

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

Zamawiający: „Pro-Medica” w Ełku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku, ul. Baranki 24, 19-300 Ełk, nr KRS: 0000026179, tel. (+48) 87 620 95 76, tel. (+48) 87 621 96 26, e-mail: przetargi@szpital.elk.pl

Odwołujący: Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań, nr KRS: 0000014544, tel.: 61 64 60 981, e-mail: biuro@nexuspolska.pl, z zarządem w składzie: Ewa Dobaczewska Szalczyk będąca Wiceprezesem Zarządu, Jacek Marcin Kobusiński będący Wiceprezesem Zarządu, Paweł Roman Masadyński będący Prezesem Zarządu

Dotyczy (przedmiot zamówienia): postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Zakup urządzeń sieciowych, pozostałej infrastruktury sprzętowej i oprogramowania wraz z wymaganymi integracjami w ramach realizacji projektu „Wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej oraz uruchomienie e-usług w "Pro-Medica" w Ełku Sp. z o. o." RPWM.03.02.00-28-0018/20-00 projekt realizowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020. Działanie 3.2 E-zdrowie”, nr zamówienia: 4563/2021, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 22 października 2021 r. pod numerem: 2021/S 206-536017

ODWOŁANIE

wobec treści dokumentów zamówienia

oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.; dalej jako „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec określenia przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Zakup urządzeń sieciowych, pozostałej infrastruktury sprzętowej i oprogramowania wraz z wymaganymi integracjami w ramach realizacji projektu „Wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej oraz uruchomienie e-usług w "Pro-Medica" w Ełku Sp. z o. o." RPWM.03.02.00-28-0018/20-00 projekt realizowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju

Regionalnego Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020. Działanie 3.2 E-zdrowie”, w zakresie pakietu nr 1, pakietu nr 2 i pakietu nr 3, w sposób:

- I. kształtujący treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego,
- II. niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia,
- III. utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
- IV. a także obejmujący wymagania, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a które mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia i sporządzenie oferty,

i w związku z tym **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. **art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, które są do spełnienia jedynie przez podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o., a poza tym nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co prowadzi do uprzywilejowania podmiotu oferującego oprogramowanie MEDIQUS i wyeliminowania z udziału w postępowaniu pozostałych Wykonawców, którzy są w stanie zaoferować Zamawiającemu przedmiot zamówienia dostosowany do potrzeb Zamawiającego, co ma wpływ na możliwość sporządzenia oferty, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający opisał wymagania dla pakietu nr 2 (dot. m. in. funkcjonalności Zintegrowanego Systemu Informatycznego (dalej jako: „ZSI”)),
2. **art. 453 ust. 2 i ust. 3 Pzp** poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 4 wzoru umowy, że Zamawiający zwróci Wykonawcy 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni po upływie okresu gwarancji, podczas gdy zgodnie z ustawą Pzp ww. kwota zwracana jest nie później niż w 15 dniu po upływie okresu gwarancji;
3. **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp** poprzez sformułowanie opisu kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium pn. „Funkcjonalności dodatkowe” (dot. pakietu nr 2) w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i niezgodny z charakterem instytucji kryteriów oceny ofert, bowiem Zamawiający zamierza oceniać w ramach kryterium oceny ofert funkcjonalność, która zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ (dalej jako: „OPZ”) stanowi obligatoryjny element przedmiotu zamówienia (funkcjonalność obligatoryjna), a także w sposób nie zapewniający obiektywnej i mierzalnej porównywalności ofert, bowiem Zamawiający dokonuje oceny na podstawie deklaracji Wykonawcy, a nie na podstawie empirycznej weryfikacji,
4. **art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i ust. 2 Pzp** poprzez sformułowanie opisu kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium pn. „cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto” (dot. pakietu nr 2) w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia, bowiem opis przedmiotu zamówienia nie zawiera opisu na czym miałyby polegać serwis pogwarancyjny oraz co miałyby zostać objęte serwisem pogwarancyjnym,

5. **art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bowiem opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mających wpływ na cenę, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dot. integracji z oprogramowaniem stron trzecich LIS i centralą telefoniczną, a w konsekwencji złożenie oferty i jej rzetelną wycenę,
6. **art. 134 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie określenia liczby licencji dostępowych w przypadku oprogramowania aplikacyjnego ZSI, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mających wpływ na cenę, co prowadzi do niemożliwości rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia,
7. **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 5 Pzp w zw. z art. 99 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp** poprzez brak wskazania jasnych i jednoznacznych, obiektywnie mierzalnych kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, a także poprzez wskazanie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, które nie zostały dostosowane do przedmiotu zamówienia, w szczególności charakteru przedmiotu zamówienia nabywanego w ramach pakietu nr 2, tj. systemu informatycznego;
8. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny** (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.; dalej jako: „Kc”) **w zw. z art. 484 § 1 Kc w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek:
 - a) przewidzenia w § 8 ust. 3 pkt 2 kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 2,5 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 10 ust. 2 wzoru umowy, co szacunkowo oznacza karę umowną na poziomie kwoty 50 000,00 zł za jeden dzień zwłoki, a zatem doszło do zastrzeżenia kary umownej, której wysokość jest rażąco wygórowana, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,
 - b) przewidzenia w § 8 ust. 3 pkt 3 kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania określonego w § 3 ust. 2 wzoru umowy w wysokości 1,0 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 10 ust. 2 wzoru umowy, co szacunkowo oznacza karę umowną na poziomie kwoty 20 000,00 zł za jeden dzień zwłoki, a zatem doszło do zastrzeżenia kary umownej, której wysokość jest rażąco wygórowana, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,
 - c) przewidzenia w § 8 ust. 3 pkt 4 kary umownej za zwłokę w usunięciu awarii krytycznej w wysokości 2,5 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 10 ust. 2 wzoru umowy, co szacunkowo oznacza karę umowną na poziomie kwoty 50 000,00 zł za jeden dzień zwłoki,

a zatem doszło do zastrzeżenia kary umownej, której wysokość jest rażąco wygórowana, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,

- d) przewidzenia w § 8 ust. 3 pkt 5 kary umownej za zwłokę w usunięciu błędu w wysokości 1,5 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 10 ust. 2 wzoru umowy, co szacunkowo oznacza karę umowną na poziomie kwoty 30 000,00 zł za jeden dzień zwłoki, a zatem doszło do zastrzeżenia kary umownej, której wysokość jest rażąco wygórowana, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,
 - e) przewidzenia w § 8 ust. 3 pkt 6 kary umownej za zwłokę w usunięciu usterki w wysokości 1,0 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 10 ust. 2 wzoru umowy, co szacunkowo oznacza karę umowną na poziomie kwoty 20 000,00 zł za jeden dzień zwłoki, a zatem doszło do zastrzeżenia kary umownej, której wysokość jest rażąco wygórowana, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,
9. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek przewidzenia w § 9 ust. 1 lit. c wzoru umowy podstawy odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce w stosunku do terminu wykonania przedmiotu umowy, a zwłoka ta przekracza 14 dni kalendarzowych, bowiem okres zwłoki uprawniający Zamawiającego do odstąpienia jest stosunkowo bardzo krótki, w szczególności biorąc pod uwagę, że Wykonawca ma 270 dni kalendarzowych na wykonanie przedmiotu umowy (w przypadku pakietu nr 2),
10. **art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1228 z późn. zm.; dalej jako: „Pu”)** poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób sprzeczny z ustawą Prawo upadłościowe, bowiem Zamawiający w § 9 ust. 1 lit. d wzoru umowy zastrzegł, że ma prawo odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca zaprzestał prowadzenia działalności, wszczęte zostało wobec niego postępowanie likwidacyjne, upadłościowe, bądź postępowanie naprawcze, podczas gdy zgodnie z ustawą Prawo upadłościowe postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne;

i wobec powyższego **wnoszę o:**

V. uwzględnienie odwołania;

- VI. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ i odpowiednio Ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
1. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisu funkcjonalności ZSI poprzez usunięcie wymagań, które jest w stanie spełnić jedynie podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o. (dot. zarzut nr 1),
 2. zmianę § 12 ust. 4 wzoru umowy poprzez przyjęcie, że pozostała kwota zabezpieczenia zostanie zwrócona nie później niż w 15. dniu po upływie okresu gwarancji (dot. zarzutu nr 2),
 3. zmianę Rozdz. XVIII ust. 9 pkt 2 SWZ w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Funkcjonalności dodatkowe” w ten sposób, że Zamawiający z opisu kryterium oceny ofert pn. „Funkcjonalności dodatkowe” usunie funkcjonalność, która zgodnie z OPZ jest funkcjonalnością obligatoryjną (dot. zarzutu nr 3),
 4. zmianę Rozdz. XVIII ust. 9 pkt 2 SWZ w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto” poprzez jego usunięcie lub zastąpienie przedmiotowego kryterium oceny ofert innym kryterium oceny ofert, które będzie jednoznaczne, a ponadto będzie związane z przedmiotem zamówienia (dot. zarzutu nr 4),
 5. uzupełnienie OPZ w zakresie w jakim opisuje zakres integracji (str. 176 OPZ), w szczególności poprzez uzupełnienie OPZ o dokumentację techniczną interfejsów, wprowadzenie do OPZ postanowienia zgodnie, z którym Zamawiający oświadczy, że we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie umożliwiające przeprowadzenie integracji informacje i dane od producentów eksploatowanych systemów, z którymi ma nastąpić integracja, a także zapewni na własny koszt wsparcie producentów tychże systemów w przypadku jakichkolwiek problemów z przeprowadzeniem integracji zgodnie z OPZ, jak również zapewni wsparcie przy procesie testowania integracji, ewentualnie, w przypadku braku możliwości spełnienia ww. wymogów, usunięcie z OPZ wymagania w zakresie dokonania przez Wykonawcę integracji (dot. zarzutu nr 5),
 6. zmianę Rozdz. IV ust. 16 pkt 2 SWZ poprzez usunięcie wymagania w zakresie udzielenia - nieograniczonych co do liczby - licencji dostępowych i zastąpienie tego wymagania wymogiem by licencja była udzielana na całość nabywanego oprogramowania aplikacyjnego oraz ZSI poprzez wskazanie ilości użytkowników lub osób pracujących w danym module lub obszarze, na dzień podpisania umowy (zarzut nr 6),
 7. uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie jasnych, jednoznacznych, obiektywnie mierzalnych kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności oraz potwierdzenie, że mogą być one stosowane do wszystkich wymogów stawianych w OPZ i SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia nabywanego przez Zamawiającego w ramach pakietu nr 2, przy czym jako jedno z kryteriów oceny równoważności Zamawiający uzna zgodność z przepisami dotyczącymi podmiotów leczniczych oraz rezygnację z niemożliwego do spełnienia obowiązku załączenia dokumentacji obejmującej wyniki porównań, testów, możliwości wymogów z OPZ z wymogami rozwiązania oferowanego lub alternatywnie poprzez wskazanie w SWZ i OPZ, że Zamawiający w odniesieniu do 5% wymogów wskazanych w OPZ (procent wyliczony zostanie w odniesieniu do liczby wszystkich wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności), nie wynikających z wymogów prawnych dotyczących podmiotów leczniczych, dopuści odstąpienie od ich wymagalności lub uzna ich spełnienie w przypadku zaproponowania przez Wykonawcę

- innego sposobu spełnienia wymagania, który jednocześnie spełnia cel danego wymagania i zaspokaja potrzeby Zamawiającego.
8. zmianę § 8 ust. 3 pkt 2, pkt 3, pkt 4, pkt 5 i pkt 6 wzoru umowy poprzez zmianę stawek kary umownej w § 8 ust. 3 pkt 2 z 2,5 % na 0,1 %, § 8 ust. 3 pkt 3 z 1,0% na 0,02%, § 8 ust. 3 pkt 4 z 2,5% na 0,05%, § 8 ust. 3 pkt 5 z 1,5% na 0,02%, § 8 ust. 3 pkt 6 z 1,0% na 0,02% (dot. zarzutu nr 8);
 9. zmianę § 9 ust. 1 pkt c wzoru umowy poprzez przyjęcie, że Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku, gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce w stosunku do terminu wykonania przedmiotu umowy, a zwłoka ta przekracza 30 dni kalendarzowych, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonywania umowy ze wskazaniem min. 14 dniowego termin na usunięcie uchybień lub wydłużenie liczby dni pozostawania w zwłoce, po upływie których Zamawiający jest uprawniany do odstąpienia od umowy, do 60 dni (dot. zarzutu nr 9);
 10. usunięcie § 9 ust. 1 pkt d wzoru umowy (dot. zarzutu nr 10).
- VII. 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 SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwiają mu wycenę i złożenie konkurencyjnej, niepodlegającej odrzuceniu 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 na wniesienie odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 22 października 2021 r. pod numerem: 2021/S 206-536017. SWZ oraz Ogłoszenie o zamówieniu zostały opublikowane przez Zamawiającego na jego stronie internetowej również w tym dniu. Mając na względzie brzmienie art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, stanowiącego, że odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, a także art. 509 ust. 2 Pzp, wedle którego jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa we wtorek w dniu 2 listopada 2021 r. Uznać zatem należy, że odwołanie wobec treści postanowień SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu zostało wniesione w terminie.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

SPIS TREŚCI

Ad. 1 Zarzut nr 1 – dot. utrudnienia uczciwej konkurencji na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, które są do spełnienia jedynie przez podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o.....	7
Ad 2. Zarzut nr 2 – dot. zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy	17
Ad 3. Zarzut nr 3 – dot. kryterium oceny ofert pn. „Funkcjonalności dodatkowe”	18
Ad. 4 Zarzut nr 4 – dot. kryterium oceny ofert pn. „Cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto”	19
Ad. 5 Zarzut nr 5 – dot. integracji z oprogramowaniem stron trzecich LIS i centralą telefoniczną	19
Ad. 6 Zarzut nr 6 – dot. liczby licencji dostępowych oprogramowania aplikacyjnego ZSI	21
Ad 7 Zarzut nr 7 – dot. opisu równoważności i kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności	24
Ad. 8 Zarzut nr 8 – dot. rażąco wygórowanej wysokości kar umownych	26
Ad. 9 Zarzut nr 9 – dot. podstawy odstąpienia od umowy wskazującej na nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego	28
Ad. 10 Zarzut nr 10 – dot. zastrzeżenia podstawy odstąpienia od umowy, która jest nieważna	28
Wnioski i część końcowa	29

Ad. 1 Zarzut nr 1 – dot. utrudnienia uczciwej konkurencji na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, które są do spełnienia jedynie przez podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdz. IV ust. 1 i ust. 3 SWZ, jest „zakup urządzeń sieciowych, pozostałej infrastruktury sprzętowej i oprogramowania wraz z wymaganymi integracjami w ramach realizacji projektu „Wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej oraz uruchomienie e-usług w "Pro-Medica" w Ełku Sp. z o. o." RPWM.03.02.00-28-0018/20-00, projekt realizowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020.” Działanie 3.2 E-zdrowie. Numer 4563/ 2021 zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SWZ”, przy czym „Zamówienie podzielone jest na 3 części. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych:

- 1) PAKIET 1 – Zakup infrastruktury sprzętowej wraz z dostawą i instalacją,
- 2) PAKIET 2 – Zakup i uruchomienie Zintegrowanego Systemu Informatycznego, złożonego z systemów medycznych (HIS/EDM i RIS/PACS), portalu e-usług wraz z e-usługami, wraz z wymaganymi integracjami i szkoleniem a także modułu do zarządzania szpitalem (klasy ERP - ze środków własnych Zamawiającego),
- 3) PAKIET 3 – Zakup i instalacja infrastruktury sprzętowej (urządzenia sieciowe).”

Analiza OPZ wskazuje, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie pakietu nr 2 w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Wymagania wskazujące na funkcjonalności, które powinien spełniać ZSI (m. in. w obszarze ewidencji HIS/ERP (str. 54 i n. OPZ), obszaru rejestracji HIS/ERP (str. 56 i n. OPZ), obszaru call center HIS/ERP (str. 63 OPZ), obszaru gabinetowego HIS/ERP (str. 63 i n. OPZ), obszaru rehabilitacji

HIS/ERP (str. 85 i n. OPZ), obszaru e-WUŚ HIS/ERP (str. 94 i n. OPZ), obszaru zleceń i konsultacji HIS/ERP (str. 101 i n. OPZ), dedykowanych dla administratora systemu HIS/ERP (str. 107 i n. OPZ), obszaru apteki HIS/ERP (str. 117 i n. OPZ), obszaru zdarzeń niepożądanych HIS/ERP (str. 125 i n. OPZ), obszaru zakażeń HIS/ERP (str. 127 i n. OPZ), obszaru sprawozdawczo – rozliczeniowego HIS/ERP (str. 129 i n. OPZ), obszaru statystyki medycznej HIS/ERP (str. 130 i n. OPZ)), wskazują, że jedynie podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o. jest w stanie spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego.

Przykładowo OPZ stawia następujące wymagania dla funkcjonalności obszaru call center HIS/ERP (str. 63 OPZ):

- OPM.160. Możliwość rejestracji pacjenta na nowy termin.
- OPM.161. Zapisanie informacji o treści rozmowy.
- OPM.162. Możliwość sprawdzenia dotychczas zaplanowanych wizyt.
- OPM.163. Możliwość sprawdzenia odbytych wizyt.
- OPM.164. Możliwość automatycznej identyfikacji pacjenta za pomocą numeru dzwoniącego telefonu (konektor do centrali telefonicznej).

OPZ w ww. zakresie jest odzwierciedleniem specyfikacji technicznej oprogramowania MEDIQUS producenta GABOS software sp. z o.o., jak niżej:

Moduł Call-Center (Poradnia)

1. Możliwość rejestracji pacjenta na nowy termin.
2. Zapisanie informacji o treści rozmowy.
3. Możliwość sprawdzenia dotychczas zaplanowanych wizyt.
4. Możliwość sprawdzenia odbytych wizyt.
5. Możliwość identyfikacji pacjenta za pomocą numeru dzwoniącego telefonu (konektor do centrali telefonicznej).

Jako dowód potwierdzający powyższe twierdzenia, Odwołujący załącza przykładowe porównanie OPZ, gdzie Zamawiający postawił wymagania w zakresie poszczególnych funkcjonalności ZSI, ze specyfikacją funkcjonalności oprogramowania MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o., z którego wynika bezsprzecznie, że stworzony przez Zamawiającego OPZ jest praktycznie powtórzeniem specyfikacji technicznej dotyczącej oprogramowania MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o. (specyfikacja techniczna dot. oprogramowania MEDIQUS producenta GABOS software sp. z o.o. ujęta jest w obwódkach).

Dowód: porównanie OPZ ze specyfikacją techniczną dot. oprogramowania MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w postępowaniu organizowanym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju, na dostawę sprzętu i oprogramowania wraz z wdrożeniem w ramach projektu: „eCareMed – rozwój cyfrowych usług medycznych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju”, nr zamówienia: BZP.38.382-15.21, została złożona jedna oferta. Z opublikowanej w dniu 5 października 2021 r. informacji z otwarcia wynika, że ofertę złożyło jedynie konsorcjum Wykonawców: Gabos Software sp. z o. o. i Polski Instytut Rozwoju sp.

z o.o. Co istotne uważa lektura opisu przedmiot zamówienia dotyczącego postępowania organizowanego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju wskazuje, że wymagania postawione przez Zamawiającego - „Pro-Medica” w Ełku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku i Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu – Zdroju są niemal identyczne, co oznacza, że jeżeli Zamawiający nie dokona zmiany OPZ, to również w przedmiotowym postępowaniu zostanie złożona wyłącznie jedna oferta, tj. oferta Wykonawcy, który zaoferuje oprogramowanie MEDIQUS.

Dowód: dokumentacja postępowania na dostawę sprzętu i oprogramowania wraz z wdrożeniem w ramach projektu: „eCareMed – rozwój cyfrowych usług medycznych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju” – SWZ, OPZ i informacja z otwarcia

Poniżej Odwołujący prezentuje porównanie przykładowych wymagań technicznych zawartych w OPZ z przedmiotowego postępowania z wymogami technicznymi postawionymi w postępowaniu organizowanym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju, **gdzie kolorem żółtym zaznaczone są różnice** występujące pomiędzy dwoma opisami przedmiotu zamówienia, **z kolei opis wymagań, który nie został zaznaczony kolorem żółtym pokrywa się w całości w przypadku obu postępowań:**

Portal e-usług

ID	Opis wymagania
E.PLT.1.	Portal e-usług, musi posiadać funkcjonalności umożliwiające zdefiniowanie trzech rodzajów kont dostępowych: <ol style="list-style-type: none">dla pacjentów,dla osób personelu medycznegodla partnerów,
E.PLT.2.	Dostęp do Portalu e-usług musi być możliwy zarówno z sieci Internet jak i sieci wewnętrznej placówki (Intranet).
E.PLT.3.	Portal e-usług musi udostępniać pacjentom formularz rejestracyjny umożliwiający samodzielne założenie konta dostępowego do e-Uслуг na w Portalu e-usług.
E.PLT.4.	W procesie rejestracji w Portalu e-usług w formularzu rejestracyjnym pacjent musi zostać zobligowany do wprowadzenia następujących danych: <ul style="list-style-type: none">danych niezbędnych do założenia wpisu w rejestrze pacjentów tj. Nazwisko, Imię, PESEL, adres;adresu email i numeru telefonu dla celów wysyłania powiadomień.

E.PLT.5.	Formularz rejestracyjny pacjenta musi mieć wbudowany mechanizm walidacji, jako ochrona przed robotami (szkodliwym oprogramowaniem).
E.PLT.6.	Dostęp do e-usług musi być chroniony hasłem i dostępny, poprzez szyfrowane połączenie (https) tylko dla użytkowników kont zarejestrowanych w w Portalu e-usług.
E.PLT.7.	Formularz rejestracyjny musi walidować poprawność numeru PESEL.
E.PLT.8.	Formularz rejestracyjny musi walidować adres email.
E.PLT.9.	<p>Podczas zakładania konta pacjenta, wprowadzone dane muszą być walidowane przez System z rejestrem pacjentów jednostki znajdującym się w bazie danych Systemu, tj.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ jeżeli dane pacjenta znajdują się już w rejestrze pacjentów to konto w w Portalu e- usług powinno być z tą osobą automatycznie powiązane – tzn. dane takiej osoby nie są dopisywane do rejestru; ▪ jeżeli dane pacjenta, nie znajdują się w rejestrze, to osoba taka musi zostać automatycznie dopisana do rejestru pacjentów, a konto w w Portalu e-usług automatycznie musi zostać powiązane z tą osobą (przypis Odwołującego: część wymagania technicznego dodana przez „Pro-Medica” w Ełku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku w stosunku do wymagań stawianych przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju).
E.PLT.10.	<p>Moduł musi realizować proces aktywacji konta pacjenta w następujący sposób:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pacjent rejestrujący się w Portalu e-usług poprzez formularz rejestracyjny; <ul style="list-style-type: none"> Po wypełnieniu i wysłaniu formularza rejestracyjnego System musi zwrótnie wysłać pacjentowi, na podany w procesie rejestracji email, potwierdzenie o założeniu konta wraz z linkiem aktywacyjnym; 3. Wybranie (kliknięcie) przez pacjenta linka aktywacyjnego w emailu, musi przenieść pacjenta do okienka udostępnianego przez Portal e-usług w którym (w celu aktywacji konta) będzie zobligowany do podania i potwierdzenia hasła. 4. Zapisanie hasła musi spowodować aktywację konta dostępowego do e-usług w Portalu e-usług. <p>2. Po wykonaniu wszystkich powyższych kroków pacjent musi mieć możliwość korzystania z e-usług Systemu.</p>
E.PLT.11.	<p>System, w procesie rejestracji pacjenta, musi wymuszać podanie hasła o właściwej składni – wymaganej przepisami prawa dotyczącymi systemów informatycznych przetwarzających dane osobowe w tym dane medyczne.</p> <p>Pacjent rejestrujący się w Portalu e-usług musi zostać poinformowana przez System z ilu i jakich znaków musi być złożone hasło logowania do e-usług (hasło aktywacyjne).</p>

E.PLT.12.	<p>System musi udostępniać administratorowi systemu, funkcjonalność definiowania okresu ważności hasła dostępowego do e-usług Systemu.</p> <p>Użycie funkcjonalności musi wymuszać na Użytkownikach Portalu e-usług dokonania zmiany hasła po upływie okresu jego ważności. Przy pierwszym logowaniu do e- usługi po okresie ważności hasła, System musi wymusić na Użytkowniku dokonania zmiany hasła.</p>
E.PLT.13.	<p>Moduł musi umożliwiać założenie przez administratora Systemu lub uprawnioną osobę, konta w Portalu e-usług dla osoby personelu medycznego, np. dla lekarza. PARTNERA PROJEKTU</p>
E.PLT.14.	<p>Konto dla osoby personelu medycznego w podsystemie e-usług może zostać założone wyłącznie dla osoby posiadającej aktywne konto w podsystemie obsługi pacjenta i elektronicznej dokumentacji medycznej (przypis Odwołującego: różnica wynikająca wyłącznie z zastosowania odmiennych pojęć przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju).</p>
E.PLT.15.	<p>Przy zakładaniu konta dla osoby personelu medycznego system musi wymuszać podanie adresu e-mail tej osoby – pracownika</p>
E.PLT.16.	<p>Logowanie osoby personelu medycznego do e-usług musi odbywać się z wykorzystaniem parametrów logowania (loginu i hasła) tych samych którymi osobą posługuje się logując do podsystemu obsługi pacjenta i elektronicznej dokumentacji medycznej.</p>
E.PLT.17.	<p>Moduł musi umożliwiać założenie przez administratora Systemu lub uprawnioną osobę, konta w Portalu e-usług dla osoby Partnera projektu.</p>
E.PLT.18.	<p>Konto w Portalu e-usług dla osoby Partnera projektu może zostać założone wyłącznie dla Partnera projektu zaewidencjonowanego w Systemie jako podmiot medyczny (przypis Odwołującego: wymaganie, którego brakuje w opisie przedmiotu zamówienia Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu – Zdroju).</p>
E.PLT.19.	<p>Przy zakładaniu konta dla osoby Partnera projektu moduł musi wymuszać podanie następujących danych:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Jednostkę (partnera) – wartość słownikowa; ▪ Użytkownika; ▪ Hasło; ▪ Adres email <p>Moduł musi wymuszać zmianę hasła przy pierwszym logowaniu w Portalu e-usług osoby Partnera projektu.</p>
E.PLT.20.	<p>System musi umożliwiać administratorowi Systemu wykonanie dezaktywacji dowolnego konta uwożonego w Portalu e-usług.</p>

E.PLT.21.	Administrator musi mieć możliwość aktywowania konta nieaktywnego.
E.PLT.22.	System musi mieć funkcjonalność zmiany/resetowania hasła dostępu do Portalu e-usług przez użytkownika.
E.PLT.23.	<p>Portal wraz z udostępnionymi na nim e-usługami dedykowanymi dla pacjenta musi charakteryzować się wysoką dostępnością treści dla osób niepełnosprawnych zgodnie z standardem WCAG 2.1. do usług medycznych poprzez spełnienie poniższych zaleceń:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Wszystkie elementy graficzne powinny mieć zwięzły tekst alternatywny (alt), który opisuje co znajduje się na grafice lub, jeśli grafika jest odnośnikiem – dokąd prowadzi ten odnośnik. Jeśli grafiki są czysto dekoracyjne, powinny mieć „pusty atrybut alt”. 2. Należy unikać animowanych elementów, poruszających się tekstów, ponieważ rozpraszają one wszystkich użytkowników nie tylko niepełnosprawnych. Niektóre, szczególnie agresywnie i szybko animowane grafiki, mogą stanowić zagrożenie dla osób cierpiących na padaczkę fotogenną. 3. Wszystkie pliki dźwiękowe (audycje, wywiady, wykłady) powinny być uzupełnione transkrypcją tekstową. Odtwarzacze tych plików zamieszczone na stronie powinny dać się obsłużyć za pomocą klawiatury i być dostępne dla osób niewidomych. 4. Wszystkie pliki wideo powinny być uzupełnione o napisy dla osób niesłyszących. 5. Odtwarzacze powinny być dostępne dla osób niewidomych i osób korzystających wyłącznie z klawiatury. 6. Wszelkie pliki multimedialne i Flash powinny być dostępne lub udostępnione w postaci alternatywnej. 7. Pliki PDF, DOC/DOCX i inne popularne pliki do ściągnięcia powinny być przygotowane jako dostępne. Np. pliki PDF powinny mieć strukturę, która pomaga osobom niewidomym przeglądać takich dokumentów. 8. Teksty zamieszczone w serwisie powinny być napisane w miarę możliwości w jak najprostszy sposób, tak aby dostęp do nich miały mniej wykształcone osoby a także osoby z upośledzeniem intelektualnym. 9. Teksty powinny być opublikowane w czytelny sposób – podzielone na paragrafy, listy i inne sekcje; nie justowane do prawej strony; skróty literowe powinny być rozwinięte w pierwszym wystąpieniu na każdej stronie. Tekst powinien być uzupełniony o nagłówki (h1-h6) aby osoby niewidome mogły sprawnie przejść do interesującej ich sekcji. 10. Nawigacja (menu) powinna być spójna, logiczna i niezmienna w obrębie serwisu. Nawigacja w obrębie całego serwisu powinna być dostępna z poziomu klawiatury. 11. Wszystkie elementy aktywne, takie jak odnośniki, banery czy pola formularza powinny mieć wyraźny wizualny fokus (zwykle w postaci ramki widocznej w trakcie nawigacji po stronie klawiszem TAB). Zaleca się wzmocnienie domyślnego fokusa, tak,

aby był dobrze widoczny także dla osób niedowidzących.

12. Wszystkie odnośniki powinny być unikalne i zrozumiałe, także poza kontekstem. Nie należy używać linków w postaci: „>>” czy „więcej” albo „kliknij tutaj”. Odnośniki nie mogą otwierać się w nowym oknie lub zakładce przeglądarki bez ostrzeżenia.

13. Zaleca się zastosowanie usprawnienia w postaci „skip links”, czyli możliwości przejścia bezpośrednio do treści pojedynczej strony. Jest to szczególnie ważne w serwisach, które mają kilkadziesiąt linków w nawigacji/menu głównym.

14. Kontrast kolorystyczny wszystkich elementów przekazujących treść (tekstów, linków, banerów) lub funkcjonalnych musi mieć stosunek jasności tekstu do tła conajmniej 4,5 do 1, a najlepiej jeśli nie jest mniejszy niż 7 do 1.

15. Stronę powinno dać się znacząco (co najmniej 200%) powiększyć narzędziami przeglądarki. Najlepiej jeśli wówczas strona cały czas mieści się poziomo oknie przeglądarki i nie pokazuje się poziomy pasek przewijania ekranu. Powiększona strona nie może „gubić” treści.

16. Wszystkie tytuły (title) stron muszą być unikalne i informować o treści podstrony na jakiej znajduje się użytkownik. Układ treści w tytule powinien być zbudowany wg schematu: [Tytuł podstrony] – [Nazwa Instytucji].

17. Wszystkie podstrony powinny być oparte o nagłówki. Nagłówki (h1-h6) są podstawowym sposobem porządkowania treści na stronie. Nagłówek h1 powinien być tytułem tekstu głównego na stronie.

18. Do porządkowania treści w tekstach, czy elementów nawigacji należy wykorzystywać listy nieuporządkowane i uporządkowane. Język strony oraz język fragmentów obcojęzycznych powinien być określony atrybutem lang.

19. Cytaty powinny być odpowiednio wyróżnione – co najmniej cudzysłowami.

20. Kod serwisu powinien być zgodny ze standardami i nie korzystać z tabel jako elementu konstrukcyjnego strony.

21. Tabele służące do przekazania danych powinny być zbudowane w możliwie prosty sposób i posiadać nagłówki.

22. Wszystkie ramki powinny być odpowiednio zatytułowane.

23. Wszystkie skrypty i aplety powinny być dostępne dla osób niewidomych i osób korzystających wyłącznie z klawiatury.

24. Formularze, w tym formularz wyszukiwarki powinny być zbudowane zgodnie ze standardami. Wszystkie pola formularzy i przyciski powinny być właściwie opisane.

Serwis powinien być dostępny w przeglądarkach i urządzeniach z wyłączoną obsługą CSS (przypis Odwołującego: wymaganie, którego brakuje w opisie przedmiotu zamówienia Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu – Zdroju).

e-Ankieta

ID	Opis wymagania
E.ANK.1.	Usługa udostępniona jest w Portalu e-usług za pośrednictwem Portalu Informacyjnego Placówki.
E.ANK.2.	Dostęp do usługi jest możliwy zarówno z sieci Internet jak i Intranet (sieć wewnętrzna Zamawiającego) - przypis Odwołującego: wymaganie, którego brakuje w opisie przedmiotu zamówienia Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu – Zdroju.
E.ANK.3.	E-Ankieta jest dostępna dla Pacjentów posiadających konto w Portalu e-usług i umożliwia pacjentom wypełnienie i wysłanie ankiet elektronicznych - zarówno związanych z procesem leczenia (np. elementy wywiadu) jak i innych (np. ankieta zadowolenia z jakości udzielonych świadczeń).
E.ANK.4.	Usługa w pełnym zakresie jest dla pacjentów możliwa do uruchomienia z poziomu stacji roboczych i urządzeń mobilnych, w tym tabletów, a także na kioskuinternetowym w placówce Zamawiającego.
E.ANK.5.	Ankieta jest dostępna dla pacjentów i/lub parterów szpitala, posiadających konto w Portalu e-usług, po zalogowaniu przy pomocy parametrów dostępowych.
E.ANK.6.	Użytkownik po zalogowaniu się za pomocą indywidualnego profilu i uruchomieniu usługi e-Ankieta widzi listę ankiet możliwych do wypełnienia oraz ankiet wypełnionych dotychczas przez niego.
E.ANK.7.	Wskazanie na liście ankiet jednej z już wcześniej wypełnionych i kliknięcie na odpowiedni przycisk umożliwia wyświetlenie (bez prawa modyfikacji), wydruk lubzapisanie do pliku PDF wskazanej ankiety.
E.ANK.8.	Użytkownik może wskazać ankietę z listy - po wskazaniu zostanie wyświetlony formularz powiązany z wybraną ankietą.
E.ANK.9.	Formularze ankiet są definiowane przez administratora Systemu.
E.ANK.10.	Możliwe jest używanie w ankietach elementów typu radio button, checkbox, lista, lista rozwijalna.
E.ANK.11.	Reguły obligatoryjności i walidacji poprawności wprowadzanych danych stanowią element definicji formularza ankiety.
E.ANK.12.	Administrator Systemu ma możliwość określenia, czy dana ankieta będzie dotyczyć pacjenta ogólnie, czy też będzie powiązana z konkretnym miejscem wykonania usługi(z dokładnością do poradni i/lub lekarza).

E.ANK.13.	Administrator Systemu ma możliwość określenia, czy dana ankieta ma być dostępną jako element dokumentacji medycznej.
E.ANK.14.	Po wypełnieniu formularza System prosi o potwierdzenie poprawności wprowadzonych informacji. Po otrzymaniu potwierdzenia System zapisuje ankietę w bazie danych.
E.ANK.15.	Pacjent ma możliwość wydrukowania ankiety oraz wysłania jej do szpitala, w celu udostępnienia personelowi medycznemu lub partnerom.
E.ANK.16.	Dane zebrane w usłudze e-ankiety są dostępne dla personelu medycznego i partnerów Zamawiającego.
E.ANK.17.	Funkcjonalność zmiany statusu ankiety cyklicznej zweryfikowanej na status początkowy w przypadku jakiegokolwiek jej modyfikacji przez pacjenta. Jeżeli ankieta jest zweryfikowana, to w przypadku modyfikacji bądź dodania kolejnej serii danych przez pacjenta system zmieni status ankiety na status początkowy, określony w konfiguracji ankiety. Zmiana statusu ankiety dostępna jest wyłącznie dla ankiet cyklicznych (monitorujących).

Funkcjonalność e-skierowań

ID	Opis wymagania
OPM.840.	System umożliwi wysyłkę skierowań do szpitala, do specjalisty oraz na badania drogą elektroniczną (jednostka musi posiadać wprowadzone dane zgodne z Rejestrem Podmiotów Wykonujących Działalność Leczącą).
OPM.841.	System umożliwi wystawienie e-skierowania z okna służącego do opisu przebiegu wizyty.
OPM.842.	Dla prawidłowego działania funkcjonalności usługa powinna umożliwiać podpisywanie dokumentów zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. 2020 poz. 666) - przypis Odwołującego: wymaganie, którego brakuje w opisie przedmiotu zamówienia Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Jastrzębiu – Zdroju).
OPM.843.	Usługa jest dostępna dla wskazanego użytkownika o nadanym odpowiednim uprawnieniu w systemie.
OPM.844.	W momencie aktywacji podpisów elektronicznych na serwerze pliki certyfikatów są przechowywane na serwerze, a skierowania są podpisywane bezpośrednio na serwerze z zachowaniem 30 minutowej sesji. W wersji serwerowej podczas pierwszej generacji zostanie rozpoczęta sesja, a użytkownik po podaniu jednorazowo PIN w ciągu 30 minut nie będzie musiał wprowadzać PIN-u ponownie.

OPM.845.	W przypadku konfiguracji podpisów elektronicznych na stanowisku lokalnym sesja wystawiania skierowań jest sesją jednorazową (na pacjenta). Przyjęcie nowego pacjenta i wystawienie mu zestawu e-skierowań, skutkuje koniecznością podania ponownie PIN.
OPM.846.	Użytkownik posiada możliwość wyboru sposobu podpisu – zarówno podpisu z serwera jak i ze stacji lokalnej.
OPM.847.	E-skierowanie do szpitala waliduje wymagalność uzupełnienia co najmniej dwóch pól - "oddział" oraz "rozpoznanie". Rozpoznanie musi zostać wprowadzone ze słownika.
OPM.848.	E-skierowanie do specjalisty waliduje wymagalność uzupełnienia co najmniej dwóch pól - "nazwa poradni" oraz "rozpoznanie". Rozpoznanie musi zostać wprowadzone ze słownika.
OPM.849.	E-skierowanie na badanie waliduje wymagalność uzupełnienia co najmniej dwóch pól - "nazwa poradni" oraz "rozpoznanie". Rozpoznanie musi zostać wprowadzone ze słownika.
OPM.850.	Jeżeli użytkownik posiada nadane dostępy do funkcjonalności e-skierowania, system umożliwia wysyłkę skierowań typu: „do szpitala”, „do specjalisty” oraz na „na badania” drogą elektroniczną.
OPM.851.	System umożliwia wyświetlenie skierowania do edycji lub tylko do podglądu (bez możliwości zapisu) – zarówno dla e-skierowań, jak i skierowań w formie papierowej.
OPM.852.	Istnieje możliwość usunięcia skierowania papierowego oraz e-skierowania, które nie zostało przesłane do P1.
OPM.853.	System wyświetla wspólną listę skierowań i e-skierowań. Dla tej listy dostępny jest filtr umożliwiający sortowania e-skierowań wg ich statusu.
OPM.854.	System w zależności od rodzaju wskazanego skierowania (zwykłe/elektroniczne) wyświetla przycisk pozwalający odpowiednio na wysyłkę skierowania lub jego wydrukowanie.
OPM.855.	System umożliwia skopiowanie skierowania w formie papierowej w papierową, oraz e-skierowania w e-skierowanie.
OPM.856.	Po wskazaniu e-skierowania, które posiada status „wysłane”, system umożliwia podgląd wydruku takiego skierowania.
OPM.857.	System umożliwia wysłanie powiadomienia o wystawionym e-skierowaniu. Dostępna jest również opcja automatycznej wysyłki informacji o e-skierowaniu (jeżeli w danych pacjenta znajdują się odpowiednie dane kontaktowe).
OPM.858.	Podgląd wydruku informacyjnego e-skierowania nie będzie możliwy dla skierowań ze statusem "anulowane" - system wyświetli komunikat o braku możliwości podglądu.
OPM.859.	System umożliwia pobranie skierowania z platformy P1 .

OPM.860.	System umożliwi przypisanie skierowania do wizyty (dane ze skierowania zostaną dopisane do wizyty). Po anulowaniu e-skierowania wprowadzone w opisie wizyty dane ze skierowania zostaną usunięte, a skierowanie będzie możliwe do wykorzystania w innej jednostce.
OPM.861.	W przypadku, gdy zostanie wprowadzony nieprawidłowy PIN lub numer skierowania niezostanie odnaleziony w P1, gdy skierowanie zostało już wykorzystane lub gdy status skierowania otrzymał status "Anulowany", system wyświetli odpowiedni komunikat błędu.
OPM.862.	System posiada funkcjonalność odmowy przyjęcia skierowania -dane ze skierowania nie zostaną dopisane do wizyty, a informacja o powodzie odrzucenia zostanie przesłana doP1.
OPM.863.	System posiada funkcjonalność przesłania informacji o brakach w danych skierowania. Po wprowadzeniu opisu odmowy dane ze skierowania nie zostaną dopisane do wizyty, a informacja o powodzie odrzucenia zostanie przesłana do P1, a do jednostki wystawiającej zostanie przekazana informacja z portalu P1.

Opis przedmiotu zamówienia bezsprzecznie uprzywilejowuje podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o. i wyeliminowuje z udziału w postępowaniu pozostałych Wykonawców, którzy są w stanie zaoferować Zamawiającemu przedmiot zamówienia spełniający jego potrzeby, dlatego też z zarzutem został połączony wniosek o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisu funkcjonalności ZSI poprzez usunięcie wymagań, które jest w stanie spełnić jedynie podmiot oferujący oprogramowanie MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o.

Ad 2. Zarzut nr 2 – dot. zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Zgodnie z art. 453 ust. 2 Pzp Zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji kwotę nie przekraczającą 30% zabezpieczenia. Kolejny ustęp cytowanego artykułu stanowi, że kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji.

Tymczasem Zamawiający w § 12 ust. 4 wzoru umowy wskazał, że Zamawiający zwróci Wykonawcy 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni po upływie okresu gwarancji, a zatem Zamawiający bezprawnie wydłużył termin zwrotu zabezpieczenia w stosunku do wskazanego przez ustawodawcę terminu zwrotu. Takie działanie Zamawiającego jest niezgodnie z przepisami Pzp, bowiem Zamawiający może skrócić termin zwrotu w stosunku do terminu ustawowego, ale nie wydłużyć. „Przepisy o zwrocie zabezpieczenia chronią interes majątkowy wykonawcy przed nadmiernie długimi okresami, na które może być ustanawiane zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Odbiór przedmiotu świadczenia wykonawcy i uznanie jego zobowiązania za należycie wykonane powoduje, że odpada podstawa istnienia zabezpieczenia dla roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia. Zabezpieczenie powinno więc zostać zwrócone wykonawcy.”¹

¹ J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 453.

Mając na uwadze powyższe, z zarzutem został powiązany wniosek o zmianę § 12 ust. 4 wzoru umowy poprzez przyjęcie, że pozostała kwota zabezpieczenia zostanie zwrócona nie później niż w 15. dniu po upływie okresu gwarancji.

Ad 3. Zarzut nr 3 – dot. kryterium oceny ofert pn. „Funkcjonalności dodatkowe”

Oдноśnie kryterium oceny ofert ustawa Pzp wskazuje, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a ponadto, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (vide art. 239 ust 1 Pzp i art. 240 ust. 1 Pzp).

W opinii Odwołującego Zamawiający sformułował opis kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium pn. „Funkcjonalności dodatkowe” (dot. pakietu nr 2) w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały i niezgodny z charakterem instytucji kryteriów oceny ofert. Treść całości dokumentacji zamówienia, wskazuje, że Zamawiający zamierza oceniać w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert funkcjonalność, która zgodnie z OPZ stanowi obligatoryjny element przedmiotu zamówienia (funkcjonalność obligatoryjna).

Zgodnie z Rozdz. XVIII SWZ ust. 9 pkt Zamawiający przyznaje punkty w ramach kryterium oceny ofert za zadeklarowanie przez Wykonawcę, że oprogramowanie aplikacyjne będzie posiadało dodatkowe funkcjonalności wymienione w załączniku nr 9 do SWZ, w którym to Zamawiający wyspecyfikował 10 dodatkowych funkcjonalności, dając Wykonawcom możliwość zadeklarowania, czy oferowany przedmiot zamówienia będzie posiadał daną funkcjonalność, czy nie. Za każdą z zadeklarowanych funkcjonalności Wykonawca ma otrzymać 2 punkty, z kolei w przypadku nie zadeklarowania funkcjonalności dodatkowej Zamawiający przyzna Wykonawcy 0 pkt. Ponadto w Rozdz. IV ust. 19 pkt 5 SWZ Zamawiający wyraźnie podkreślił, że „Wszystkie wymagania określone w dokumentach wskazanych w Rozdziale IV OPIS PRZEDMIOTU ZAMOWIENIA stanowią wymagania minimalne, a ich spełnienie jest obligatoryjne. Niespełnienie ww. wymagań minimalnych będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp”.

Funkcjonalności dodatkowe w opinii Odwołującego powinny być elementami charakteryzującymi się tym, że bez tych funkcji system nadal jest użyteczny, natomiast ich działanie powoduje, że system jest w ocenie Zamawiającego lepszym rozwiązaniem informatycznym.

Przykładem opisanej wyżej nieściśłości, polegającej na tym, że funkcjonalność podstawowa (obligatoryjna) jest, w świetle dokumentów zamówienia, również funkcjonalnością dodatkową (fakultatywną), jest wymóg zawarty w Załączniku nr 4 do SWZ: Moduł administracji i zarządzania systemem (zarządzanie słownikami, formularzami dokumentów medycznych, uprawnieniami i modyfikacjami systemu w dziale Funkcjonalności dedykowane dla administratora systemu: oznaczenie: OPM.962 Możliwość zdefiniowania jakimi językami posługuje się dany lekarz (wybór ze słownika języków) – str. 114 OPZ, który jednocześnie został zawarty w Załączniku nr 9 do SWZ Tabela, wiersz 8, oznaczenie IDL OPD.8 Funkcjonalności dedykowane dla administratora systemu: Możliwość zdefiniowania jakimi językami posługuje się dany lekarz (wybór ze słownika języków).

Co więcej, w ocenie Odwołującego sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert nie zapewnia obiektywnej i mierzalnej porównywalności ofert, tj. nie umożliwia Zamawiającemu prawidłowej i obiektywnej weryfikacji oraz porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia przez Wykonawców. Jest to bowiem kryterium niemożliwe do zweryfikowania na etapie badania i oceny ofert, ponieważ podstawę przyznania dodatkowych punktów stanowi jedynie deklaracja Wykonawcy złożona w

formularzu ofertowym, a nie empiryczne badanie przez Zamawiającego, czy system faktycznie posiada daną funkcjonalność dodatkową.

Z powyższym zarzutem Odwołujący powiązał wniosek o zmianę Rozdz. XVIII ust. 9 pkt 2 SWZ w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Funkcjonalności dodatkowe” w ten sposób, że Zamawiający z opisu kryterium oceny ofert pn. „Funkcjonalności dodatkowe” usunie funkcjonalność, która zgodnie z OPZ jest funkcjonalnością obligatoryjną.

Ad. 4 Zarzut nr 4 – dot. kryterium oceny ofert pn. „Cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto”

Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia (vide art. 241 ust. 1 i ust. 2 Pzp).

W Rozdz. XVIII ust. 9 pkt 2 SWZ, w zakresie pakietu nr 2, Zamawiający jako kryterium oceny ofert wskazał kryterium pn. „Cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto”. Co istotne Zamawiający nie powiązał tego kryterium z przedmiotem zamówienia. SWZ w Rozdz. XVIII ust. 9 pkt 2 wskazuje jedynie, że „Wykonawca zobowiązuje się prowadzić serwis pogwarancyjny przez 24 miesiące liczone od daty zakończenia okresu gwarancji oprogramowania aplikacyjnego”. Poza czasem trwania serwisu pogwarancyjnego nie wskazano żadnych dodatkowych wymagań. Zamawiający nie opisał na czym miałyby polegać serwis pogwarancyjny oraz co miałyby zostać objęte serwisem pogwarancyjnym.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający opisał kryterium pn. „Cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto” niezgodnie z art. 241 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Przy tak opisanym kryterium Wykonawca nie jest w stanie wycenić przedmiotowych usług, co przedkłada się na trudność sporządzenia oferty w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o zmianę Rozdz. XVIII ust. 9 pkt 2 SWZ w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Cena 1 miesiąca serwisu pogwarancyjnego brutto” poprzez jego usunięcie lub zastąpienie przedmiotowego kryterium oceny ofert innym kryterium oceny ofert, które będzie jednoznaczne i związane z przedmiotem zamówienia.

Ad. 5 Zarzut nr 5 – dot. integracji z oprogramowaniem stron trzecich LIS i centralą telefoniczną

Zamawiający, zgodnie z OPZ (str. 176), w ramach pakietu nr 2, zobowiązuje Wykonawcę do przeprowadzenia integracji.

Zakres integracji został przez Zamawiającego opisany w następujący sposób: „Zamawiający poniżej określa minimalny wymagany zakres integracji, który zostanie doprecyzowany w trakcie analizy przedwdrożeniowej.

1. Integracja z systemem specjalistycznym LIS, wykorzystywanym przez Zamawiającego do badań laboratoryjnych - ATD ProfLab, ATD Software sp.j., w ramach której system HIS musi umożliwiać wewnętrzne zlecenie badań i odbiór wyników diagnostyki laboratoryjnej pomiędzy HIS i LIS drogą elektroniczną.

2. Integracja Systemu HIS z centralną telefoniczną w zakresie automatycznej identyfikacji osób (pacjentów) łączących się z personelem Rejestracji,

3. Integracja systemu HIS z aparatami do znieczulania (2 stanowiska na Bloku Operacyjnym, 1 stanowisko na Oddziale Anestezjologii i Intensywnej Terapii) oraz systemem HIS, zapewniająca funkcjonalność Elektronicznej Karty Znieczuleń, rozumianej jako automatyczny zapis danych z ww. urządzeń medycznych i umożliwiającej:

I. Prowadzenie pełnej dokumentacji przebiegu zabiegu operacyjnego zgodnie z procedurami,

II. Rejestrację czynności anestezjologicznych na stanowisku do znieczulenia ogólnego

III. Rejestrację podawanych leków, płynów i krwi wraz z dawkami,

IV. Pełen zapis parametrów hemodynamicznych, gazowych oraz wentylacyjnych pacjenta

V. Rejestrację i autoryzację osób uczestniczących w operacji,

VI. Zapis danych do EDM”.

Wyżej cytowane postanowienia OPZ wskazują, że Zamawiający przedstawił szczerą informację dotyczącą integracji. Zamawiający opisał jedynie jakim systemem LIS oraz jaką centralą telefoniczną dysponuje. Podkreślić trzeba, że Zamawiający nie przekazał żadnej dokumentacji technicznej dotyczącej integracji, nie wskazał zakresu integracji, ani też nie opisał szczegółowych wymagań w zakresie integracji, a przede wszystkim nie zapewnił interfejsów integracyjnych od producentów systemów, a także nie zapewnił Wykonawcom możliwości współpracy z nimi, w szczególności poprzez zapewnienie równej dla wszystkich Wykonawców oferty w zakresie niezbędnym do dokonania wymaganej integracji. W związku z powyższym to na potencjalnym Wykonawcy spoczywa obowiązek ustalenia jaki ma być zakres integracji i efekty integracji oraz uzyskania informacji nt. kosztów niezbędnych do wykonania tejże integracji. Jest to zadanie praktycznie niewykonalne, ponieważ każdy z potencjalnych kooperantów zada pytanie: co jest przedmiotem wyceny. Wykonawca w obliczu braku w OPZ opisu zakresu integracji, sposobu wykonania integracji oraz specyfikacji technicznej nie będzie w stanie na tak postawione pytanie odpowiedzieć, co przekłada się na to, że w konsekwencji nie jest możliwe złożenie oferty i jej rzetelna wycena.

Takie działanie Zamawiającego należy uznać za rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji. Za niezgodne z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp należy uznać postanowienia OPZ, które uzależniają prawidłową realizację zamówienia przez przyszłego Wykonawcę od podjęcia współpracy z dostawcą systemów obecnie używanych przez Zamawiającego. Podkreślić bowiem należy, że producenci tych systemów mogą nie mieć interesu we współpracy z danym wykonawcą, mogą również próbować wpływać na realizację przedmiotu zamówienia poprzez wymuszanie na Wykonawcy określonych zachowań. W związku z powyższym, jeśli Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować takiej współpracy i zapewnić interfejsów po stronie tych systemów to winien od wymogu integracji odstąpić. W tym zakresie należy powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2017 r. o sygn. akt: KIO 269/17, gdzie Izba wprost wskazała, że aby uczynić zadość żądaniom w zakresie integracji „wykonawcy muszą znać opisy interfejsów warunkujących przeprowadzenie integracji przed złożeniem oferty, a nie dopiero w trakcie realizacji zamówienia. (...) Dostępność danych technicznych do przyjęcia założeń integracji również warunkuje sporządzenie przez wykonawcę harmonogramu prac i możliwość wywiązania się z restrykcyjnych terminów narzuconych przez zamawiającego we wzorze umowy. Pełny opis warunków integracji daje więc możliwość przyjęcia realnej koncepcji i oszacowania koniecznych prac i kosztów, w tym integracyjnych pomiędzy systemami. Zamawiający nie może odsyłać wykonawców

zainteresowanych złożeniem oferty do podmiotów trzecich (...) o uzyskiwanie danych dotyczących tego zamówienia, w tym danych niezbędnych do przyjęcia założeń integracji systemów komputerowych.”

Odwołujący zwraca uwagę, że w procedurze konkurencyjnej Zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim Wykonawcom jednakowe warunki ubieganie się o udzielenie zamówienia. W związku tym jedynym źródłem danych na temat przedmiotu zamówienia powinna być SWZ dostępna dla wszystkich Wykonawców. SWZ wraz z OPZ powinien być czytelny i zawierać wszystkie niezbędne informacje potrzebne Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia do przygotowania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. Natomiast w obecnym kształcie Zamawiający, cedując obowiązek pozyskania oferty od stron trzecich, narusza art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, ponieważ nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nie uwzględnia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe tezy potwierdzają wyroki wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą w podobnych sprawach (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2018 r.; sygn. akt: KIO 2682/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2017 r.; sygn. akt: KIO 269/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2012 r.; sygn. akt: KIO 2053/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2014 r.; sygn. akt: KIO 2942/13).

Biorąc pod uwagę powyższe niemożliwym jest na podstawie opublikowanego OPZ przygotowanie oferty. Organizując procedurę otwartą i konkurencyjną Zamawiający wymaga od wykonawców niemożliwego – Wykonawca, niemający szczegółowej wiedzy na temat systemu funkcjonującego u Zamawiającego, nie będzie w stanie wykonać integracji systemów, ani rzetelnie oszacować jej zakresu i kosztów. Informacje nt. integracji zamieszczone przez Zamawiającego w OPZ obejmują jedynie ogólne założenia, natomiast same w sobie nie stanowią specyfikacji technicznej integracji.

Zasada przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie Wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, oraz stwarzanie Wykonawcom, zdolnym do należytej realizacji przedmiotu umowy, równego dostępu do zamówienia. Opisane naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem niedoprecyzowanie OPZ, może znacząco ograniczyć liczbę wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty.

Wobec powyższego z zarzutem powiązany został wniosek o uzupełnienie OPZ w zakresie w jakim opisuje zakres integracji (str. 176 OPZ), w szczególności poprzez uzupełnienie OPZ o dokumentację techniczną interfejsów, wprowadzenie do OPZ postanowienia zgodnie, z którym Zamawiający oświadczy, że we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie umożliwiające przeprowadzenie integracji informacje i dane od producentów eksploatowanych systemów, z którymi ma nastąpić integracja, a także zapewni na własny koszt wsparcie producentów tychże systemów w przypadku jakichkolwiek problemów z przeprowadzeniem integracji zgodnie z OPZ, jak również zapewni wsparcie przy procesie testowania integracji, ewentualnie, w przypadku braku możliwości spełnienia ww. wymogów, usunięcie z OPZ wymagania w zakresie dokonania przez Wykonawcę integracji.

Ad. 6 Zarzut nr 6 – dot. liczby licencji dostępowych oprogramowania aplikacyjnego ZSI

Zgodnie z Rozdz. IV ust. 16 pkt 2 SWZ: „PAKIET 2 – ZAKUP I URUCHOMIENIE ZINTEGROWANEGO SYSTEMU INFORMATYCZNEGO, ZŁOŻONEGO Z SYSTEMÓW MEDYCZNYCH (HIS/EDM I RIS/PACS), PORTALU E-USŁUG WRAZ Z E-USŁUGAMI, WRAZ Z WYMAGANYMI INTEGRACJAMI I SZKOLENIEM A TAKŻE MODUŁU DO ZARZĄDZANIA SZPITALEM (KLASY ERP) ZE ŚRODKÓW WŁASNYCH ZAMAWIAJĄCEGO,

ZINTEGROWANY SYSTEM INFORMATYCZNY dalej „ZSI” – oprogramowanie aplikacyjne nieograniczone co do liczby licencji dostępowych, w skład którego wchodzi:

(1) System medyczny HIS, umożliwiający tworzenie i pełną obsługę elektronicznej dokumentacji medycznej (EDM) niezbędnej do realizacji zamawianych e-usług, pozwalający na gromadzenie informacji medycznych w jednostkach organizacyjnych Zamawiającego (w szczególności: Izba Przyjęć, Oddziały Łóżkowe, Poradnie/Gabinety, Blok Operacyjny/Porodowy, Diagnostyka Obrazowa, Laboratorium, Apteka, Ratownictwo Medyczne, Sterylizacja, Dietetyka) i generowanie na ich podstawie elektronicznej dokumentacji medycznej, złożony z pakietów funkcji służących do:

A) dodawania i edycji danych medycznych,

B) importu/migracji danych,

C) tworzenia dokumentacji, jej autoryzacji, wersjonowania, archiwizacji

D) dostępu i udostępniania dokumentacji medycznej

E) administracji i zarządzania systemem (zarządzanie słownikami, formularzami dokumentów medycznych, uprawnieniami i modyfikacjami systemu);

(2) MODUŁ ZARZĄDZANIA SZPITALEM (klasy ERP) - W ramach ZSI Zamawiający zakupi z własnych środków.

(3) System RIS/PACS - oprogramowane do teleradiologii, umożliwiające zlecenie i opisywanie wyników badań wykonywanych na aparatach RTG, TK, Mammografie (3 licencje obsługujące: aparat RTG w przychodni przy ul. Konopnickiej, aparat RTG i mammograf w szpitalu, tomograf komputerowy w szpitalu); wraz z oprogramowaniem dystrybuowane jest oprogramowanie diagnostyczne dedykowane do przeglądania i opisu badań CR, CT, DX, ECG, ES, IO, MG, MR, NM, OT, PX, RF, RG, SC, US, XA, XC, OP, PT, posiadające certyfikat CE lub równoważne w klasie medycznej IIa.

(4) Elektroniczna Karta Znieczuleń – oprogramowanie zapewniające automatyczny zapis danych z urządzeń medycznych tj. aparatów do znieczuleń, kardiomonitorów i respiratorów w systemie medycznym (HIS/EDM). Zapewnia możliwość przeprowadzenia analityki danych w wybranym zakresie ze względów klinicznych czy weryfikacyjnych

(5) Portal e-usług oparty o informacje zgromadzone przez ww. systemy:

A) e-rejestracja - usługa umożliwić będzie pacjentom uzgodnienie terminu porady lekarskiej. Usługa umożliwić będzie również pacjentom odwołanie lub potwierdzenie przybycia na wizytę lekarską. Usługa umożliwi też pacjentowi sprawdzenie miejsca w kolejce do lekarza.

B) e-dokumentacja - usługa umożliwi pacjentowi dostęp do dokumentacji indywidualnej zewnętrznej (wynik badania, karta informacyjna z leczenia szpitalnego itp.), złożenie wniosku o udostępnienie pełnej dokumentacji medycznej oraz odbiór tej dokumentacji.

C) e-ankieta - usługa umożliwi sporządzenie i wysłanie m. in. ankiety kwalifikacyjnej do programów profilaktycznych realizowanych przez szpital, w tym do programu wczesnego wykrywania raka piersi. W odpowiedzi pacjent otrzyma informację czy zakwalifikował się do badania lub programu. W przypadku, gdy skutkiem oceny ankiety ma być wizyta lekarska lub hospitalizacja, powiadomienie o tym zostanie przesłane pacjentowi za pomocą usługi e-powiadomienia.

D) e-test - usługa umożliwi pacjentowi lub osobie nie będącej pacjentem zdiagnozowanie oraz monitorowanie stopnia uzależnienia od substancji psychoaktywnych oraz alkoholu. Usługa będzie wspierać

pacjenta w podjęciu decyzji o rozpoczęciu procesu leczenia oraz stopnia rozbrajania elementów działania psychologicznych mechanizmów uzależnienia.

E) e-dzienniczek - usługa pozwoli na zdalne monitorowanie poprzez zbieranie informacji o stanie zdrowia pacjentów korzystających przede wszystkim z poradni diabetologicznej i kardiologicznej. Pacjent będzie zapisywał w dzienniczku elektronicznym takie dane jak poziom glikemii, ilość wstrzykiwanej insuliny lub dawek przyjmowanego leku, ilość WW i WBT w posiłkach, poziom wysiłku, waga i ciśnienie itp.

F) zamawianie recept on-line - usługa umożliwi pacjentowi szpitala, korzystającemu z kontynuacji leczenia, posiadającemu założoną w szpitalu historię zdrowia i choroby oraz przyjmującemu leki stosowane w leczeniu chorób przewlekłych zamówienie recepty na kolejną partię leków.

G) e-zgłoszenie o porodzie - usługa pozwoli personelowi szpitala na przekazanie drogą elektroniczną zgłoszenia o porodzie do położnej POZ. Zgodnie z ust. 2 pkt. 9 działu XIII załącznika do „Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie standardu organizacyjnego opieki okołoporodowej” podmiot leczniczy sprawujący opiekę nad noworodkiem winien przekazać do dnia jego wypisu informacje: imię i nazwisko matki, PESEL albo numer dokumentu tożsamości matki, godzinę i datę urodzenia dziecka, płeć dziecka oraz adres pobytu matki z dzieckiem w okresie połogu, nr telefonu kontaktowego.

H) Teleradiologia - usługa umożliwi zdalne opisywanie badań radiologicznych bez konieczności fizycznego przebywania lekarza radiologa na terenie szpitala. Każdy lekarz radiolog, który zdecyduje się na współpracę ze szpitalem będzie korzystał z udostępnionego przez szpital oprogramowania do opisu badań lub będzie mógł również zintegrować swój własny system RIS.

I) Zamawiający zawarł opis migracji danych a także opis wymaganych integracji w Załączniku nr 4 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia”.

Jak wynika z powyższych postanowień Zamawiający wymaga w zakresie ZSI oprogramowania aplikacyjnego nieograniczonego co do liczby licencji dostępowych, jednakże w zakresie niektórych z systemów składających się na ZSI liczba licencji, które mają zostać udzielone, została ograniczona. Przykładowo przy systemie RIS/PACS wskazuje się na obowiązek udzielenia 3 licencji (vide Rozdz. IV ust. 16 pkt 2 ppkt 3 SWZ). Następnie w zakresie Elektronicznej Karty Znieczuleń Zamawiający, na stronie 168 OPZ, wskazał na obowiązek udzielenie 3 licencji w tym zakresie.

Przedmiot zamówienia jest złożonym z kilkudziesięciu programów komputerowych rozwiązaniem informatycznym, które swym zakresem całościowo obejmuje działalność podmiotu leczniczego. Zamawiający ma prawo nie reglamentować liczby licencji na poszczególne programy w kontekście ilości użytkowników, kiedy nabywa tzw. licencję otwartą, w zakresie tych modułów, w przypadku, w których jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego i sposobem korzystania z danego modułu. Zamawiający nie może jednak nie wskazać żadnych informacji, pozwalających chociażby szacunkowo ustalić skalę zamawianych licencji. W dokumentach zamówienia wskazano, że „Przewiduje się przeszkolenie 300 osób z personelu medycznego oraz administracyjnego”. Brak informacji na temat ilości osób mających wykorzystywać konkretny program praktycznie pozbawia Wykonawców możliwości zwymiarowania wartości dostarczanych licencji i oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Wskazanie jedynie, że ilość ma być nieograniczona co do liczby licencji dostępowych, jest niewystarczające, narusza zasadę uczciwej konkurencji, a także narusza zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Należy zauważyć że wiele z nabywanych modułów będzie bowiem eksploatowana wyłącznie przez kilka osób (moduły ERP, sterylizatornia, bank krwi, medycyna pracy, zakażenia szpitalne, inne), natomiast Zamawiający nabywa do każdego z nich licencję na kilkaset osób (łącznie liczbę pracowników szpitala, która de facto też jest

Wykonawcom nie znana, może być jedynie domniemana na podstawie informacji pochodzących spoza SWZ). Jest to podejście irracjonalne, ponieważ abstrahując od kosztów nabycia tych licencji, Zamawiający, po zakończeniu okresu gwarancyjnego, poniesie koszty ich utrzymania, mimo, że w praktyce w ogóle nie będzie ich wykorzystywał. Innymi słowy określenie licencji nieograniczonej dla modułów gremialnie eksploatowanych ma jak największy sens. Ten model licencjonowania jest natomiast zupełnie nieefektywny w odniesieniu do aplikacji eksploatowanych przez kilku lub kilkunastu ludzi, tym bardziej, że Zamawiający nabywa de facto dwa duże systemy informatyczne HIS i ERP mogące mieć różnych producentów, odmienne uregulowane w zakresie praw własności intelektualnej, odmienne ograniczenia i postanowienia licencji. Co ważne, Zamawiający wydaje się rozumieć ten problem, ponieważ dla wybranych aplikacji: System RIS/PACS, Elektroniczna Karta Znieczuleń wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest udzielenie 3 licencji. Nasuwa się pytanie, dlaczego są to akurat te aplikacje / systemy, ponieważ łącznie ich koszt nie przekroczy 10% wartości oprogramowania dostarczanego w ramach pakietu nr 2.

Reasumując, w opinii Odwołującego, Zamawiający postawił wymagania, które nie znajdują żadnego uzasadnienia, ani w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, ani w specyfice przedmiotu zamówienia, co przekłada się na problem z rzetelną wyceną zamówienia przez Wykonawców i złożeniem konkurencyjnej oferty. W tym miejscu trzeba wyraźnie podkreślić, że „istotne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby zamawiającego. Muszą być one jednak obiektywne, uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia”².

W przedmiotowym przypadku, jak zostało wykazane, brak uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które przemawiałyby za takim sformułowaniem wymogów w zakresie liczby udzielanych licencji, wobec czego postawiono wniosek o zmianę Rozdz. IV ust. 16 pkt 2 SWZ poprzez usunięcie wymagania w zakresie udzielenia - nieograniczonych co do liczby - licencji dostępowych i zastąpienie tego wymagania wymogiem by licencja była udzielana na całość nabywanego oprogramowania aplikacyjnego oraz ZSI poprzez wskazanie ilości użytkowników lub osób pracujących w danym module lub obszarze (na dzień podpisania umowy).

Ad 7 Zarzut nr 7 – dot. opisu równoważności i kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności

Zamawiający w Rozdz. IV pkt 15 SWZ „Opis równoważności” wskazał na możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych do wyspecyfikowanych w treści niniejszego OPZ. Postanowienia z SWZ zostały powielone na pierwszej stronie OPZ. Zgodnie z ich treścią:

3) (...) Wykonawca może zaproponować rozwiązania, które realizują takie same funkcjonalności wyspecyfikowane przez Zamawiającego w inny, niż podany sposób. Za rozwiązanie równoważne nie można uznać rozwiązania identycznego (tożsamego), a jedynie takie, które w porównywanych cechach wykazuje dokładnie tę samą lub bardzo zbliżoną wartość użytkową. Przez bardzo zbliżoną wartość użytkową rozumie się podobne, z dopuszczeniem nieznacznych różnic nie wpływających w żadnym stopniu na całokształt systemu, zachowanie oraz realizowanie podobnych funkcjonalności w danych warunkach, identycznych dla obu rozwiązań, dla których to warunków rozwiązania te są dedykowane.

4) Rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację potwierdzającą, iż spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to

² A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, wyd. 7, 2019 r.

rozwiązanie odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważa, że przy opisie równoważności Zamawiający posłużył się ogólnymi, nieostrymi, niedoprecyzowanymi pojęciami i wymaganiami, nie dającymi Wykonawcy de facto żadnej możliwości skorzystania z nich w praktyce, a tym samym zaoferowania rozwiązania równoważnego. Zamawiający opisując równoważność nie dostosował opisu do przedmiotu zamówienia, który będzie oferowany w ramach pakietu nr 2. Żaden z wykonawców nie będzie bowiem w stanie przedstawić rzeczowej dokumentacji potwierdzającej, iż rozwiązanie równoważne spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów. Odwołujący podkreśla, że przedmiotem zamówienia jest rozległy system informatyczny obejmujący ponad 80% procesów organizacyjnych zachodzących u Zamawiającego, który został opisany ilością ponad 1500 wymogów funkcjonalnych. Opis ten jest powtórzeniem specyfikacji technicznej konkretnego rozwiązania informatycznego, co Odwołujący wykazał podnosząc zarzut nr 1. Wykonawca z postanowień SWZ nie jest w stanie wywieść żadnych informacji co winny zawierać owe porównania i testy, jaki powinien być zakres przedmiotowych dokumentów, a tym samym Wykonawca nie jest w stanie ocenić czy przedstawione przez Wykonawcę dokumenty spełniają wymagania Zamawiającego.

Odwołujący podaje przykład powołanego w niniejszym odwołaniu wymogu (vide: str. 47 OPZ):

E.ANK.6.	Użytkownik po zalogowaniu się za pomocą indywidualnego profilu i uruchomieniu usługi e-Ankieta widzi listę ankiet możliwych do wypełnienia oraz ankiet wypełnionych dotychczas przez niego.
----------	---

W opinii Odwołującego prezentowanie po zalogowaniu ankiet wypełnionych jest nieefektywne, ponieważ do ankiet wypełnionych zajrzy on rzadko i mogą być dostępne w odrębnej pozycji menu lub pod przyciskiem. Rozwiązaniem lepszym będzie podgląd na jednym ekranie zawartości ankiet po wybieraniu kolejnych z nich na liście. Powstaje retoryczne pytanie, jak w świetle przyjętego przez Zamawiającego opisu równoważności, Wykonawca ma wykazać, że proponowane rozwiązanie równoważne spełnia oczekiwania Zamawiającego?

„Zamawiający, poza użyciem w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważny”, zobowiązany jest wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria, które zostaną zastosowane w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 PZP). Zamawiający, dopuszczając więc równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Wymogi te powinny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak aby z jednej strony zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia”³. Tymczasem przygotowany przez Zamawiającego opis równoważności nie odpowiada przepisom ustawy Pzp, bowiem nie wskazuje precyzyjnie kryteriów oceny równoważności. Wykonawca, chcąc zaproponować rozwiązanie równoważne, będzie musiał przekazać dokumentację sporządzoną na podstawie wyników porównawczych faworyzowanego systemu, w oparciu, o który został sporządzony OPZ, z systemem proponowanym przez Wykonawcę. Zamawiający niestety nie wskazał jakie wymogi ma spełniać dokumentacja, jaki ma być jej zakres, na ile ma być szczegółowa, a na ile może pozostać ogólna, jak mają zostać przygotowane porównania, wyniki, itd., co oznacza, że kryteria

³ A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, r. 2021, wyd. 2.

właściwie nie zostały określone, a jeżeli nawet został określone, to nie spełniają wymagań z ustawy Pzp. Ocena oferowanego rozwiązania równoważnego będzie nacechowana dużym stopniem subiektywności, ponieważ Zamawiający nie postawił żadnego miernika oceny czy dana funkcjonalność można zostać uznana za równoważną czy nie. Tak opisana równoważność nie pozwala Wykonawcom ocenić czy rozwiązanie, które chcą zaoferować spełni wymagania Zamawiającego. Ponadto proponowany przez Zamawiającego opis równoważności nie został dopasowany do charakteru nabywanego przedmiotu zamówienia, tj. systemu informatycznego. Przygotowanie analizy porównawczej dla ponad tysiąca funkcjonalności nie jest do pogodzenia z zasadą proporcjonalności, co stanowi kolejny argument potwierdzający, że Zamawiający powinien diametralnie zmienić opis równoważności i dostosować kryteria oceny równoważności do charakteru przedmiotu zamówienia. Pozostawienie dotychczasowego opisu równoważności pozbawia możliwości udziału w postępowaniu Wykonawców zdolnych wykonać zamówienie.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca wniósł o uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie jasnych, jednoznacznych, obiektywnie mierzalnych kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności oraz potwierdzenie, że mogą być one stosowane do wszystkich wymogów stawianych w OPZ i SWZ w zakresie przedmiotu zamówienia nabywanego przez Zamawiającego w ramach pakietu nr 2, przy czym jako jedno z kryteriów oceny równoważności Zamawiający uzna zgodność z przepisami dotyczącymi podmiotów leczniczych oraz rezygnację z niemożliwego do spełnienia obowiązku załączenia dokumentacji obejmującej wyniki porównań, testów, możliwości wymogów z OPZ z wymogami rozwiązania oferowanego lub alternatywnie poprzez wskazanie w SWZ i OPZ, że Zamawiający w odniesieniu do 5% wymogów wskazanych w OPZ (procent wyliczony zostanie w odniesieniu do liczby wszystkich wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności), nie wynikających z wymogów prawnych dotyczących podmiotów leczniczych, dopuści odstępnie od ich wymagalności lub uzna ich spełnienie w przypadku zaproponowania przez Wykonawcę innego sposobu spełnienia wymagania, który jednocześnie spełnia cel danego wymagania i zaspokaja potrzeby Zamawiającego.

Ad. 8 Zarzut nr 8 – dot. rażąco wygórowanej wysokości kar umownych

Odnosząc się do zarzutu nr 8 należy wskazać, że do wzoru umowy Zamawiający wprowadził kary umowne na rażąco wysokim poziomie. Zgodnie z § 8 ust. 3 pkt 2 – pkt 6 wzoru umowy:

- „2) (dotyczy Pakietu 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu niniejszej umowy wysokości 2,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 10 ust. 2 przysługującego Wykonawcy za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy, licząc od upływu terminu wskazanego w § 5 ust. 1 pkt 2).
- 3) (dotyczy Pakietu 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu zobowiązania określonego w § 3 ust. 2 Umowy, w wysokości 1,0 % wynagrodzenia brutto określonego w § 10 ust. 2 przysługującego Wykonawcy;
- 4) (dotyczy Pakietu 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Awarii Krytycznej w wysokości 2,5 % wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 2 Umowy;
- 5) (dotyczy Pakietu 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Błędu w wysokości 1,5 % wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 2 Umowy;
- 6) (dotyczy Pakietu 2) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Usterki w wysokości 1,0% wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 2 Umowy;”

Jeżeli wartość szacunkowa oferty w pakiecie nr 2, oscyduje w granicach 2 000 000,00 zł brutto, to oznacza to, że kara umowna za jeden dzień zwłoki będzie wynosiła ok. 50 000,00 zł - w przypadku kary umownej zastrzeżonej na poziomie 2,5% wynagrodzenia brutto, ok. 30 000,00 zł - w przypadku kary umownej zastrzeżonej na poziomie 1,5% wynagrodzenia brutto i ok. 20 000,00 zł - w przypadku kary umownej zastrzeżonej na poziomie 1,0% wynagrodzenia brutto. . W opinii Odwołującego, zastrzeżone w § 8 ust. 3 , pkt 2 – pkt 6 wzoru umowy kary umowne noszą znamiona kary rażąco wygórowanej, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej.

Doktryna i orzecznictwo zajmują jednolite stanowisko co do kryteriów oceny czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana, zaś jako główne kryteria tej oceny (zaczepnięte z rozważań sądów oraz przedstawicieli doktryny w zakresie instytucji miarkowania kary umownej) wymienia się: relację kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych, przyczyny opóźnienia, przyczynienie się wierzyciela, stopień winy dłużnika, relację do należnego wynagrodzenia, stopień naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania prac⁴. Nadto należy dodać, że w orzecznictwie podkreśla się, że w żadnym razie zastrzeżenie kary umownej nie może prowadzić do wzbogacenia wierzyciela ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 20 listopada 2014 r. o sygnaturze akt: I ACa 838/14 „Art. 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od zasady pacta sunt servanda i od art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Nie może być więc interpretowany rozszerzająco. Z drugiej strony kara umowna nie może stanowić źródła wzbogacenia się wierzyciela ponad tak wyznaczone funkcje kary umownej, nie może być źródłem przysporzeń pozostających w znacznej dysproporcji do poniesionej szkody, czy szerzej interesów wierzyciela, nie może być sama w sobie podstawą określonego świadczenia bez odniesienia do rodzaju umowy, jej charakteru, celu, świadczeń stron, znaczenia umowy dla każdej z nich, sposobu ustalania kary, zagrożeń związanych z niewykonaniem, czy nienależytym wykonaniem umowy. Musi ona uwzględniać charakter i zakres negatywnych skutków dla strony. Wypadkowa więc wszystkich powyższych okoliczności pozwala dopiero dokonać oceny czy kara umowna jest rażąco wygórowana”.

Podkreślić należy, że w świetle orzecznictwa kara umowna może być rażąca wygórowana już w chwili zawierania umowy⁵, zatem ocena wysokości zastosowanej kary umownej powinna odbyć się najpóźniej w dniu zawierania umowy, a w przypadku przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego – ocena powinna być dokonana już na etapie sporządzania wzoru umowy lub istotnych postanowień umowy.

⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r. o sygnaturze akt: I CSK 690/13.

⁵ Tak np. w wyroku Sadu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2016 r. o sygnaturze akt: I ACa 1070/15 gdzie wskazano, że kara umowna może być "rażąco wygórowana" wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub też może stać się taka w następstwie późniejszych okoliczności, do których można zaliczyć m.in. to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością, a wysokością należnej kary. Art. 484 § 2 k.c. należy do tzw. prawa sędziowskiego. Z tego względu ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego, a więc strony nie mogą w umowie wyłączyć możliwości miarkowania kary umownej.

Wobec powyższego z podniesionym zarzutem skorelowany został wniosek o zmianę § 8 ust. 3 pkt 2, pkt 3, pkt 4, pkt 5 i pkt 6 wzoru umowy poprzez zmianę stawek kary umownej w § 8 ust. 3 pkt 2 z 2,5 % na 0,1 %, § 8 ust. 3 pkt 3 z 1,0% na 0,02%, § 8 ust. 3 pkt 4 z 2,5% na 0,05%, § 8 ust. 3 pkt 5 z 1,5% na 0,02%, § 8 ust. 3 pkt 6 z 1,0% na 0,02% (dot. zarzutu nr 8);

Ad. 9 Zarzut nr 9 – dot. podstawy odstąpienia od umowy wskazującej na nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego

Zgodnie z § 9 ust. 1 lit. c wzoru umowy „poza przypadkami określonymi w Kodeksie cywilnym, Zamawiający może odstąpić od Umowy ze skutkiem ex nunc: w przypadku, gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce w stosunku do terminu wykonania Przedmiotu niniejszej Umowy, o którym mowa §5 ust. 1, a zwłoka ta przekracza 14 (czternaście) dni kalendarzowych.” Ponadto w świetle § 8 ust. 5 wzoru umowy „w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi do Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na żądanie Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 i / lub ust. 2 niniejszej Umowy.”

Mając na uwadze przewidziane przez Zamawiającego terminy realizacji przedmiotu umowy (vide: § 5 ust. 1 wzoru umowy), tj. 60 dni od dnia zawarcia umowy w przypadku realizacji pakietu nr 1 i nr 3 i 270 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy na wykonanie przedmiotu umowy w przypadku pakietu nr 2, w opinii Odwołującego uprawnienie Zamawiającego zakładające, że Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku, gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce, w stosunku do terminu wykonania przedmiotu umowy, o zaledwie 14 dni kalendarzowych, narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego i wskazuje na okoliczność, że Zamawiający nadużywa swojej pozycji w stosunku do Wykonawcy. 270 dni kalendarzowych na wykonanie przedmiotu umowy równa się niemalże 40 tygodniom na realizację zamówienia, z kolei Zamawiający zapewnia sobie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce - w stosunku do terminu wykonania przedmiotu umowy - o zaledwie 2 tygodnie. Nie powinno przy tym ująć uwadze, że w przypadku odstąpienia od umowy Zamawiający jest uprawniony do naliczenia wysokiej kary umownej, wynoszącej 20 % wartości realizowanego pakietu, co również przemawia za twierdzeniem, że w zakresie opisanego tej przesłanki odstąpienia od umowy doszło do naruszenia przepisów prawa.

Z powyższym zarzutem Odwołujący powiązał adekwatny wniosek o modyfikację SWZ wskazujący by w odniesieniu do § 9 ust. 1 pkt c wzoru umowy zostało przyjęte, że Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku, gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce w stosunku do terminu wykonania przedmiotu umowy, a zwłoka ta przekracza 30 dni kalendarzowych, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonywania umowy ze wskazaniem min. 14 dniowego terminu na usunięcie uchybień lub wydłużenie liczby dni pozostawania w zwłoce, po upływie których Zamawiający jest uprawniany do odstąpienia od umowy, do 60 dni (dot. zarzutu nr 9);

Ad. 10 Zarzut nr 10 – dot. zastrzeżenia podstawy odstąpienia od umowy, która jest nieważna

W § 9 ust. 1 lit. d wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że ma prawo odstąpienia od umowy w przypadku gdy Wykonawca zaprzestał prowadzenia działalności, wszczęte zostało wobec niego postępowanie likwidacyjne, upadłościowe, bądź postępowanie naprawcze. Tymczasem zgodnie z art. 83 Pu postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne. Wobec powyższego

Zamawiający, w zakresie przedmiotowej podstawy odstąpienia od umowy, kształtuje treść przyszłego stosunku prawnego w sposób sprzeczny z ustawą Prawo upadłościowe.

Z uwagi na okoliczność, że w świetle art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 83 Pu postanowienie § 9 ust. 1 lit. d wzoru umowy jest nieważne, Odwołujący wniósł o usunięcie ze wzoru umowy podstawy odstąpienia od umowy, o której mowa § 9 ust. 1 pkt d wzoru umowy.

Wnioski i część końcowa

Ponadto Odwołujący wskazuje, że dokumenty zamówienia, w szczególności SWZ stanowią dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania argumentacji w zakresie przedłożonych zarzutów i przedłożenia kolejnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- Załącznik nr 3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
- Załącznik nr 4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- Załącznik nr 5. Porównanie OPZ ze specyfikacją techniczną dot. oprogramowania MEDIQUS producenta GABOS Software sp. z o.o.;
- Załącznik nr 6. Dokumentacja postępowania na dostawę sprzętu i oprogramowania wraz z wdrożeniem w ramach projektu: „eCareMed – rozwój cyfrowych usług medycznych w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym Nr 2 w Jastrzębiu - Zdroju” – SWZ, OPZ i informacja z otwarcia.