

Poznań, 17 września 2020 r.

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

Odwołujący: **Nexus Polska Sp. z o.o.**
ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań
tel.: +48 61 64 60 981
fax: +48 61 64 60 980
e-mail: biuro@nexuspolska.pl
(dalej jako: „Odwołujący” lub „Nexus”).

Zamawiający: **Województwo Wielkopolskie**
al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań
przedstawicielem Województwa Wielkopolskiego jest
spółka:

Szpital Wielkopolski Sp. z o. o.
ul. Lutycka 34/budynek A, 60-415 Poznań

**Centrum Rehabilitacji im. Prof. Mieczysława Walczaka
w Osiecznej**
ul. Zamkowa 2, 64-113 Osieczna

Poznański Ośrodek Zdrowia Psychicznego
os. Kosmonautów 110, 61-642 Poznań

**Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką
i Dzieckiem w Poznaniu,**
ul. Krysiewicza 7/8, 61-642 Poznań

Szpital Rehabilitacyjno-Kardiologiczny w Kowanówku,
ul. Sanatoryjna 34, 64-600 Kowanówko

Szpital Wojewódzki w Poznaniu
ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań

**Wielkopolskie Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii
im. Eugenii i Janusza Zeylandów**

ul. Szamarzewskiego 62, 60-569 Poznań

**Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej
w Gostyniu**

Plac K. Marcinkowskiego 8/9, 63-800 Gostyń

Wojewódzki Zakład Opieki Psychiatrycznej Sp. z o.o.,

Sokołówka 1, 62-840 Koźminek

**Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych
„Dziekanka” im. Aleksandra Piotrowskiego w Gnieźnie,**

ul. Poznańska 15, 62-200 Gniezno

Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie

ul. Kiepury 45, 64-100 Leszno

Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach

Charcice 12, 64-412 Chrzypsko Wielkie

**Wojewódzki Specjalistyczny Zespół Zakładów Opieki
Zdrowotnej Chorób Płuc i Gruźlicy w Wolicy**

Wolica 113, 62-872 Godziesze Małe

Szpital Pomnik Chrztu Polski w Gnieźnie

ul. Świętego Jana 9, 62-200 Gniezno

(dalej jako: „Zamawiający”)

osoba wyznaczona przez Zamawiającego do kontaktu
z Wykonawcami:

Pan Tomasz Marzęta

tel.: +48 61 855 35 10

fax: +48 61 415 27 10

e-mail: tomasz.marzeta@szpitalewielkopolski.pl

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, instalacja i wdrożenie Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz dostawa Systemu Autoryzacji – ETAP I” numer referencyjny: SzW/2/2020, (zwane dalej „Postępowaniem” lub „Zamówieniem”).

**Ogłoszenie o
Zamówieniu:**

Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 7 września 2020 r., nr 2020/S 173-417752 (dalej jako: „Ogłoszenie”).

ODWOŁANIE

wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Ogłoszenia o zamówieniu

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 17 września 2020 r., które załączam do niniejszego odwołania, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej jako: „p.z.p.”), niniejszym:

I. wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) i Ogłoszenia o zamówieniu, tj:

[ZARZUT #1 – terminy i warunki realizacji zamówienia];

- a. **§7 ust. 5 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ („Umowy na dostawę, instalację i wdrożenie Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz dostawę Systemu Autoryzacji - ETAP I - CZĘŚĆ „„„„„„„„”, dalej „Wzór Umowy stanowiący Załącznik nr 17 do SIWZ”),** w zakresie, w którym wyznacza nierealny Okres Wdrożenia wynoszący 60 Dni od dnia podpisania Umowy (oraz analogicznie w §9 ust. 7, §10 ust. 4, §24 ust. 1, 2 Wzoru Umowy oraz pkt V ppkt. 6 SIWZ);
- b. **§8 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ,** w zakresie w jakim określa warunki i terminy przedstawienia wszelkich wymaganych przez wykonawcę informacji i dokumentów dotyczących HIS Aktualnego i Infrastruktury Zamawiającego oraz przedstawiania ich przez Zamawiającego (oraz analogicznie w §7 ust. 7 Wzoru Umowy);

- c. **§8 ust. 3 i 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie, w którym określa terminy oraz warunki uprawniające wykonawcę do odstąpienia od Umowy z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego wymaganych przez wykonawcę informacji i dokumentów dotyczących HIS Aktualnego czy Infrastruktury Zamawiającego;
- d. **§9 ust. 7 Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie, w którym wyznacza nierealne do dotrzymania terminy i warunki przedstawienia Projektu Planu Wdrożenia LOK,
- e. **§9 ust. 29, 31 i 36 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie wyznaczonych przez Zamawiającego nierealnych do dotrzymania terminów;

zarzucam naruszenie:

- f. **art. 29 ust. 1 p.z.p.** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia oraz
- g. **art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący dostawcę Platformy Regionalnej (firmę Comarch Healthcare S.A.) – będącego jedynym podmiotem posiadającym przed ogłoszeniem Postępowania pełną wiedzę o założeniach i standardach niezbędnych do wytworzenia wymaganego przez Zamawiającego przedmiotu Zamówienia – poprzez wskazanie niemożliwych do realizacji terminów i warunków dla innych wykonawców, co w konsekwencji uniemożliwia im złożenie konkurencyjnych ofert,
- h. **art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 §2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 z późn. zm.). (dalej „k.c.”) w zw. z art. 387 §1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.** poprzez określenie nierealnych terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia oraz terminu realizacji całego Zamówienia, które znacząco utrudniają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom wykonanie całego zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego poprzez postawienie wymagania, aby termin realizacji zamówienia wynosił 60 dni od dnia zawarcia Umowy, podczas gdy określony przez Zamawiającego termin nie uwzględnia czasu na wykonanie wszystkich

etapów zamówienia i okoliczności faktycznych wpływających na realizację Zamówienia,;

stawiając powyższe zarzuty wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

- i. **modyfikację §7 ust. 5 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ**, poprzez wydłużenie Okresu Wdrożenia z 60 Dni do **180 Dni (oraz analogicznie w §9 ust. 7, §10 ust. 4, §24 ust. 1, 2 Wzoru Umowy oraz pkt V ppkt. 6 SIWZ)**;
- j. **modyfikację §8 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ**, poprzez wydłużenie 2-Dniowego terminu wskazanego w zdaniu pierwszym oraz w zdaniu drugim do **7 Dni (oraz analogicznie w §7 ust. 7 Wzoru Umowy z 2 do 7 Dni)**;
- k. **modyfikację §8 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez wydłużenie terminu na odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego wymaganych przez Wykonawcę informacji i dokumentów dotyczących HIS Aktualnego czy Infrastruktury Zamawiającego z końca 7 do końca **12 Dnia** od dnia podpisania Umowy;
- l. **modyfikację §9 ust. 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ**, poprzez wydłużenie terminu na przedstawienie Projektu Planu Wdrożenia LOK z 7 do **14 Dni** (wydłużenie maksymalnego terminu Wdrożenia z 60 do **180 Dni**)
- m. **modyfikację §9 ust. 29, 31 i 36 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez: (i) wydłużenie terminu z §9 ust. 29 Wzoru Umowy z 7 do **14 Dni**, (ii) wydłużenie terminu z §9 ust. 31 Wzoru Umowy z 7 do **14 Dni**, (iii) wydłużenie terminu z §9 ust. 36 Wzoru Umowy na ustalenie ostatecznego stanowiska co do Projektu LOK z 13 do **21 Dni**;

[ZARZUT #2 – braki dokumentacji postępowania];

- a. **§4 ust. 6 i 7 oraz §22 ust. 15 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zaniechał zdefiniowania Standardu LOK oraz wskazania precyzyjnych wymagań dla Standardu LOK;

- b. **§9 ust. 37 (oraz analogicznie §10 ust. 6 lit. a, 7 i 8) Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie braku określenia przez Zamawiającego przejrzystych kryteriów i przesłanek odrzucenia Projektu LOK (oraz odrzucenia Zmiany Projektu LOK);
- c. **Pkt 1 Architektura Platformy ppkt. 1.1.22.3 Załącznika nr 2 do OPZ** w zakresie w jakim Zamawiający nie umożliwi wykonania testów integracyjnych, bądź przewiduje to, przy czym z dokumentacji postępowania nie da się tego wywieść;
- d. **Opis Przedmiotu Zamówienia** w zakresie w jakim Zamawiający nie uwzględnił interakcji/integracji przedmiotu Zamówienia z systemem centralnym P1 co może doprowadzić do sytuacji, w której przedmiot zamówienia stanie się niemożliwy do wykonania w przewidzianym kształcie lub w pierwotnych założeniach będzie musiał ulec istotnej korekcie powodującej nieokreślony wzrost kosztów dla Wykonawcy;
- e. **Pkt 1.3 (Generator EDM) Załącznika nr 2 do OPZ** w zakresie w jakim Zamawiający nie uwzględnił interakcji/integracji przedmiotu Zamówienia z systemem Generatorem EDM co może doprowadzić do sytuacji, w której przedmiot zamówienia stanie się niemożliwy do wykonania w przewidzianym kształcie lub w pierwotnych założeniach będzie musiał ulec istotnej korekcie powodującej nieokreślony wzrost kosztów dla Wykonawcy;
zarzucam naruszenie:
- f. **art. 29 ust. 1 p.z.p.** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia;
- g. **art. 29 ust. 1 PZP zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, naruszający zasadę przejrzystości postępowania, poprzez niezdefiniowanie w sposób jednoznaczny wymagań w zakresie Standardu LOK oraz nieokreślenie przesłanek i kryteriów odrzucenia Projektu LOK, co w konsekwencji utrudnia wykonawcom złożenie oferty, bowiem określenie wymagań w tym zakresie ma istotny wpływ na jej sporządzenie,
- h. **art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 §2 k.c. w zw. z art. 387 §1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.** poprzez zaniechanie zdefiniowania Standardu LOK oraz

zaniechaniem wprowadzenia przesłanek i kryteriów uprawniających Zamawiającego do odrzucenia Projektu LOK;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- i. **modyfikację Załącznika nr 1 do OPZ** poprzez uzupełnienie o definicję Standardu LOK poprzez precyzyjne, wyczerpujące określenie wymagań w tym zakresie;
- j. **modyfikację §9 ust. 37 (oraz analogicznie §10 ust. 6 lit a., 7 i 8) Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez określenie jednoznacznych przesłanek i kryteriów, które będą uprawniać do odrzucenia Projektu LOK;
- k. **modyfikację** dokumentacji Postępowania poprzez jej uzupełnienie o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia środowiska testowego umożliwiającego wykonanie testów integracyjnych (w tym z Platformą Regionalną) zdalnie – poprzez sieć Internet;
- l. **uzupełnienie Opisu Przedmiotu Zamówienia** w zakresie jakim Zamawiający nie uwzględnił interakcji/integracji przedmiotu Zamówienia z systemem centralnym P1 poprzez wprowadzenie do dokumentacji postanowień, potwierdzających, że dla HIS wiążącą będzie zgoda pacjenta udzielona z ostatnią datą bez względu na to, w którym z systemów zostanie złożona/wycofana (IKP czy Region). Alternatywnie wprowadzenie jednoznacznych regulacji w OPZ w przedmiocie niniejszego zarzutu umożliwiających przed składaniem ofert estymowanie przez wykonawcę ogólnych założeń projektowych, bez których oszacowanie pracochłonności w ofercie jest niemożliwe;
- m. **uzupełnienie Pkt 1.3 (Generator EDM) Załącznika nr 2 do OPZ** o postanowienie, zgodnie z którym przedmiotem Zamówienia nie jest jakakolwiek integracja HIS z Generatorem EDM oraz w konsekwencji rozpowszechnianie dokumentów elektronicznych wytworzonych w generatorze EDM HIS, bądź ich transmisja do Platformy P1. Alternatywnie wprowadzenie jednoznacznych regulacji w OPZ umożliwiających wykonawcy przed składaniem ofert analizę założeń projektowych w tym obszarze, bez których oszacowanie pracochłonności w ofercie jest niemożliwe.

[ZARZUT #3 – nieograniczona licencja];

- a. **§12 ust. 4, 5 lit. b oraz 16 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający wymaga:

- aa. braku ograniczeń terytorialnych dla licencji LOK;
- ab. możliwości swobodnego, nieograniczonego rozwoju oprogramowania LOK, bez żadnych ograniczeń w tym zakresie, w tym technologicznych i czasowych;
- ac. aby licencje składające się na Licencję LOK nie zawierały żadnego ograniczenia liczby użytkowników LOK ani żadnego licencyjnego ograniczenia liczby podmiotów podłączonych do LOK.

zarzucam naruszenie:

- b. **art. 29 ust. 1 p.z.p.** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia, w szczególności brak określenia terytorialnego oraz podmiotowego zakresu licencji, co uniemożliwia wykonawcom dokonanie oceny ryzyka realizacji zamówienia, a tym samym prawidłowe sporządzenie oferty i jej kalkulację.
- c. **art. 29 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uniemożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy np. ze względu na politykę wewnętrzną, udzielają licencji wyłącznie na konkretne cele biznesowe, z odpowiednimi ograniczeniami, w tym terytorialnymi.
- d. **art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 353¹ k.c. i 387 §1 k.c.** poprzez określenie wymogów dot. licencji w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- e. **zmianę/modyfikację §12 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez wprowadzenie ograniczenia terytorialnego licencji, proporcjonalnego do przedmiotu Zamówienia i zbieżnego z obszarem rzeczywistej eksploatacji systemu;

- f. **zmianę/modyfikację §12 ust. 5 lit. b Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez wyłączenie rezultatów autonomicznego rozwoju oprogramowania LOK realizowanego przez Zamawiającego spod uprawnień gwarancyjnych, o których mowa w §14 Wzoru Umowy;
- g. **zmianę/modyfikację §12 ust. 16 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez określenie kręgu użytkowników systemu LOK oraz liczby podmiotów, które mają być do niego podłączone.

[ZARZUT #4 – nieograniczona odpowiedzialność wykonawcy]

- a. **§9 ust. 21 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie, w którym Zamawiający nakłada na wykonawcę pełną odpowiedzialność w przypadku wykonania integracji innymi metodami, niż wykorzystanie dedykowanych interfejsów oraz w zakresie, w którym Zamawiający nakłada na wykonawcę nieograniczoną odpowiedzialność z tytułu wszelkich szkód poniesionych przez Zamawiającego w związku z nieprawidłowym wykonaniem Wdrożenia.

zarzucam naruszenie:

- b. **art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 §1 i 2 k.c., art. 473 k.c. i art. 353¹ k.c.** poprzez rozszerzenie ustawowej odpowiedzialności wykonawcy bez precyzyjnego wskazania konkretnych okoliczności, za które wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność oraz nałożenie na niego odpowiedzialności za okoliczności, które są od niego niezależne i na które nie ma wpływu, co biorąc pod uwagę adhezyjny charakter umowy o zamówienie publiczne stanowi naruszenie równowagi stron, ekwiwalentności świadczeń, istoty stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- c. **zmianę/modyfikację §9 ust. 21 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu szkód poniesionych przez Zamawiającego w związku z nieprawidłowym wykonaniem Wdrożenia w przypadku wykonania integracji innymi metodami, niż wykorzystanie dedykowanych interfejsów wyłącznie do okoliczności zawinionych przez Wykonawcę;

[ZARZUT #5 – nadmierowe kary umowne]

- a. **§24 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,03 % (trzy setne procenta) wartości kwoty brutto podanej przez Wykonawcę w ofercie Wykonawcy i określonej w Umowie (dalej jako: „Wynagrodzenie”) za każdy dzień opóźnienia w zrealizowaniu całości Przedmiotu Umowy Zasadniczy w Okresie Wdrażania przypadający na pierwszych 10 dni (dziesięć) opóźnienia, a począwszy od 11 (jedenastego) dnia opóźnienia w wysokości 0,05 % (pięć setnych procenta) wartości Wynagrodzenia za każdy kolejny dzień opóźnienia;
- b. **§24 ust. 3 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 2 % (dwa procent) wartości Wynagrodzenia w przypadku, gdy Odbiór Zasadniczy Pierwszy będzie Negatywnym Odbiorem Zasadniczym, zakończonym wydanym przez Zamawiającego Negatywnym Protokołem Odbioru Zasadniczego;
- c. **§24 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,07 % (siedem setnych procenta) wartości Wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w realizacji Przedmiotu Umowy Zasadniczego w zakresie pierwszych dziesięciu dni, a od 11 (jedenastego) dnia opóźnienia w wysokości 0,10 % (jednej dziesiątej procenta) wartości Wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia;
- d. **§24 ust. 6 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 4 % (cztery procent) wartości Wynagrodzenia w przypadku, gdy Odbiór Zasadniczy Drugi będzie Negatywnym Odbiorem Zasadniczym, zakończonym wydanym przez Zamawiającego Negatywnym Protokołem Odbioru Zasadniczego;
- e. **§24 ust. 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,11 % (jedenastych setnych procenta) wartości brutto Wynagrodzenia za każdy dzień realizacji Przedmiotu Umowy Zasadniczego przypadający po przedstawieniu przez Zamawiającego Wykonawcy Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego dotyczącego Odbioru Zasadniczego Drugiego (Negatywny Odbiór Zasadniczy Drugi) w zakresie pierwszych 10 dni (dziesięciu), a od 11

(jedenastego) dnia opóźnienia w wysokości 0,13 % (trzynaście setnych procenta) wartości Wynagrodzenia;

- f. **§24 ust. 9 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 6 % (sześć procent) wartości Wynagrodzenia w przypadku, gdy Odbiór Zasadniczy Trzeci będzie Negatywnym Odbiorem Zasadniczym, zakończonym wydanym przez Zamawiającego Negatywnym Protokołem Odbioru Zasadniczego;
- g. **§24 ust. 10 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,13 % (trzynaście setnych procenta) wartości Wynagrodzenia za każdy dzień realizacji Przedmiotu Umowy Zasadniczego przypadający po przedstawieniu przez Zamawiającego Wykonawcy Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego dotyczącego Odbioru Zasadniczego Trzeciego (Negatywny Odbiór Zasadniczy Trzeci);
- h. **§24 ust. 11 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,01 % (jedna setna procenta) wartości Wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wady Przedmiotu Umowy, a począwszy od 3 (trzeciego) dnia od upływu terminu na usunięcie wady w wysokości 0,05 % (pięć setnych procenta) wartości Wynagrodzenia, za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wady;
- i. **§24 ust. 13 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,06 % (sześć setnych procenta) wartości Wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w usunięciu nieprawidłowości krytycznej (Wady Krytycznej), to jest Wady – nieprawidłowości typu I (krytyczna), a począwszy od 3 (trzeciego) dnia od upływu terminu na usunięcie Wady – nieprawidłowości typu I (krytyczna), kary umownej w wysokości 0,12 % (dwanaście setnych procenta) wartości Wynagrodzenia, za każdy dzień opóźnienia;
- j. **§24 ust. 15 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 0,002 Wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w usuwaniu wad dotyczących Systemu Autoryzacji, to jest opóźnienia w usuwaniu Awarii SA;

- k. **§24 ust. 16 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 10 % (dziesięć procent) wartości Wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z powodu nie otrzymania od Zamawiającego informacji lub dokumentów dotyczących HIS Aktualnego lub Infrastruktury Zamawiającego jeżeli są to informacje lub dokumenty których posiadania Zamawiający nie potwierdził w toku Postępowania Przetargowego lub którymi nie dysponuje;
- l. **§24 ust. 17 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 10 % wartości Wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z tego powodu, że ponownie przedstawiony Projekt Planu Wdrożenia LOK nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w OPZ i Umowie;
- m. **§24 ust. 18 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 10 % wartości Wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z powodu odrzucenia przez Zamawiającego przedstawionego przez Wykonawcę Projektu LOK;
- n. **§24 ust. 19 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 1 % wartości Wynagrodzenia w odniesieniu do każdej osoby wskazanej w wykazie osób w Ofercie Wykonawcy, w przypadku, gdy bez pisemnej zgody Zamawiającego Wykonawca powierzył wykonanie Przedmiotu Umowy z wyłączeniem osób wskazanych w wykazie osób mających wykonywać Przedmiot Umowy przedstawionym w Ofercie Wykonawcy;
- o. **§24 ust. 21 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega naliczenie kary umownej w wysokości 90 % (dziewięćdziesiąt procent) Wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub przez Wykonawcę z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność;
zarzucam naruszenie:
- p. **art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 353¹ oraz art. 483 § 1 k.c. i 484 § 1 i § 2 k.c.** poprzez zastrzeżenie naliczenia rażąco

wygórowanych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia kar umownych, co w konsekwencji oznacza przekroczenie granicy swobody umów i obarczenie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem związanym z niewykonaniem obowiązków umownych;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- q. **modyfikację §24 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kar umownych do odpowiednio 0,015 % wartości Wynagrodzenia (w ciągu pierwszych 10 dni opóźnienia) oraz 0,025 % wartości Wynagrodzenia (począwszy od jedenastego dnia opóźnienia) za każdy dzień opóźnienia;
- r. **modyfikację §24 ust. 3 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 1 % wartości Wynagrodzenia;
- s. **modyfikację §24 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kar umownych do odpowiednio 0,035 % wartości Wynagrodzenia (w ciągu pierwszych 10 dni opóźnienia) oraz 0,05 % wartości Wynagrodzenia (począwszy od jedenastego dnia opóźnienia);
- t. **modyfikację §24 ust. 6 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 2 % wartości Wynagrodzenia;
- u. **modyfikację §24 ust. 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kar umownych do odpowiednio 0,06 % wartości brutto Wynagrodzenia (w ciągu pierwszych 10 dni opóźnienia) oraz 0,08 % wartości Wynagrodzenia (począwszy od jedenastego dnia opóźnienia) za każdy dzień opóźnienia;
- v. **modyfikację §24 ust. 9 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 3 % wartości Wynagrodzenia;
- w. **modyfikację §24 ust. 10 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 0,07 % wartości Wynagrodzenia;
- x. **modyfikację §24 ust. 11 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kar umownych do odpowiednio 0,005 %

wartości Wynagrodzenia oraz 0,025 % wartości Wynagrodzenia (począwszy od trzeciego dnia opóźnienia) za każdy dzień opóźnienia;

- y. **modyfikację §24 ust. 13 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kar umownych do odpowiednio 0,03 % wartości Wynagrodzenia oraz 0,06 % wartości Wynagrodzenia (począwszy od trzeciego dnia opóźnienia) za każdy dzień opóźnienia;
- z. **modyfikację §24 ust. 15 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 0,001 wartości Wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia;
- aa. **modyfikację §24 ust. 16 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 5 % wartości Wynagrodzenia;
- bb. **modyfikację §24 ust. 17 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 5 % wartości Wynagrodzenia;
- cc. **modyfikację §24 ust. 18 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 5 % wartości Wynagrodzenia;
- dd. **modyfikację §24 ust. 19 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 0,5 % wartości Wynagrodzenia w odniesieniu do każdej osoby wskazanej w wykazie osób w Ofercie Wykonawcy;
- ee. **modyfikację §24 ust. 21 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 45 % wartości Wynagrodzenia;

[ZARZUT #6 – brak wskazania w SIWZ oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia];

- a. **pkt VI ppkt 4 SIWZ oraz VI. 3) pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu** w zakresie w jakim nie wskazuje wykazu oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia;

zarzucam naruszenie:

- b. **art. 36 ust. 1 pkt. 6 p.z.p. w zw. z 25 ust. 1 pkt. 3 p.z.p.** poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego wykazu oświadczeń lub dokumentów SIWZ o wykaz oświadczeń lub dokumentów, których żądać będzie Zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia;

stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- c. **modyfikację pkt VI ppkt 4 SIWZ** poprzez wskazania wykazu oświadczeń lub dokumentów, których będzie żądał Zamawiający na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz odpowiednie uzupełnienie Ogłoszenia o zamówieniu o wskazanie ww. oświadczeń lub dokumentów;

[ZARZUT #7 – gwarancja];

- a. **§14 ust. 8 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega, że może dochodzić uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji będących konsekwencją zgłoszenia wad Przedmiotu Umowy w okresie gwarancji i rękojmi, które to wady zostały usunięte przez Wykonawcę i w związku z tym na te elementy Przedmiotu Umowy, które były objęte wskazanymi wadami Rękojmia i Gwarancja biegnie na nowo.

zarzucam naruszenie:

- b. **art. 29 ust. 1 p.z.p.** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności faktycznych mających wpływ na realizację zamówienia, w szczególności brak określenia maksymalnego terminu obowiązywania gwarancji, co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej;
- c. **art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 353¹ k.c. oraz art. 581 n. §1 k.c.** poprzez ukształtowanie uprawnień gwarancyjnych w taki sposób, że ze względu na specyfikę systemu LOK, okres gwarancji na Przedmiot Umowy jest określony bezterminowo, z uwagi na fakt, że usunięcie wad danego elementu Przedmiotu Umowy oznacza, że termin gwarancji co do całego Przedmiotu Umowy biegnie na nowo, co przekracza uprawnienia Zamawiającego wynikające ze swobody umów i narusza równość stron, a jednocześnie uniemożliwia wykonawcy precyzyjne skalkulowanie ceny ofertowej;

stawiając powyższy zarzut wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- d. **modyfikację §14 ust. 8 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 17 do SIWZ** poprzez określenie maksymalnego terminu obowiązywania gwarancji, zgodnie z warunkami rynkowymi;
- e. **wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.**

INTERES I SZKODA ODWOŁUJĄCEGO

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, posiada legitymację czynną i ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w postaci utraconych korzyści, jaki uzyskałby Odwołujący realizując przedmiotowe Zamówienie. Niegodne z PZP czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie Zamówienia.

Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając, że *„krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.”*¹

ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH ODWOŁANIA

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 7 września 2020 r. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 123/14

na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Wobec powyższego, w zakresie stawianych zarzutów Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia Odwołania w terminie 10 dni od dnia 7 września 2020 r. Niniejsze odwołanie Odwołujący składa w dniu 17 września 2020 r., w tym samym dniu doręczając kopię Zamawiającemu, wobec czego termin na złożenie Odwołania został dochowany.

Odwołujący uiścił wpis od Odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł, a Zamawiający otrzymał kopię Odwołania.

OGŁOSZENIE

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 września 2020 r. pod numerem nr 2020/S 173-417752, pod adresem:

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:417752-2020:TEXT:PL:HTML&tabId=0>

UZASADNIENIE

1. WPROWADZENIE

- 1.1. Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Dostawa, instalacja i wdrożenie Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz dostawa Systemu Autoryzacji – ETAP I”* numer referencyjny: SzW/2/2020.
- 1.2. Należy podkreślić, że Zamawiający nie może w sposób dowolny kreować postanowień SIWZ, lecz wymagania muszą wynikać z jego uzasadnionych potrzeb. Odnosząc się po kolei do zarzutów Odwołujący wykaże, że zaskarżone postanowienia nie znajdują uzasadnienia w działalności Zamawiającego oraz prowadzą do ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę w niniejszym Postępowaniu jednocześnie ograniczając jego konkurencyjność.

2. ZARZUT #1 – terminy i warunki realizacji zamówienia

- 2.1. Zgodnie z definicją „Postępowania Przetargowego Całość” przedmiot Zamówienia stanowi:

1. Dostarczenie systemu autoryzacji (karty chipowe, czytniki chipowe, oprogramowanie, certyfikaty).
2. Dostarczenie skonfigurowanie i uruchomienie systemów wsparcia przetwarzania informacji w podmiotach leczniczych (aplikacje i systemy szpitalne i specjalistyczne).

Do projektu „Wyposażenie środowisk informatycznych wojewódzkich, powiatowych i miejskich podmiotów leczniczych w narzędzia informatyczne umożliwiające wdrożenie EDM oraz stworzenie sieci wymiany danych między podmiotami leczniczymi samorządu województwa”.

2.2. W kontekście powyższego należy zauważyć, że oprócz dostawy kart i czytników chipowych (pkt 1), czyli systemu autoryzacji stanowiącego niejako autonomiczną część Zamówienia, kluczowy przedmiot Zamówienia stanowi dostarczenie do poszczególnych zamawiających Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego (dalej „LOK”) zapewniającego współpracę pomiędzy HIS danego Zamawiającego, a zrealizowaną Platformą Regionalną. Innymi słowy, wykonawca zobowiązany jest: 1) przeanalizować dokumentację, 2) zaprojektować, 3) napisać, 4) przetestować oprogramowanie, 5) opracować do niego złożoną dokumentację, następnie 6) oprogramowanie musi zostać wdrożone w kilku podmiotach leczniczych. Nadto, podkreślenia wymaga, iż po wykonaniu LOK systemy HIS muszą zapewnić współpracę z Platformą Regionalną w Zakresie przewidzianym w Załączniku Nr 1 do OPZ („Opis wymagań dla Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego”), w którym w pkt 1.7 wskazano, że: *System HIS za pośrednictwem LOK musi umożliwiać niezakłóconą i wydajną współpracę się z Platformą Regionalną, co najmniej w zakresie:*

- *Obsługi usługi e-Dokumentacja w pełnym zakresie (w szczególności rejestrowania elektronicznych dokumentów medycznych zgodnych z HL7 CDA oraz PIK HL7 CDA w rejestrze regionalnym oraz zapisywania tych EDM w repozytorium lokalnym dostarczonym w ramach Platformy Regionalnej)*
- *Wyszukiwanie EDM zaindeksowanych na Platformie Regionalnej.*
- *Pobieranie EDM z lokalnego repozytorium dostarczonego w ramach Platformy Regionalnej.*
- *Pobieranie przez podmiot leczniczy EDM zindeksowanych w Platformie Regionalnej przechowywanych w innych niż właściwe dla podmiotu repozytorium.*

- *Pobieranie EDM zindeksowanych w platformach zewnętrznych, z którymi Platforma Regionalna będzie wymieniała się dokumentami.*
- *Obsługę wniosków o udostępnienie EDM.*
- *Przekazywanie informacji o zgodach udzielanych przez Pacjentów.*
- *Pełną obsługę usługi e-Rejestracja (w tym definiowanie przez personel podmiotu leczniczego zakresu dostępnych w Platformie regionalnej terminów i usług).*

2.3. Warto dla przykładu nadmienić, że zakres Zamówienia jest większy niż zakres integracji systemów HIS z „Elektroniczną Platformą Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych” (P1) prowadzonego przez Centrum e-Zdrowie. W postępowaniu tym zamawiający dla każdego z zakresów integracji z P1 (e-recepta, e-skierowanie, EDM (3 dokumenty), zdarzenie medyczne) wyznaczył dostawcom systemów HIS co najmniej półroczny okres na dostosowanie swoich systemów w każdym z tych obszarów. W niniejszym Postępowaniu natomiast Zamawiający przewidział łącznie 60 dni na wszystkie i skumulowane i rozszerzone zakresy łącznie (!).

2.4. W ocenie Odwołującego, dokonując dekompozycji przedmiotu Zamówienia oraz szacowania niezbędnych nakładów czasu pracy, estymowana specyfikacja prac winna przedstawiać się następująco (MD= roboczodzień jednej osoby):

- Analiza – 20 MD
- Projektowanie – 20 MD
- Wykonanie – 260 MD
- Testy – 30 MD
- Dokumentacja – 20 MD
- Wdrożenie – 25 MD (per podmiot)
- Zarządzanie projektem – 30 MD

2.5. Należy więc z pełną stanowczością zaznaczyć, że czas przewidziany na tak obszerny zakres prac przez Zamawiającego, wynoszący raptem 60 dni roboczych jest zupełnie nieadekwatny do skali, zakresu oraz złożoności przedmiotu Zamówienia. Zdaniem Odwołującego, termin 60-cio dniowy mógłby być adekwatny dla projektu, którego przedmiotem byłoby oprogramowanie służące np. jako przeglądarka plików EDM/PDF – nie zaś system mający na celu ich tworzenie zgodnie z regułami EDM, podpisywanie, transmisję czy pobieranie z pełnymi restrykcjami w zakresie bezpieczeństwa. Nie bez znaczenia pozostaje również, że

w kontekście Zamówienia mówimy o 2 dodatkowych skomplikowanych usługach wymagających zarządzania dokumentami towarzyszącymi (zgody pacjentów, wnioski o udostępnienie) i skutkami, jakie wywołują w HIS oraz usłudze e-Rejestracja.

2.6. W kontekście stawianego zarzutu należy również dodać, że poszczególne czynności/elementy przewidziane w Umowie mają często złożony charakter. Przykładowo „Wdrożenie” zgodnie z definicją stanowi „w szczególności konfigurację, integrację, parametryzację, przeprowadzenie testów akceptacyjnych poprzedzających Odbiór Zasadniczy, przekazanie odpowiedniej wiedzy Zamawiającemu z zasad obsługi LOK, w tym szkolenia oraz przekazanie dokumentacji powykonawczej”. W odniesieniu do „Dokumentacji” stosownie do Załącznika nr 1 do OPZ Zamawiający przewiduje:

1.9. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia dokumentacji dla administratora zawierającej co najmniej szczegóły dokonanego wdrożenia, konfiguracji, opisu struktur baz danych wraz z opisem procedury instalacji, konfiguracji i aktualizacji.

1.10. Wykonawca musi zagwarantować dostarczenie dokumentacji użytkowej, systemowej i instalacyjnej zgodnej ze stanem faktycznym oraz bieżącą aktualizację dokumentacji w przypadku zmiany konfiguracji LOK.

1.21. Zamawiający oczekuje dostarczenia dokumentacji dostarczonego Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego, w tym szczegółów instalacji, konfiguracji oraz sposobu aktualizacji, w szczególności sposobu konfiguracji LOK do współpracy z Platformą, struktur baz danych wykorzystywanych przez LOK wraz z opisem poszczególnych pól i relacji między tabelami lub danymi.

2.7. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż tworzenie oprogramowania jest procesem sekwencyjnym, a poszczególne czynności możliwe są do wykonania tylko w określonej kolejności. Przykładowo nie jest możliwe wykonanie projektowania bez analizy, nie da się przeprowadzić testów bez uprzedniego wykonania oprogramowania, niemożliwym jest rozpoczęcie wdrożenia bez wcześniejszego przetestowania oprogramowania itd. Nawet więc gdyby hipotetycznie przyjąć, że dany wykonawca zwiększyłby liczebność personelu dedykowanego do realizacji Zamówienia, to i tak nie przełożyłoby się to na skrócenie terminu w stopniu umożliwiającym realizację Zamówienia w zakładanym przez Zamawiającego terminie.

2.8. Mając na uwadze powyższe, Zarzut nr 1 wraz z żądaniami Odwołującego należy uznać za w pełni zasadny.

3. ZARZUT #2 – braki dokumentacji postępowania

3.1. W dalszej kolejności Odwołujący zauważa, że Zamawiający zaniechał zdefiniowania w dokumentacji Postępowania „Standardu LOK”, do którego kilkakrotnie odnosi się w treści Wzoru Umowy:

„§4 ust 6. Szczegółowe zadania realizowane LOK wymagania i opis Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego wskazane zostały w OPZ. W OPZ wskazany został również Standard LOK (załącznik numer 1 do Umowy).

§4 ust 7. Wykonawca oświadcza, że dokładnie zapoznał się z Standardem LOK. Nadto Wykonawca oświadcza, że nie wnosi zastrzeżeń do Standardu LOK i że na podstawie Umowy w oparciu o Standard LOK wykona Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne zgodnie z wszelkimi Wymaganiami Zamawiającego i Umową.”

„§22. Ust 15 Wykonawca oświadcza, że dokładnie zapoznał się z Standardem LOK. Nadto Wykonawca oświadcza, że nie wnosi zastrzeżeń do Standardu LOK i że na podstawie Umowy w oparciu o Standard LOK wykona LOK zgodnie z wszelkimi Wymaganiami Zamawiającego.”

3.2. Należy jednak zaznaczyć, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego z §4 ust. 6 Wzoru Umowy – dokumentacja postępowania nie zawiera Załącznika nr 1 do Umowy. Również Załącznik nr 1 do OPZ (Opis wymagań dla Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego) nie zawiera stosownej definicji Standardu LOK.

3.3. Mając na uwadze treść oświadczeń wykonawcy zawartych w §4 ust 7 oraz §22 ust. 15 Wzoru umowy nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający winien był zdefiniować Standard LOK w dokumentacji Postępowania – czego z niewiadomych dla Odwołującego względów zaniechał.

3.4. Podobnie Zamawiający nie zdefiniował przejrzystych kryteriów i przesłanek odrzucenia Projektu LOK, o którym mowa w §9 ust. 37 Wzoru Umowy. Postanowienie to uprawnia Zamawiającego do odrzucenia Projektu LOK z przyczyn nieznanych wykonawcy – naruszając zasadę równości stron umowy.

3.5. W dokumentacji Postępowania brak jest również zobowiązania Zamawiającego, do umożliwienia wykonywania testów integracyjnych z Platformą Regionalną

Wykonawcy zdalnie. Przeciwnie, jak wynika z pkt. 1.1.22.3 Załącznika nr 2 do OPZ „Środowisko testowe nie może być dostępne z sieci Internet”. Nawet jeżeli postanowienie to odnosi się do Platformy Regionalnej a nie obecnego OPZ to zaniechanie zamieszczenia informacji o środowisku testowym Odwołujący musi potraktować, jako potencjalny brak jego udostępnienie przez Zamawiającego.

- 3.6. Mając na uwadze powyższe Odwołujący musi założyć, że do wykonania testów wykonawca będzie musiał stawić się w siedzibie Zamawiającego lub/i danej placówki medycznej. Wydaje się to być delikatnie rzecz ujmując pomysłem kuriozalnym mając na uwadze charakter przedmiotu zamówienia, jakim jest tworzenie oprogramowania. Nie znajduje również żadnej aprobaty założenie, zgodnie z którym testy miałyby być prowadzone na środowisku produkcyjnym. Abstrahując od kwestii związanych z bezpieczeństwem, wdrożenie tak złożonego oprogramowania jakim jest LOK bezpośrednio na środowiskach produkcyjnych i w terminie określonym w Postępowaniu jest całkowicie niewykonalne.
- 3.7. W ocenie Odwołującego systemy zbudowane w ramach Platformy Regionalnej zdają się być słabo dostępne. Można stwierdzić (na dzień wniesienia Odwołania), że Portal Pacjenta wytworzony w ramach postępowania SzW/1/2019 nie działa poprawnie (pod adresem <https://ezdrowie.wielkopolskie.pl/> nie ma możliwości nawet poprawnego zalogowania się). Niskie jest również prawdopodobieństwo, że u wszystkich uczestników projektu zainstalowano także wszystkie lokalne komponenty platformy (Generator EDM, Portal Lekarza, lokalne repozytorium Platformy Regionalnej, lokalny bufor / cache rejestru platformy regionalnej). Powyższe uzasadnia przypuszczenie Odwołującego, że rozwiązanie Platformy Regionalnej nawet jeżeli funkcjonuje, to nie jest w pełni gotowe do integracji – co dodatkowo obarcza proces testowania oprogramowania ryzykiem niezrealizowania Zamówienia w wymaganym terminie.
- 3.8. W odniesieniu do zarzutu dot. nieuwzględnienia w OPZ interakcji/integracji przedmiotu Zamówienia z projektem centralnym P1 należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności faktyczne.
- 3.9. W ramach platformy centralnej P1 wytwarzanej na rzecz Centrum e-Zdrowie (dalej „CeZ”) powstaje rejestr zgód pacjenta, który wypełniać może sam pacjent w ramach swojego Internetowego Konta Pacjenta (IKP). Zgodnie natomiast z OPZ w Postępowaniu ten element Zamówienia został stworzony jako niezależny element

stanowiący komponent Platformy Regionalnej. W opinii Odwołującego stoi to w sprzeczności z wytycznymi CeZ, według których pacjent ma mieć możliwość zarządzania wszystkimi zgodami bezpośrednio z poziomu swojego IKP, a nie rozwiązań trzecich – w tym wypadku z systemu objętego przedmiotem Zamówienia. Warto zwrócić także uwagę na to, że platforma centralna (P1) umożliwia weryfikację zgód pacjenta w sposób dużo prostszy aniżeli rozwiązanie zaproponowane w Platformie Regionalnej, które wymaga tworzenia specjalnych dokumentów zgód i uprawnień zgodnie z profilem IHE APPC. Z perspektywy pacjenta mającego dostęp do konta IKP promowanego przez Ministerstwo Zdrowia, łatwiej będzie wystawiać zgody dotyczące wszelkiej swojej dokumentacji medycznej gromadzonej na terenie kraju w ramach tego systemu. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można również założyć, że będą pojawiać się przypadki, kiedy pacjent skorzysta z obu rozwiązań – co w konsekwencji z uwagi na to, że systemy nie będą ze sobą zintegrowane – będzie prowadzić do wprowadzania odmiennych deklaracji/zgód dla tych samych szpitali w każdym z systemów. Wówczas pojawiać się będzie pytanie natury praktycznej, która zgoda lub jej brak jest ważniejszy/nadrzędny w wypadku wystąpienia takich kolizji. Odwołujący zwraca uwagę, że w każdym przypadku odpowiedzialność za decyzję spadnie na dziedzinowy system HIS, który musi się integrować się z platformą krajową P1 a jednocześnie spełnić analogiczne, podobne wymaganie w niniejszym Zamówieniu.

3.10. Dokumentacja Postępowania nie dostarcza żadnych wytycznych na wypadek wystąpienia wskazanych powyżej okoliczności, wobec czego za w pełni zasadny należy uznać stawiany zarzut wraz z żądaniem uzupełnienia dokumentacji Postępowania o postanowienia, potwierdzające, że dla HIS wiążąca będzie zgoda pacjenta udzielona z ostatnią datą bez znaczenia, w którym z systemów zostanie złożona/wycofana (IKP czy Region). Alternatywnie Odwołujący żąda jednoznacznych regulacji w OPZ umożliwiających wykonawcy przed składaniem ofert analizę założeń projektowych, bez których oszacowanie pracochłonności w ofercie jest niemożliwe.

3.11. W odniesieniu do zarzutu dot. pkt. 1.3 Załącznika nr 2 do OPZ (Generator EDM) należy nadmienić, że dostarczany w ramach Platformy Regionalnej Generator EDM z założenia będzie komunikował się bezpośrednio z lokalnym repozytorium Platformy Regionalnej, z pominięciem systemu dziedzinowego HIS eksploatowanego w danym szpitalu. Zgodnie z wytycznymi CeZ, to szpitale (ogółem

świadczeniodawcy) są stroną dostarczającą EDM do P1, a dokumenty elektroniczne trafiające do Systemów Regionalnych mają niejako stanowić rezerwowe repozytoria tego typu dokumentów. Oznacza to, że system dziedziny HIS, który jest zobligowany wysyłać EDM do P1, nie będzie miał w ogóle wiedzy o powstających dokumentach wykorzystaniem Generators EDM. Te zgodnie z założeniami Zamówienia trafią bezpośrednio do Platformy Regionalnej z pominięciem HIS.

- 3.12. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uzupełnienie dokumentacji postępowania o postanowienie, zgodnie z którym przedmiotem Zamówienia nie jest jakakolwiek integracja HIS z generatorem EDM oraz w konsekwencji rozpowszechnianie dokumentów elektronicznych wytworzonych w generatorze EDM HIS, bądź ich transmisja do Platformy P1. Alternatywnie Odwołujący żąda jednoznacznych regulacji w OPZ umożliwiających wykonawcy przed składaniem ofert analizę założeń projektowych, bez których oszacowanie pracochłonności w ofercie jest niemożliwe.

4. ZARZUT #3 – nieograniczona licencja

- 4.1. W obecnej wersji Wzoru Umowy w §12 ust. 4, 5 lit. b oraz 16 Zamawiający wymaga braku ograniczeń terytorialnych dla licencji LOK, możliwości swobodnego, nieograniczonego rozwoju oprogramowania LOK, bez żadnych ograniczeń w tym zakresie, w tym technologicznych i czasowych oraz aby licencje składające się na Licencję LOK nie zawierały żadnego ograniczenia liczby użytkowników LOK ani żadnego licencyjnego ograniczenia liczby podmiotów podłączonych do LOK.
- 4.2. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zakres licencji jest nieproporcjonalny i nadmiarowy z punktu widzenia OPZ. Brak ograniczeń terytorialnych dla licencji LOK skutkowałby tym, że Zamawiający miałby możliwość implementacji systemu w dowolnym miejscu na świecie. Tak szeroki zakres nie ma odzwierciedlenia ani uzasadnienia w OPZ. Jednocześnie wymóg ten w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję, bowiem uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, którzy ze względu chociażby na wewnętrzną politykę korporacyjną nie udzielają licencji nieograniczonej terytorialnie, jeżeli nie wymaga tego konkretne zamierzenie biznesowe klienta.
- 4.3. Pozostawienie SIWZ w obecnym brzmieniu będzie skutkowało tym, że wykonawcy nie będą w stanie prawidłowo skalkulować ceny ofertowej. Jednocześnie, ryzyko

niewłaściwego oszacowania ceny ze względu na nieprecyzyjne określenie zakresu terytorialnego licencji obciąża wykonawcę.

4.4. W dalszej kolejności należy stwierdzić, że zapewnienie Zamawiającemu możliwości swobodnego, nieograniczonego rozwoju oprogramowania LOK, bez żadnych ograniczeń, w tym technologicznych i czasowych musi oznaczać zwolnienie wykonawcy ze świadczenia gwarancji w tym zakresie. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, gdy Zamawiający w sposób autonomiczny, poza jakąkolwiek kontrolą i wiedzą wykonawcy będzie realizował rozwój systemu, zachowując jednocześnie roszczenia wobec wykonawcy z tytułu gwarancji w tym zakresie.

5. ZARZUT #4 – nieograniczona odpowiedzialność wykonawcy

5.1. Zgodnie z obecnym brzmieniem §9 ust. 21 Wzoru Umowy „Wykonawca przyjmuje na siebie **pełne i nieograniczone** ryzyko tego, że integracja taka może doprowadzić do niekontrolowanej utraty integralności danych, co powoduje powstanie ryzyka uszkodzenia danych wrażliwych procesu leczenia pacjentów Zamawiającego i przyjmuje za to pełną odpowiedzialność. Niezależnie od powyższego, Wykonawca zawsze ponosi **nieograniczoną odpowiedzialność** z tytułu wszelkich szkód poniesionych przez Zamawiającego w związku z nieprawidłowym wykonaniem Wdrożenia, co obejmuje w szczególności przeprowadzenie Wdrożenia w sposób sprzeczny z Wymaganiami Zamawiającego, w tym naruszający prawa osób trzecich.”

5.2. Z treści powyższego postanowienia można wnioskować, że wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność za szkodę poniesioną przez Zamawiającego nawet jeżeli nie wynika ona z okoliczności zawinionych przez wykonawcę.

5.3. Zamawiający nakłada zatem na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu, co jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Rozszerzenie odpowiedzialności w sposób wskazany przez Zamawiającego nie ma żadnego praktycznego uzasadnienia i modyfikacja powyższego postanowienia nie naruszy interesu Zamawiającego. Wykonawca chcąc uzyskać zamówienie musi wyrazić zgodę na taką odpowiedzialność pomimo tego, że nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.

5.4. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego należy ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy do okoliczności przez niego zawinionych.

6. ZARZUT #5 – nadmiarowe kary umowne

- 6.1. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO, z karą rażąco wygórowaną mamy do czynienia, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się.²
- 6.2. Przeznaczeniem kary umownej nie jest wprowadzanie wyzysku strony umowy realizującej świadczenie niepieniężne i jej krzywdzenie, tylko zapewnienie systemu kontraktowych zabezpieczeń prawidłowej realizacji umowy. Ten zaś nie może prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia nieproporcjonalnych obciążeń przez wykonawcę.³ Ponadto, jak wskazuje się w orzecnictwie, kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia.⁴
- 6.3. Wartość niniejszego Postępowania mieści się w tzw. progach unijnych, co oznacza, że wynosi co najmniej 139 000 euro, czyli około 593 000 zł. Zamawiający powinien mieć to na uwadze ustalając wysokość kar umownych, bowiem zastrzeżenie kary umownej nawet w wysokości 1 % za każdy dzień opóźnienia oznacza dla wykonawcy dolegliwość w kwocie niemal 6000 zł dziennie.
- 6.4. W przedmiotowym Postępowaniu poprzez narzucenie nadmiernie wygórowanych kar umownych, Zamawiający może doprowadzić do sytuacji, gdzie wykonawcy nie mogąc określić granic swojej odpowiedzialności nie będą składać ofert. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wykazał się całkowitą jednostronnością zapisów. Co więcej, tak sformułowane kary umowne nie chronią w żaden sposób zobiektywizowanych interesów Zamawiającego, lecz mogą stanowić dla niego źródło nieuzasadnionego wzbogacenia, bądź mogą skutkować tym, że podmioty dające gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia nie złożą oferty, albowiem będzie to dla nich nadmiernie ryzykowne. Pozostawienie zapisów w pierwotnej wersji przez Zamawiającego może powodować ograniczenie kręgu wykonawców, zdolnych do złożenia oferty na warunkach konkurencyjnych.

² Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2010 r., sygn. akt KIO 1839/09;

³ Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1242/14;

⁴ Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 113/13, KIO 117/13;

- 6.5. Utrzymanie obecnych zapisów SIWZ może doprowadzić do sytuacji, gdzie wysokość kar umownych przewyższy wartość Zamówienia.
- 6.6. Należy mieć na uwadze, że w zakresie odrębnie nieuregulowanym w przepisach ustawy p.z.p. do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio) przepisy k.c. Stanowisko to wyraził również Sąd Okręgowy w Warszawie w jednym z wyroków, wskazując, że: *„Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować”*.⁵ Stąd, biorąc pod uwagę przepisy k.c. oraz wyrażone w nim zasady, Zamawiający nie może dowolnie kształtować zapisów umowy, przerzucając na wykonawców ciężar jednostronnie ukształtowanych, rażąco wygórowanych kar umownych.
- 6.7. Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę przewidziane w SIWZ bardzo krótkie, a wręcz nierealne terminy na realizację poszczególnych zobowiązań przez wykonawcę, o czym mowa powyżej, istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż wykonawca nie zdoła uniknąć opóźnień. Oznacza to, że będzie zmuszony do uiszczenia wygórowanych kar umownych nie mając możliwości realizacji zlecenia w zastrzeżonym terminie.
- 6.8. Powyższe potwierdził m.in. Sąd Apelacyjny w Gdańsku: *„[j]eśli zatem pozwany rozumie postanowienie zastrzegające karę umowną za nieterminowe wykonanie prac powoda w ten sposób, że jest to odpowiedzialność absolutna obejmująca także przyczyny opóźnienia leżące po stronie pozwanego, to takie postanowienie umowne należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i w konsekwencji uznać za bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 § 2 KC”*⁶.

7. ZARZUT #6 – brak wskazania w SIWZ dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia

- 7.1. Nie pozostawia również żadnych wątpliwości, że Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt. 6 p.z.p. w zw. z 25 ust. 1 pkt. 3 p.z.p. poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazu oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia. Obowiązek ten

⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2004 r., sygn. akt V CA 2344/03

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 18 czerwca 2013 r., sygn. akt: V ACa 266/13.

wynika z literalnego brzmienia przytoczonych przez Odwołującego przepisów ustawy p.z.p.

- 7.2. W kontekście powyższego należy zaznaczyć, że Zamawiający powinien żądać co najmniej tych oświadczeń i dokumentów, które dotyczą przesłanek wykluczenia z postępowania o charakterze obligatoryjnym. Z katalogu zawartego w §5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282), będą to co najmniej oświadczenia i dokumenty z pkt 1, pkt 2-3 (ewentualnie pkt 5, pkt 6, pkt 10) – odpowiednio dotyczące obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 p.z.p., art. 24 ust. 1 pkt 15 p.z.p. (ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 22 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 p.z.p.).

8. ZARZUT #7 – gwarancja

- 8.1. Zgodnie z §14 ust. 8 Wzoru Umowy *„Oprócz Daty Końcowej Gwarancji i Rękojmi wyróżnia się Datę Zamykającą Gwarancję i Rękojmię. Data Zamykająca Gwarancję i Rękojmię to dzień przypadający na 360 dzień kalendarzowy po Dacie Końcowej Gwarancji i Rękojmi. Okres pomiędzy Datą Końcową Gwarancji i Rękojmi a Datą Zamykającą Gwarancję i Rękojmię, zwany Okresem Dodatkowym Gwarancji i Rękojmi to okres w jakim Zamawiający może dochodzić uprawnień z tytułu Rękojmi i Gwarancji (to jest żądać od Wykonawcy wykonania przez niego jego obowiązków wynikających z Gwarancji i Rękojmi) będących konsekwencją zgłoszenia wad Przedmiotu Umowy w Okresie Gwarancji i Rękojmi, które to wady zostały usunięte przez Wykonawcę i w związku z tym na te elementy Przedmiotu Umowy, które były objęte wskazanymi wadami Rękojmia i Gwarancja biegnie na nowo. Okres pomiędzy Datą Końcową Gwarancji i Rękojmi a Datą Zamykającą Gwarancję i Rękojmię (Okres Dodatkowy Gwarancji i Rękojmi) to okres w jakim Zamawiający może również dochodzić uprawnień z tytułu Gwarancji i Rękojmi dotyczących prac realizowanych przez Wykonawcę w Okresie Gwarancji i Rękojmi w ramach jego obowiązków wskazanych w ust. 3 niniejszego paragrafu.”*

- 8.2. Przede wszystkim należy zauważyć, że systemy IT charakteryzują się rozbudowaną specyfiką, polegającą m.in. na tym, że każdy element systemu jest ściśle powiązany z jego całością. Bardzo trudno jest wyodrębnić poszczególne, niezależne elementy. Oznacza to, że usunięcie wady konkretnego elementu systemu stanowi *de facto* usunięcie wady całego systemu. W praktyce zatem, pozostawienie powyższego

postanowienia w obecnym brzmieniu będzie skutkowało każdorazowo rozpoczęciem biegu okresu gwarancji od nowa nie w stosunku do jednego elementu systemu, ale do całego Przedmiotu Zamówienia.

8.3. Co więcej, w ramach standardowego cyklu produkcyjnego systemu, producenci przewidują tzw. patche, czyli uzupełnienia i poprawki do systemu. Oznacza to, że każdy duży system informatyczny jest co jakiś czas aktualizowany w celu usunięcia błędów oraz ulepszenia. W myśl §14 ust. 8 Wzoru Umowy, każda, standardowa aktualizacja systemu oznaczałaby rozpoczęcie biegu terminu gwarancji na nowo co do całości Przedmiotu Zamówienia.

8.4. Z uwagi na to, w ocenie Odwołującego konieczne jest określenie maksymalnego okresu gwarancji, zgodnie z normami przyjętymi na rynku IT.

W oparciu o powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

Za Odwołującego:

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
4. odpis z KRS Odwołującego.