okresie wdrożenia miały być wykonane, na rzecz jakich podmiotów miały być realizowane, jaką wartość mają przedstawiać, nie wiadomo też co mają potwierdzać referencje, ani kiedy miały zostać wystawione, ani też czy mogą to być wdrożenia dowolnych systemów informatycznych do obsługi Pracowni Cytostatyków, czy też systemu oferowanego w niniejszym postępowaniu, czy może być brana pod uwagę także nieaktualna (przestarzała) wersja systemu, itp. Przedmiotowe kryterium jest tak nieprecyzyjnie opisane, że może prowadzić do absurdalnej sytuacji, gdzie Wykonawca, który jest na rynku od kilkudziesięciu lat będzie mógł ocenić wszystkie wykonane wdrożenia, pomimo tego, że wykonanie wdrożenia wiele lat temu nie będzie się już aktualnie przekładać na zdolność do rzetelnego wykonania zamówienia.

Z omawianym zarzutem został skorelowany wniosek o wykreślenie przedmiotowego kryterium z uwagi na okoliczność, że kryterium odnosi się do zdolności technicznej wykonawcy, co oznacza, że przedmiotowe kryterium oceny ofert nie może w ogóle stanowić kryterium oceny oferty przy udzielaniu zamówienia.

### **III. Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp, art. 41 pkt 9 pzp, art. 91 ust. 1 pzp, art. 91 ust. 2 pzp, art. 7 ust. 1 pzp – dot. kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne”**

W odniesieniu do kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne” Zamawiający będzie przyznawał punkty za zadeklarowanie spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia fakultatywnych parametrów technicznych, tj.

- a) Parametru technicznego wskazanego w pkt 32 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do SWIZ – dalej jako: SOPZ (Oprogramowanie do Pracowni Cytostatyków **w I klasie medycznej dotyczącej licencji lekarskiej** - zleceniowej służącej do planowania terapii pacjenta i zlecenia terapii (certyfikat z ofertą).
- b) Parametru technicznego wskazanego w pkt 54 SOPZ (Oprogramowanie do pracowni cytostatyków - licencja apteczna -produkcyjna służąca do produkcji leków cytostatycznych spełniająca warunki GMP - potwierdzone certyfikatem (certyfikat z ofertą).

Co do parametru technicznego dotyczącego licencji lekarskiej (pkt 32 SOPZ) należy wskazać, że określone przez Zamawiającego wymaganie spełnia wyłącznie jeden system oferowany na rynku polskim, tj. system cato® i catoPAN® producenta Cato Software Solutions.

Co istotne zgodnie z SOPZ licencja lekarska ma za zadanie realizować następujące funkcjonalności:

- e-zlecenia - program realizuje funkcje zleceń chemioterapii ze stanowisk lekarskich do stanowisk pracowni cytostatyków i punktów podań chemioterapii (pkt 2 SOPZ);
- możliwość wykonywania automatycznej kalkulacji wartości zależnych od innych wyników badań/pomiarów, np. BSA, GFR, dawki karboplatyny, itp. Wzory kalkulacji możliwe do wprowadzania i edycji przez użytkownika. Możliwość definiowania dowolnej ilości wartości kalkulowanych (pkt 8 SOPZ);
- elementy tworzące plan terapii: definicje zasad przesunięcia cyklu w oparciu o wyniki badań/pomiarów pacjenta, np: jeżeli waga pacjenta jest mniejsza niż 20kg, to zalecane jest przesunięcie cyklu o 2 dni"; zasady są automatycznie weryfikują aktualne wyniki badań/pomiarów pacjenta powodując pojawienie się informacji dla użytkownika (pkt 14 SOPZ);
- dawkę w formie absolutnej (konkretnej ilości odpowiednich jednostek), lub relatywnej względem bazowego wyniku badania/pomiaru lub wartości kalkulowanej (np. powierzchnia ciała, masa ciała, AUC, itp.), konkretna dawka jest obliczana i prezentowana automatycznie w oparciu o aktualne wyniki badań/pomiarów pacjenta lub zgłaszany jest błąd jeżeli brak jest nieprzedawnionych wyników takich badań/pomiarów (pkt 14 SOPZ);



- zasady modyfikacji dawki leku w oparciu o wyniki badań/pomiarów pacjenta, np: "jeżeli waga pacjenta jest mniejsza niż 20kg, to zalecane jest zmniejszenie dawki do 90%"; zasady automatycznie weryfikują aktualne wyniki badań/pomiarów pacjenta powodując pojawienie się informacji dla użytkownika (pkt 14 SOPZ);
- definicje wlewów (infuzji), obejmujące: rodzaj płynu infuzyjnego (np. NaCl 0,9%, glukoza 10%) i objętość podaną w formie absolutnej lub relatywnej względem bazowego wyniku badania/pomiaru lub wartości kalkulowanej (np. powierzchnia ciała, masa ciała, itp.), konkretna dawka jest obliczana i prezentowana automatycznie w oparciu o aktualne wyniki badań/pomiarów pacjenta lub zgłaszany jest błąd jeżeli brak jest nieprzedawnionych wyników takich badań/pomiarów, możliwe są kombinacje roztworów (minimum dwa); opcjonalne dawki ewentualnych domieszek (minimum dwie), czyli substancji czynnych, jonów, suplementów dodawanych do wlewu (infuzji) w formie absolutnej (konkretnej ilości odpowiednich jednostek), lub relatywnej względem bazowego wyniku badania/pomiaru lub wartości kalkulowanej (np. powierzchnia ciała, masa ciała), konkretna dawka jest obliczana i prezentowana automatycznie w oparciu o aktualne wyniki badań/pomiarów pacjenta lub zgłaszany jest błąd jeżeli brak jest nieprzedawnionych wyników takich badań/pomiarów (pkt 14 SOPZ).

Treść postanowień SOPZ w zakresie licencji lekarskiej wskazuje, że licencja lekarska realizuje zadania, które pozwalają na zakwalifikowanie oprogramowania do wyrobów medycznych, do których zastosowanie ma reguła 11 klasyfikacji wyrobów medycznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. z 2010 r., nr 21, poz. 1416).

Zgodnie z § 4 ust. 4 pkt 3 tego Rozporządzenia reguła 11 oznacza: „aktywne wyroby medyczne przeznaczone do podawania lub usuwania produktów leczniczych, płynów ustrojowych lub innych substancji do albo z organizmu zalicza się do klasy IIa; jeżeli podawanie lub usuwanie produktów leczniczych, płynów ustrojowych lub innych substancji do albo z organizmu odbywa się w sposób potencjalnie niebezpieczny, uwzględniając rodzaj substancji, części ciała i sposób stosowania - zalicza się je do klasy IIb”. Przy czym zgodnie z § 1 pkt 1) lit. b) ww. Rozporządzenia za aktywny wyrób medyczny uznaje się samodzielne oprogramowanie. Dodać należy, że zgodnie z przywołanym Rozporządzeniem przy posługiwaniu się regułami klasyfikacji stosuje się zasadę, że oprogramowanie sterujące wyrobem medycznym lub mające wpływ na jego używanie zalicza się do tej samej klasy co ten wyrób medyczny. Wyżej cytowane przepisy wprowadzają zatem zasadę, że skoro oprogramowanie z uwagi na realizowane cele medyczne wpływa w jakimś stopniu na podejmowane przez personel medyczny decyzje (np. sugeruje zalecaną dawkę leku), to takie oprogramowanie powinno być klasyfikowane do tej samej klasy co powiązany z tym oprogramowaniem wyrób medyczny.

Powyższa reguła i przepisy Rozporządzenia oznaczają, że oprogramowanie z uwagi na jego funkcjonalność polegającą na dostarczaniu informacji wykorzystywanych przy podejmowaniu decyzji do celów diagnostycznych lub terapeutycznych powinno być zaliczone do klasy wyrobów medycznych o poziomie co najmniej IIa, częściej do klasy IIb (np. w przypadku poważnego pogorszenia stanu zdrowia danej osoby), a w także do klasy III (np. zgon lub nieodwracalne pogorszenie stanu zdrowia).

Postawienie przez Zamawiającego wymogu dostarczenia licencji lekarskich w I klasie medycznej jest nieracjonalne z uwagi na fakt, że oprogramowanie klasy I pozostaje bez wpływu na jakość i bezpieczeństwo medyczne. Dopiero wyroby medyczne w wyższej klasie takie walory zapewniają. Wobec powyższego wymaganie dostarczenia oprogramowania w tej klasie jest pozbawione sensu z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Celem Zamawiającego jest nabycie zamówienia, które będzie spełniało jego szczególne potrzeby, zatem należy zadać retoryczne pytanie jak Zamawiający uzasadnia postawienie kryterium oceny ofert dla wymagania, które nie gwarantuje mu żadnego poziomu jakości ani nie gwarantuje należytego bezpieczeństwa, dlaczego akurat za ten wymóg mają być przyznawane dodatkowe punkty. Ponadto co istotne na rynku istnieje tylko jeden system, którego dostawca będzie mógł przedłożyć wymagany przez Zamawiającego certyfikat, co prowadzi do dyskryminacji pozostałych

Wykonawców, którzy również mogą dostarczyć system spełniający uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Tak postawiony wymóg bez wątpienia prowadzi do nieuprawnionego faworyzowania jednego systemu, a w następstwie do uprzywilejowania wykonawcy oferującego ten system, a przecież „kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący, muszą być uzasadnione względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia”<sup>4</sup>.

W odniesieniu do parametru technicznego dotyczącego licencji aptecznej spełniającej warunki GMP w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że postawienie wymogu posiadania certyfikatu GMP w stosunku do licencji aptecznej nie ma racjonalnego uzasadnienia z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, a nadto prowadzi do uprzywilejowania dostawcy jedyne systemu na rynku, który posiada ww. certyfikat (system cato® i catoPAN®).

GMP (z ang. Good Manufacturing Practices) oznacza praktykę, która gwarantuje, że produkt leczniczy oraz substancja czynna są wytwarzane i kontrolowane odpowiednio do ich zamierzonego zastosowania oraz zgodnie z wymaganiami zawartymi w ich specyfikacjach i dokumentach stanowiących podstawę wydania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego (zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 944 z późn. zm.). Praktyka GMP stanowi zestaw standardów wykorzystywanych w branży spożywczej, kosmetycznej i praktycznie nie znajduje zastosowania w branży informatycznej. Okoliczność, że producent oprogramowania posiada taki certyfikat nie oznacza, że takie oprogramowania cechuje się wyższym standardem jakości i bezpieczeństwa niż powszechnie obowiązujące standardy jakości, np. ISO. Wprowadzenie tego wymogu bezsprzecznie potwierdza, że Zamawiający faworyzuje dostawcę systemu, który jako jedyny spełnia to wymaganie. W tym miejscu warto przytoczyć tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 1611/18 zgodnie, z którą *określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji.*

Metodą wprowadzenia wyrobu na rynek jest przeprowadzenie procedury stwierdzenia zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi, a wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu w zakresie posiadania certyfikatu GMP oznacza kwestionowanie ww. metody, która wynika z prawa krajowego i europejskiego. Z art. 26 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 186) wynika, że „domniemywa się, że „wyroby są zgodne z wymaganiami zasadniczymi, o których mowa w art. 23 ust. 1, w zakresie, w jakim stwierdzono ich zgodność z odpowiednimi krajowymi normami przyjętymi na podstawie norm ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria C, jako normy zharmonizowane z dyrektywą:

- 1) Rady 90/385/EWG z dnia 20 czerwca 1990 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do wyrobów medycznych aktywnego osadzania - w przypadku aktywnych wyrobów medycznych do implantacji;
- 2) Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca wyrobów medycznych - w przypadku wyrobów medycznych i wyposażenia wyrobów medycznych;
- 3) 98/79/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 1998 r. w sprawie wyrobów medycznych używanych do diagnozy in vitro - w przypadku wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro i wyposażenia wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro”. Z kolei zgodnie z art. 29 ust. 1 tejże ustawy

---

<sup>4</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 741/18.

wytwórca przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu oraz przed przekazaniem wyrobu do badań klinicznych lub do oceny działania jest obowiązany do przeprowadzenia oceny zgodności wyrobu. Powyższe oznacza, że wówczas mamy do czynienia z wyrobem medycznym wprowadzonym w sposób zgodny z prawem do obrotu, dla którego przeprowadzono badania jego zgodności z wymaganiami zasadniczymi.

Zauważyć jednak należy, że z uwagi na zmiany legislacyjne w obszarze przepisów o wyrobach medycznych w ciągu ostatnich kilku lat wykonawcy oferujący rozwiązania informatyczne dla branży medycznej nie są w stanie skutecznie przeprowadzić procedury stwierdzenia zgodności wyrobu medycznego z wymaganiami zasadniczymi i uzyskać odpowiedniego dokumentu, zatem pozostawienie przedmiotowego kryterium przy założeniu, że Zamawiający będzie wymagał oprogramowania w stopniu zapewniającym odpowiednią jakość i standardy bezpieczeństwa (co najmniej klasa IIb lub klasa III) oznacza, że żaden wykonawca nie potwierdzi odpowiednim dokumentem zgodności oprogramowania z wymaganiami zasadniczymi, z kolei Zamawiający pozostawi „sztuczne” kryterium oceny ofert. Zatem jeżeli Zamawiający ma w tym uzasadniony interes i potrafi go wykazać powinien wymagać przedłożenia dokumentów zgodnych z ww. ustawą i regulacjami unijnymi. Te same uwagi pozostają aktualne także co do parametru technicznego dotyczącego licencji lekarskiej (pkt 32 SOPZ). Jeżeli Zamawiający nie wykaże interesu w tym zakresie wymóg powinien zostać usunięty z SIWZ.

Z przedmiotowym zarzutem został połączony wniosek o wykreślenie kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne” w całości, ewentualnie modyfikację kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne” poprzez przyjęcie, że Zamawiający będzie przyznawał punkty wyłącznie za Parametr techniczny opisany w pkt 32 załącznika nr 2 do SIWZ, który przyjmie brzmienie wskazane w petitum odwołania oraz zrezygnuje z wymogu opisanego w pkt 54 załącznika nr 2 do SIWZ.

W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Za Odwołującego

---

Wykaz załączników:

- Załącznik nr 1. Odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
- Załącznik nr 2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- Załącznik nr 3. Dowód uiszczenia opłaty za pełnomocnictwo
- Załącznik nr 4. Pełnomocnictwo
- Załącznik nr 5. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
- Załącznik nr 6. Oferta firmy Mettler-Toledo na wagi precyzyjne
- Załącznik nr 7. Oferta firmy BMF na klawiatury
- Załącznik nr 8. Oferta firmy Koncept-I na drukarki