

WYROK
z dnia 28 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2020 r. przez Odwołującego - wykonawcę CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Szpital Praski p.w. Przemienienia Pańskiego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów I, IV, V, VII, VIII i X wobec cofnięcia odwołania w tej części;
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów II (w części), III, IX i XI, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego;
3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów II (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), VI, XII i nakazuje Zamawiającemu:
 - 3.1. zmianę postanowień SIWZ - opisu przedmiotu zamówienia polegającą na:
 - a) sporządzeniu zamkniętej listy systemów podlegających integracji z oprogramowaniem dostarczanym przez wykonawcę, obejmującej nazwę i wersję każdego z integrowanych systemów oraz dane producenta, przy jednoczesnym usunięciu z listy systemów określeń obciążających wykonawcę do wykonania integracji z systemami zewnętrznymi „wymaganymi prawem”;
 - b) uzupełnieniu SIWZ o informacje niezbędne do wykonania integracji, w tym o informacje związane z dostępem interfejsów wymiany danych (wraz z ich opisem);
lub
dopuszczeniu możliwości realizacji zamówienia przez wymianę systemów, dla których Zamawiający nie jest w stanie przedstawić powyższych informacji, zapewniającą osiągnięcie funkcjonalności wymaganych w SIWZ; lub
wykreślenie z SIWZ obowiązku integracji z systemami, w odniesieniu do których Zamawiający nie jest w stanie przedstawić powyższych informacji;
 - c) uzupełnieniu SIWZ o postanowienia umożliwiające wycenę okablowania zasilającego oraz sieci LAN budowanych na potrzeby systemu kolejkowego;
 - 3.2. zmianę postanowienia § 10 ust. 3 pkt 3.7 wzoru umowy przez wskazanie, że za świadczone usługi utrzymania wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie w okresach miesięcznych - do wysokości wynagrodzenia wskazanej w tym postanowieniu wzoru umowy;
4. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
5. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części %
i Odwołującego w części % i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 5.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.250,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszaw-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Szpital Praski p.w. Przemienienia Pańskiego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego e-Usługi wraz z modernizacją lub wymianą zintegrowanego systemu zarządzania (HIS + ERP), systemów powiązanych i sprzętu”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 sierpnia 2020 r., pod nr 2020/S 159-387532.

28 sierpnia 2020 r. wykonawca CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie wobec treści Ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 29 ust. 1-2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia wyczerpującego i jednoznacznego opisu warunków technicznych oraz zakresu wymaganej migracji danych, polegające na:

- a)braku zamieszczenia w SIWZ informacji technicznych koniecznych do wykonania migracji danych, tj. informacji na temat możliwości dokonania eksportu danych;
- b)braku zapewnienia przez Zamawiającego współpracy koniecznej do wykonania migracji danych, co w szczególności dotyczy nałożenia na wykonawców obowiązku samodzielnego ustalenia (w trakcie realizacji zamówienia) technicznych uwarunkowań istniejących po stronie migrowanych systemów (w drodze fakultatywnej wizji lokalnej);
- c)braku zobowiązania Zamawiającego do współpracy z wykonawcą w trakcie migracji danych;

które to uchybienia stanowią naruszenie obowiązku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz które skutkują uprzywilejowaniem podmiotu będącego producentem migrowanych systemów w szczególności COMARCH Healthcare S.A.

II.art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-2 Pzp przez wprowadzenie obowiązku wykonania integracji dostarczanego oprogramowania z:

- a)Allerad Chazon (PIXEL);
- b)Allerad Exhibeon (PIXEL);
- c)systemami zewnętrznymi („Biała Lista”, „JPK”, systemy ZUS, inne wymagane prawem);
- d)kasami/drukarkami fiskalnymi online i offline;
- e)systemem obsługującym laboratorium histopatologiczne w Szpitalu na Solcu;
- f)systemami zewnętrznymi, zgodnie z wymaganiami NFZ, Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej (ZSMOPL), Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz z platformą e-Zdrowie (P1, P2);
- g)Platinum wersja 3.0 firmy Helena Biosciences;

bez możliwości wymiany tych modułów oraz bez udostępnienia żadnych informacji technicznych dotyczących integrowanych modułów, ani nie zapewnia współpracy ze strony jego dostawcy (sekcja 5.3.1 pkt 4 SIWZ - str. 9, lit. c-d, l-q), co narusza przepisy art. 29 ust. 1 Pzp, a nadto prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji;

III.art. 29 ... ust. 1 .. Pzp . przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia . w sposób

niejednoznaczny co dotyczy wymagań Zamawiającego w zakresie dopuszczalności wymiany systemu Platinum wersja 3.0 firmy Helena Biosciences, co do którego Zamawiający zastrzega, że system ten może być tylko integrowany (sekcja 5.3.1 pkt 4 lit. q - str. 9 SIWZ), podczas gdy z innych wymagań SIWZ wynika możliwość jego wymiany (sekcja 5.3.1 pkt 4 - akapit ostatni - str. 10 SIWZ);

IV.art. 29 ... ust. 1 .. w ... zw. z .. art. 2 pkt 13 Pzp przez wprowadzenie . obowiązku

„przekazania nieodpłatnych licencji na wszystkie elementy wdrażanego ZSI” (sekcja 5.3.1 - str. 9 SIWZ), który to wymóg stoi w sprzeczności z treścią formularza oferty, w którym Zamawiający żąda wskazania ceny licencji (Załącznik nr 5 do SIWZ), a także z zasadą odpłatności zamówień publicznych wynikającą z art. 2 pkt 13 Pzp;

V.art. 29 ... ust. 1 .. Pzp . przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia . w sposób

niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny w części dotyczącej modułów Laboratorium/Diagnostyka obrazowa/Sterylizacja, co do

których Zamawiający w SIWZ zastrzega, że mają zostać wdrożone w ramach zamówienia (sekcja 6.2.1 - str. 33 SIWZ), przewidując jednocześnie, że wykonawca może jedynie zintegrować dostarczany ZSI z wymienionym wyżej modułami (sekcja 5.3.1 pkt 4 lit. c-g SIWZ - str. 9);

VI.art. 29 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie obowiązku wykonania „odpowiedniego okablowania zasilającego oraz sieci LAN (...), doprowadzając punkty elektryczno-logiczne do miejsc

wskazanych przez Zamawiającego” (Załącznik nr 13 do SIWZ, tabela 1.1.4, poz. 8 - str. 75), który to opis jest niepełny i niejednoznaczny, co uniemożliwia wycenę kosztów wykonania żadanego okablowania;

VII.art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2-3 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem nazwy konkretnego urządzenia, tj. przełącznika sieciowego CISCO Systems WS-C4500X-F-16SFP (sekcja 5.3.4.5 - str. 13-14 SIWZ, sekcja 5.35 pkt 5 - str. 5 SIWZ oraz załącznik 3a do SIWZ), co uprzywilejowuje producenta oraz dystrybutorów tego urządzenia i jest sprzeczne z przepisami Pzp z uwagi na fakt, że:

a)użycie nazwy własnej nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia;

b)urządzenie może zostać opisane przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń;

c)możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych jest pozorna jako, że urządzenia równoważne miałyby spełniać wszystkie wyspecyfikowane przez Zamawiającego parametry wzorcowego przełącznika CISCO;

VIII.art. 29 ust. 2-3 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w części dotyczącej oprogramowania systemowego serwera, co do którego Zamawiający oczekuje dostawy systemu Microsoft Windows Server 19 bez możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych (Załącznik nr 3 do SIWZ - str. 67-68);

IX.art. 29 ust. 2-3 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w części dotyczącej urządzenia rozwiązania kolejkowego, co do którego Zamawiający oczekuje dostawy wyświetlacza stanowiskowego LED bez możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych (Załącznik nr 4 do SIWZ - str. 72-75);

X.art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez wprowadzenie wymogu zapewnienia integracji wewnętrznej pomiędzy systemem HIS i systemem ERP opierającej się na zapewnieniu „wspólnego modelu danych” rozumianego jako „przechowywanie danych we wspólnych, współdzielonych tabelach” (sekcja 5.3.5.3.1 - str. 17 SIWZ), co preferuje wykonawców dostarczających oba wymienione wyżej systemy działające na jednej (tej samej) bazie danych, co należy uznać za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji;

XI.art. 25 ust. 1, art. 39 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 353¹ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej „Kc”) przez wprowadzenie w SIWZ (sekcja 5.5.14 pkt 7 SIWZ - str. 31) oraz we wzorze umowy (§ 9 ust. 17) obowiązku zobowiązania się wykonawcy do złożenia w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego po upływie okresu gwarancji oferty na świadczenie Usług Utrzymania z ceną, która nie mogłaby przekraczać 10.000 zł miesięcznie (SIWZ) lub 60-krotności minimalnego wynagrodzenia w skali roku (wzór umowy), co oznacza, że Zamawiający domaga się złożenia przez oferenta bezprawnego oświadczenia, które nie jest niezbędne do przeprowadzenia Postępowania, ponieważ dotyczy przyszłego postępowania, którego warunki nie są znane wykonawcy;

XII.art. 29 ust. 1-2 oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 147 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień dotyczących płatności częściowych, narzucających wykonawcy maksymalną wartość poszczególnych etapów, która nie jest w żaden sposób powiązana z kalkulacją ceny dokonywaną przez wykonawcę, przy czym jedna z płatności częściowych ma nastąpić po zakończeniu okresu gwarancji, co stanowi obejście przepisów Pzp dotyczących zabezpieczenia;

XIII.art. 29 ust. 1 Pzp przez zaniechanie określenia we wzorze umowy maksymalnego limitu naliczonych kar umownych oraz limitu odpowiedzialności wykonawców, co uniemożliwia precyzyjne oszacowanie ryzyk projektowych związanych z realizacją zamówienia, co jest sprzeczne z dyrektywami opisu przedmiotu zamówienia określonymi w Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian Ogłoszenia wskazanych w uzasadnieniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, co następuje.

I.

Zamawiający w sekcji 1.2 Załącznika nr 13 SIWZ (OPZ - str.95-99) określił swoje wymagania dotyczące przeniesienia i konwersji danych do „nowego ZSI”. Migracja danych ma dotyczyć systemów HIS (sekcja 1.2.1) oraz ERP (sekcja 1.2.2) i ma zostać przeprowadzona według następujących założeń:

- a) migrację przeprowadza wykonawca we własnym zakresie i jest odpowiedzialny za pobranie (eksport), przygotowanie, kontrolę spójności oraz import i kontrolę poprawności migracji;
- b) wykonawca przeprowadzi samodzielnie analizę zakresu migrowanych danych i pozyska szczegółową wiedzę w zakresie struktur danych systemów źródłowych (str. 98 OPZ);
- c) dobór środków technicznych koniecznych do wykonania migracji należy w całości do wykonawcy.

Zamawiający zastrzegł przy tym, że w celu „właściwej wyceny i zaplanowania tego zadania Zamawiający dostarczy na żądanie wykonawcy m.in. zrzut struktur baz danych (definicje tabel), próbki danych z wyżej wymienionych tabel oraz udzieli dostępu do baz danych” (por. sekcja 1.2.3 OPZ pkt 2 - str. 98 OPZ). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że „w braku możliwości dostarczenia opisu struktur danych lub próbek danych albo braku możliwości udzielenia dostępu do migrowanych baz danych, Zamawiający dostarczy dane do migracji w formie plików o uzgodnionej wcześniej strukturze”.

Odwolujący podkreślił że opisywana przez Zamawiającego migracja danych dotyczy wyłącznie wykonawców dokonujących wymiany ZSI. Czynności tych nie musi więc wykonywać dostawca obecnie wykorzystywanych systemów, tj. COMARCH Healthcare S.A.

Nie ulega wątpliwości, że w aktualnym brzmieniu SIWZ nie zawiera informacji koniecznych do wyceny kosztów wymaganej migracji. Zamawiający sam przyznaje, że dla właściwej wyceny może on zapewnić dostęp do danych oraz ich próbkę. Nie wiadomo przy tym w jakim trybie ten dostęp miałby być zapewniany. Z pewnością byłby on jednak selektywny, ponieważ uzyskiwaliby go wyłącznie ci wykonawcy, którzy złożyliby odpowiedni wniosek i którzy dopełniliby wymaganych formalności. Z całą pewnością dostęp do informacji na temat migracji nie jest równy dla wszystkich wykonawców. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że obowiązek zapewnienia wykonawcom informacji koniecznych do sporządzenia oferty obciąża wyłącznie Zamawiającego, a wykonawcy nie mają obowiązku samodzielnego gromadzenia informacji nieujawnionych w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie migracji danych jest niekompletny, co jest równoznaczne z naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. Co znamienne, braki w opisie przedmiotu zamówienia zostały dostrzeżone przez samego Zamawiającego, który sam przyznaje, że dla „właściwej wyceny” migracji należałoby wystąpić do Zamawiającego o dodatkowe informacje.

Jednocześnie bezsporne jest, że Zamawiający ma możliwość dostarczenia wykonawcy danych do migracji w formie plików o uzgodnionej strukturze, co jednak miałoby nastąpić dopiero jeśli niemożliwe byłoby dostarczenie opisu struktur lub próbek danych. Skoro zaś Zamawiający ma opisaną wyżej możliwość, to braki w opisie przedmiotu zamówienia mogą zostać usunięte poprzez zobowiązanie się Zamawiającego do dostarczenia wykonawcy wyeksportowanych danych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie migracji danych został sporządzony z naruszeniem art. 29 ust. 1 Pzp, co w sposób oczywisty prowadzi do uprzywilejowania dotychczasowego dostawcy systemów szpitalnych oraz ERP, tj. COMARCH Healthcare S.A. (który w ogóle nie będzie musiał wykonywać żądanej migracji). Zamawiający nie mógł zwolnić się z obowiązków wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp poprzestając na oświadczeniu o braku wiedzy na temat systemów, z których mają być migrowane dane. Nie mógł on także przerzucić na wykonawców obowiązków związanych z zebraniem informacji koniecznych do sporządzenia oferty.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian do SIWZ polegających na zobowiązaniu Zamawiającego do współpracy z wykonawcą w procesie migracji, co powinno obejmować w szczególności dostarczenie wykonawcy danych polegających przeniesieniu, zapisanych w pliku o określonej strukturze (format *.csv, *.xls lub *.rtf) oraz przekazanie informacji na temat struktury plików, do których będą zapisywane dane wyeksportowane z migrowanych systemów.

II.

Zamawiający w sekcji 5.3 SIWZ (Przedmiot zamówienia) Zamawiający wskazał, że „w ramach wdrożenia (...) oczekuje poza realizacją wzajemnej integracji (...) także integrację istniejących systemów Zamawiającego z modernizowanym rozwiązaniem, a w tym: (...)

- c) Allerad Chazon (PIXEL);
- d) Allerad Exhibeon (PIXEL);

(...)

- l)systemami zewnętrznymi („Biała Lista”, „JPK”, systemy ZUS, inne wymagane prawem);
- m)kasami/drukarkami fiskalnymi online i offline;
- n)systemem obsługującym laboratorium histopatologiczne w Szpitalu na Solcu;
- o)systemami zewnętrznymi, zgodnie z wymaganiami NFZ, Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej (ZSMOPL), Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz z platformą e-Zdrowie (PI, P2);

(...)

- p)Platinum wersja 3.0 firmy Helena Biosciences;

Zamawiający oczekuje integracji ze wszystkimi systemami zewnętrznymi wymaganymi prawem na dzień uruchomienia rozwiązania (niezależnie od obszaru)”.

Odwołujący wskazał, że opis wymagań dotyczących integracji jest nieprecyzyjny, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający posłużył się bowiem wielokrotnie niedookreślonymi pojęciami, co uniemożliwia ustalenie kompletnej listy integrowanych systemów (np. przez odniesienie do „systemów wymaganych prawem”) oraz zakresu wymaganej integracji. Zamawiający nie podał nazw wszystkich systemów podlegających integracji, nie wskazał ich producentów, ani innych informacji technicznych koniecznych do wykonania integracji (w tym zwłaszcza opisu interfejsów wymiany danych istniejących w każdym z integrowanych systemów). Zamawiający nie zapewnił również współpracy dostawców systemów integrowanych, w związku z czym realizacja zamówienia w omawianej części uzależniona jest od podmiotów trzecich, na które Odwołujący nie ma żadnego wpływu.

Mając na uwadze powyższe wykluczyć należy możliwość uznania za prawidłową praktyki opisywania integrowanych systemów za pomocą ogólnikowych i niejasnych sformułowań takich jak: „rozwiązania bankowe”, „systemy zewnętrzne wymagane prawem”, „system obsługujący laboratorium”. Powyższe nie pozwala na ustalenie jakie są faktyczne wymagania Zamawiającego, a w związku z tym wyklucza możliwość skalkulowania kosztów wykonania oczekiwanych integracji. W realiach Postępowania braki w opisie przedmiotu zamówienia prowadzą również do uprzywilejowania wykonawcy COMARCH Healthcare S.A., który jako jedyny dysponuje wiedzą na temat uwarunkowań istniejących u Zamawiającego, a zwłaszcza o zakresie funkcjonujących integracji.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmian SIWZ dotyczących:

- a)sporządzenia pełnej, kompletnej i zamkniętej listy systemów podlegających integracji z oprogramowaniem dostarczonym przez Wykonawcę obejmującej zwłaszcza: nazwę każdego z integrowanych systemów (z podaniem wersji), dane producenta;
- b)wykreślenia z SIWZ (sekcja 5.3.1 pkt 4 lit. I) - str. 9) określeń dotyczących obowiązku wykonania integracji z systemami zewnętrznymi „wymaganymi prawem” (pkt k), wyliczenia integrowanych systemów oraz zdanie znajdujące się pod wyliczeniem [w całości];
- c)uzupełnienia SIWZ o informacje niezbędne do wykonania integracji, w tym o informacje związane z dostępem interfejsów wymiany danych (wraz z ich opisem) albo wykreślenia z SIWZ obowiązku wykonania integracji z systemami, co do których Zamawiający nie może zapewnić informacji koniecznych do wykonania integracji albo umożliwienia wymiany tychże systemów.

III.

Zamawiający w treści SIWZ (sekcja 5.3.1. pkt 4 lit. q) wprowadził następujący wymóg:

„W ramach wdrożenia ZSI Zamawiający oczekuje, poza realizacją wzajemnej integracji ww. elementów, integracji systemów pomocniczych obecnie używanych przez Zamawiającego z wdrażanym ZSI albo dostarczenie modułów wdrażanego ZSI o tożsamej lub szerszej funkcjonalności:

(...)

- q)Platinum wersja 3.0 firmy Helena Biosciences - tylko integracja”.

Jednocześnie w tej samej sekcji SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym dopuszcza możliwość zastąpienia m.in. ww. oprogramowania przez inne oprogramowanie dostarczone przez dostawcę (w tym moduły zintegrowanego rozwiązania HIS), pod warunkiem zapewnienia tożsamej lub bogatszej funkcjonalności oraz integracji z pozostałymi elementami ZSI oraz obsługiwanymi urządzeniami.

W świetle powyższych postanowień SIWZ nie ulega wątpliwości, że wymagania Zamawiającego dotyczące możliwości

wymiany systemu Platinum zostały opisane w sposób wewnętrznie sprzeczny. W tym stanie rzeczy Odwołujący nie może dokonać rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej. Opis przedmiotu zamówienia w omawianym zakresie został więc sporządzony z naruszeniem art. 29 ust. 1 Pzp.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ujednolicenia wymagań dotyczących systemu Platinum 3.0 dopuszczając możliwość wymiany tego systemu.

IV.

Zamawiający w sekcji 5.3.1 SIWZ (str. 9) wprowadził następujący wymóg:

„Zamawiający oczekuje przekazania bezterminowych nieodpłatnych licencji na wszystkie elementy wdrażanego rozwiązania ZSI w zakresie elementów wchodzących w jego skład”.

Jednocześnie w Formularzu Oferty (Załącznik nr 5 do SIWZ) Zamawiający w sposób wyraźny wyróżnił cenę „licencji i oprogramowania” jako element ceny łącznej, co kłóci się z wymogiem udzielenie licencji nieodpłatnej. Opis przedmiotu zamówienia w opisywanym zakresie narusza więc przepis art. 29 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że umowy w sprawach zamówień publicznych mają charakter odpłatny (art. 2 pkt 13 Pzp). Oczekiwanie, aby jedno z podstawowych świadczeń zamówienia na dostawę oprogramowania (udzielenie licencji) było darmowe jest sprzeczne z zasadą odpłatności zamówień publicznych.

Z tych względów Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z sekcji 5.3.1. SIWZ wymogu nieodpłatności udzielanych licencji.

V.

Zamawiający w sekcji 5.3.1 pkt 4 SIWZ (str. 9) zawarł wymagania, z których wynika, że systemy RIS/PACS (Allerad Chazon oraz Allerad Exhibeon), laboratoryjny (Marcel) oraz system Endobase (obsługa endoskopii) mogą podlegać wyłącznie integracji z oprogramowaniem dostarczonym w ramach zamówienia i nie mogą zostać wymienione.

Jednocześnie jednak w treści sekcji 6.2.1 SIWZ (str. 33) Zamawiający stwierdził, że „w ramach części medycznej systemu szpitalnego zostaną wdrożone co najmniej następujące moduły systemu: (...) Laboratorium/Diagnostyka obrazowa/Sterylizacja”.

W treści SIWZ występuje wewnętrzna sprzeczność dotycząca możliwości wymiany oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego. Powyższe należy kwalifikować jako naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia wymagań dotyczących systemów RIS/PACS (Allerad Chazon oraz Allerad Exhibeon), laboratoryjnego (Marcel) oraz systemu Endobase dopuszczając - jako jeden z wariantów realizacji zamówienia - także wymianę tych systemów.

VI.

Jednym z elementów dostaw realizowanych w ramach zamówienia jest system kolejkowy, którego parametry zostały opisane w tabeli 1.1.4 Załącznika nr 13 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - str. 73-75).

W poz. 8 tej tabeli Zamawiający zawarł następujące wymaganie:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykonał odpowiednie okablowanie zasilające oraz sieci LAN (zgodnie w standardem wykonania istniejącego okablowania, kat. min. 6), doprowadzając punkty elektryczno-logiczne do miejsc wskazanych przez Zamawiającego przewidzianych jako lokalizacje montażu wyświetlaczy stanowiskowych, automatów biletowych”.

Odwołujący stwierdził, że tak enigmatyczny opis w żaden sposób nie pozwala wycenić kosztów wykonania „odpowiedniego okablowania zasilającego raz sieci LAN”. Zamawiający nie sprecyzował bowiem nawet długości budowanej sieci czy liczby punktów PEL (punktów elektryczno-logicznych). Opis przedmiotu zamówienia w omawianym zakresie jest więc sprzeczny z treścią art. 29 ust. 1 Pzp.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia wymagań dotyczących okablowania zasilającego oraz sieci LAN budowanych na potrzeby systemu kolejkowego, wskazując w szczególności maksymalną długość sieci, liczbę punktów PEL oraz dołączając do SIWZ projekt techniczny budowanej sieci.

VII.

Zamawiający w sekcji 5.3.4.5 SIWZ (Urządzenia sieciowe w postaci przełącznika szkieletowego/agregacyjnego - str. 13-

14) zawarł następujący wymóg:

„Zamawiający oczekuje dostawy sprzętu sieciowego rozszerzającego istniejącą architekturę sieci opartej o przełączniki firmy CISCO serii CATALYST w postaci przełącznika Cisco Systems WS-C4500X-F16SFP+ o parametrach podanych w Załączniku nr 3a do SIWZ”.

W Załączniku nr 3A do SIWZ Zamawiający zawarł tabelę, w której opisał parametry techniczne przełącznika CISCO Systems WS-C4500X-F16SFP+. Zamawiający zastrzegł przy tym, że dopuszcza możliwość dostarczenia „urządzenia w pełni kompatybilnego (z przełącznikiem CISCO) pod kątem integracji z istniejącymi u Zamawiającego przełącznikami CISCO Catalyst”.

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego stoi w oczywistej sprzeczności z przywołanym wyżej przepisem i prowadzi do uprzywilejowania dostawców urządzeń CISCO. W ocenie Odwołującego specyfika zamówienia nie uzasadnia oczekiwania zamówienia dostawy urządzenia konkretnego producenta. Dodał, że użycie nazw własnych w opisie przedmiotu zamówienia możliwe jest jedynie w przypadku, w którym spełnione zostają wszystkie warunki określone w art. 29 ust. 3 Pzp. Jednym z tych warunków jest brak możliwości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Warunek ten nie jest spełniony, ponieważ Zamawiający z pewnością mógł opisać przełącznik za pomocą parametrów technicznych. Zamawiający nie określił również żadnych kryteriów równoważności, które byłyby wiążące dla dostawcy urządzenia będącego „substytutem” przełącznika CISCO. Możliwość zaoferowania takiego „substytutu” staje się więc czysto pozorna jako, że urządzenie zamiennie miałyby mieć te same parametry co przełącznik CISCO.

Warto w tym miejscu wskazać, że skoro w ocenie Zamawiającego konieczne jest rozszerzenie jego infrastruktury sieciowej o dodatkowy przełącznik CISCO to zakup ten nie powinien stanowić elementu otwartej procedury przetargowej. Wymóg dostarczenia konkretnego (wskazanego z nazwy) urządzenia ogranicza bowiem konkurencyjność Postępowania i narusza zasadę równego traktowania wykonawców (art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp).

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ wszystkich odniesień do nazwy produktu CISCO i opisanie swoich wymagań dotyczących przełącznika sieciowego za pomocą parametrów technicznych, których kombinacja nie może wskazywać wyłącznie na urządzenie CISCO.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ zawarł wymagania dla platformy serwerowej, z których wynika, że przedmiotem realizowanych dostaw mają być także „Licencje Microsoft” (str. 64 SIWZ), tj. licencje systemu operacyjnego Microsoft Windows Server 2019 Data Center (str. 68 SIWZ).

Nie ulega zatem wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia został opisany z użyciem nazwy własnej, co narusza przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, a nadto jest sprzeczne z unormowaniem zawartym w art. 29 ust. 3 Pzp, przede wszystkim ze względu na brak możliwości dostarczenia licencji produktów równoważnych. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił wymianę systemów HIS i ERP. W takim wariancie realizacji zamówienia środowisko uruchomieniowe dla tych systemów będzie więc budowane od podstaw. Nawet jeśli wykorzystywane obecnie systemy HIS i ERP funkcjonują na serwerach z systemem operacyjnym WINDOWS, to nowe środowisko może działać na innych systemie operacyjnym. Brak więc obiektywnej potrzeby dostawy systemu korporacji Microsoft.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ wszystkich odniesień do serwerowego systemu operacyjnego MS Windows Server 2019 Data Center, dopuszczając możliwość wykorzystania w serwerach także innych systemów operacyjnych (np. Linux).

IX

Zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ zawarł wymagania dla urządzeń rozwiązywania kolejkowego, z których wynika, że przedmiotem realizowanych dostaw mają być także wyświetlacze LED.

Nie ulega zatem wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia został opisany z użyciem nazwy konkretnej technologii (LED), co narusza przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, a nadto jest sprzeczne z unormowaniem zawartym w art. 29 ust. 3 Pzp, przede wszystkim ze względu na brak możliwości dostarczenia technologii równoważnych. Odwołujący oświadczył, że

narzucenie przez Zamawiającego konkretnej technologii wykonania wyświetlacza, bez dopuszczenia technologii równoważnych, a nawet lepszych (jaką jest technologia LCD), w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję. Wyświetlacze LCD posiadają obecnie znaczenie więcej funkcjonalności a parametrami nie odbiegają od wyświetlaczy LED. Brak więc obiektywnej potrzeby dostawy wyświetlaczy wykonanych w technologii LED.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ w zakresie wyświetlaczy systemu kolejowego wszystkie odniesienia do technologii LED, dopuszczając możliwość zaoferowania także wyświetlaczy w innej technologii (np. LCD).

Zamawiający w sekcji 5.3.5.3.1 (Wewnętrzna spójność pomiędzy modułami systemu - str. 17) wprowadził następujące wymagania:

„Wymagana jest integracja pomiędzy poszczególnymi modułami systemu. Integracja, o której mowa musi polegać co najmniej na następujących elementach:

(...)

- wspólny model danych - poszczególne moduły muszą pracować na wspólnym modelu danych, tzn. przechowywać dane we wspólnych, współdzielonych tabelach, co najmniej w obszarach „białym” (HIS) oraz „szarym” (ERP), a pomiędzy nimi wymieniać informacje w sposób „przezroczysty” dla użytkownika, tj. bez jego interakcji”.

Oznacza to też, że wymiana informacji musi odbywać się w sposób automatyczny i elektroniczny bez konieczności ręcznego przepisywania danych pomiędzy systemami”.

Odwołujący podniósł, że wymóg współdzielenia tabel w części HIS i ERP jest równoznaczny z żądaniem dostarczenia systemów pracujących na tej samej bazie danych. Cytowane postanowienie SIWZ w sposób nieuprawniony wyklucza zatem możliwość zaoferowania systemów HIS i ERP działających na różnych bazach danych i to nawet jeśli zapewniony zostanie poziom integracji między systemami, który pozwoli na spełnienie oczekiwań Zamawiającego dotyczących wymiany informacji w sposób automatyczny i elektroniczny (bez konieczności przepisywania danych między systemami i bez interakcji z użytkownikiem). Skoro cel do którego dąży Zamawiający może zostać osiągnięty różnymi metodami, nieuprawnionym i ograniczającym konkurencję (art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp) jest działanie Zamawiającego wyłączające możliwość wyboru jednego ze sposobów realizacji zamówienia (w tym wypadku chodzi o możliwość zaoferowania systemów HIS i ERP współpracujących z różnymi bazami danych).

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ wymogu dotyczącego pracy modułów na wspólnym modelu danych rozumiany jako przechowywanie danych we wspólnych, współdzielonych tabelach, co najmniej w obszarach „białym” (HIS) oraz „szarym” (ERP).

XI.

Zamawiający w sekcji 5.5.14 pkt 7 SIWZ (str. 31) wprowadził następujące postanowienie:

„Po upływie okresu gwarancji i będącego jej częścią nadzoru autorskiego, a także serwisu Zamawiający zastrzega sobie wystąpienie do Wykonawcy o zawarcie umowy na okres do 5 lat w zakresie objęcia ZSI dalszym nadzorem autorskim i serwisem. Wartość umowy będzie przedmiotem osobnego postępowania ze strony Zamawiającego, z tym, iż zgodnie ze złożoną w niniejszym postępowaniu ofertą Wykonawca gwarantuje, że maksymalna cena zaoferowana Zamawiającemu nie przekroczy wskazanej w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu wartości rocznej nadzoru autorskiego oraz wartości rocznej dla serwisu - w łącznym koszcie nie przekraczającym 2,5% wartości wdrożenia, nie więcej jednak niż kwota 10 000 PLN brutto (dziesięć tysięcy złotych brutto) miesięcznie”.

Zbliżone, jakkolwiek nie identyczne, postanowienie zawarto w § 9 ust. 17 wzoru umowy, która to klauzula ma następujące brzmienie:

„Zamawiający może, po upływie okresu gwarancji i w drodze odrębnego postępowania, powierzyć Wykonawcy świadczenie Usług Utrzymania na okres dalszych 5 lat, w tym w zakresie dostosowania ZSI do zmieniających się przepisów. Wykonawca zobowiązuje się, że w ofercie złożonej we wspomnianym postępowaniu wartość Usług Utrzymania za każdy kolejny rok nie przekroczy sześćdziesięciokrotności minimalnego wynagrodzenia obowiązującego w dniu jej złożenia i jest to wartość rynkowa”.

Nie ulega wątpliwości, że cytowane wyżej postanowienia dotyczą złożenia przez wykonawcę oświadczenia dotyczącego

przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem byłoby świadczenie Usług Utrzymania (serwisu, nadzoru autorskiego) po upływie okresu gwarancji udzielonej w ramach niniejszego zamówienia. Poza sporem pozostaje zatem, że oświadczenie żądane przez Zamawiającego nie pozostaje w związku z prowadzonym obecnie postępowaniem i nie jest niezbędne do jego przeprowadzenia. Już więc z tej przyczyny Zamawiający nie może żądać złożenia takiego oświadczenia, ponieważ stoi to w sprzeczności z regulacją zawartą w art. 25 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego nie można tracić z pola widzenia faktu, że Zamawiający oczekuje przyjęcia przez wykonawcę wybranego w Postępowaniu zobowiązania do złożenia oferty z ceną, która nie mogłaby przekroczyć limitu określonego jednostronnie przez Zamawiającego, a zobowiązanie takie wykonawca miałby składać z ponad sześćdziesięcioletnim wyprzedzeniem, nie znając w ogóle warunków realizacji przyszłego zamówienia. Tego typu klauzula umowna z pewnością musiałaby zostać uznana za sprzeczną z art. 353¹ Kc. Zamawiający pomija przy tym, że przyszłe postępowanie prowadzone musiałoby być w procedurze otwartej, w której każdy wykonawca samodzielnie ustala cenę ofertową i nie może być wiązany żadnymi ograniczeniami nakładanymi przez Zamawiającego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że narzucane przez Zamawiającego ograniczenie dotyczyłoby wyłącznie wykonawcy wybranego w postępowaniu niniejszym. Biorąc zaś pod uwagę fakt, że limit określany przez Zamawiającego odbiega od rynkowego standardu, przeszłe postępowanie z pewnością nie byłoby prowadzone w warunkach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców.

Ubocznie należy również wskazać, że narzucany przez Zamawiającego limit jest określany w różny sposób. I tak w SIWZ wynosi on 10.000 zł miesięcznie (120.000 zł rocznie), a we wzorze umowy ustalono go na 60-krotność minimalnego wynagrodzenia z daty składania oferty w przyszłym postępowaniu. Nawet jeśli pominąć fakt, że Odwołujący nie może znać wysokości minimalnego wynagrodzenia mającego obowiązywać w przyszłości, to limit obliczony z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2020 r. (2600 zł) wynosiłby 156.000 zł rocznie, a więc różniłby się od tego, który określono w samej SIWZ. Powyższe stanowi więc oczywiste naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ w całości klauzul zawartych w sekcji 5.5.14 pkt 7 SIWZ (str. 31) oraz w § 9 ust. 17 wzoru umowy.

XII.

Zamawiający we §10 ust. 3 wzoru Umowy wprowadził następujące postanowienia:

3. Wynagrodzenie, o którym mowa będzie płatne w terminie 14 dni od podpisania przez

Zamawiającego protokołu odbioru Etapu Wdrożenia, w następujących proporcjach:

3.1. Analiza Przedwdrożeniowa i przedstawienie Harmonogramu Szczegółowego - 10% Wynagrodzenia;

3.2. dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie oprogramowania i sprzętu komputerowego - 25% Wynagrodzenia;

3.3. instalacja oraz konfiguracja niezbędnych baz danych na potrzeby ZSI, a także dostawa i instalacja licencji na oprogramowanie - 20% Wynagrodzenia;

3.4. Wdrożenie: prace dostosowawcze, powdrożeniowe, szkolenie personelu, integracja, migracja danych, itd. - 20%

Wynagrodzenia;

3.5. Uruchomienie e-Usług - 10% Wynagrodzenia;

3.6. Odbiór Końcowy - 5% Wynagrodzenia;

3.7. zakończenie świadczenia Usług Utrzymania - 10% Wynagrodzenia".

W związku z treścią § 10 ust. 3 wzoru umowy Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie może określać wysokości wynagrodzenia umownego należnego za wykonanie poszczególnych etapów realizacji zamówienia. Jest to bowiem wyłączne uprawnienie wykonawcy, który jest odpowiedzialny za konstrukcję ceny ofertowej.

Niedopuszczalne jest również wprowadzanie klauzul umownych, na podstawie których Zamawiający uprawniony będzie do zatrzymania części wynagrodzenia jako zapłaty za pozorne „świadczenia” takie jak „odbiór końcowy” czy „zakończenie świadczenia

Usług Utrzymania”. Takie postanowienia stanowią de facto obejście przepisów dotyczących zabezpieczenia i jako takie nie mogą zostać uznane za zgodne z Pzp.

Wskazać w tym miejscu należy, że ostatnia z części wynagrodzenia musiałaby być płatna po zakończeniu okresu gwarancji, co de facto oznacza, że ta część wynagrodzenia faktycznie stanowi quasi zabezpieczenie prawidłowej realizacji umowy, które ustanawiane jest w sposób ewidentnie sprzeczny z treścią Pzp. Oczywistym jest bowiem, że zabezpieczenie o

którym mowa w art. 147 ust. 1 Pzp nie może służyć zabezpieczeniu roszczeń z tytułu udzielonej gwarancji. Nie może ono również mieć wysokości wymaganej przez Zamawiającego, jako że zgodnie z treścią art. 150 ust. 2 Pzp łączna suma zabezpieczenia nie może przekroczyć 10% ceny całkowitej, przy czym na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi Zamawiający może pozostawić nie więcej niż 30% zabezpieczenia (art. 151 ust. 2 Pzp).

Odwolujący zwrócił uwagę, że analizowana klauzula umowna odnosi się do Etapów Wdrożenia. Jak zaś wynika z treści sekcji 5.4 SIWZ (str. 18) Zamawiający nie przewidział odrębnego Etapu jakim miałoby być zakończenie świadczenia Usług Utrzymania. Powyższe dobitnie potwierdza tezę, iż celem działania Zamawiającego jest obejście przepisów o zabezpieczeniu.

Odwolujący podkreślił, że dostrzega potrzebę zabezpieczenia się przez Zamawiającego przed manipulowaniem ceną i sztucznym zawyżaniem wczesnych etapów realizacji zamówienia, niemniej nie może to odbywać się tak, jak uczynił to Zamawiający. Wysokość wynagrodzenia za realizację poszczególnych etapów nie może pozostawać bez żadnego związku z wartością świadczeń realizowanych w ramach każdego z etapów.

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie, aby Zamawiający:

a) dokonał zmian § 10 ust. 3 wzoru Umowy i nadał klauzuli następujące brzmienie:

„Wynagrodzenie, o którym mowa będzie płatne w terminie 14 dni od podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru Etapu Wdrożenia, w następujących częściach:

1.1. Analiza Przedwdrożeniowa i przestawienie Harmonogramu Szczegółowego - nie więcej niż 10%;

1.2. Dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie oprogramowania i sprzętu komputerowego;

1.3. Instalacja oraz konfiguracja niezbędnych baz danych na potrzeby ZSI, a także dostawa i instalacja licencji na oprogramowanie;

1.4. Wdrożenie: prace dostosowawcze, powdrożeniowe, szkolenie personelu, integracja, migracja danych, itd.;

1.5. Uruchomienie e-Usług i odbiór końcowy Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający zastrzega przy tym, iż łączna suma wynagrodzenia z tytułu wykonania Etapów wymienionych w pkt 1.1-1.3 nie może przekroczyć 60%, a wynagrodzenie za wykonanie Etapu, o którym mowa w pkt 1.5 wyniesie nie mniej niż 5%”

b) zmodyfikował Formularz Oferty tak, aby wykonawca mógł określić wysokość wynagrodzenia z wykonanie każdego z Etapów wymienionych w SIWZ

XIII.

Zamawiający we wzorze Umowy (§ 11) wprowadził następujące postanowienia dotyczące kar umownych:

„1. Zamawiający jest uprawniony do domagania się od Wykonawcy zapłaty kar umownych w wysokości:

1.1. 0,2% Wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w zakończeniu Etapu Wdrożenia w stosunku do terminów wskazanych w Harmonogramie Wdrożenia;

1.2. 0,25% Wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dokonaniu Wdrożenia w stosunku do terminu wskazanego w Harmonogramie Wdrożenia;

1.3. 0,05% Wynagrodzenia za każdy przypadek nie przystąpienia do wykonania Usług Utrzymania w terminie wskazanym w Umowie;

1.4. 0,05% Wynagrodzenia za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki, liczoną od upływu terminu w godzinach wyznaczonego jako czas reakcji, w usunięciu Awarii;

1.5. 0,0025% Wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Błędu lub Usterki;

1.6. 20% Wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca;

2. Zapłata kary umownej nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

3. W przypadku, w którym na skutek przyczyn leżących po stronie Wykonawcy dojdzie do utraty dofinansowania przez Zamawiającego, Zamawiający uprawniony będzie do dochodzenia od Wykonawcy na zasadach ogólnych odszkodowania w wysokości odpowiadającej wysokości utraconej części dofinansowania”.

Zamawiający nie wprowadził regulacji dotyczących limitów kar oraz całkowitej odpowiedzialności Wykonawcy. W

bieżącym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że określenie katalogu kar umownych i okoliczności, w jakich mogą one zostać nałożone na wykonawcę stanowi szeroko rozumiany element przedmiotu zamówienia, który musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Stąd też brak określenia limitu kar jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę może powodować niepewność wykonawców co do warunków i sposobu realizacji zamówienia. Wskazuje się przy tym także, że naliczanie kar, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, może prowadzić do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej nieokreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 Kc wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego. Skutkuje to też tym, że wszystkie takie kary winny być uznane za rażąco wygórowane (bowiem ich ostateczna wysokość, w przypadku trwania opóźnień bądź naruszeń w dłuższym okresie czasu, może się okazać niezmiernie wysoka i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Wprowadzanie limitów kar umownych zwłaszcza w przypadku umów IT postulowano już od dawna, o czym może świadczyć dokument pn. „Analiza dobrych praktyk w zakresie realizacji umów IT, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki projektów informatycznych” (dokument opublikowany na stronie Urzędu Zamówień publicznych w sekcji Repozytorium Wiedzy/Dobre praktyki/Dobre praktyki w branży IT (Rozdział IV. Odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy IT / 2. Granica odpowiedzialności umownej / 6. Kary umowne).

Z tych względów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do § 11 wzoru umowy następujących postanowień umownych:

„4. Całkowita wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto określonego w §10 ust. 1 Umowy.

5. Zamawiający może dochodzić odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych na jego rzecz kar umownych, maksymalnie jednak do wysokości wynagrodzenia brutto określonego w §10 ust. 1. Umowy”.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron postępowania odwoławczego złożone zostały poniższe oświadczenia:

1. Zamawiający oświadczył o uwzględnieniu następujących zarzutów odwołania: II (w części), III, IX i XI;

2. Odwołujący cofnął następujące zarzuty odwołania: I, IV, V, VII, VIII, X

W konsekwencji rozpoznaniu podlegały zarzuty II (w części nieuwzględnionej), VI, XI i XIII.

W powyższym zakresie Zamawiający, w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie w powołaniu na następującą argumentację.

Po pierwsze, w kontekście modułów, których nazw wprost użyto, zarzut niedostarczenia wymaganych informacji technicznych jest niezrozumiały.

Skoro Zamawiający poinformował wprost, jaki moduł wymaga integracji, nie nastęrcza trudności uzyskanie wszelkich koniecznych informacji przez wykonawcę - profesjonalistę w swej dziedzinie.

Po drugie, w kontekście odwołań Zamawiającego do przepisów prawa, również krąg modułów jest możliwy do ustalenia przez wykonawcę, który jest profesjonalistą w zakresie wdrażania szpitalnych rozwiązań informatycznych, a zatem powinien posiadać kompletną i rzetelną wiedzę w zakresie systemów publicznych których integracja lub wykorzystanie jest nałożone na Zamawiającego przepisami prawa.

Po trzecie, jeżeli chodzi o użycie stwierdzeń niedookreślonych, Zamawiający udzieli szczegółowych informacji wykonawcy zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że nie posiada innej dokumentacji technicznej, którą mógłby udostępnić. Jednocześnie wykonawca, jako profesjonalista w dziedzinie, ma możliwość dokonania ustaleń, w tym np. przez zawarcie porozumień z producentami systemów integrowanych w zakresie współpracy przy integracji i uwzględnić cenę takiego wsparcia w ofercie.

VI.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wymaga, aby wykonawca przygotował projekt rozwiązania, jednak nie ma wiedzy na temat jego kształtu, technologii wykonania ani zastosowanej topologii, co uniemożliwia podanie wartości długości traktów przewodowych.

Wykonawca ma możliwość samodzielnego wykonania obmiarów i wykonania kosztorysów roboczo-materiałowych dla

swojego rozwiązania oraz wystąpienia o dostęp do planów i rzutów technicznych budynków. Nie sposób wymagać od Zamawiającego aby stworzył on projekt rozwiązania (co jest konieczne, aby podać ilość koniecznego okablowania), skoro wykonanie tego projektu stanowi przedmiot zamówienia.

Niezasadny jest także zarzut niepodania żadnych informacji dot. oczekiwanego rozmiaru systemu kolejkowego. Zamawiający podał w punkcie 5.3.43 SIWZ zarówno liczbę gabinetów obsługiwanych przez system, jak i liczbę konkretnych urządzeń składających się na system. Ponadto Zamawiający udostępni na żądanie wykonawcy do wglądu rysunki rzutów poszczególnych budynków, w siedzibie Zamawiającego. Wykonanie projektu technicznego sieci nie leży już w gestii Zamawiającego, który profesjonalnego wykonania rozwiązania poszukuje u wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że nie rozumie w kontekście argumentacji Odwołującego zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, który w tej kwestii nie wydaje się mieć zastosowania. Jednocześnie, w kontekście naruszenia ust. 2 Zamawiający wskazuje, że ustalenie zasad płatności wynagrodzenia stanowi kompetencję Zamawiającego, który może ocenić, w jakich transzach wypłacane będą środki.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 147 ust. 1 Pzp Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący pomija kluczowy aspekt uzasadniający prawidłowość ustalenia terminu płatności ostatniej transzy na dzień zakończenia gwarancji (jak wskazuje Odwołujący), czy - mówiąc ściślej - na dzień zakończenia świadczenia Usług Utrzymania (§ 10 ust. 3.7 projektu umowy). Odwołujący pomija w swym piśmie fakt objęcia usług utrzymania przedmiotem zamówienia. Co zatem oczywiste, świadczenie usług utrzymania również ma charakter odpłatnej usługi, którą obowiązany jest świadczyć wykonawca.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, usługi utrzymania mają charakter znacząco różny od gwarancji jakości, objawiającej się w zapewnieniu zgodności przedmiotu zamówienia z umową - posiadania cech i parametrów wskazanych w SIWZ i OPZ (§ 8 ust. 2 i 3 projektu umowy). Na usługi utrzymania składają się świadczenia o innym charakterze, jak dostosowanie ZSI do zmieniających się przepisów prawa (§ 9 ust. 14 pkt 14.3 projektu umowy) oraz konsultacje, porady i wsparcie techniczne (§ 9 ust. 15 projektu umowy), które oczywiście nie pozostają w granicach gwarancji jakości.

Tymczasem Odwołujący stwierdza jedynie, że termin ten wiąże się z chwilą zakończenia gwarancji, a zatem odroczenie tej płatności ma za zadanie zabezpieczyć wykonanie związanych z nią obowiązków wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że odpłatność następuje za zakończenie świadczenia usług utrzymania, będących także przedmiotem zamówienia i obejmujących wyżej wymienione, zupełnie rzeczywiste, a nie jak wskazuje Odwołujący „pozorne” świadczenia. Tożsamy czas trwania gwarancji i usług utrzymania oraz wykorzystanie tego faktu w celu opisu czasu trwania usług utrzymania zmienić nie może faktu rozłączności tych świadczeń.

XIII.

Zamawiający wskazał na wstępie, że w projekcie umowy załączonym do SIWZ ustalone zostało uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (§ 14 ust. 1) w razie:

- przekroczenia terminu zakończenia Etapu Wdrożenia wynikającego z Harmonogramu Wdrożenia, o którym mowa w § 5.1 projektu umowy o więcej niż 20 dni;
- przekroczenia terminu zakończenia Wdrożenia, o którym mowa w § 5.1 projektu umowy o więcej niż 30 dni;
- przekroczenia terminu usunięciu Wady, o którym mowa w § 9.8, § 9.9 lub § 9.10 projektu umowy o więcej niż 10 dni.

Na okoliczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na podstawie ww. postanowień zastrzeżono karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia (§ 11 ust. 1 pkt 1.6). W tym kontekście należy analizować kwestię odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych. Najpierw jednakże należy wskazać, że kary umowne zostały ustalone za:

- każdy dzień zwłoki (pkt 1.1, 1.2, 1.5.);
- każdą godzinę zwłoki (pkt 1.4.);
- każdy przypadek nieprzystąpienia do wykonania Usług Utrzymania w terminie (pkt 1.4.).

Sytuacje opisane w tiret pierwsze oraz drugie, po upływie oznaczonego czasu, uprawniać będą Zamawiającego do odstąpienia od umowy, stosownie do brzmienia § 14. Jedyne przypadek, w którym kara umowna naliczana będzie w sytuacji, która trwając odpowiednio długo nie może spowodować powstania uprawnienia do odstąpienia od umowy, jest opisane w tiret trzecie nieprzystąpienie do wykonania Usług Utrzymania w terminie przez wykonawcę.

Wskazać należy, że kara ta została zastrzeżona za każdy przypadek, co oznacza, że jednokrotne naruszenie umowy skutkować będzie jednokrotnym naliczeniem ww. kary. Oznacza to zatem, że każde zawinione (co wynika z podstaw ogólnych

odpowiedzialności kontraktowej) działanie wykonawcy będące naruszeniem umowy w ww. zakresie ukarane zostanie jednokrotnie, karą umowną w określonej w umowie wysokości. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że zasadne w tej sytuacji jest wprowadzenie limitowania maksymalnej łącznej wysokości kar umownych - w ten sposób, kolejne, zawinione naruszenia umowy przez wykonawcę mogłyby pozostać bez odpowiedzi Zamawiającego.

Tymczasem wszystkie pozostałe sytuacje, na okoliczność których zastrzeżono w umowie karę umowną, w razie odpowiednio długiego trwania doprowadzą do powstania uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, co z kolei skutkować będzie naliczeniem kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, która to kara skonsumuje wszelkie wcześniej naliczone kary za zwłokę, co wynika z orzecznictwa i jest twierdzeniem powszechnie akceptowanym (por. uchwała

Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12). Stwierdzenie Odwołującego, że powstanie zobowiązanie wieczne, nie jest trafne, ponieważ Zamawiający odstąpi od umowy z winy

W ocenie Zamawiającego żądanie wprowadzenia zasady limitującej odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy wyłącznie do wysokości wynagrodzenia nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, a stanowi rażąco niekorzystne dla Zamawiającego rozwiązanie ograniczające możliwość zaspokojenia szkody, za którą na mocy ustawy lub umowy odpowiedzialność ponosić będzie wykonawca.

W piśmie procesowym z 22 września 2020 r. Odwołujący, replikując argumenty Zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie, przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą sporne zarzuty odwołania.

II.

Analiza stanowiska Zamawiającego pozwala wysnuć wniosek, że Zamawiający zdaje się nie dostrzegać znaczenia unormowania zawartego w art. 29 ust. 1 Pzp, którego adresatem jest Zamawiający i to na nim ciąży obowiązek przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami ustawy.

Jeśli chodzi o opis przedmiotu zamówienia w części dotyczącej integracji systemów informatycznych (w szczególności systemów szpitalnych) oczywistym jest, że niewystarczającym jest jedynie wskazanie systemów/modułów, które mają być integrowane. Zamawiający muszą bowiem dostarczyć wykonawcom także inne informacje (w tym techniczne), które umożliwią dokonanie wyceny kosztów wykonania oczekiwanej integracji. Zamawiający nie może się więc zwolnić z obowiązku uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia niezbędnych informacji przez zadekretowanie, że ich uzyskanie czyni elementem zamówienia spoczywającym na wykonawcy. Pogląd Zamawiającego zgodnie, z którym to wykonawca miałby samodzielnie „dokonywać ustaleń” oraz zawierać „porozumienia z producentami” systemów integrowanych jest nieuprawniony i pozostaje w sprzeczności z treścią art. 29 ust. 1 Pzp.

Powyższy pogląd jest zasadny tym bardziej, że Zamawiający określił dość szeroki katalog systemów podlegających integracji (sekcja 5.3 SIWZ), który jednak nie jest katalogiem zamkniętym. Zamawiający nie wskazuje też wszystkich nazw integrowanych systemów oraz ich producentów. Najbardziej jaskrawym przykładem jest tutaj system wymieniony w pkt n) sekcji 5.3 SIWZ, który określono jako „system obsługujący laboratorium histopatologiczne w Szpitalu na Solcu”. Twierdzenie, że w tym zakresie Zamawiający dopełnił obowiązków wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp musi budzić uzasadnione zdziwienie. Braki opisu przedmiotu zamówienia nie dotyczą jednak wyłącznie tego punktu wyliczenia. Także w odniesieniu do innych systemów Zamawiający posługuje się bowiem nieostrymi pojęciami żądając wykonania integracji z systemami „wymaganymi prawem”, „wymaganymi przez NFZ, Państwową Inspekcję Farmaceutyczną, Państwową Inspekcję Sanitarną oraz z platformą e-Zdrowie. Niezrozumiałe dla Odwołującego pozostaje dlaczego Zamawiający nie był w stanie doprecyzować SIWZ przez wskazanie zamkniętej listy systemów integrowanych, poprzestając na stwierdzeniu, że „udzieli szczegółowych informacji (...) zgodnie z postanowieniami SIWZ”.

Poza sporem pozostaje także, że Zamawiający nie udostępnia żadnych informacji technicznych koniecznych do wykonania integracji wskazując, że „nie posiada innej dokumentacji technicznej, którą mógłby udostępnić”. Odwołujący wskazał, że skutków braku niezbędnych informacji Zamawiający nie przenosić na wykonawców, ponieważ w dalszym ciągu zobowiązany jest on sporządzić opis przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp. Z kolei obciążenie wykonawcy ryzykiem związanym z uzyskiwaniem takich informacji uznawane jest za nieuprawnione, a to z uwagi na fakt uzależnienia wykonawcy od dobrej woli dostawców dotychczas działających systemów, którzy mogą różnicować warunki współpracy w zależności od danego wykonawcy albo nawet w ogóle nie udostępniać koniecznych do wykonania integracji.

Biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący zmodyfikował swoje żądanie domagając się nakazania Zamawiającemu (jako wariantu alternatywnego) dopuszczenia wymiany systemów, co do których Zamawiający nie jest w stanie niezbędnych informacji. To ostatnie żądanie - wbrew stanowisku Zamawiającego - nie stanowi „ingerencji w kompetencje Zamawiającego”, lecz jest środkiem zmierzającym do zapewnienia równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

VI.

W ocenie Odwołującego Zamawiający ponownie zdaje się nie dostrzegać, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jego obowiązkiem. To właśnie on ma więc zamieścić w SIWZ dane konieczne do określenia zakresu prac związanych z rozbudową sieci LAN. Twierdzenie, że na etapie przygotowania oferty wykonawca miałby dokonywać obmiarów, czy też występować do Zamawiającego o dostęp do planów i rzutów technicznych budynków jest nieporozumieniem. Z drugiej zaś strony widoczne jest, że sam Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z tego, jakie informacje dotyczące budowanej sieci mogłyby i powinny znaleźć się w SIWZ. Absolutnym minimum jest więc uzupełnienie SIWZ plany i rzuty techniczne budynków z wskazaniem planowanych lokalizacji montażu wyświetlaczy stanowiskowych oraz z naniesieniem istniejącej sieci LAN (wraz z urządzeniami sieciowymi). Twierdzenie zaś, iż aktualne brzmienie SIWZ pozwala na wycenę kosztów rozbudowy sieci LAN Odwołujący uznaje za wręcz kuriozalne.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego podniesionej w piśmie z 21 września 2020 r. Odwołujący wskazał, że całkowicie chybiona jest teza Zamawiającego, zgodnie z którą gwarancja jakości oraz Usługi Utrzymania stanowią niezależne od siebie świadczenia. Analiza wzoru umowy dobitnie świadczy bowiem o tym, że tzw. Usługi Utrzymania są de facto świadczeniami realizowanymi w ramach gwarancji jakości. Potwierdza to w szczególności treść § 9 ust. 8-10 oraz ust. 14-15 w zestawieniu z treścią § 9 ust. 1 wzoru umowy.

W obu przypadkach zakresem rzekomo odrębnych świadczeń objęte są dokładnie te same czynności, tj. usuwanie wad, modyfikacje ZSI czy konsultacje. W ocenie Odwołującego taki kształt umowy świadczy o tym, że wyodrębnienie tzw. Usługi Utrzymania miało charakter pozorny i zmierzało jedynie do wykreowania podstawy zatrzymania części wynagrodzenia należnego wykonawcy (która to część miałaby zostać wypłacona po zakończeniu okresu gwarancji okresu świadczenia Usług Utrzymania). Nie bez znaczenia jest w tym wypadku także i to, że sposób rozliczenia rzekomych Usług Utrzymania (jednorazowa płatność dokonywana po zakończeniu okresu świadczenia Usług) w sposób ewidentny odbiega od praktyki i zwyczajów rynkowych, gdzie tego rodzaju świadczenia rozliczane są zazwyczaj w okresach miesięcznych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący w dalszym ciągu twierdzi, iż sposób, w jaki Zamawiający ukształtował sposób dokonywania płatności wynagrodzenia zmierza do obejścia przepisów o zabezpieczeniu, a dodatkowo prowadzi do zawarcia umowy w okresie dłuższym niż 4-letni.

XIII.

Odwołujący podkreślił, że większość kar umownych określonych przez Zamawiającego ma stosunkowo dużą wartość i (licząc od wartości zamówienia referencyjnego czyli od 1.500.000 zł) wynosi:

- kara z § 11 ust. 1.1 - 3.000 zł za dzień zwłoki;
- kara z § 11 ust. 1.2 - 3.750 zł za dzień zwłoki;
- kara z § 11 ust. 1.4 - 750 zł za każdą godzinę zwłoki.

Brak limitu kar umownych, a także limitu odpowiedzialności nie pozwala na ocenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia, co zmusza wykonawców do tworzenia rezerw wliczanych do ceny zamówienia. Określenie postulowanych limitów wpływa więc na oszczędność przy realizacji zamówienia.

Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie nie uwzględnia faktu zmiany podejścia do zagadnień związanych z określaniem limitów odpowiedzialności, czego dowodem są chociażby orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przywoływane w treści odwołania. Przyjmuje się zatem obecnie, że brak określenia limitu kar umownych (a w ocenie Odwołującego także całkowitego limitu odpowiedzialności odszkodowawczej) powinien być rozpatrywany jako naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 Pzp, z którym to poglądem Odwołujący w pełni się zgadza.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczasową argumentację w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

W pkt 1 i 2 sentencji wyroku Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim Zamawiający i Odwołujący złożyli oświadczenia, odpowiednio, o uwzględnieniu części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofaniu części zarzutów w nim podniesionych, przyjmując za podstawę rozstrzygnięcia stosowane odpowiednio przepisy art. 186 ust. 4a i art. 187 ust. 8 Pzp.

W odniesieniu do pozostałych czterech spomych zarzutów odwołania Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z treści SIWZ uznając, że trzy z nich zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty II (w części nieuwzględnionej) i VI

Podstawą uwzględnienia tych zarzutów odwołania było stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zawierają one adresowane do Zamawiającego dyrektywy sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, z których wynika - po pierwsze - obowiązek precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego opisania potrzeb i oczekiwań zamawiającego, a po drugie - zakaz takiego charakteryzowania pożądanego przez zamawiającego świadczenia, który nawet potencjalnie mógłby naruszać uczciwą konkurencję. Z powyższego należy wyprowadzić m.in. wniosek, że opis przedmiotu zamówienia powinien co do zasady zawierać identyczny dla każdego wykonawcy zainteresowanego ubieganiem się o udzielenie zamówienia zasób informacji dotyczących zamawianego świadczenia, umożliwiając tym samym właściwą wycenę kosztów jego realizacji. W konsekwencji przedstawionych zapatrywań zamawiający nie może zwolnić się z obowiązków wynikających z komentowanych przepisów przez wskazanie, że udostępni informacje niezbędne do sporządzenia oferty na wniosek wykonawcy, ponieważ w zależności od sposobu sformułowania takiego wniosku, zamawiający mógłby zróżnicować przekazywane w odpowiedzi dane powodując tym samym, że wykonawcy dysponowaliby różnym zasobem lub stopniem szczegółowości informacji dotyczących przedmiotu zamówienia. Jest to nie do pogodzenia zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania pozycji wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, którego źródłem jest wspomniany brak precyzji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób niewystraszający scharakteryzował przedmiot zamówienia w zakresie systemów mających podlegać integracji z systemem zamawianym w ramach Postępowania oraz w zakresie wymagań dotyczących okablowania zasilającego i sieci LAN. W każdym z tych aspektów Zamawiający posłużył się odesłaniami do pojęć nieostrych, obligując wykonawców do zintegrowania zamawianego systemu z innymi wymaganymi prawem systemami zewnętrznymi (zob. pkt 5.3.1.4 lit. I SIWZ), czy generalnie z wszystkimi systemami zewnętrznymi wymaganymi prawem (zob. pkt 5.3.1.4 - zdanie bezpośrednio pod wyliczeniem systemów), czy wykonania odpowiedniego (podkreślenie Izby) okablowania zasilającego oraz sieci LAN (zob. pkt 1.1.4 - „System kolejkowy”, poz. 8 w załączniku nr 13 do SIWZ - „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”). Do powyższego dodać należy, że w odniesieniu do każdego z tych aspektów przedmiotu zamówienia Zamawiający de facto dysponował niezbędnymi wykonawcom informacjami (czy to w postaci planów budynków, rzutów/schematów pomieszczeń, czy w formie odpowiedzi dostawców oprogramowania Omożliwość jego integracji z zamawianym systemem), jednak ich zamieszczenia w SIWZ bezpodstawnie zaniechał.

W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w omówionym powyżej zakresie. Przy czym, w odniesieniu do listy systemów nałożono na Zamawiającego, w pierwszej kolejności, obowiązek sporządzenia zamkniętej listy systemów podlegających integracji z oprogramowaniem dostarczającym przez wykonawcę (niezależnie od tego, czy są to systemy zewnętrzne, czy wewnętrzne), obejmującej nazwę i wersję każdego z integrowanych systemów oraz dane producenta, przy jednoczesnym usunięciu z listy systemów określić obligujących wykonawcę do wykonania integracji z systemami zewnętrznymi „wymaganymi prawem”. Kolejno, zobligowano Zamawiającego alternatywnie do uzupełnienia SIWZ o informacje niezbędne do wykonania integracji, w tym o informacje związane z dostępem interfejsów wymiany danych (wraz z ich opisem) lub do dopuszczenia możliwości realizacji zamówienia przez wymianę systemów, dla których Zamawiający nie jest w stanie przedstawić powyższych informacji, zapewniającą osiągnięcie funkcjonalności wymaganych w SIWZ lub wykreślenia z SIWZ obowiązku integracji z systemami, w odniesieniu do których Zamawiający nie jest w stanie przedstawić powyższych informacji. Z kolei, w zakresie wymagania dotyczącego okablowania

zasilającego oraz sieci LAN Izba nakazała Zamawiającemu zamieszczenia w SIWZ informacji umożliwiających wycenę tego elementu świadczenia, np. w postaci rzutów/schematów pomieszczeń, planów budynków, itp.

Zarzut XI

Zarzut potwierdził się.

Jakkolwiek skład orzekający nie podziela zapatrywania Odwołującego dotyczącego braku po stronie Zamawiającego swobody w zakresie kształtowania zasad wypłaty wynagrodzenia przez jego podział odpowiednio do etapu realizacji umowy, to jednak uznał, że uzależnienie wypłaty ostatniej części wynagrodzenia (§ 10 ust. 3 pkt 3.7 wzoru umowy) od zakończenia świadczenia usług utrzymania stanowi obejście przepisów o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy.

Z przepisu art. 147 ust. 2 Pzp wynika, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Z art. 151 ust. 2 Pzp wynika natomiast dodatkowo, że zabezpieczenie służy również pokryciu roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Regulacje dotyczące omawianej instytucji nie odnoszą się natomiast obecnie do gwarancji jakości, z czego wynika, że zabezpieczenie nie może służyć pokryciu roszczeń z tytułu udzielonej przez wykonawcę gwarancji jakości, nawet jeśli ich źródłem jest nienależyte wykonanie umowy.

W rozpoznawanej sprawie skład orzekający doszedł do przekonania, że usługi utrzymania scharakteryzowane w § 9 wzoru umowy stanowią zobowiązania wykonawcy wynikające z gwarancji jakości (por. § 9 ust. 1, 8-10, 14-15 wzoru umowy), których raportowanie wykonywania odbywać się będzie w okresach miesięcznych (argument z § 9 ust. 2 wzoru umowy). W konsekwencji Izba za niezasadne uznała uzależnienie wypłaty ostatniej części wynagrodzenia od zakończenia usług wsparcia (czyli od wykonania wszystkich obowiązków wykonawcy w okresie gwarancji), jako stanowiące quasi zabezpieczenie roszczeń gwarancyjnych, a dodatkowo odbiegające od praktyk rynkowych, nakazując Zamawiającemu rozliczanie ostatniej części wynagrodzenia w okresach miesięcznych.

Reasumując, w zakresie zarzutów uwzględnionych orzeczono, jak w pkt 3 sentencji wyroku.

Zarzut XII

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Abstrahując od okoliczności błędnego utożsamienia kary umownej z jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia (kara umowna nie tyle charakteryzuje zamawiane świadczenie, co wskazuje na skutek jego niewykonania, bądź nienależytego wykonania), Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą przewidzenie górnego limitu kar umownych podaje w wątpliwość dyscyplinującą funkcję kary umownej. Kara umowna stanowi bowiem sankcję mającą mobilizować dłużnika (wykonawcę) do wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią, który to skutek może nie zostać osiągnięty w sytuacji, w której wykonawca dojdzie do przekonania, że naruszanie przez niego obowiązków wynikających z zawartej z zamawiającym umowy nie spotka się z negatywnymi dla wykonawcy konsekwencjami. Do powyższego dodać należy, że za utrzymaniem postanowień wzoru umowy w dotychczasowym kształcie przemawiała także okoliczność, że - po pierwsze - realizacja zamówienia będzie rozciągnięta w czasie, w związku z czym nie można wykluczyć, że przesłanki naliczania kar umownych zaktualizują się wielokrotnie, na różnych etapach wykonywania umowy, po drugie zaś - w przypadkach pokrywających się zasadniczo z przesłankami naliczania kar umownych Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od umowy.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 4 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 5 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972). Spośród czterech spomych zarzutów odwołania uwzględnieniu podlegały trzy z nich, wobec czego Izba, zważywszy na tak określony wynik postępowania odwoławczego, zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą równowartość % kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu uiszczonego od odwołania.

Przewodniczący: