

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

- Zamawiający:**
1. Szpital Powiatowy im. prof. Romana Drewsa; ul. Żeromskiego 29, 64-800 Chodzież;
 2. Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Czarnkowie; ul. Kościuszki 96, 64-700 Czarnków;
 3. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Grodzisku Wielkopolskim; ul. Mossego 17, 62-065 Grodzisk Wielkopolski;
 4. Szpital Powiatowy w Jarocinie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; ul. Szpitalna 1, 63-200 Jarocin;
 5. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kępnie; ul. Szpitalna 7, 63-600 Kępno
 6. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kole; ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25, 62-600 Koło;
 7. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kościanie; ul. Szpitalna 7; 64-000 Kościan
 8. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krotoszynie; ul. Młyńska 2, 63-700 Krotoszyn;
 9. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Międzychodzie; ul. Szpitalna 10, 64-400 Międzychód;
 10. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. doktora Kazimierza Hołogi, ul. Poznańska 30, 64-300 Nowy Tomyśl;
 11. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Obornikach; ul. Szpitalna 2, 64-600 Oborniki;
 12. Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Ostrowie Wielkopolskim; ul. Limanowskiego 20-22, 63-400 Ostrów Wielkopolski;
 13. Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o.; Aleja Wolności 4, 63-500 Ostrzeszów;
 14. Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica; ul. Rydygiera 1, 64-920 Piła;
 15. Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie Sp. z o.o.; ul. Poznańska 125a, 63-300 Pleszew;
 16. Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu; ul. Mickiewicza 2, 60-834 Poznań;
 17. Zakład Opiekuńczo-Lecznicy i Rehabilitacji Medycznej SPZOZ; ul. Mogileńska 42, 61-044 Poznań;
 18. Poznański Ośrodek Specjalistycznych Usług Medycznych; al. Solidarności 36, 61-696 Poznań;

19. Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. Józefa Strusia z Zakładem Opiekuńczo - Leczniczym. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej; ul. Szwajcarska 3, 61-285 Poznań;
20. Szpital w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A.; ul. Kraszewskiego 11, 62-041 Puszczykowo;
21. Szpital Powiatowy w Rawiczu Sp. z o.o.; ul. Gen. Grota Roweckiego 6, 63-900 Rawicz;
22. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy; ul. Traugutta 7, 62 – 400 Słupca;
23. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Szamotułach; ul. Sukiennicza 13, 64-500 Szamotuły;
24. Szpital Powiatowy im. Tadeusza Malińskiego w Śremie sp. z o. o.; ul. Chełmońskiego 1, 63-100 Śrem;
25. Szpital Średzki Serca Jezusowego sp. z o. o.; ul. Żwirki i Wigury 10, 63-000 Środa Wielkopolska;
26. Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II w Trzciance; ul. Gen. W. Sikorskiego 9, 64-980 Trzcianka;
27. Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Turku; Poduchowne 1, 62-700 Turek;
28. Zespół Opieki Zdrowotnej w Wągrowcu; ul. Kościuszki 74, 62-100 Wągrowiec;
29. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wolsztynie; ul. Wschowska 3, 64-200 Wolsztyn;
30. Szpital Powiatowy we Wrześni Sp. z o.o.; ul. Słowackiego 2, 62-300 Września;
31. Szpital Powiatowy w Wyrzysku Sp. z o.o.; ul. 22 Stycznia 41, 89-300 Wyrzysk;
32. Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie; ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów;
33. Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu; ul. Poznańska 79, 62-800 Kalisz;
34. Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie; ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin;
35. Wielkopolskie Centrum Neuropsychiatryczne im. Oskara Bielawskiego w Kościanie; Plac Paderewskiego 1A, 64-000 Kościan;
36. Wielkopolskie Centrum Medycyny Pracy; ul. Poznańska 55 A, 60-852 Poznań;
37. Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Śremie; ul. Mickiewicza 95, 63-100 Śrem;
38. Zakład Opiekuńczo-Leczniczy w Śremie; ul. Promenada 7, 63-100 Śrem;
39. Centrum Rehabilitacji im. Prof. Mieczysława Walczaka w Osiecznej; ul. Zamkowa 2, 64-113 Osieczna;
40. Poznański Ośrodek Zdrowia Psychicznego; os. Kosmonautów 110; 61-642 Poznań;
41. Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu; ul. Krysiewicza 7/8, 61-825 Poznań;
42. Szpital Rehabilitacyjno-Kardiologiczny w Kowanówku; ul. Sanatoryjna 34, Kowanówko, 64-600 Oborniki;
43. SP ZOZ Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Gostyniu; Plac K. Marcinkowskiego 8/9, 63-800 Gostyń;
44. Wojewódzki Zakład Opieki Psychiatrycznej Sp. z o.o.; Sokołówka 1, 62-840 Koźminek;

- 45. Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach; Charcice 12, 64-412 Chrzypsko Wielkie;
- 46. Szpital Pomnik Chrztu Polski; ul. Świętego Jana 9, 62-200 Gniezno;
- 47. Województwo Wielkopolskie, al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań;

w imieniu, których postępowanie prowadzi spółka **Szpital Wielkopolski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** (zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwana przedstawicielem Województwa Wielkopolskiego)

ul. Lutycka 34/budynek A, 60-415 Poznań, tel.: (61) 855 35 10, e-mail: tomasz.marzeta@szpitalewielkopolski.pl

Odwołujący: **Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu reprezentowana przez:**

Wojciech Kaliński – radca prawny

Sebastian Błażniak – prokurent

Agnieszka Smuszkiewicz – Dział Wsparcia Sprzedaży

ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań, tel.: 61 64 60 981., faks: 61 64 60 980., e-mail: biuro@nexuspolska.pl, numer KRS: 0000014544

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa, instalacja i wdrożenie aplikacji i systemów szpitalnych, Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz dostawa Systemu Autoryzacji - ETAP II”, nr zamówienia: SzW/7/2020, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 24 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 251-628099

ODWOŁANIE

wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.), wnoszę odwołanie wobec określenia przez Zamawiającego treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) i treści Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa, instalacja i wdrożenie aplikacji i systemów szpitalnych, Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz dostawa Systemu Autoryzacji - ETAP II”, 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. 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 ustawy Prawo zamówień publicznych mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.

1. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.; dalej jako: „Pzp” w zw. z **art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 z późn. zm.; dalej jako: „Kc”) w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez wskazanie nierealnych terminów realizacji zamówienia, co utrudnia lub wręcz uniemożliwia Wykonawcom realizację zamówienia w terminie, a ponadto narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek wprowadzenia niemożliwych do dotrzymania terminów na realizację zamówienia, tj. w szczególności na skutek:
 - a) określenia w § 7 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 54a do SIWZ (dalej jako: „WUa”) terminu na wdrożenie wynoszącego 90 dni od dnia zawarcia umowy (oraz analogicznie w § 7 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 54b do SIWZ (dalej jako: „WUb”) i w § 7 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 54c do SIWZ (dalej jako: „WUc”),
 - b) określenia w § 8 ust. 11 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 11 WUb i w § 9 ust. 7 WUc) terminu na przedstawienie w formie pisemnej Projektu Planu Wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego wynoszącego 13 dni od dnia podpisania umowy,
 - c) przyjęcia w § 11 ust. 17 WUa (oraz analogicznie w § 11 ust. 17 WUb oraz w §11 ust. 17 WUc), że Wykonawca na wniesienie uwag do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego ma zaledwie 2 Dni od dnia otrzymania od Zamawiającego tego protokołu,
2. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 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 producenta oprogramowania, a poza tym nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co ma wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający w § 15 ust. 1 WUa przewiduje udzielenie gwarancji na HIS Aktualny (oprogramowanie, które aktualnie posiada Zamawiający), czyli na oprogramowanie, które nie jest przedmiotem zamówienia,
3. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez opisanie we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i jej rzetelną wycenę, tj. w szczególności:
 - a) na skutek wprowadzenia wymagania w § 8 ust. 17 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 17 WUb i w § 9 ust. 10 i ust. 13 WUc) by wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne było zgodne z wymaganiami Zamawiającego przez które należy rozumieć również uwagi Zamawiającego kierowane do Wykonawcy, które będą konstruowane dopiero na etapie realizacji umowy, co oznacza, że na etapie składania ofert Wykonawca nie zna wszystkich wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia,

- b) na skutek wprowadzenia wymagania w § 3 ust. 22 WUa by Oprogramowanie aplikacyjne współdziałało z konkretnymi programami, przy czym Zamawiający nie precyzuje co rozumie przez „współdziałanie”, ani też nie podaje szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania,
 - c) na skutek wprowadzenia wymagania w § 3 ust. 10 WUb by HIS Nowy współpracował z LOK, przy czym Zamawiający nie precyzuje co rozumie przez „współdziałanie”, ani też nie podaje szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania,
 - d) na skutek zawarcia w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) i WUa wykluczających się postanowień, uniemożliwiających tym samym Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie wymagania zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego (§ 8 ust. 18 WUa),
 - e) na skutek zawarcia we wzorze umowy w § 12 ust. 3 WUa (oraz analogicznie w § 12 ust. 3 WUb) definicji pojęć w obszarze licencjonowania, które nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia, w szczególności pozostają w sprzeczności z OPZ oraz z pozostałymi postawieniami WUa i WUb,
 - f) na skutek postawienia wymagania w § 8 ust. 16 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 16 WUb) zgodnie, z którym w trakcie realizacji przez Wykonawcę wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego nie jest możliwe dokonywanie żadnych zmian w HIS Aktualnym, co jest technologicznie niemożliwe przy realizacji zamówienia,
 - g) na skutek zawarcia we wzorze umowy w § 15 ust. 3 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 3 WUb w § 14 ust. 3 WUc) wymagania, aby gwarancja obejmowała swym zakresem wsparcie techniczne, przy czym opis wsparcia technicznego jest nieprecyzyjny, co uniemożliwia Odwołującemu wycenę przedmiotu zamówienia,
 - h) na skutek zawarcia we wzorze umowy w § 15 ust. 37 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 37 WUb) wymagania, aby gwarancja obejmowała swym zakresem przeprowadzenie audytu bezpieczeństwa, choć w OPZ Zamawiający nie określił żadnych wymogów dotyczących bezpieczeństwa, dostępności i wydajności nabywanego oprogramowania,
 - i) na skutek nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie posługiwania się przez Zamawiającego w § 15 ust. 15 WUa oraz w § 15 ust. 14 WUb pojęciami Modułów/ Bloków Funkcjonalnych, przy czym ani w umowie ani w OPZ Zamawiający nie wskazuje, które elementy przedmiotu zamówienia stanowią Moduł, a które Blok Funkcjonalny,
4. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie licencji w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie:
- a) postawienia w § 12 ust. 5 WUa (oraz analogicznie w § 12 ust. 5 WUb) wymogu, aby licencja na Oprogramowanie Aplikacyjne nie posiadała żadnych ograniczeń terytorialnych,
 - b) postawienia wymogu, aby licencja na Oprogramowanie Aplikacyjne, która ma zostać udzielona przez Wykonawcę Zamawiającemu obejmowała pole eksploatacji wymienione w § 12 ust. 7 lit. a–c, lit. g–j, lit. l-o WUa (oraz analogiczne postawienie wymogu w § 12 ust. it. a–c, lit. g–j, lit. l-o WUb),

- c) postawienia wymogu, aby licencja na Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne obejmowała pole eksploatacji wymienione w § 13 ust. 5 lit. b WUa (oraz analogiczne postawienie wymogu w § 13 ust. 5 lit. b WUb i § 12 ust. 5 lit. b WUc),
5. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 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:
- a) wyłączenia w § 8 ust. 4, ust. 5, ust. 10 i ust. 28 WUa, w § 8 ust. 4, ust. 5 i ust. 10 WUb oraz w § 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 7 WUc obowiązku współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą,
- b) przerzucenia w § 8 ust. 27 WUa oraz w § 9 ust. 21 WUc na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie szkody poniesione przez Zamawiającego nawet w przypadku realizacji zamówienia zgodnie ze sposobem zalecanym przez Zamawiającego,
- c) przyjęcia w § 15 ust. 30 WUa, że gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji Oprogramowania przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem, co oznaczałoby, że gwarancja ma obejmować szkody powstałe na skutek działania / zaniechania Zamawiającego,
- d) przyjęcia w § 15 ust. 30 WUb, że gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji Oprogramowania Aplikacyjnego i LOK przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem, co oznaczałoby, że gwarancja ma obejmować szkody powstałe na skutek działania / zaniechania Zamawiającego (oraz analogicznie w § 14 ust. 29 WUc),
- e) przyjęcia w § 15 ust. 19 WUa oraz analogicznie w § 15 ust. 18 WUb i w § 14 ust. 17 WUc, że gwarancja obejmuje wady, do których doszło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub z przyczyn losowych,
- f) przyjęcia w § 11 ust. 16 WUa (oraz analogicznie w § 11 ust. 16 WUb i w § 11 ust. 16 WUc), że jakkolwiek niezgodność, również taka która zdaniem Wykonawcy jest mało istotna, uprawnia Zamawiającego do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego, co jest niegodne z art. 643 Kc,
- g) przyjęcia w § 15 ust. 27 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 27 WUb i w § 14 ust. 25 WUc), że w razie usunięcia wady gwarancja biegnie na nowo w stosunku do tego elementu przedmiotu umowy, który był przedmiotem interwencji Wykonawcy, co należy uznać za wymóg nieodpowiadający właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowiący nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,
- h) przyjęcia w § 15 ust. 35 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 35 WUb), że w razie ujawnienia się po raz trzeci wady tego samego rodzaju i dotyczącej tego samego elementu przedmiotu umowy, Zamawiający może żądać usunięcia wady poprzez wymianę elementu na wolny od wad, a nie poprzez jego naprawę czy usunięcie błędu, przy czym żądanie Zamawiającego nie odpowiada właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,
- i) przyjęcia w § 15 ust. 6 WUa, w § 15 ust. 5 WUb oraz w § 14 ust. 6 WUc, że okres gwarancji i rękojmi trwa co najmniej 60 miesięcy, co należy uznać za wymóg nieodpowiadający właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowiący nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

6. **naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 1 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) wprowadzenia w § 8 ust. 8 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 5 WUc) postanowienia zgodnie, z którym Zamawiający, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy wymaganych informacji i dokumentów, będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 5 % wynagrodzenia, a ponadto zastrzeżenie, że Wykonawca nie może żądać od Zamawiającego jakiegokolwiek odszkodowania z tego tytułu,
 - b) wprowadzenia w § 8 ust. 8 WUb postanowienia zgodnie, z którym Zamawiający, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy wymaganych informacji i dokumentów, będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 5 % wynagrodzenia,
 - c) wprowadzenia w § 24 ust. 32 WUa (oraz analogicznie w § 24 ust. 32 WUb i w § 24 ust. 32 WUc) postanowienia zgodnie, z którym Zamawiającemu przysługuje prawo sumowania (kumulowania) kar umownych naliczonych z różnych tytułów, jak i w ramach tytułów za ich poszczególne przypadki (np. z tytułu opóźnienia) z zachowaniem maksymalnych limitów z tytułu łączenia kar wskazanych w umowie,
 - d) wprowadzenia w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 9 WUa oraz w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 9 WUb, a także w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 11 WUc kar umownych, których 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) wprowadzenia w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUa oraz w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUb, a także w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 14 WUc limitów kar umownych, których zostały ustalone na rażąco wygórowanym poziomie, 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,

i wobec powyższego **wnoszę o:**

- I. uwzględnienie odwołania;
- II. nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowienia § 7 ust. 8 WUa (oraz analogicznie § 7 ust. 7 WUb i § 7 ust. 5 WUc) poprzez wydłużenie terminu na wdrożenie do 200 dni od dnia zawarcia umowy (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych), modyfikację postanowienia § 8 ust. 11 WUa (oraz analogicznie § 8 ust. 11 WUb oraz § 9 ust. 7 WUc) poprzez wydłużenie terminu na przedstawienie w formie pisemnej Projektu Planu Wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego do 30 dni od dnia zawarcia umowy (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych), a także modyfikację § 11 ust. 17 WUa (oraz analogicznie § 11 ust. 17 WUb i § 11 ust. 17 WUc) poprzez wydłużenie terminu na wnoszenie uwag do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego do 5 dni (liczonych od poniedziałku do piątku, z

- wyłączeniem dni świątecznych) oraz modyfikację pozostałych postanowień umownych, które odnoszą się do tych terminów,
- III. nakazanie Zamawiającemu usunięcie wymogu, zgodnie z którym gwarancja ma być udzielana także na HIS Aktualny, a ponadto dokonanie przez Zamawiającego jednoznacznego oznaczenia przedmiotu licencji modułów, które mają być przedmiotem zamówienia,
 - IV. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z definicji „Wymagania Zamawiającego” (§ 1 ust. 7 lit. tt WUa oraz preambuła WUb i preambuła WUc) zwrotu „wszelkich stanowiskach, wytycznych, uwagach Zamawiającego kierowanych do Wykonawcy podczas realizacji Umowy”,
 - V. nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie co rozumie przez „współdziałanie” z wymienionymi we wzorach umów programami oraz podanie szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania,
 - VI. nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie przez Zamawiającego OPZ o wskazanie niezbędnych informacji w zakresie zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego albo wskazanie, że integracja z ERP w poszczególnych podmiotach medycznych ma być tożsama z działającą na dzień ogłoszenia postępowania albo wykreślenie § 8 ust. 18 zd. ostatnie WUa,
 - VII. nakazanie Zamawiającemu zmianę brzmienia § 12 ust. 3 WUa oraz § 12 ust. 3 WUb na następujące:
„Użyte w opisie Licencji Oprogramowanie Aplikacyjne sformułowania należy interpretować w sposób następujący:
 - a) Równoczesny użytkownik (RU) - Zamawiający jest uprawniony do korzystania z danego modułu oprogramowania w ramach posiadanej sieci komputerowej równocześnie przez maksymalnie taką liczbę użytkowników, na jaką została udzielona;
 - b) Serwer (SRW) - Zamawiający jest uprawniony do korzystania z danego modułu oprogramowania na maksymalnie takiej liczbie serwerów, na jaką została udzielona przez nieograniczoną liczbę użytkowników na nieograniczonej liczbie komputerów lub terminali. Licencja reglamentuje także systemy operacyjne serwera do liczby tożsamej z ilością serwerów, na które została udzielona;
 - c) Urządzenie (URZ) - Licencjobiorca jest uprawniony do korzystania z danego Modułu Oprogramowania przy wykorzystaniu maksymalnie takiej liczby urządzeń zewnętrznych, na jaką została udzielona;
 - d) Licencja na System (SYS) - Licencjobiorca jest uprawniony do korzystania z danego Modułu Oprogramowania w połączeniu z maksymalnie taką liczbą systemów zewnętrznych, na jaką została udzielona”,
 - VIII. nakazanie Zamawiającemu zmianę brzmienia § 8 ust. 16 WUa oraz § 8 ust. 16 WUb na następujące:
„Wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne musi zapewniać realizację wszystkich funkcjonalności wskazanych w OPZ, nie wprowadzając żadnych ograniczeń w funkcjonalnościach i sposobie działania HIS Aktualnego”,
 - IX. nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie postanowień § 15 ust. 3 WUa oraz § 15 ust. 3 WUb, a także § 14 ust. 3 WUc poprzez m.in. uzupełnienie OPZ o elementarne informacje dotyczące częstotliwości wymaganych przeglądów, o których mowa w § 15 ust. 3 lit. b WUa oraz § 15 ust. 3 lit. b WUb, a także w § 14 ust. 3 lit. b WUc lub potwierdzenie, że Zamawiający ma na myśli przeglądy, o których mowa w § 15 ust. 36 WUa oraz w § 15 ust. 36 WUb, a także poprzez wykreślenie § 15 ust.

- 3 lit. a WUa oraz § 15 ust. 3 lit. a WUb, a także § 14 ust. 3 lit. a WUc z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie określił w OPZ żadnych wymogów dotyczących bezpieczeństwa, dostępności i wydajności nabywanego Oprogramowania Aplikacyjnego,
- X. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie § 15 ust. 37 WUa oraz § 15 ust. 37 WUb,
- XI. nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego powiązania OPZ z wzorami umów poprzez powołanie w tabelach OPZ Modułów/Bloków Funkcjonalnych wg wzoru wskazanego w uzasadnieniu odwołania,
- XII. nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowienia § 12 ust. 5 WUa oraz postanowienia § 12 ust. 5 WUb poprzez ograniczenie zakresu terytorialnego licencji do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- XIII. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień § 12 ust. 7 WUa oraz postanowień § 12 ust. 7 WUb, a także postanowienia § 13 ust. 5 WUa i postanowienia § 13 ust. 5 WUb poprzez wykreślenie pól eksploatacji, o których mowa w § 12 ust. 7 lit. b-c, lit. g-j, lit. l-o WUa oraz w § 12 ust. 7 lit. b-c, lit. g-j, lit. l-o WUb oraz zmianę brzmienia pola eksploatacji, o którym mowa w § 12 ust. 7 lit. a WUa (oraz analogicznie w § 12 ust. 7 lit. a WUb) na następujące: „używanie i korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego w całości lub jego części, zgodnie z jego przeznaczeniem i potrzebami Zamawiającego”, a także poprzez wykreślenia pola eksploatacji, o którym mowa w § 13 ust. 5 lit. b WUa oraz w § 13 ust. 5 lit. b WUb, a także w § 12 ust. 5 lit. b WUc,
- XIV. nakazanie Zamawiającemu modyfikację wszystkich postanowień dotyczących współdziałania (m. in. postanowień § 8 ust. 4, ust. 5, ust. 10 i ust. 28 WUa oraz § 8 ust. 4, ust. 5 i ust. 10 WUb, a także § 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 7 WUc) poprzez przyjęcie, że Zamawiający zobowiązany jest do współdziałania z Wykonawcą przy realizacji przedmiotu umowy,
- XV. nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowień WUa (m. in. § 8 ust. 27 WUa i § 9 ust. 21 WUc) poprzez wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy za szkody w przypadku, gdy Wykonawca realizował zamówienie zgodnie ze sposobem / metodami zalecanymi przez Zamawiającego,
- XVI. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ze wzorów umów postanowień § 15 ust. 30 WUa, § 15 ust. 30 WUb, § 15 ust. 19 WUa i § 15 ust. 18 WUb, a także § 14 ust. 17 i ust. 29 WUc, ewentualnie ograniczenie gwarancji do 4 zdarzeń tego rodzaju w ciągu roku,
- XVII. nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowień § 11 ust. 16 WUa i § 11 ust. 16 WUb, a także § 11 ust. 16 WUc poprzez przyjęcie, że wady nieistotne nie mogą stanowić podstawy do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego,
- XVIII. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień § 15 ust. 27 WUa i § 15 ust. 27 WUb, a także § 14 ust. 25 WUc,
- XIX. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień § 15 ust. 35 WUa oraz § 15 ust. 35 WUb,
- XX. nakazanie Zamawiającemu modyfikację § 15 ust. 6 WUa, § 15 ust. 5 WUb oraz § 14 ust. 6 WUc poprzez skrócenie okresu gwarancji z 60 miesięcy do 36 miesięcy,
- XXI. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 8 ust. 8 WUa i postanowienia § 8 ust. 8 WUb, a także postanowienia § 8 ust. 5 WUc,
- XXII. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 24 ust. 32 WUa oraz postanowienia § 24 ust. 32 WUb, a także postanowienia § 24 ust. 32 WUc,

- XXIII. nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowień § 24 ust. 21 WUa oraz analogiczne § 24 ust. 21 WUb poprzez zmianę stawki kary umownej z 70 % na 20 %, a także nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowienia § 24 ust. 21 WUc poprzez zmianę stawki kary umownej z 60 % na 20 % oraz modyfikację postanowień § 25 ust. 9 WUa oraz analogicznie § 25 ust. 9 WUb poprzez zmianę stawki kary umownej z 80 % na 20 %, a także modyfikację postanowienia § 25 ust. 11 WUc poprzez zmianę stawki kary umownej z 65 % na 20 %,
- XXIV. nakazanie Zamawiającemu obniżenie limitów kar umownych, o których mowa w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUa oraz w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUb, a także w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 14 WUc do 50 % wartości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy,
- XXV. 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 SIWZ 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 24 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 251-628099. SIWZ oraz Ogłoszenie o zamówieniu zostały opublikowane przez Zamawiającego na jego stronie internetowej również w dniu 24 grudnia 2020 r. 10-dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania, upływa więc w poniedziałek w dniu 4 stycznia 2021 r. Uznać zatem należy, że odwołanie wobec treści postanowień SIWZ 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 zarzutów:**

- I. Zarzut nr 1 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. nierealnych terminów na realizację zamówienia (zarzut nr 1 lit. a – lit. c)..... 11
- II. Zarzut nr 2 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – dot. wymogu udzielenia gwarancji na HIS Aktualny (oprogramowanie, które posiada Zamawiający), czyli na oprogramowanie, które nie jest przedmiotem zamówienia (zarzut nr 2)..... 14
- III. Zarzut nr 3 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań (zarzut nr 3 lit. a – lit. i)..... 18

Zarzut nr 3 lit. a	18
Zarzut nr 3 lit. b i c	19
Zarzut nr 3 lit. d	19
Zarzut nr 3 lit. d	20
Zarzut nr 3 lit. f	22
Zarzut nr 3 lit. g	22
Zarzut nr 3 lit. h	23
Zarzut nr 3 lit. i	24
IV. Zarzut nr 4 - zarzut dot. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353 ¹ Kc – dot. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie licencji w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty (zarzut nr 4 lit. a – lic. c)	24
Zarzut nr 4 lit. a	25
Zarzut nr 4 lit. b i c	25
V. Zarzut nr 5 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353 ¹ Kc – dot. ukształtowania 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 (zarzut nr 5 lit. a – lit. i)	28
Zarzut nr 5 lit. a	28
Zarzut nr 5 lit. b	30
Zarzut nr 5 lit. c, d i e	31
Zarzut nr 5 lit. f	32
Zarzut nr 5 lit. g	33
Zarzut nr 5 lit. h	35
VI. Zarzut nr 6 - zarzut dot. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353 ¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 1 Kc – dot. zastrzeżonych kar umownych (zarzut nr 6 lit. a – lit. e)	36
Zarzut nr 6 lit. a i b	36
Zarzut nr 6 lit. c	37
Zarzut nr 6 lit. d	37
Zarzut nr 6 lit. e	40

I. Zarzut nr 1 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. nierealnych terminów na realizację zamówienia (zarzut nr 1 lit. a – lit. c)

Przedmiotem zamówienia w zakresie części od I do XII, od XIV do XVI i od XVIII do XXXVIII jest zgodnie z § 5 ust. 1 WUa: „a) dostawa, instalacja, integracja i wdrożenie (Wdrożenie) Oprogramowania Aplikacyjnego Typ A uzupełniającego zakresy funkcjonalne dla systemów informatycznych części medycznej eksploatowanych przez Zamawiającego oraz udzielenie licencji do tego Oprogramowania Aplikacyjnego, to jest realizacja Uzupełniania Funkcjonalnego Typu A, b) dostawa, instalacja, integracja i wdrożenie (Wdrożenie) Oprogramowania Aplikacyjnego Typ B zapewniającego dotychczasowe funkcjonalności dla systemów informatycznych części medycznej eksploatowanych przez Zamawiającego oraz udzielenie licencji do tego Oprogramowania Aplikacyjnego Typ B to jest realizacja Uzupełniania Funkcjonalnego Typu B lub c) alternatywnie (co również stanowi realizację Uzupełniania Funkcjonalnego Typu B) nie dostarczanie Oprogramowania Aplikacyjnego Typ B, a zapewnienie dla funkcjonalności HIS Aktualnego, objętych

Uzupełnieniem Funkcjonalnym Typu B, nowych warunków licencjonowania; d) stworzenie i dostawa Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego, jako nowego oprogramowania, a następnie jego instalacja, integracja, wdrożenie (Wdrożenie) i udzielenie licencji do Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz e) dostawa Systemu Autoryzacji”.

Zamawiający w § 7 ust. 8 WUa przewidział, że „Okres Wdrożenia wynosi 90 (dziewięćdziesiąt) Dni od dnia zawarcia Umowy. Tym samym ilekroć jest w Umowie używane określenie Okres Wdrożenia należy przez to rozumieć 90 kolejnych Dni z których pierwszym jest dzień przypadający po dniu zawarcia Umowy”, przy czym według § 1 ust. 7 lit. a WUa „ilekroć w OPZ lub Umowie jest mowa o dniach lub dniu pisany dużą literą należy przez to rozumieć Dni/Dzień robocze/roboczy, to jest dni kalendarzowe z wyłączeniem wszystkich niedziel oraz z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy nie będących niedzielami, co oznacza, wszystkie dni od poniedziałku do soboty z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy”.

Ponadto zgodnie z § 8 ust. 11 zd. 1 WUa „W terminie 13 Dni od dnia podpisania Umowy Wykonawca przedstawi Organizatorowi Postępowania w formie pisemnej Projekt Planu Wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego, który uwzględniać musi wszelkie wymagania Wdrożenia zawarte w OPZ i Umowie i maksymalny termin Wdrożenia który nie może przekraczać 90 Dni od dnia zawarcia Umowy”.

W przypadku części XIII oraz części XVII przedmiotem umowy zgodnie z § 5 ust. 1 WUb jest: „a) dostawa, instalacja, integracja i wdrożenie nowego oprogramowania systemu informatycznego części medycznej to jest Oprogramowania Aplikacyjnego (HIS Nowego) oraz udzielenie licencji do Oprogramowania Aplikacyjnego, oraz b) stworzenie i dostawa Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego jako nowego oprogramowania a następnie jego instalacja, integracja, wdrożenie i udzielenie licencji do Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego, c) dostawa Systemu Autoryzacji”. Podobnie jak w przypadku wzoru umowy WUa również we wzorze umowy dotyczącym części XIII oraz części XVII Zamawiający w § 7 ust. 7 WUb przewidział 90 dniowy termin, liczony od dnia zawarcia umowy, na wdrożenie systemów oraz 13 dniowy termin, liczony od dnia podpisania umowy, na przedstawienie w formie pisemnej Projektu Planu Wdrożenia.

Także w zakresie części XXXIX – XLVI Zamawiający przewidział 90 dniowy okres wdrożenia oraz 13 dniowy termin na przedstawienie Projektu Planu Wdrożenia.

Mając na uwadze, że postępowanie obejmuje swoim zakresem łącznie 46 placówek szpitalnych oraz województwo wielkopolskie, a także biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres zamówienia w stosunku do każdej części (każdego szpitala), gdzie ma zostać wdrożone oprogramowanie aplikacyjne w wielu typach, Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne, a także System Autoryzacji, wykonanie zamówienia w terminie wskazanym w umowie jest obiektywnie niemożliwe.

Odwołujący zauważa, że w postępowaniu prowadzonym przez Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. na dostawę, instalację i wdrożenie Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz dostawę Systemu Autoryzacji – ETAP I (znak postępowania: SzW/2/2020), gdzie przedmiot zamówienia obejmował dostarczenie wyłącznie Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego i Systemu Autoryzacji dla 13 placówek szpitalnych termin na realizację zamówienia, po uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniach, został przez Zamawiającego ustalony na 150 dni roboczych (od poniedziałku do piątku). Wobec powyższego dla Odwołującego niezrozumiałym jest dlaczego w przypadku przedmiotowego postępowania Zamawiający dla przedmiotowo bardziej złożonego

postępowania (w ramach przedmiotu zamówienia ma być dostarczone Oprogramowanie Aplikacyjne, Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne oraz System Autoryzacji) zastosował termin krótszy (90 dni z wyłączeniem niedziel oraz z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy nie będących niedzielami).

Zgodnie z proponowanymi przez Zamawiającego wzorami umów, Wykonawca będzie miał 13 dni na przedłożenie Projektu Planu Wdrożenia. Tymczasem, zgodnie z art. 8 ust. 4 WUa (oraz analogicznie zgodnie z art. 8 ust. 4 WUb), Wykonawca w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy będzie mógł złożyć do Zamawiającego wniosek o wydanie informacji i dokumentów, natomiast Zamawiającemu będą przysługiwały kolejne 7 dni na przedstawienie żądanych informacji i dokumentów, co oznacza, że Wykonawcy upłynie 13 dniowy termin na przedłożenie Projektu Planu Wdrożenia nim otrzyma wymagane do przygotowania tego Projektu informacje od Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający w ramach procedury odbiorowej przewidział rażąco krótki termin na wnoszenie przez Wykonawcę ewentualnych uwag do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego. Zgodnie z § 11 ust. 17 WUa: „Wykonawca swoje ewentualne uwagi do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego obowiązany jest wnieść w terminie 2 Dni od dnia otrzymania od Zamawiającego tego protokołu. Wykonawca nie może domagać się od Zamawiającego dokonania Pozytywnego Odbioru Zasadniczego, powołując się, że stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności są mało istotne lub że zostaną usunięte przez Wykonawcę w ramach Gwarancji czy Rękojmi. Analogiczny termin na wnoszenie uwag znalazł się również w § 11 ust. 17 WUb, zgodnie, z którym: „Wykonawca swoje ewentualne uwagi do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego obowiązany jest wnieść w terminie 2 Dni od dnia otrzymania od Zamawiającego tego protokołu. Wykonawca nie może domagać się od Zamawiającego dokonania Pozytywnego Odbioru Zasadniczego, powołując się, że stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności są małoistotne lub że zostaną usunięte przez Wykonawcę w ramach Gwarancji czy Wsparcia Technicznego”. Również w zakresie części XXXIX – XLVI Zamawiający w § 11 ust. 17 WUc przewidział analogiczny termin.

Wniesienie uwag do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego będzie wymagało od Wykonawcy złożonej analizy okoliczności stanowiących podstawę odmowy przyjęcia przez Zamawiającego przedmiotu umowy i ich zestawienia ze stanem faktycznym. W przypadku tak obszernego przedmiotu umowy realizowanego w kilkudziesięciu podmiotach medycznych, zdaniem Odwołującego, na wniesienie uwag Zamawiający powinien przyznać co najmniej 5 dni.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że „Określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ, na co wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Termin taki powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny”¹. Z kolei w wyroku z dnia 25 lipca 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 1365/18 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „Wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji, w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę

¹ wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 2525/18.

wskazane w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy."

Odwołujący w oparciu o opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia szacuje, że na realizację zamówienia w całości potrzebuje co najmniej 200 dni (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych), w tym na przygotowanie samego Planu Projektu Wdrożenia 30 dni (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych). Zatem termin realizacji zamówienia wskazany w SIWZ oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu przez Zamawiającego jest nierealny do dotrzymania i nieproporcjonalny do zakresu i złożoności przedmiotu zamówienia. Wykonawca w ramach umów, które będą zawierane po przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania, będzie musiał realizować wdrożenie w kilkudziesięciu podmiotach leczniczych jednocześnie. Przedmiotem umowy będzie wdrożenie od kilku do kilkunastu modułów w każdym ze szpitali. Każdy ze szpitali dysponuje swoistą infrastrukturą, personelem, dlatego zaplanowanie prac w każdym z podmiotów wymaga od Wykonawcy specjalnego podejścia do każdego z podmiotów leczniczych i podjęcia szeregu aktywności przez dedykowane dla danych podmiotów zespoły wdrożeniowe. Wdrożenie systemu jest wieloetapowym procesem, gdzie bardzo często dopiero wykonanie jednego etapu pozwala przejść do realizacji kolejnego etapu wdrożenia, co oznacza, że Wykonawca ma ograniczone możliwości doprowadzenia do skrócenia okresu wdrożenia i realizacji umowy w terminie. Nawet zwiększenie zasobów kadrowych po stronie Wykonawcy nie pozwoli na zakończenie projektu na czas, ponieważ tak jak wyżej wskazano poszczególne etapy realizacji umowy muszą być wykonywane w konkretnej kolejności, a zatem nie jest możliwe jednocześnie wykonywanie etapów, które następują po sobie. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, 90 dniowy termin na wdrożenie Oprogramowania Aplikacyjnego, Lokalnego Oprogramowania Aplikacyjnego oraz Systemu Autoryzacji nie jest adekwatny do rodzaju projektu. Przedmiot zamówienia jest niezwykle skomplikowany i wymaga od Wykonawcy podjęcia szeregu działań, których wykonanie w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwe.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego jest terminem niemożliwym do dotrzymania, w szczególności biorąc pod uwagę poziom skomplikowania projektu, w związku z czym przedmiotowy zarzut został skorelowany z wnioskiem o modyfikację postanowienia § 7 ust. 8 WUa (oraz analogicznie § 7 ust. 7 WUb i § 7 ust. 5 WUc) poprzez wydłużenie terminu na wdrożenie do 200 dni od dnia zawarcia umowy (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych), modyfikację postanowienia § 8 ust. 11 WUa (oraz analogicznie § 8 ust. 11 WUb oraz § 9 ust. 7 WUc) poprzez wydłużenie terminu na przedstawienie w formie pisemnej Projektu Planu Wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego do 30 dni od dnia zawarcia umowy (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych), a także modyfikację § 11 ust. 17 WUa (oraz analogicznie § 11 ust. 17 WUb i § 11 ust. 17 WUc) poprzez wydłużenie terminu na wnoszenie uwag do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego do 5 dni (liczonych od poniedziałku do piątku, z wyłączeniem dni świątecznych) oraz modyfikację pozostałych postanowień umownych, które odnoszą się do tych terminów.

II. Zarzut nr 2 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp – dot. wymogu udzielenia gwarancji na HIS Aktualny (oprogramowanie, które posiada Zamawiający), czyli na oprogramowanie, które nie jest przedmiotem zamówienia (zarzut nr 2)

Przedmiot umowy, zgodnie z § 5 ust. 2 WUa, składa się z pięciu bloków, tj. Bloku A, Bloku B typ B1, Bloku C typ B2, Bloku D i Bloku E, przy czym „wskazane bloki w swoim pełnym wymiarze uzupełnione są o obowiązki Wykonawcy w zakresie Gwarancji i Rękojmi. Nadto Przedmiot Umowy Blok B i Przedmiot Umowy Blok C stanowią dla siebie alternatywę, co oznacza, że w zakresie zapewnienia nowych warunków licencjonowania dla aktualnych funkcjonalności HIS Aktualny, to jest Oprogramowania Aktualnego, Wykonawca samodzielnie decyduje czy zadanie obejmujące Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B realizuje w całości w sposób wskazany w ust. 1b niniejszego paragrafu, jako Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B1 Zamawiający, czy w sposób wskazany w ust. 1 c niniejszego paragrafu, jako Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B2 Zamawiający, czy też w odniesieniu do części funkcjonalności HIS Aktualnego objętych Uzupełnieniem Funkcjonalnym Typu B Wykonawca skorzysta z rozwiązania wskazanego w ust. 1 b niniejszego paragrafu, jako Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B1 Zamawiający, a w odniesieniu do innej części funkcjonalności HIS Aktualnego objętych Uzupełnieniem Funkcjonalnym Typu B Wykonawca skorzysta z rozwiązania wskazanego w ust. 1 c niniejszego paragrafu, jako Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B2 Zamawiający”.

We wzorze umów w § 1 ust. 7 lit. oo - rr WUa Zamawiający podaje następujące znaczenie dla niżej wymienionych pojęć:

Uzupełnienie Funkcjonalne Typu A Zamawiający - Uzupełnienie Funkcjonalne Typu A odnoszące się tylko do Zamawiającego, obligatoryjna część HIS Uzupełnienie, polegająca na dostarczeniu i Wdrożeniu Oprogramowania Aplikacyjnego Typ A, zapewniającego nowe funkcjonalności HIS Aktualnemu, jak też zapewnienie licencji do tego oprogramowania, dokumentacji oprogramowania oraz Gwarancji i Rękojmi na warunkach wskazanych w Umowie;

Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B Zamawiający - Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B odnoszące się tylko do Zamawiającego, obligatoryjna część HIS Uzupełnienie, polegająca na zapewnieniu nowych warunków korzystania/licencjonowania obecnych funkcjonalności HIS Aktualnego (nie obejmuje zapewniania nowych funkcjonalności HIS Aktualnego), realizowane alternatywnie poprzez Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B1 Zamawiający lub Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B2 Zamawiający;

Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B1 Zamawiający – Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B1 odnoszące się tylko do Zamawiającego, polegające na dostarczeniu i Wdrożeniu Oprogramowania Aplikacyjnego Typ B, zapewniającego zachowanie obecnych funkcjonalności HIS Aktualnego (to jest zachowanie funkcjonalności objętych Oprogramowaniem Aktualnym, będącego częścią HIS Aktualnego), jednak na odmiennych, korzystniejszych dla Zamawiającego zasadach korzystania/licencjonowania tego oprogramowania, jak też zapewnienie licencji do tego oprogramowania, dokumentacji oprogramowania oraz Gwarancji i Rękojmi na warunkach wskazanych w Umowie;

Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B2 Zamawiający — Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B2 odnoszące się tylko do Zamawiającego, obejmujące dostarczenie do Zamawiającego nowych licencji dotyczących określonych funkcjonalności systemu informatycznego części medycznej, jakimi Zamawiający Indywidualny już dysponuje, to jest nowych licencji dla Oprogramowania Aktualnego, będącego częścią HIS Aktualnego, to jest zachowanie dotychczasowego oprogramowania obejmującego określone funkcjonalności, jakimi Zamawiający Indywidualny dysponuje i umożliwienie korzystanie z niego na zmienionych, nowych zasadach określonych w warunkach licencjonowania;

Następnie zgodnie z § 15 ust. 1 WUa: „Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości Przedmiotu Umowy na warunkach określonych w Umowie, która stanowi dokument gwarancji Wykonawcy. Gwarancja na warunkach przedstawionych w niniejszym paragrafie Umowy obejmuje cały Przedmiot Umowy z wyłączeniem Systemu Autoryzacji (którego gwarancja realizowana jest na warunkach wskazanych w § 16 Umowy), to jest w szczególności Oprogramowanie Aplikacyjne, Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne oraz Oprogramowanie Aktualne, czyli razem HIS Uzupełnienie, dokumentację dotyczącą HIS Uzupełnienie (Dokumentację Oprogramowania), rezultaty prac podejmowanych przez Wykonawcę w ramach Rękojmi i Gwarancji odnoszące się do całego Przedmiotu Umowy. Tym samym Gwarancja na warunkach wskazanych w niniejszym paragrafie Umowy obejmuje zawsze LOK i Oprogramowanie Aplikacyjne, a w zakresie Uzupełnienia Funkcjonalnego Zamawiający realizowanego bez Oprogramowania Aplikacyjnego (to jest Uzupełnienie Funkcjonalne Typu B2 Zamawiający) Gwarancja obejmuje Oprogramowanie Aktualne, to jest HIS Aktualny w zakresie funkcjonalności objętych nowymi zasadami licencjonowania w ramach realizacji Uzupełnienia Funkcjonalnego Zamawiający”.

Treść cytowanych postanowień wskazuje, że definicja Uzupełnienia Typu B2 nie wskazuje by w tym zakresie przedmiot zamówienia miał być objęty świadczeniami gwarancyjnymi, z kolei pozostałe postanowienia umowy stanowią, że również ta część zamówienia ma być objęta gwarancją.

Treść umowy zakłada, że to Wykonawca będzie wybierać tryb realizacji zamówienia w oparciu o podane przez Zamawiającego możliwości, jednakże możliwość wyboru metody, w której będzie realizowane zamówienie jest pozorna. Co istotne w przypadku każdej z metod Wykonawca będzie udzielał licencji i udzielał gwarancji. Mimo, że Zamawiający dokonuje rozróżnienia pomiędzy Uzupełnieniem Funkcjonalnym Typu B1 i B2 - w B1 oprócz konwersji licencji HIS Aktualnego przedmiotem zamówienia jest Wdrożenie i świadczenia gwarancyjne, natomiast B2 nie przewiduje usług Wdrożeniowych i gwarancji, jednakże pozostałe postanowienia Umowy de facto zobowiązują Wykonawcę do realizacji gwarancji dla całego przedmiotu zamówienia. Dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałym jest tworzenie zupełnie sztucznych wariantów z podziałem na bloki, kiedy de facto każdy z wariantów oznacza to samo, tj. udzielenie licencji, ewentualne wdrożenie systemu oraz udzielenie gwarancji. Podział na bloki i umożliwienie Wykonawcy wyboru metody realizacji umowy ma sens jedynie, gdy wybrane metody działania posiadają różnice, np. w przypadku modułów, które posiada już Zamawiający, powinno być dopuszczone wykonanie konwersji licencji, co oznaczałoby, że w tym zakresie nie jest wymagane udzielanie gwarancji (jedynie w przypadku uzupełnienia modułów o dodatkowe licencje powinno być postawione wymaganie udzielenia gwarancji właśnie na te dodatkowe licencje). Takie rozwiązanie jest racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie będzie ponosił kosztów nabycia licencji (w tym wypadku Wykonawca wykorzysta licencje posiadane już przez Zamawiającego), co przełoży się na niższą wartość cen ofertowych, ponieważ Wykonawca nie będzie udzielał gwarancji na moduły, z których obecnie korzysta Zamawiający. Obecne postanowienia wzoru umowy oznaczają de facto, że Wykonawca może zrealizować zamówienie tylko w jeden sposób, tj. poprzez udzielenie licencji na wszystkie moduły wykazane w OPZ-ach, wdrożenie (ponieważ Wykonawca nie wie które moduły ma wdrożyć musi wycenić wdrożenie dla wszystkich) oraz udzielenie gwarancji w pełnym zakresie, co bezsprzecznie przekłada się na wartość oferty, która zapewne będzie kilkukrotnie wyższa, niż przy modelu realizacji zamówienia, który zakładałby konwersję licencji.

Obecne postanowienia wzoru umowy w zakresie części od I do XII, od XIV do XVI i od XVIII do XXXVIII oznaczają, że w przypadku gdy Wykonawca wybierze metodę realizacji umowy opisaną przez Zamawiającego jako Blok C typ B2, gwarancja ma objąć swoim zakresem również oprogramowanie HIS posiadane aktualnie przez Zamawiającego (w brzmieniu umowy HIS Aktualny). Zatem Zamawiający gwarancją chce objąć oprogramowanie, które już posiada i które nie jest przedmiotem zamówienia. Odwołujący zwraca uwagę, że postawienie takiego wymogu uniemożliwia złożenie ofert przez wszystkich zainteresowanych udziałem w postępowaniu Wykonawców, ponieważ musieliby oni obejmować gwarancją produkty, których mogą nie być producentami / dystrybutorami. Postanowienia umowne w zakresie gwarancji zapewniają Zamawiającemu bardzo szeroki zakres uprawnień, co oznacza, że realizacja uprawnień gwarancyjnych przez Wykonawcę w zakresie posiadanego już przez Zamawiającego oprogramowania HIS może naruszać prawa autorskie właściciela oprogramowania HIS posiadanego przez Zamawiającego, w przypadku jeżeli świadczenia z gwarancji nie będą realizowane przez producenta. Pozostawienie takiego wymogu stwarza podwójne ryzyko, ponieważ po pierwsze realizacja uprawnień gwarancyjnych może prowadzić do naruszenia praw autorskich właściciela oprogramowania HIS, które posiada Zamawiający, a po drugie wymóg taki bezsprzecznie ogranicza konkurencję, ponieważ w przypadku pozostawienia takiego wymogu de facto tylko producent HIS Aktualnego (oprogramowania HIS, które obecnie posiada Zamawiający) będzie mógł złożyć ofertę.

Mając na uwadze powyższy zarzut konieczne staje się złożenie wniosku o usunięcie wymogu zgodnie, z którym gwarancja ma być udzielana także na HIS Aktualny, a ponadto dokonanie przez Zamawiającego jednoznacznego oznaczenia przedmiotu licencji modułów, które mają być przedmiotem zamówienia (w obecnych tabelach występujących w Załącznikach do OPZ „Sposób licencjonowania”).

Poniżej Odwołujący przykładowo wskazuje w jaki sposób Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w kontekście przedmiotu udzielanych licencji:

A	-	moduł nowy;
B	-	moduł posiadany (w tym przypadku Zamawiający dopuszcza konwersję licencji i nie wymaga w tym zakresie udzielenia gwarancji);
C	-	moduł posiadany uzupełniany o dodatkowe licencje (w tym przypadku Zamawiający dopuszcza konwersję licencji oraz może wymagać udzielenia gwarancji wyłącznie w odniesieniu do udzielonych dodatkowych licencji);
W	-	moduł podlegający wdrożeniu.

Dla każdego z przypadków (cech) A, B i C należy określić ilość licencji i przedmiot licencji, a w przypadkach, w których moduł ma jednocześnie zostać objęty usługami wdrożeniowymi przypisać mu także literę „W” np. „A,W” lub „A/W”.

Kwestia opisanego przedmiotu licencji w opinii Odwołującego wymaga dokonania zmian w SIWZ przez Zamawiającego, ponieważ Zamawiający ukształtował go odmiennie w treści Umowy i odmiennie w treści Załączników do OPZ. Odwołujący formułuje w tym zakresie odrębny zarzut, tj. zarzut nr 3 lit d.

III. Zarzut nr 3 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań (zarzut nr 3 lit. a – lit. i)

Według brzmienia art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2014 r. o sygnaturze akt: KIO 1389/14 wyjaśniła, że „obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny. To na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny”. Zatem „Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty”².

Zarzut nr 3 lit. a

W odniesieniu do zarzutu nr 3 lit. a należy wskazać, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w § 8 ust. 17 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 17 WUb i w § 9 ust. 10 i ust. 13 WUc) przewidział, że „Wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne musi być zgodne z Wymaganiami Zamawiającego”. Z kolei zgodnie z § 1 ust. 7 lit. tt WUa (oraz analogicznie w preambule WUb i preambule WUc) przez „Wymagania Zamawiającego” rozumie się: „zbiorcze określenie na wszelkie wymagania stawiane Wykonawcy przez Zamawiającego, dotyczące sposobu realizacji i wykonania całości Przedmiotu Zamówienia, a tym samym Przedmiotu Umowy, określone w Umowie, SIWZ, OPZ i wszelkich załącznikach do niego, Ofercie Wykonawcy oraz wszelkich stanowiskach, wytycznych, uwagach Zamawiającego kierowanych do Wykonawcy podczas realizacji Umowy, jak też wszelkich uzgodnieniach pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym ustalanych w czasie realizacji Umowy, przy czym wszelkie wymagania stawiane Wykonawcy, jak i sposób realizacji Umowy w imieniu Zamawiającego wobec Wykonawcy, określa wyłącznie Organizator Postępowania, działający w imieniu i na rzecz Zamawiającego Razem (a tym samym poszczególnych Zamawiających Indywidualnych) co obejmuje również działania Organizatora Postępowania w imieniu i na rzecz Zamawiającego”.

Powyższe oznacza, że Zamawiający zamierza formułować wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia również na etapie realizacji umowy, skoro przez „Wymagania Zamawiającego” rozumie się także „uwagi Zamawiającego kierowane do Wykonawcy podczas realizacji umowy”. Takie postępowanie Zamawiającego jest niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień

² Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. o sygnaturze akt: KIO 641/17.

publicznych, ponieważ Wykonawca na etapie składania ofert powinien znać wszystkie, a nie wybrane przez Zamawiającego, wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Znajomość wszystkich wymagań przez Wykonawcę jest konieczna by móc wycenić wartość przedmiotu zamówienia i złożyć konkurencyjną ofertę.

W związku z zarzutem nr 3 lit. a Odwołujący wnosi o wykreślenie z definicji „Wymagania Zamawiającego” zwrotu „wszelkich stanowiskach, wytycznych, uwagach Zamawiającego kierowanych do Wykonawcy podczas realizacji Umowy”.

Zarzut nr 3 lit. b i c

Odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. b i lit. c Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w § 3 ust. 22 WUa przewidział, że „Oprogramowanie Aplikacyjne, stanowiąc uzupełnienie HIS Aktualnego o nowe funkcjonalności, to jest Oprogramowanie Aplikacyjne Typ A, musi w pełnym zakresie współdziałać z HIS Aktualny oraz LOK, a w przypadku realizacji Uzupełnienia Funkcjonalnego Typu B1 Zamawiający, współdziałać również z Oprogramowaniem Aplikacyjnym Typ B. To samo odnosi się do Oprogramowania Aplikacyjnego Typ B, to jest Oprogramowania Aplikacyjnego zapewniającego zachowanie dotychczasowych funkcjonalności HIS Aktualnego, jednak na nowych zasadach licencjonowania, które musi współpracować z HIS Aktualny, LOK oraz Oprogramowaniem Aplikacyjnym Typ A. Tym samym Oprogramowanie Aplikacyjne dostarczane w ramach Uzupełnienia Funkcjonalnego Typu A Zamawiający, jak i Oprogramowanie Aplikacyjne dostarczane w ramach Uzupełnienia Funkcjonalnego Typu B Zamawiający, musi w pełnym zakresie współdziałać z HIS Aktualny oraz LOK. Wskazane oprogramowania muszą być zintegrowane z HIS Aktualny, LOK oraz między sobą zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i za integrację tę pełną odpowiedzialność ponosi Wykonawca, a koszty tej integracji w całości objęte są Ofertą Wykonawcy i zawarte w cenie zaproponowanej przez Wykonawcę w Ofercie Wykonawcy. Pełna integracja Oprogramowania Aplikacyjnego z HIS Aktualny oraz LOK zrealizowana musi być w terminie realizacji Przedmiotu Umowy Zasadniczy. Dotyczy to również integracji pomiędzy Oprogramowaniem Aplikacyjnym Typ A a Oprogramowaniem Aplikacyjnym Typ B. Współdziałanie o jakim mowa w niniejszym ustępie pomiędzy wskazanymi oprogramowaniami obejmuje w szczególności pełną ich integrację, co obejmuje zachowanie funkcjonalności HIS Aktualnego oraz wprowadzenie funkcjonalności i zasad korzystania z tych oprogramowań w zakresie HIS Uzupełnienie w sposób zgodny z Wymaganiami Zamawiającego”. Z kolei zgodnie z § 3 ust. 10 WUb: „HIS Nowy musi w pełnym zakresie współdziałać z LOK. (...)”.

Wyżej cytowane postanowienia obu wzorów umów wskazują, że Zamawiający stawia wymagania w zakresie współdziałania ze sobą programów, jednakże nie precyzuje co rozumie przez „współdziałanie”, ani też nie podaje szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania, co powoduje, że Odwołujący nie jest w stanie rzetelnie wycenić wartości przedmiotu zamówienia by złożyć konkurencyjną ofertę.

W powyższych zarzutach Odwołujący powiazał wniosek o doprecyzowanie przez Zamawiającego, co rozumie przez „współdziałanie” z wymienionymi programami oraz podanie szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania.

Zarzut nr 3 lit. d

W odniesieniu do zarzutu nr 3 lit. d Odwołujący wskazuje, że na skutek zawarcia w OPZ i WUa wykluczających się postanowień niemożliwe staje się ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia. W § 8 ust. 18 zd. ostatnie WUa Zamawiający wskazał, że „Nadto w odniesieniu od Oprogramowania Aplikacyjnego wymagane jest zapewnienie wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego poprzez powiązania logiczne i korzystanie ze wspólnych danych przechowywanych na serwerach”. Co istotne w OPZ Zamawiający nie postawił żadnych wymogów dotyczących współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego, dlatego dla Odwołującego niezrozumiałe jest stawianie wymogu zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego we wzorze umowy. Odwołujący podkreśla, że podmioty, u których będą realizowane wdrożenia posiadają różne systemy ERP (pochodzące od różnych producentów), co pozwala na dokonanie integracji z wdrażanymi systemami na wiele sposobów i w różnych zakresach, dlatego konieczne jest podanie wszystkich niezbędnych informacji w zakresie zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego, co jest konieczne do wyceny przedmiotu zamówienia.

W związku z postawionym zarzutem skorelowany zostaje wniosek o uzupełnienie przez Zamawiającego OPZ o wskazanie niezbędnych informacji w zakresie zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego albo wskazanie, że integracja z ERP w poszczególnych podmiotach medycznych ma być tożsama z działającą na dzień ogłoszenia postępowania albo wykreślenie § 8 ust. 18 zd. ostatnie WUa.

Zarzut nr 3 lit. e

Odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. e Odwołujący wskazuje, że definicje dotyczące zagadnienia licencjonowania zawarte we wzorze umowy nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia, a w szczególności pozostają w sprzeczności z OPZ oraz z pozostałymi postawieniami WUa i WUb.

Zgodnie z § 12 ust. 3 WUa oraz analogicznie zgodnie z § 12 ust. 3 WUb „Użyte w opisie Licencji Oprogramowanie Aplikacyjne sformułowania należy interpretować w sposób następujący:

- a. Użytkownik - oznacza osoby, upoważnione przez Zamawiającego do korzystania z Oprogramowania Aplikacyjnego, z zastrzeżeniem, że są to osoby realizujące czynności w ramach działalności prowadzonej przez Zamawiającego (wyłączone jest upoważnienie dla przedstawicieli innych firm, niewskazanych przez Wykonawcę);
- b. Jednoczesny Użytkownik – oznacza Użytkowników zalogowanych w tym samym momencie do danego Modułu Oprogramowania Aplikacyjnego, na jednej instalacji bazy danych Oprogramowania Aplikacyjnego;
- c. Licencja Open - oznacza możliwość korzystania z Oprogramowania Aplikacyjnego przez nieograniczoną ilość Jednoczesnych Użytkowników, w wielu Lokalizacjach;
- d. Lokalizacja dla licencji Open (LO) - oznacza miejsce korzystania z Modułów Oprogramowania Aplikacyjnego przez upoważnione do tego przez Zamawiającego osoby. Lokalizacją nie jest lokalizacja serwera, na którym zainstalowana jest baza danych Oprogramowania Aplikacyjnego”.

Wskazane wyżej rodzaje licencji pozostają w sprzeczności z opisem licencji zawartym w OPZ. W OPZ Zamawiający posługuje się pojęciami: „Równoczesny użytkownik”, „Serwer”, brak. W wykazach

posiadanych licencji pojawia się dodatkowo licencja „Otwarta” i „Szpital”, które de facto są pojęciami tożsamymi przedmiotowo z licencją na „Serwer”. Z uwagi na przedmiot zamówienia precyzyjne określenie oprogramowania jest kluczowe by należyście oszacować zamówienie, wobec czego we wniosku Odwołujący przedkłada propozycję definicji rodzajów licencji, które są definicjami uniwersalnymi i pozwalają określić przedmiot zamówienia we wszystkich podmiotach leczniczych w sposób umożliwiający jego wycenę przez wszystkich potencjalnych Wykonawców. Odwołujący wskazuje, że pozostawienie brakujących informacji przy modułach w zakresie przedmiotu licencji występują w co najmniej następujących Zadaniach, co de facto uniemożliwia Wykonawcom opracowanie wyceny ofert:

Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_I
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_II
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_III
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_V
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_VIII
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_IX
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_X
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XI
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XVI
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XX
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XXI
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XXVI
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XXVIII
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XXXV
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XXXVII
Załącznik nr 1 do OPZ_Opis_wymagań_dla_części_XXXVIII

Odwołujący zwraca także uwagę na istotność kwestii opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie licencji w sposób precyzyjny i jednoznaczny, także w kontekście biznesowym, ponieważ różnica pomiędzy 1 licencją na „Równoczesnego użytkownika a licencją typu „Szpital” czy „Otwarta” jest zasadnicza. W pierwszym przypadku może wykorzystywać program jedna osoba, w drugim w dużym podmiocie leczniczym tysiące osób (licencja ich nie limituje). Ma to oczywiste odzwierciedlenie w cennikach Wykonawców, gdyż ceny licencji na użytkowników od licencji tzw. otwartych różnią się co najmniej o rząd wielkości.

Z zarzutem nr 3 lit. e Odwołujący powiązał wniosek o zmianę brzmienia postanowień § 12 ust. 3 WUa oraz § 12 ust. 3 WUb na następujące: „Użyte w opisie Licencji Oprogramowanie Aplikacyjne sformułowania należy interpretować w sposób następujący:

- a) Równoczesny użytkownik (RU) - Zamawiający jest uprawniony do korzystania z danego modułu oprogramowania w ramach posiadanej sieci komputerowej równocześnie przez maksymalnie taką liczbę użytkowników, na jaką została udzielona,

- b) Serwer (SRW) - Zamawiający jest uprawniony do korzystania z danego modułu oprogramowania na maksymalnie takiej liczbie serwerów, na jaką została udzielona przez nieograniczoną liczbę użytkowników na nieograniczonej liczbie komputerów lub terminali. Licencja reglamentuje także systemy operacyjne serwera do liczby tożsamej z ilością serwerów, na które została udzielona,
- c) Urządzenie (URZ) - Licencjobiorca jest uprawniony do korzystania z danego Modułu Oprogramowania przy wykorzystaniu maksymalnie takiej liczby urządzeń zewnętrznych, na jaką została udzielona,
- d) Licencja na System (SYS) - Licencjobiorca jest uprawniony do korzystania z danego Modułu Oprogramowania w połączeniu z maksymalnie taką liczbą systemów zewnętrznych, na jaką została udzielona”.

Zarzut nr 3 lit. f

W odniesieniu do zarzutu nr 3 lit. f Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w § 8 ust. 16 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 16 WUb) przewidział, że w trakcie realizacji przez Wykonawcę wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego nie jest możliwe dokonywanie żadnych zmian w HIS Aktualnym. Zgodnie z ww. postanowieniem „Wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne musi zapewniać realizację wszystkich funkcjonalności wskazanych w OPZ, nie wprowadzając i nie powodując żadnych zmian i ograniczeń w funkcjonalnościach i sposobie działania HIS Aktualnego. Tym samym wdrożenie Oprogramowania Aplikacyjnego nie może naruszać struktury i sposobu działania HIS Aktualnego. Wykonawca wdrażając Oprogramowanie Aplikacyjne nie może dokonywać żadnych zmian w HIS Aktualnym”. Odwołujący chce wyraźnie zaznaczyć, że realizacja przedmiotu zamówienia bez dokonania zmian w HIS Aktualnym, czyli w HIS posiadanym przez Zamawiającego, jest technologicznie niemożliwa, wobec czego pozostawienie takiego wymagania de facto oznacza, że nie jest możliwe złożenie oferty.

Przykładowo, Zamawiający nabywając moduł RIS dane do rozliczeń z NFZ będzie nanosił w module RIS (w miejscu powstawania), a nie manualnie w module Rozliczenia. Podobnie tworząc dokumenty Elektronicznej Dokumentacji Medycznej po Uzupełnieniu HIS Zamawiający dokumenty będzie przechowywał w Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej. Zamawiający w Załącznikach do OPZ opisuje kilkadziesiąt funkcji, których spełnienie po rozbudowie będzie niemożliwe, jeżeli nie zostaną wprowadzone modyfikacje w Aktualnym HIS.

W związku z przedmiotowym zarzutem Odwołujący złożył wniosek o zmianę brzmienia § 8 ust. 16 WUa oraz § 8 ust. 16 WUb na następujące: „Wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne musi zapewniać realizację wszystkich funkcjonalności wskazanych w OPZ, nie wprowadzając żadnych ograniczeń w funkcjonalnościach i sposobie działania HIS Aktualnego”.

Zarzut nr 3 lit. g

Odnosząc się do zarzutu nr 3 lit. g Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w § 15 ust. 3 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 3 WUb i § 14 ust. 3 WUc) przewidział, że „Gwarancja swoim zakresem obejmuje również serwisowe wsparcie techniczne, zwane Gwarancyjnym Serwisem Technicznym w zakresie:

- a. zapewnienia bezpieczeństwa, wydajności i dostępności HIS Uzupelnienie, w tym zapewnienie bezpieczeństwa przetwarzanych danych;
- b. serwisowania HIS Uzupelnienie, w tym wykonywanie przeglądów prawidłowości pracy poszczególnych rozwiązań objętych HIS Uzupelnienie;
- c. upgrade, w zakresie w jakim jest to niezbędne do zachowania parametrów HIS Uzupelnienie zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego;
- d. wprowadzenie zmian w HIS Uzupelnienie wynikających ze zmian przepisów prawa;
- e. doradztwo techniczne dla Zamawiającego dotyczące bieżącej działalności HIS Uzupelnienie, jak i możliwości jego dalszego rozwoju, modernizacji w tym dostosowania do zmieniających się przepisów prawa oraz warunków realizacji Projektu;
- f. wprowadzenia niezbędnych zmian w HIS Uzupelnienie służących poprawie wydajności, uzasadnionych potrzebami Zamawiającego”.

Wyżej cytowany opis wsparcia technicznego według Odwołującego jest lakoniczny, nieprecyzyjny i wymaga uzupełnienia, przykładowo poprzez wskazanie częstotliwości wykonywania przeglądów technicznych w roku kalendarzowym, itd.

Opis wsparcia technicznego w aktualnym brzmieniu nie pozwala Odwołującemu na wycenę przedmiotu zamówienia, wobec czego z zarzutem został powiązany wniosek o doprecyzowanie postanowień § 15 ust. 3 WUa oraz § 15 ust. 3 WUb, a także § 14 ust. 3 WUc poprzez m.in. uzupełnienie OPZ o elementarne informacje dotyczące częstotliwości wymaganych przeglądów, o których mowa w § 15 ust. 3 lit. b WUa oraz § 15 ust. 3 lit. b WUb, a także w § 14 ust. 3 lit. b WUc lub potwierdzenie, że Zamawiający ma na myśli przeglądy, o których mowa w § 15 ust. 36 WUa oraz w § 15 ust. 36 WUb, a także poprzez wykreślenie § 15 ust. 3 lit. a WUa oraz § 15 ust. 3 lit. a WUb, a także § 14 ust. 3 lit. a WUc z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie określił w OPZ żadnych wymogów dotyczących bezpieczeństwa, dostępności i wydajności nabywanego Oprogramowania.

Zarzut nr 3 lit. h

W odniesieniu do zarzutu nr 3 lit. h Odwołujący wskazuje, że we wzorze umowy w § 15 ust. 37 WUa oraz w § 15 ust. 37 WUb Zamawiający przewidział wymóg by „W ramach Gwarancji Wykonawca przeprowadzać będzie co najmniej raz na 6 miesięcy w Okresie Gwarancji audyt bezpieczeństwa na zasadach ustalonych z Zamawiającym po podpisaniu Umowy. Zagadnienie o jakim mowa w zdaniu poprzednim uregulowana zostanie najpóźniej na etapie Odbioru Zasadniczego. Wykonawca obowiązany jest opracować schematy i zasady przeprowadzania audytu bezpieczeństwa a dokumentacja w tym zakresie, będąca podstawą weryfikacji przez Zamawiającego realizowania przez Wykonawcę jego obowiązków umownych w zakresie audytu bezpieczeństwa w ramach Gwarancji, dostarczona zostanie do Zamawiającego najpóźniej przed rozpoczęciem Odbioru Zasadniczego”.

W tym miejscu należy wskazać, że w OPZ Zamawiający nie określił żadnych wymogów dotyczących bezpieczeństwa, dostępności i wydajności nabywanego oprogramowania, a określanie wymagań dla zrealizowania audytu bezpieczeństwa dopiero po podpisaniu umowy jest niedopuszczalne w świetle art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ Wykonawca nie znając zakresu zamówienia nie jest w stanie

rzetelnie przygotować oferty i wycenić przedmiotu zamówienia, stąd z zarzutem zostaje skorelowany wniosek o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień § 15 ust. 37 WUa oraz w § 15 ust. 37 WUb.

Zarzut nr 3 lit. i

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, tj. zarzutu nr 3 lit. i Odwołujący wskazuje, że we wzorach umów w paragrafie opisującym warunki gwarancji w § 15 ust. 15 WUa oraz w § 15 ust. 14 WUb Zamawiający definiując pojęcie „Wady” wskazuje, że „W odniesieniu do Oprogramowania Aplikacyjnego lub Oprogramowania Aktualnego Wada Krytyczna (Awaria) może odnosić się do jednego z Modułów/Bloków Funkcjonalnych”, przy czym ani w umowie ani w OPZ Zamawiający nie wskazuje, które elementy przedmiotu zamówienia stanowią Moduł, a które Blok Funkcjonalny.

Z uwagi na okoliczność, że postanowienia w zakresie świadczeń gwarancyjnych, a w szczególności w zakresie ustalenie kategorii wady, mają doniosłe znaczenie dla obu stron, a obecne brzmienie postanowienia nie jest jednoznaczne, Odwołujący z przedmiotowym zarzutem wiąże wniosek o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego powiązania OPZ z wzorami umów poprzez powołanie w tabelach OPZ Modułów/Bloków Funkcjonalnych wg schematu jak poniżej, który w takiej postaci będzie jednocześnie spełniał żądanie wysunięte treścią Zarzutu nr 2:

Licencje Modułów/Bloków funkcjonalnych stanowiących przedmiot zamówienia	Ilość po rozbudowie	Sposób licencjonowania	Tryb spełnienia świadczenia A/B/C, W
--	---------------------	------------------------	--------------------------------------

Niekompletny i niejasny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia Wykonawcom rzetelną wycenę oferty. Zgodnie z obowiązującą linią orzeczniczą: „obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ”³.

Powyżej opisane zarzuty potwierdzają, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób niejasny, nieprecyzyjny, nieuwzględniający wszystkich elementów, które wpływają na możliwość sporządzenia oferty, a więc sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia bezpośrednio narusza art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp.

IV. Zarzut nr 4 - zarzut dot. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia

³ Wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 897/15.

w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie licencji w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty (zarzut nr 4 lit. a – lic. c)

W postanowieniach wzorów umów (WUa i WUb) w zakresie dotyczącym zasad licencjonowania Zamawiający postawił wymagania, które nie znajdują żadnego uzasadnienia ani w potrzebach Zamawiającego ani w specyfice przedmiotu zamówienia. Wymagania te dotyczą zakresu terytorialnego oraz pól eksploatacji. 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”⁴.

Zarzut nr 4 lit. a

W odniesieniu do zarzutu nr 4 lit. a należy wskazać, że w § 12 ust. 5 WUa oraz w § 12 ust. 5 WUb Zamawiający postawił wymaganie, aby licencja na Oprogramowanie Aplikacyjne nie posiadała żadnych ograniczeń terytorialnych. O ile Zamawiający może wykazywać potrzebę wprowadzania ograniczeń czasowych, czyli udzielenia licencji na czas nieoznaczony, o tyle wymóg udzielenia licencji bez ograniczeń terytorialnych ogranicza konkurencję. Producenci oprogramowania nie przewidują w swoich warunkach licencyjnych korzystania z oprogramowania bez ograniczeń terytorialnych. Omawiane podejście jest regułą na rynku IT. Specyfika systemu, który jest przedmiotem zamówienia sprowadza się do wykorzystywania licencji w danym podmiocie medycznym, a zatem Zamawiający nie ma żadnego uzasadnienia do korzystania z oferowanego oprogramowania bez ograniczeń terytorialnych, czego domaga się poprzez postawienie wymagań w umowach. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz poglądami doktryny, postawienie wymagań ograniczających konkurencję jest dopuszczalne, o ile jest podyktowane obiektywnymi, uzasadnionymi potrzebami. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu ma być dostawa Oprogramowania Aplikacyjnego, Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz Systemu Autoryzacji dla podmiotów medycznych na terenie województwa wielkopolskiego. Tym samym wymaganie udzielenia licencji bez ograniczeń terytorialnych jest całkowicie sprzeczne z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący skorelował wniosek o ograniczenie zakresu terytorialnego licencji do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zarzut nr 4 lit. b i c

W odniesieniu do zarzutu nr 4 lit. b i lit. c Odwołujący wskazuje, że w Zamawiający postawił wymagania, aby licencja na Oprogramowanie Aplikacyjne, która ma zostać udzielona przez Wykonawcę Zamawiającemu obejmowała pole eksploatacji wymienione w § 12 ust. 7 WUa (oraz analogiczne postawienie wymogu w § 12 ust. 7 WUb), tj.

⁴ A. Matusiak [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzena Jaworska, Dorota Grzeškowiak-Stojek, Julia Jarnicka, wyd. 7, 2019 r.

- a. swobodne, nieograniczone używanie i korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego w całości lub jego części, zgodnie z jego przeznaczeniem i potrzebami Zamawiającego;
- b. używanie i korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego przez liczbę Użytkowników/Jednoczesnych Użytkowników określonych dla Oprogramowania Aplikacyjnego jako całości lub liczbę Użytkowników/ Jednoczesnych Użytkowników określonych dla poszczególnych Modułów/Bloków Funkcjonalnych czy samych funkcjonalności, w liczbach wskazanych w załączniku numer 3 do Umowy;
- c. instalacja na serwerze sieciowym Zamawiającego z udostępnieniem dla ilości Użytkowników/Jednoczesnych Użytkowników określonych w pkt. b powyżej dla Oprogramowania Aplikacyjnego jako całość lub każdego z Modułów/ Bloków Funkcjonalnych składających się na Oprogramowanie Aplikacyjne; w liczbach wskazanych w OPZ, a potwierdzonych w załączniku numer 3 do Umowy;
- d. wykorzystywanie i rozpowszechnianie bez ograniczeń wszelkich rezultatów wykorzystywania Oprogramowania Aplikacyjnego oraz danych i zestawień utworzonych za jego pomocą, bez względu na formę i treść wszelkich rezultatów wykorzystania Oprogramowania Aplikacyjnego;
- e. samodzielne parametryzowanie i konfigurowanie Oprogramowania Aplikacyjnego w zakresie niezbędnym dla jego bezpiecznej i stabilnej eksploatacji, w sposób odpowiadający bieżącym i zmieniającym się potrzebom Zamawiającego, związanym z prowadzoną przez niego działalnością;
- f. tworzenie kopii, w tym kopii zapasowych, które są niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa funkcjonowania i eksploatacji oprogramowania. Kopie niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa funkcjonowania i eksploatacji oprogramowania nie mogą być eksploatowane równocześnie z jego instalacjami produkcyjnymi;
- g. możliwość trwałego lub czasowego zwielokrotniania dostarczonego oprogramowania w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, dowolną techniką, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów na uzupełnienie, bądź opłacenie licencji składających się na Licencję Oprogramowanie Aplikacyjne;
- h. zwielokrotnianie Oprogramowania Aplikacyjnego, w tym składających się nań Modułów/Bloków Funkcjonalnych oraz wszelkich funkcjonalności w pamięci serwerów, komputerów oraz urządzeń mobilnych i sieciowych, wszelkich innych urządzeń cyfrowych;
- i. dekompilacja, kompilacja, tłumaczenie Oprogramowania Aplikacyjnego, wprowadzenie doń wszelkich zmian, przekształceń, rozbudowa o nowe funkcjonalności, zmiana charakteru i sposobu działania, łączenie z innymi oprogramowaniami;
- j. możliwość dokonywania dowolnych zmian w Oprogramowaniu Aplikacyjnym (w tym tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu), niezależnie od zakresu, formy, sposobu (środków) ich dokonania oraz ich przeznaczenia, prawo do zmiany, modyfikacji, przekształcenia, zwielokrotniania kodów w tym Kodu Źródłowego, tłumaczenia jego formy (dekompilacja), włączając w to prawo do trwałego lub czasowego zwielokrotniania w całości lub w części, jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie, a także prawo do jego opracowania (tłumaczenia, przystosowania lub jakichkolwiek innych zmian) bez ograniczania warunków dopuszczalności tych czynności, w szczególności, ale nie wyłącznie, w celu wykorzystania dla celów współdziałania z programami komputerowymi lub rozwijania,

- wytwarzania lub wprowadzania do obrotu, użyczenia, najmu, lub innych form korzystania o podobnej lub zbliżonej formie;
- k. tłumaczenie, przystosowywanie, modyfikacje, zmiany układu lub jakiegokolwiek inne zmiany w Oprogramowaniu Aplikacyjnym;
 - l. możliwość dołączenia do Oprogramowania Aplikacyjnego innych podmiotów niż Zamawiający, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów na uzupełnienie licencji i bez konieczności uzupełnienia licencji, przy czym możliwość dołączenia innych podmiotów nie jest w żaden sposób ograniczona ich liczbą, statusem lub czasem ich podłączenia, co oznacza, że do dostarczonego przez Wykonawcę oprogramowania Zamawiający będzie mógł podłączyć bez żadnych ograniczeń czasowych i terytorialnych nieograniczoną liczbę podmiotów bez żadnych ograniczeń w ich statusie, a podłączenie to nie będzie wymagało jakichkolwiek dodatkowych opłat uiszczanych na rzecz Wykonawcy lub dowolnego innego podmiotu. Tym samym nie będą występować licencyjne ani techniczne ograniczenia liczby podmiotów podłączonych do Oprogramowania Aplikacyjnego;
 - m. możliwość nieograniczonego korzystania przez Zamawiającego z dostarczonego przez Wykonawcę narzędzia do zarządzania bazami danych, a w przypadku, gdy bazy danych będą objęte odrębnymi licencjami składającymi się na Oprogramowania Aplikacyjne, to licencje te nie mogą ograniczać liczby systemów bazodanowych, wielkości bazy danych, liczby użytkowników ani ilości zapytań;
 - n. możliwość swobodnego, nieograniczonego rozwoju oprogramowania, bez żadnych ograniczeń w tym zakresie, w tym technologicznych i czasowych;
 - o. możliwość korzystania z Licencji Oprogramowanie Aplikacyjne bez ograniczeń terytorialnych, w tym na terytorium całej Polski, bez żadnych ograniczeń w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego wymóg by licencja obejmowała pole eksploatacji dające uprawnienie do swobodnego i nieograniczonego używania i korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego (vide § 12 ust. 7 lit. a WUa oraz w § 12 ust. 7 lit. a WUb), a także dawała uprawnienia wynikające z opisów pól eksploatacji wymienionych w § 12 ust. 7 lit. b-c, lit. g-j, lit. l-o WUa oraz w § 12 ust. 7 lit. b-c, lit. g-j, lit. l-o WUb nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że w standardowych warunkach licencjonowania licencjodawcy nie przyznają licencjobiorcom tak szerokich praw do korzystania z oprogramowania. Wyżej wskazany zakres pól eksploatacji oraz fakt, że licencja udzielana jest na czas nieoznaczony oznacza praktycznie nieograniczone prawo Zamawiającego do korzystania i dowolnego modyfikowania oprogramowania. Zakres uprawnień, którym będzie dysponował Zamawiający nabywając licencje praktycznie jest tożsamy z przeniesieniem na Zamawiającego majątkowych praw autorskich do oprogramowania.

Ponadto w zakresie licencji na Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne w § 13 ust. 5 lit. b WUa, w § 13 ust. 5 lit. b WUb oraz w § 12 ust. 5 lit. b WUc Zamawiający wymaga by pole eksploatacji obejmowało „możliwość swobodnego, nieograniczonego dokonywania zmian w oprogramowaniu LOK, rozwoju oprogramowania LOK, bez żadnych ograniczeń w tym zakresie, w tym technologicznych i czasowych”.

O ile warunki licencjonowania dotyczące oprogramowania, które jest przedmiotem zamówienia obejmują możliwość udzielenia licencji na polach eksploatacji obejmujących możliwość korzystania z oprogramowania zgodnie z jego przeznaczeniem i potrzebami Zamawiającego, o tylko ciężko

odnaleźć w standardowo stosownych przez producentów tego typu oprogramowania warunkach licencjonowania zgodę licencjodawcy na nieograniczony rozwój oprogramowania, bez żadnych ograniczeń czasowych, technicznych i technologicznych.

Postawienie ww. wymogów w zakresie licencjonowania oznacza de facto konieczność stworzenia dedykowanej licencji na potrzeby Zamawiającego. Takie wymaganie w sposób diametralny wpłynie na wycenę przedmiotu zamówienia, bo producent rozwiązania będzie musiał stworzyć dedykowane oprogramowanie wyłącznie na potrzeby tego projektu.

Ponadto pozostawienie pola eksploatacji, które będzie uprawniało Zamawiającego do swobodnego, nieograniczonego rozwoju oprogramowania, bez żadnych ograniczeń czasowych, technicznych i technologicznych, powinno oznaczać jednoczesne wyłączenie przysługujących Zamawiającemu uprawnień gwarancjach i z tytułu rękojmi, bowiem Wykonawca nie może odpowiadać za wady powstałe w rozwijanym samodzielnie przez Zamawiającego oprogramowaniu.

W związku z przedmiotowym zarzutem został skorelowany wniosek o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień § 12 ust. 7 WUa oraz postanowień § 12 ust. 7 WUb, a także postanowienia § 13 ust. 5 WUa i postanowienia § 13 ust. 5 WUb poprzez wykreślenie pól eksploatacji, o których mowa w § 12 ust. 7 lit. b-c, lit. g-j, lit. l-o WUa oraz w § 12 ust. 7 lit. b-c, lit. g-j, lit. l-o WUb oraz zmianę brzmienia pola eksploatacji, o którym mowa w § 12 ust. 7 lit. a WUa (oraz analogicznie w § 12 ust. 7 lit. a WUb) na następujące: „używanie i korzystanie z Oprogramowania Aplikacyjnego w całości lub jego części, zgodnie z jego przeznaczeniem i potrzebami Zamawiającego”, a także poprzez wykreślenia pola eksploatacji, o którym mowa w § 13 ust. 5 lit. b WUa oraz w § 13 ust. 5 lit. b WUb, a także w § 12 ust. 5 lit. b WUc.

- V. Zarzut nr 5 - zarzut dot. naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc – dot. ukształtowania 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 (zarzut nr 5 lit. a – lit. i)**

Zarzut nr 5 lit. a

W odniesieniu do zarzutu nr 5 lit. a Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w proponowanych wzorach umów wyłączył obowiązek współdziałania między Zamawiającym, a Wykonawcą.

Zgodnie z § 8 ust. 4 WUa: „Wykonawca w terminie 7 Dni od dnia zawarcia Umowy przedstawi Zamawiającemu wszelkie wymagane przez siebie informacje i dokumenty dotyczące HIS Aktualnego i Infrastruktury Zamawiającego, a Zamawiający w terminie kolejnych 7 Dni przedstawi Wykonawcy na piśmie żądane przez niego informacje i dokumenty, z zastrzeżeniem, że obowiązek Zamawiającego w tym zakresie odnosi się jedynie wyłącznie do informacji i dokumentów, których posiadanie Zamawiający wskazał lub potwierdził w Postępowaniu Przetargowym przed złożeniem Oferty Wykonawcy lub innych dokumentów i informacji rzeczywiście posiadanych przez Zamawiającego (to jest dokumentów i informacji dotyczących HIS Aktualnego lub Infrastruktury Zamawiającego rzeczywiście posiadanych przez Zamawiającego w dniu zawarcia Umowy, których

posiadanie przez Zamawiającego nie było podnoszone, potwierdzone w Postępowaniu Przetargowym). Wykonawca po upływie 7 Dni od dnia zawarcia Umowy nie może żądać od Zamawiającego jakiegokolwiek dokumentów czy informacji dotyczących HIS Aktualnego i Infrastruktury Zamawiającego. Tym samym w dalszym toku realizacji Umowy, w przypadku jakiegokolwiek nieprawidłowości w realizacji Przedmiotu Umowy, Wykonawca nie może powoływać się na okoliczność, że nieprawidłowość w realizacji, to jest jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie, w tym nieterminowe wykonanie Umowy wynika z tego czy związane jest z tym, że w toku realizacji Umowy, Zamawiający nie przedstawił Wykonawcy wymaganych informacji czy dokumentów dotyczących HIS Aktualnego i Infrastruktury Zamawiającego”. Kolejno zgodnie z § 8 ust. 5 WUa: „Tym samym, jak wskazano wyżej, mimo żądania przez Wykonawcę informacji lub dokumentów dotyczących HIS Aktualnego oraz Infrastruktury Zamawiającego, Zamawiający może ich nie przedstawić, gdy są to dokumenty lub informacje których posiadania (dysponowania nimi) Zamawiający nie potwierdził w toku Postępowania Przetargowego, bądź są to dokumenty lub informacje jakimi Zamawiający nie dysponuje. Tym samym Zamawiający na wezwanie Wykonawcy o jakim mowa w ust. 4 obowiązany jest przedstawić Wykonawcy tylko informacje i dokumenty dotyczące HIS Aktualnego i Infrastruktury Zamawiającego: a) których posiadanie (dysponowanie) Zamawiający potwierdził w toku Postępowania Przetargowego przed dniem złożenia ofert (przed dniem złożenia Oferty Wykonawcy), przy czym potwierdzenie to następuje poprzez wskazanie tej okoliczności w OPZ lub w odpowiedziach Zamawiającego kierowanych do wykonawców w toku Postępowania Przetargowego lub b) co których posiadania (dysponowania) Zamawiający nie wypowiedział się w toku Postępowania Przetargowego przed dniem złożenia ofert, a rzeczywiście je posiada. Do stwierdzenia okoliczności nieposiadania (brak dysponowania) przez Zamawiającego informacjami lub dokumentami dotyczącymi HIS Aktualnego lub Infrastruktury Zamawiającego, o jakich mowa w zdaniu poprzednim pkt b, wystarczające jest zawsze jednostronne oświadczenie Zamawiającego w tym zakresie. Tym samym o tym czy Zamawiający rzeczywiście dysponuje informacjami lub dokumentami dotyczącymi HIS Aktualnego lub Infrastruktury Zamawiającego, których posiadania nie potwierdził w Postępowaniu Przetargowym, decyduje sam Zamawiający. Nie przedstawienie przez Zamawiającego informacji i dokumentów wymaganych przez Wykonawcę z powodu okoliczności wskazanych w niniejszym ustępie nie będzie traktowane jako nienależyte wykonanie Umowy przez Zamawiającego i tym samym nie powoduje dla Zamawiającego jakiegokolwiek negatywnych konsekwencji, w tym w szczególności nie jest podstawą żądania przez Wykonawcę jakiegokolwiek kwot finansowych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy, czy w związku z rozwiązaniem Umowy z jakiegokolwiek powodu (tytułu) przez którąkolwiek ze stron Umowy. Jednocześnie nieprzedstawienie przez Zamawiającego Wykonawcy informacji lub dokumentów z powodu okoliczności o jakich mowa w niniejszym ustępie nie stanowi dla Wykonawcy okoliczności uzasadniających w jakimkolwiek stopniu zwolnienie od odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy”. Ponadto Zamawiający w § 8 ust. 10 WUa wskazał, że „Jeżeli Wykonawca nie żądał od Zamawiającego żadnych dokumentów czy informacji dotyczących HIS Aktualnego czy Infrastruktury Zamawiającego we wskazanym terminie 7 Dni od dnia zawarcia Umowy, okoliczność ta nie powoduje, że w dalszym toku realizacji Umowy Wykonawca może skutecznie żądać tych informacji czy dokumentów. Innymi słowy na żadnym późniejszym etapie realizacji Umowy Wykonawca nie może skutecznie powoływać się wobec Zamawiającego na okoliczność, że niewykonanie czy nieprawidłowe wykonanie Umowy jest konsekwencją nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy dokumentów i informacji

dotyczących HIS Aktualnego czy Infrastruktury Zamawiającego. Tym samym w przypadku późniejszego, to jest po upływie wskazanych 7 Dni od zawarcia Umowy, żądania przez Wykonawcę informacji lub dokumentów dotyczących HIS Aktualnego lub Infrastruktury Zamawiającego, nie jest ono wiążące dla Zamawiającego, a nieprzedstawienie przez Zamawiającego w takiej sytuacji żądanych dokumentów czy informacji nie będzie traktowane jako niewykonanie obowiązków Zamawiającego." Co więcej Zamawiający z góry w § 8 ust. 28 WUa zastrzegł, że „(...) nie przewiduje i nie dopuszcza pośredniczenia w rozmowach, z firmami trzecimi, dotyczącymi integracji Oprogramowania Aplikacyjnego z ich systemami. Zamawiający wyjaśnia, że koszty integracji są częścią kosztu oferty składanej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu (Oferty Wykonawcy) i tym samym są składową Wynagrodzenia wskazanego w Umowie, a pierwotnie wskazanego w Ofercie Wykonawcy. Tym samym Wykonawca w żadnym przypadku nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia z powodu wielkości poniesionych przez Wykonawcę kosztów Wdrożenia, w tym integracji składającej się na Wdrożenie". W przypadku wzoru umowy dotyczącej części XIII oraz części XVII, a także w przypadku wzoru umowy dotyczącej części XXXIX - XLVI Zamawiający przewidział analogiczne postanowienia (vide: § 8 ust. 4, ust. 5 i ust. 10 WUa oraz § 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 7 WUc).

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 354 Kc dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Powyższe oznacza, że obowiązek współdziałania stron w trakcie realizacji zobowiązań wynika z przepisów prawa, dlatego cytowane wyżej postanowienia umowne są niedopuszczalne.

Postanowienia wzorów umów, które zostały wyżej powołane wskazują, że Zamawiający całkowicie wyłączył obowiązek współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą, a zatem konieczne staje się postawienie wniosku o modyfikację wszystkich postanowień dotyczących współdziałania (m. in. postanowień § 8 ust. 4, ust. 5, ust. 10 i ust. 28 WUa, § 8 ust. 4, ust. 5 i ust. 10 WUa oraz § 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 7 WUc) poprzez przyjęcie, że Zamawiający zobowiązany jest do współdziałania z Wykonawcą przy realizacji przedmiotu umowy.

Zarzut nr 5 lit. b

W odniesieniu do zarzutu nr 5 lit. b Odwołujący wskazuje, że brzmienie § 8 ust. 27 WUa wskazuje, że Zamawiający przerzucił na Wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie szkody poniesione przez Zamawiającego nawet w przypadku realizacji zamówienia zgodnie ze sposobem zalecanym przez Zamawiającego. Zgodnie z ww. postanowieniem „Zamawiający zaleca, aby integracja Oprogramowania Aplikacyjnego z obecnymi systemami dziedzicznymi zainstalowanymi i funkcjonującymi u Zamawiającego (z HIS Aktualnym) w ramach Wdrożenia została wykonana poprzez dedykowane interfejsy, których implementację udostępnia dany system dziedziczny. Według Zamawiającego takie rozwiązanie jest najbezpieczniejsze zwłaszcza z punktu widzenia przetwarzanych przez HIS Aktualny danych oraz zapewnienia ciągłości pracy HIS Aktualnego. Jednakże Zamawiający dopuszcza realizację integracji z wykorzystaniem mechanizmów niewymagających współpracy z dostawcami posiadanych przez Zamawiającego systemów (dostawcami HIS Aktualnego). Wykonawca odpowiedzialny będzie zawsze za takie przygotowanie

mechanizmów wymiany danych, aby nie powodowały one zakłóceń w pracy posiadanych przez Zamawiającego systemów, to jest w żaden negatywny sposób nie wpływały na prace HIS Aktualnego i jego bieżącej eksploatacji przez Zamawiającego. W przypadku wykonania integracji innymi metodami, niż wykorzystanie dedykowanych interfejsów, 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 dotyczących procesu leczenia pacjentów Zamawiającego i przyjmuje za to pełną odpowiedzialność. Również w przypadku realizacji integracji przy wykorzystaniu dedykowanych interfejsów Wykonawca ponosi pełną i nieograniczoną odpowiedzialność w zakresie ryzyka wskazanego w zdaniu poprzednim. 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. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu wszelkich szkód poniesionych przez Zamawiającego w związku z realizacją Umowy nie jest w żaden sposób ograniczona z powodu realizacji Wdrożenia przy wykorzystaniu dedykowanych interfejsów, których implementację udostępnia dany system dziedzinowy. Tym samym odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu wszelkich szkód poniesionych przez Zamawiającego w związku z realizacją Umowy nie jest w żaden sposób ograniczona w związku z wyborem przez Wykonawcę określonego sposobu realizacji Wdrożenia". W przypadku wzoru umowy dotyczącej części XXXIX – XLVI Zamawiający w § 9 ust. 21 WUc przewidział analogiczne rozwiązanie.

Zamawiający przygotowując wzór umowy, mając na uwadze art. 139 ust. 1 Pzp, powinien mieć na uwadze przede wszystkim przepis art. 5 Kc, zgodnie z którym, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, ponieważ działanie sprzeczne z tym przepisem nie korzysta z ochrony. Ponadto choć zgodnie z zasadą swobody umów strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, to jednakże jego treść lub cel nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ Kc). W przypadku przedmiotowego zarzutu Zamawiający nadużywa przysługującego mu prawa podmiotowego ponieważ przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność nawet w przypadku gdy Wykonawca będzie realizował umowę zgodnie ze sposobem wskazanym przez Zamawiającego, co w opinii Odwołującego jest niedopuszczalne.

Wobec powyższego z zarzutem zostaje powiązany wniosek o modyfikację postanowień WUa (m. in. § 8 ust. 27 WUa i § 9 ust. 21 WUc) poprzez wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy za szkody w przypadku, gdy Wykonawca realizował zamówienie zgodnie ze sposobem / metodami zalecanymi przez Zamawiającego.

Zarzut nr 5 lit. c, d i e

Jeśli chodzi o zarzuty nr 5 lit. c, lit. d, lit. e należy wskazać, że Zamawiający we wzorach umów w części dotyczącej gwarancji przewidział, że:

- Gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji Oprogramowania przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te

oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem, co obejmuje w szczególności pracowników Zamawiającego, pracowników Organizatora Postępowania, pracowników szpitali uczestniczących w Projekcie, jak też osób nie będących pracownikami podmiotów wskazanych wcześniej, a działających z ich upoważnienia, inne osoby zaangażowane w realizację lub obsługę Projektu (zgodnie z § 15 ust. 30 WUa),

- Gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji Oprogramowania Aplikacyjnego i LOK przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem co obejmuje w szczególności pracowników Zamawiającego, pracowników Organizatora Postępowania, pracowników szpitali uczestniczących w Projekcie, jak też osób nie będących pracownikami podmiotów wskazanych wcześniej a działających z ich upoważnienia, inne osoby zaangażowane w realizację lub obsługę Projektu (zgodnie z § 15 ust. 30 WUb),
- Gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji LOK przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem co obejmuje w szczególności pracowników Zamawiającego, pracowników Organizatora Postępowania, pracowników szpitali uczestniczących w Projekcie, jak też osób nie będących pracownikami podmiotów wskazanych wcześniej a działających z ich upoważnienia, inne osoby zaangażowane w realizację lub obsługę Projektu (§ 14 ust. 29 WUc),
- Do każdego rodzaju Wady, o jakich mowa w ust. 14-18 niniejszego paragrafu, może dojść z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawcy lub wskutek wypadków losowych (zgodnie z § 15 ust. 19 WUa),
- Do każdego rodzaju Wady o jakich mowa w ust. 14-17 niniejszego paragrafu może dojść z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawcy, lub wskutek wypadków losowych (zgodnie z § 15 ust. 18 WUb),
- Do każdego rodzaju Wady o jakich mowa w ust. 12-15 niniejszego paragrafu może dojść z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawcy, lub wskutek wypadków losowych (§ 14 ust. 17 WUc).

Wprowadzając takie warunki gwarancji Zamawiający obejmuje świadczeniami gwarancyjnymi zdarzenia, które będą powodowane przez samego Zamawiającego, a także działania niezależne od żadnej ze stron, co należy ocenić jako nadużycie prawa podmiotowego, bowiem Zamawiający przygotowując wzór umowy wykorzystuje swoją dominującą pozycję prowadząc do ukształtowania treści przyszłego stosunku zobowiązanego w sposób naruszający jego właściwość i równowagę stron.

Z zarzutami skorelowany jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ze wzorów umów postanowień § 15 ust. 30 WUa, § 15 ust. 30 WUb, § 15 ust. 19 WUa, § 15 ust. 18 WUb, § 14 ust. 29 WUc oraz § 14 ust. 17 WUc, ewentualnie ograniczenie gwarancji do 4 zdarzeń tego rodzaju w ciągu roku.

Zarzut nr 5 lit. f

W odniesieniu do zarzutu nr 5 lit. f Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w § 11 ust. 16 WUa (oraz analogicznie w § 11 ust. 16 WUb i § 11 ust. 16 WUc) przewidział, że jakkolwiek niezgodność,

również taka która zdaniem Wykonawcy jest mało istotna, uprawnia Zamawiającego do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego, co jest niegodne z art. 643 Kc.

Zgodnie z § 11 ust. 16 WUa: „Celem uniknięcia wszelkich wątpliwości, jakkolwiek niezgodność, również taka która zdaniem Wykonawcy jest mało istotna, uprawnia Zamawiającego do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego. Wykonawca nie może podnosić, że stwierdzona niezgodność jest nieistotna wobec Wymagań Zamawiającego. Nie ma takiego elementu Wymagań Zamawiającego, w tym w szczególności wymagań odnoszących się do działania, funkcjonalności, konfiguracji i innych parametrów technicznych HIS Uzupełnienie lub dotyczącej jego dokumentacji, czy też odnoszących się do efektów Wdrożenia, których niespełnienie uprawniałoby Wykonawcę do żądania zaakceptowania i przyjęcia przez Zamawiającego zrealizowanego przez Wykonawcę Przedmiotu Umowy Zasadniczy. Innymi słowy, zrealizowany przez Wykonawcę Przedmiot Umowy w zakresie Przedmiot Umowy Zasadniczy musi zawsze w pełnym zakresie, bez żadnych wyłączeń i wyjątków, być zgodny z Wymaganiami Zamawiającego”. Analogiczne postanowienie Zamawiający wprowadził w zakresie części XIII oraz części XVII w § 11 ust. 16 WUb, zgodnie z którym: „Celem uniknięcia wszelkich wątpliwości, jakkolwiek niezgodność, również taka która zdaniem Wykonawcy jest małoistotna, uprawnia Zamawiającego do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego. Wykonawca nie może podnosić, że stwierdzona niezgodność jest nieistotna wobec Wymagań Zamawiającego. Nie ma takiego elementu Wymagań Zamawiającego, w tym w szczególności wymagań odnoszących się do działania, funkcjonalności, konfiguracji i innych parametrów technicznych HIS Właściwego lub dotyczącej jego dokumentacji czy też odnoszących się do efektów Wdrożenia, których nie spełnienie uprawniałoby Wykonawcę do żądania zaakceptowania i przyjęcia przez Zamawiającego zrealizowanego przez Wykonawcę Przedmiotu Umowy Zasadniczy. Innymi słowy zrealizowany przez Wykonawcę Przedmiot Umowy w zakresie Przedmiot Umowy Zasadniczy musi zawsze w pełnym zakresie, bez żadnych wyłączeń i wyjątków być zgodny z Wymaganiami Zamawiającego”.

W judykaturze przyjmuje się, że „tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem”⁵. Powyższe stanowisko podziałają także składy orzecznicze Krajowej Izby Odwoławczej (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 1601/18).

Z powyższym zarzutem zostaje skorelowany wniosek o modyfikację § 11 ust. 16 WUa, § 11 ust. 16 WUb oraz § 11 ust. 16 WUc poprzez przyjęcie, że wady nieistotne nie mogą stanowić podstawy do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego.

Zarzut nr 5 lit. g

Odnosząc się do zarzutu nr 5 lit. g należy wskazać, że Zamawiający we wzorze umowy przewidział mechanizm odnawiania się uprawnień gwarancyjnych na skutek każdorazowej interwencji Wykonawcy, bowiem zgodnie z § 15 ust. 27 WUa: „Jeżeli w ramach swoich obowiązków Wykonawca Usunął Wadę Przedmiotu Umowy, niezależnie od sposobu Usunięcia Wady, wówczas Gwarancja biegnie na nowo w stosunku do tego elementu Przedmiotu Umowy, który był

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 r. o sygnaturze akt: V CSK 544/12.

przedmiotem interwencji Wykonawcy w związku z Usunięciem Wady, przy czym Gwarancja nawet na ten element Przedmiotu Umowy zakończona zostanie najpóźniej w Dacie Zamykającej Gwarancję i Rękojmię. Innymi słowy, jeżeli w Okresie Gwarancji Wykonawca dokonywał naprawy, wymiany, aktualizacji dowolnego elementu Przedmiotu Umowy lub w inny sposób Wadę usunął (dowolny sposób Usunięcia Wady) wówczas Gwarancja na ten element Przedmiotu Umowy, co dotyczy w szczególności Oprogramowania biegnie na nowo, przekraczając zawsze Okres Gwarancji, to jest Datę Kończącą Gwarancji i Rękojmi, ale kończy się najpóźniej w Dacie Zamykającej Gwarancję i Rękojmię”. Kwestia odnowienia się uprawnień gwarancyjnych została uregulowana również w § 15 ust. 27 WUb zgodnie, z którym „Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków Wykonawca Usunął Wadę Przedmiotu Umowy, niezależnie od sposobu Usunięcia Wady, wówczas Gwarancja biegnie na nowo w stosunku do tego elementu Przedmiotu Umowy który był przedmiotem interwencji Wykonawcy w związku z Usunięciem Wady, przy czym Gwarancja nawet na ten element Przedmiotu Umowy zakończona zostanie najpóźniej w Dacie Zamykającej Gwarancję i Rękojmię. Innymi słowy jeżeli w Okresie Gwarancji Wykonawca dokonywał naprawy, wymiany, aktualizacji dowolnego elementu Przedmiotu Umowy lub w inny sposób Wadę usunął (dowolny sposób Usunięcia Wady) wówczas Gwarancja na ten element Przedmiotu Umowy, co dotyczy w szczególności LOK biegnie na nowo, przekraczając zawsze Okres Gwarancji, to jest Datę Kończącą Gwarancji i Rękojmi, ale kończy się najpóźniej w Dacie Zamykającej Gwarancję i Rękojmię”. Także w zakresie części XXXIX – XLVI w § 14 ust. 25 WUc został przewidziany mechanizm odnawiania się gwarancji.

Zamawiający wskazuje, że program komputerowy stanowi utwór i objęty jest ochroną prawnoautorską. Odwołujący wskazuje, że z praktyki wynika, że na rynku IT w obszarze służby zdrowia nie istnieją programy, które pozostawałaby całkowicie wolne od wad, a to chociażby z uwagi na jakość oraz ekspresowy proces legislacji w Rzeczypospolitej Polskiej. Publikowane akty prawne, w tym rozporządzenia NFZ, implikujące wykonanie niezbędnych zmian w aplikacjach, często wchodzą w życie z dnia na dzień (między ogłoszeniem aktu prawnego, a wejściem w życie upływa zaledwie kilka dni). Zjawisko to jest na tyle częste, że mimo dołożenia należytej staranności przez producentów często niemożliwe jest wydanie na czas aktualizacji do oprogramowania. Z uwagi na olbrzymią liczę wydawanych aktów prawnych ilość uaktualnień jest na tyle duża, że producenci zmuszeni są do wydawania uaktualnień do uaktualnień. Potwierdza to niezliczona ilość przykładów (np. kolejki oczekujących, DILO, AP KOLCE), czy akty ogłaszane zwyczajowo na przełomie roku generujące wręcz fundamentalne zmiany w systemie, na których wprowadzenie producenci mają kilka, bądź kilkanaście dni. W tym kontekście warto wymienić chociażby Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie zakresu niezbędnych informacji przetwarzanych przez świadczeniodawców, szczegółowego sposobu rejestrowania tych informacji oraz ich przekazywania podmiotom zobowiązanym do finansowania świadczeń ze środków publicznych czy ogłoszone w dniu 19 listopada 2020 r. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 października 2020 r. w sprawie zaleceń dotyczących standardu rachunku kosztów u świadczeniodawców obowiązujące od dnia 1 stycznia 2021 r..

Mechanizm odnawiania się gwarancji zakłada, że w razie usunięcia wady gwarancja biegnie na nowo w stosunku do tego elementu przedmiotu umowy, który był przedmiotem interwencji Wykonawcy, tymczasem w przypadku oprogramowania niemożliwym jest ustalenie takiego elementu, stąd pytanie jak Zamawiający zamierza rozdzielać gwarancję odrębnie dla

poszczególnych elementów tego samego programu. Trudno sobie wyobrazić, żeby na jeden formularz programu gwarancja biegła od innej daty niż na drugi, a trzeba pamiętać, że przy tak rozbudowanym przedmiocie zamówienia liczba rzeczonych wyraża się w ilości kilkunastu tysięcy. Postawienie takiego wymogu, co zostało wyżej wykazane, zupełnie nie odpowiada realiom rynku IT, a co najważniejsze właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, wobec czego Odwołujący składa wniosek o wykreślenie postanowień § 15 ust. 27 WUa, § 15 ust. 27 WUb i § 14 ust. 25 WUc.

Zarzut nr 5 lit. h

W związku z postawieniem zarzutu nr 5 lit. h należy wskazać, że Zamawiający w § 15 ust. 35 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 35 WUb) przyjął, że w razie ujawnienia się po raz trzeci wady tego samego rodzaju i dotyczącej tego samego elementu przedmiotu umowy, Zamawiający może żądać usunięcia wady poprzez wymianę elementu na wolny od wad, a nie poprzez jego naprawę czy usunięcie błędu.

Odwołujący wskazuje, że postawienie takiego wymagania przez Zamawiającego nie odpowiada właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, ponieważ powstaje pytanie jak w przypadku oprogramowania można wymienić na nowy element oprogramowania. Z przyczyn technologicznych taki zabieg jest po prostu niewykonalny, wymiana elementu na nowy musiałby de facto oznaczać wdrożenie po raz kolejny systemu w danym podmiocie medycznym. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że okres wdrożenia został przewidziany na 90 dni, a terminy w ramach gwarancji są liczone w godzinach, co potwierdza, że żądanie Zamawiającego jest nieadekwatne do przedmiotu gwarancji, stąd Odwołujący z przedmiotowym zarzutem wiąże wniosek o wykreślenie postanowień § 15 ust. 35 WUa oraz § 15 ust. 35 WUb.

Zarzut nr 5 lit. i

W odniesieniu do zarzutu nr 5 lit. i Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zarówno w § 15 ust. 6 WUa, w § 15 ust. 5 WUb oraz w § 14 ust. 6 WUc, przewidział że okres gwarancji i rękojmi trwa co najmniej 60 miesięcy, co w opinii Odwołującego należy uznać za wymóg nieodpowiadający właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowiący nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. W opinii Odwołującego przyjęty obecnie minimalny okres gwarancji, tj. 60 miesięcy wraz z punktowanymi w kryteriach oceny opcjami wydłużenia okresu o kolejne okresy przenosi zobowiązania gwarancyjne w abstrakcyjną nie dającą się przewidzieć ani jakkolwiek skwantyfikować w postaci wyceny przyszłość. Należy zwrócić uwagę, że długość tego okresu znacząco także odbiega od zwyczajowo przyjmowanych w warunków rynkowych okresów gwarancji na oprogramowanie, w szczególności na oprogramowanie medyczne, dla którego standardem branżowym jest okres gwarancji wynoszący od 12 do 36 miesięcy, dlatego też z zarzutem Odwołujący wiąże wniosek o skrócenie okresu gwarancji do 36 miesięcy.

VI. Zarzut nr 6 - zarzut dot. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 1 Kc – dot. zastrzeżonych kar umownych (zarzut nr 6 lit. a – lit. e)

Zarzut nr 6 lit. a i b

Odnosząc się do zarzutu nr 6 lit. a oraz lit. b należy wskazać, że Zamawiający we wzorze umowy dotyczącym części od I do XII, od XIV do XVI i od XVIII do XXXVIII w § 8 ust. 8 WUa wprowadził postanowienie zgodnie z którym Zamawiający, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy wymaganych informacji i dokumentów, będzie uprawniony do naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 5 % wynagrodzenia, a ponadto Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca nie może żądać od Zamawiającego jakiegokolwiek odszkodowania z tego tytułu. Także w zakresie wzoru umowy dotyczącym części XIII oraz części XVII Zamawiający w § 8 ust. 8 WUb wprowadził postanowienie zgodnie, z którym Zamawiający, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy wymaganych informacji i dokumentów, będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 5 % wynagrodzenia. Analogiczne postanowienie Zamawiający przewidział w § 8 ust. 5 WUc.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Wobec powyższego z definicji legalnej kary umownej wynika, że istotą kary umownej jest ułatwienie wierzycielowi uzyskania rekompensaty pieniężnej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. To, że Zamawiający uprawniony jest do opracowania wzoru przyszłej umowy, nie oznacza jednak, że ma niczym nieograniczoną swobodę w określaniu jej postanowień, bowiem Zamawiający ograniczony jest powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W związku z obowiązywaniem na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych art. 139 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowując wzór umowy przede wszystkim zobowiązany jest do nienadużywania prawa podmiotowego, co oznacza zgodnie z art. 5 Kc, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Ponadto zgodnie z zasadą swobody umów strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ Kc). Kolejnym ograniczeniem w dowolnym kształtowaniu stosunku prawnego jest art. 7 ust. 1 Pzp i wynikające z niego - fundamentalne w procesie udzielania zamówień - zasady. Te wszystkie wymienione regulacje powinny znaleźć również zastosowanie przy ustalaniu kar umownych. W opinii Odwołującego Zamawiający przy konstruowaniu kar umownych naruszył wyżej wymienione zasady, ponieważ w przypadku powołanych wyżej postanowień umownych to Zamawiający nie wykonał zobowiązania, ponieważ nie przekazał wymaganych informacji i dokumentów, stąd zupełnie niezrozumiałym dla Odwołującego jest przypisanie Wykonawcy odpowiedzialności za niespełnienie zobowiązania przez Zamawiającego.

Nakładając w tym przypadku karę umowną Zamawiający nadużył prawa w znaczeniu podmiotowym, wobec czego z postawionym zarzutem powiązany został wniosek o wykreślenie postanowienia § 8 ust. 8 WUa, postanowienia § 8 ust. 8 WUb i postanowienia § 8 ust. 5 WUc.

Zarzut nr 6 lit. c

W odniesieniu do zarzutu nr 6 lit. c Odwołujący wskazuje, że w § 24 ust. 32 WUa oraz analogicznie w § 24 ust. 32 WUb i w § 24 ust. 32 WUc Zamawiający wprowadził postanowienia zgodnie, z którymi „Zamawiającemu przysługuje prawo sumowania (kumulowania) kar umownych naliczonych z różnych tytułów, jak i w ramach tytułów za ich poszczególne przypadki (np. z tytułu opóźnienia) z zachowaniem maksymalnych limitów z tytułu łączenia kar wskazanych w umowie”.

Powyższe oznacza, że Zamawiający może naliczać łącznie kary umowne z tytułów innych niż odstąpienia od umowy oraz kary umowne przewidziane na wypadek odstąpienia. Takie rozwiązanie jest jednak niedopuszczalne. W pierwszej kolejności należy wskazać na stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r. o sygnaturze akt: III CSK 9/17 zgodnie, z którym „Nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. U podstaw tego stanowiska leży założenie, że jeżeli w umowie przewidziano odrębną karę w związku z odstąpieniem od umowy, to należy przyjąć, że tak określona kara ma rekompensować szkodę - w przewidywanym przez strony rozmiarze - jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Podstawą zastrzeżenia tej kary i określenia jej wysokości także powinna być określona kalkulacja hipotetycznej i specyficznej szkody, jaką poniesienie strona w związku z niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Zastrzegając karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy strony mogą zróżnicować jej wysokość w zależności od okoliczności, które były przyczyną złożenia przez jedną z nich oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jeżeli strony umowy wzajemnej przewidziały karę w związku z odstąpieniem od umowy, nie różnicując jednak jej wysokości w zależności od przyczyn, które spowodowały skorzystanie z tego uprawnienia prawokształtującego, to należy przyjąć, że kara ta ma kompensować całą szkodę, jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania przez jej kontrahenta w następstwie odstąpienia od umowy”. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 24 maja 2012 r. o sygnaturze akt: V CSK 260/11 wyrażono stanowisko zgodnie z którym „nie jest możliwe łączne żądanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania umowy z karą umową przewidzianą na wypadek odstąpienia od umowy.” Analogiczny pogląd przedstawiono również w uchwale Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. o sygnaturze akt: III CZP 39/12, w której stwierdzono, że „Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.” W tym stanie rzeczy należy wykluczyć możliwość kumulowania kar umownych z innych tytułów z karą umowną za odstąpienie od umowy.

Z zarzutem został skorelowany wniosek o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie § 24 ust. 32 WUa, § 24 ust. 32 WUb oraz § 24 ust. 32 WUc.

Zarzut nr 6 lit. d

Obnosząc się do zarzutu nr 6 lit. d należy wskazać, że do wzorów umów Zamawiający wprowadził kary na rażąco wysokim poziomie. Zgodnie z § 24 ust. 21 WUa: „W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub przez Wykonawcę z przyczyn, za które Wykonawca ponosi

odpowiedzialność – Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 70 % (siedemdziesiąt procent) Wynagrodzenia, co nie dotyczy sytuacji wskazanych w ust. 16 - 19 niniejszego paragrafu Umowy, w których to sytuacjach kara umowna wynosi 5 % (pięć procent) Wynagrodzenia oraz odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy z tytułu okoliczności wskazanych w § 25 Umowy, za które w § 25 Umowy przewidziane zostały osobne wysokości kar umownych. Kara umowna z tytułu odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z tytułu okoliczności za jakie odpowiedzialność ponosi Wykonawca, jak i kara umowna z tytułu odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z tytułu okoliczności za jakie odpowiedzialność ponosi Wykonawca, wynosi więc 70 % (siedemdziesiąt procent) Wynagrodzenia, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku odstąpienia od Umowy z tytułu okoliczności wskazanych w ust. 16 -19 niniejszego paragrafu kara umowna wynosi 5 % (pięć procent) Wynagrodzenia oraz z tym zastrzeżeniem, że z tytułu odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z tytułu okoliczności wskazanych w § 25 ust. 2 d-i kara umowna wynosi wysokość wskazaną w § 25 ust. 9-10 Umowy”. Analogiczna kara w takiej samej wysokości została również zastrzeżona w § 24 ust. 21 WUb. Ponadto zgodnie z § 25 ust. 9 WUa: „W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności wskazanych w ustępie 2 punkt d) lub e) lub f) lub g) Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 80 % (osiemdziesiąt procent) wartości Wynagrodzenia”. Również w tym przypadku analogiczna kara umowna została wprowadzona do umowy dotyczącej części XIII oraz części XVII (§ 25 ust. 9 WUb). W zakresie części XXXIX – XLVI Zamawiający przewidział w § 24 ust. 21 WUc, że „W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub przez Wykonawcę z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność – Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 60 % (sześćdziesiąt procent) Wynagrodzenia co nie dotyczy sytuacji wskazanych w ust. 16,17,18, niniejszego paragrafu Umowy, w których to sytuacjach kara umowna wynosi 5 % Wynagrodzenia oraz odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy z tytułu okoliczności wskazanych w paragrafie 25 Umowy, za które w paragrafie 25 Umowy przewidziane zostały osobne wysokości kar umownych Kara umowna z tytułu odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z tytułu okoliczności na jakie odpowiedzialność ponosi Wykonawca jak i kara umowna z tytułu odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z tytułu okoliczności na jakie odpowiedzialność ponosi Wykonawca wynosi więc 60 % Wynagrodzenia z tym zastrzeżeniem, że w przypadku odstąpienia od Umowy z tytułu okoliczności wskazanych w ust.16,17,18 niniejszego paragrafu kara umowna wynosi 5 % Wynagrodzenia oraz z tym zastrzeżeniem, że z tytułu odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z tytułu okoliczności wskazanych w paragrafie 25 ust.2 pkt c-h kara umowna wynosi wysokość wskazaną w paragrafie 25 ust.11-12 Umowy”. Ponadto zgodnie z § 25 ust. 11 WUc: „W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności wskazanych w ustępie 2 punkt c) lub d) lub e) lub f) Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 65 % (sześćdziesiąt pięć procent) wartości Wynagrodzenia”.

W opinii Odwołującego, zastrzeżone w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 9 WUa oraz w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 9 WUb, a także w § 24 ust. 21 WUc i § 25 ust. 11 WUc 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 prac⁶. 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 umowy⁷, 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.

Wobec powyższego z podniesionym zarzutem skorelowany zostaje wniosek o modyfikację postanowień § 24 ust. 21 WUa oraz analogiczne § 24 ust. 21 WUb poprzez zmianę stawki kary umownej z 70 % na 20 %, a także nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowienia § 24 ust. 21 WUc poprzez zmianę stawki kary umownej z 60 % na 20 % oraz modyfikację postanowień § 25 ust. 9 WUa oraz analogicznie § 25 ust. 9 WUb poprzez zmianę stawki kary umownej z 80 % na 20 %, a także modyfikację postanowienia § 25 ust. 11 WUc poprzez zmianę stawki kary umownej z 65 % na 20 %.

⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r. o sygnaturze akt: I CSK 690/13.

⁷ 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.

Zarzut nr 6 lit. e

1. W odniesieniu do zarzutu nr 6 lit. e Odwołujący wskazuje, że choć Zamawiający przewidział limit kar umownych, to limit ten został ustalony na rażąco wysokim poziomie, bowiem zgodnie z § 24 ust. 24 WUa (oraz analogicznie zgodnie z § 24 ust. 24 WUb): „Suma kar umownych o jakich mowa w ustępach od 11 do 15 niniejszego paragrafu Umowy nie może przekroczyć łącznie **85 %** (osiemdziesiąt pięć procent) Wynagrodzenia. Z kolei zgodnie z § 24 ust. 25 WUa (oraz analogicznie zgodnie z § 24 ust. 25 WUb): „Suma wszelkich kar umownych o jakim mowa w niniejszym paragrafie, jak i kar umownych o jakich mowa w § 25 Umowy, nie może przekroczyć łącznie **95 %** (dziewięćdziesiąt pięć procent) Wynagrodzenia”. Ponadto w § 25 ust. 12 WUa (oraz analogicznie w § 25 ust. 12 WUb) Zamawiający przewidział, że „Kara umowna jaką Zamawiający nałoży na Wykonawcę z tytułu odstąpienia od Umowy, łącznie z wszelkimi innymi karami umownymi nałożonymi wcześniej na Wykonawcę nie mogą przekraczać łącznie wartości stanowiącej **95 %** (dziewięćdziesiąt pięć procent) wartości Wynagrodzenia”. W zakresie części XXXIX – XLVI Zamawiający przewidział, że suma kar umownych o jakich mowa w ustępach od 11 do 15 niniejszego paragrafu Umowy nie może przekroczyć łącznie 70 % Wynagrodzenia (tak w § 24 ust. 24 WUc) oraz że suma wszelkich kar umownych o jakim mowa w niniejszym paragrafie jak i kar umownych o jakich mowa w paragrafie 25 Umowy nie może przekroczyć łącznie 90 % Wynagrodzenia (tak w § 24 ust. 25 WUc). Ponadto w § 25 ust. 14 WUc Zamawiający wskazał, że „Kara umowna jaką Zamawiający nałoży na Wykonawcę z tytułu odstąpienia od Umowy, łącznie z wszelkimi innymi karami umownymi nałożonymi wcześniej na Wykonawcę nie mogą przekraczać łącznie wartości stanowiącej 90 % (dziewięćdziesiąt procent) wartości Wynagrodzenia”.

Zamawiający uprawniony jest do opracowania wzoru umowy, na podstawie którego zostanie przygotowana umowa, która będzie zawarta między stronami, jednakże przyznane uprawnienie nie może oznaczać, że Zamawiający ma niczym nieograniczoną swobodę w określaniu jej postanowień. W związku z obowiązywaniem na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowując wzór umowy przede wszystkim zobowiązany jest do nienadużywania prawa podmiotowego, co oznacza zgodnie z art. 5 kc, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Ponadto zgodnie z zasadą swobody umów strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ kc). Ponadto ustalenie limitów kar umownych na tak rażąco wygórowanym poziomie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną wynikającą z instytucji kary umownej. W opinii Odwołującego Zamawiający przy konstruowaniu kar umownych naruszył wyżej wymienione zasady, co doprowadziło do zastrzeżenia limitów kar umownych na rażąco wysokim poziomie.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący składa wniosek obniżenie limitów kar umownych, o których mowa w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUa oraz w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUb, a także w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 14 WUc do 50 % wartości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że dokumentacja postępowania, w szczególności SIWZ i załączniki do SIWZ, a także dokumentacja postępowania prowadzonego pod sygnaturą SzW/2/2020, stanowią dowody na poparcie przytoczonych okoliczności.

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

Za Odwołującego:



Signed by /
Podpisano przez:

Agnieszka Zofia
Smuszkiewicz

Date / Data: 2021-
01-04 16:26

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. |