Sygn. akt: KIO 2940/21

WYROK

z dnia 27 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 roku przez wykonawcę Atende Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Pruszkowie

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

B. S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

C. SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych numerami 1 pkt 2 oraz 2;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Atende Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od odwołującego Atende Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Pruszkowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2940/21

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Medycznej w Pruszkowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „ Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania administracyjnego i medycznego", nr referencyjny: ZP.272.16.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 28 września 2021 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2021/BZP 00194521/01. Zamawiający udostępnił specyfikację warunków zamówienia (dalej: „SWZ").

Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca Atende Medica Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień SWZ wraz z załącznikami, w tym projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa") w sposób sprzeczny z Pzp, zarzucając Zamawiającemu:

1) Zarzut nr 1 pkt 1 i 2 - naruszenie art. 112 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w części XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze oraz ppkt 2 tiret pierwsze SWZ w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym, a także w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co powoduje ograniczenie możliwości udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy mają kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizacje przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie dokonania modyfikacji ogłoszenia i SWZ w sposób następujący:
a) w zakresie Zarzutu nr 1. 1

- zmiany zapisu w części XXI SWZ pkt 3 ppkt 1) tiret pierwsze i wprowadzenie w miejsce dotychczasowego, nowego zapisu w brzmieniu:

„- co najmniej dwie usługi wdrożenia systemu dla podmiotu leczniczego o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegającej na wdrożeniu systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada w swoich strukturach oddziały szpitalne oraz poradnie przyszpitalne. Każda z usług dostawę,

wdrożenie i konfigurację oprogramowania do obsługi procesów leczniczych i obiegu

dokumentacji medycznej, dostawę oprogramowania obejmującego e-usługi oraz instruktaż lub szkolenia z systemu informatycznego;" względnie

- rozdzielenie w zakresie dotychczasowego wymagania doświadczenia dotyczącego wdrożenia rozwiązania w chmurze obliczeniowej, jako odrębnego doświadczenia (odrębna usługa lub umowa), do którego nie mają zastosowania wartość, ilość oddziałów oraz wielość lokalizacji oraz

- doprecyzowanie wymagania dotyczącego dwóch usług wdrożenia dla podmiotu leczniczego w zakresie dwóch lokalizacji poprzez wskazanie co Zamawiający uzna za dwie odrębne lokalizacje w ramach usługi wdrożenia systemu informatycznego;

b) w zakresie Zarzutu nr 1.2

- zmiany zapisu w części XXI SWZ pkt 3 ppkt 1) tiret pierwsze i wprowadzenie w miejsce dotychczasowego, nowego zapisu w brzmieniu:

„- Kierownik Projektu (1 osoba), - osoba posiadająca wykształcenie wyższe, certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny (np.: IPMA CPM, PMI PMP), posiadająca doświadczenie zawodowe rozumiane jako kierowanie co najmniej 5 projektami informatycznymi o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każdy (np. w roli kierownika projektu lub zastępcy kierownika) z czego co najmniej dwoma projektami informatycznymi o wartości min. 500 000,00 zł brutto każdy, polegającymi na wdrożeniu systemu informatycznego dla podmiotu leczniczego obejmującymi dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania w tym oprogramowania udostępniającego e-usługi."

2) naruszenie art. 5, art. 353^1 i art. 387 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez wyznaczenie terminu wykonania umowy w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego, poprzez ustalenie niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia, a także

- naruszenie art. 436 pkt 1 Pzp poprzez określenie planowanego terminu realizacji przedmiotu umowy w konkretnej dacie, a nie w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, a podanie terminu w konkretnej dacie nie jest uzasadnione żadną obiektywną przyczyną,

- naruszenie art. 432 w zw. z art. 7 pkt 25 Pzp przez wymóg realizacji przedmiotu zamówienia przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej

- naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert; Zarzut dotyczy postanowień: § 3 ust. 1 lit. a) umowy - § 3 ust. 5 lit. g) umowy, § 3 ust. 12 umowy, § 3 ust. 17 umowy - § 4 ust. 1 umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- doprecyzowanie w § 3 ust. 1 lit a) umowy zapisu poprzez wskazanie zakresu analizy przedwdrożeniowej z uwzględnieniem analizy infrastruktury Zamawiającego oraz zasad migracji baz danych, a także udostępnienie infrastruktury Zamawiającego na jakiej ma być zainstalowany System jeszcze przed złożeniem ofert;

- dookreślenie zasad współpracy z producentem lub autoryzowanym przedstawicielem producenta oprogramowania osób trzecich z którego korzysta Zamawiający, dla przeprowadzenia przez Wykonawcę określonej w Umowie migracji danych z aktualnie użytkowanego oprogramowania medycznego i administracyjnego Systemu w zakresie uzgodnionym z Wykonawcą, w tym zapewnienie przez Zamawiającego, że taka współpraca odbędzie się nieodpłatne dla wykonawcy, a także wskazanie wszelkich zobowiązań które wykonawca winien dochować, by otrzymać dostęp do takiego oprogramowania;

- wykreślenie zdania drugiego w § 3 ust. 12 umowy;

- wykreślenie § 3 ust. 17 umowy;

- zmianę § 4 ust. 1 poprzez ustalenie terminu realizacji umowy w dniach, tygodniach lub miesiącach liczonych od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym, zgodnie z szacunkami Odwołującego, realizacja umowy nie powinna być krótsza aniżeli 6 miesięcy.

3) naruszenie art. 5, art. 353^1 i art. 387 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron w następującym zakresie postanowień: § 1 ust. 1 pkt 3 umowy, § 6 ust. 2 pkt 1 i 2 umowy,

§ 6 ust. 3 umowy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- w miejsce dotychczasowego zapisu § 1 ust. 1 pkt 3 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym: „3) Oprogramowanie lub System - jest to oprogramowanie oferowane, jako produkt gotowy o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego nie wymagający podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym, dostarczone w ramach realizacji niniejszego przedmiotu Umowy obejmujące funkcjonalności, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej również ' „OPZ"). Wykonawca udziela na to oprogramowanie, system licencji lub zapewnia jej

udzielenie przez jego producenta i dokonuje podczas dostawy instalacji oraz konfiguracji,

co umożliwia jego zoptymalizowanie do organizacji oraz potrzeb Zamawiającego w zakresie opisanym w OPZ;"

- w miejsce dotychczasowego zapisu § 6 ust. 2 pkt 1 i 2 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym: „2. Wykonawca oświadcza, że:

1) wszelkie prawa do Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu, w szczególności prawa autorskie i prawa własności przemysłowej należą wyłącznie do

Wykonawcy lub Wykonawca posiada prawo do dysponowania nimi w tym do udzielania licencji lub dalszej licencji lub Wykonawca zapewni udzielenie licencji przez producenta Systemu;

2) wszelkie prawa do nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu,

poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu będą przysługiwały Wykonawcy lub Wykonawca będzie posiadał prawo do dysponowania nimi lub Wykonawca zapewni udzielenie licencji przez producenta Systemu."

- w miejsce dotychczasowego zapisu § 6 ust. 3 wprowadzić nowy w brzmieniu następującym:

„3. Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego określonego w §10 Umowy, udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji do Systemu albo zapewnia udzielenie licencji

przez producenta Systemu, na polach eksploatacji ustalonych przez producenta Systemu, z tym zastrzeżeniem, że o ile producent nie zastrzegł inaczej w warunkach licencji:

1. korzystanie z wszystkich funkcjonalności Systemu, wszystkich funkcjonalności poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu bez ponoszenia dodatkowych opłat

oraz bez jakichkolwiek ograniczeń;

2. instalowanie, deinstalowanie, zwielokrotnianie, uruchamianie, odtwarzanie, wyświetlanie, przechowywanie, stosowanie Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu oraz oprogramowania Systemu w zakresie nieodzownych elementów jego użytkowania, w tym z jego archiwizacją;

3. korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu,

poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu

wydanych w okresie gwarancji;

4. sporządzania kopii zapasowych Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu;

5. wprowadzanie i zapisywanie w pamięci komputerów, odtwarzanie, wyświetlanie, stosowanie Systemu, sporządzanie kopii zapasowej (kopii bezpieczeństwa) nośników instalacyjnych i nośników z zainstalowanym oprogramowaniem, przystosowywanie, korzystanie z produktów powstałych w wyniku eksploatacji Systemu przez Zamawiającego, w szczególności danych, raportów, zestawień oraz innych dokumentów kreowanych w ramach tej eksploatacji oraz modyfikowania tych produktów i dalszego z nich korzystania."

4) naruszenie art. 99 ust. 2 Pzp w związku z art. 16 Pzp przez poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, tj. poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko przez podmiot dysponujący System posiadającym jedną i tę samą bazę danych dla części medycznej i administracyjnej Systemu, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego wymogu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wykreślenie w OPZ w części 2 Wymagania ogólne dla oprogramowania w pkt 15 ostatniego zdania.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów Odwołujący podał m.in., że w części XXI SWZ zostały określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, które w części naruszają obowiązujące przepisy i ograniczają konkurencję. Warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (część XXI SWZ pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze) zostały określone w sposób naruszający przepisy Pzp, w szczególności zaś w sposób art. 112 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym, co powoduje ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizacje przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga bowiem, by o udzielenie zamówienia ubiegali się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich pięciu lat co najmniej dwie usługi wdrożeniowe systemu dla podmiotu leczniczego o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegającej na wdrożeniu systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada strukturę wielooddziałową, tj. zlokalizowanego w minimum dwóch lokalizacjach, przy czym co najmniej jedna z tych usług obejmowała wdrożenie systemu w modelu chmury obliczeniowej. Każda z usług dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania do obsługi procesów leczniczych i obiegu dokumentacji medycznej, dostawę oprogramowania obejmującego e-usługi oraz instruktaż lub szkolenia z systemu informatycznego. W ocenie Odwołujący wymaganie to jest nadmiarowe (nie jest na poziomie minimalnym wymagań) w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dodatkowo opisane w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości. Przede wszystkim niczym nieuzasadnionym ograniczeniem jest wymóg wdrożenia systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada strukturę oddziałową, tj. zlokalizowanego w co najmniej dwóch lokalizacjach. Odwołujący stwierdził, że wielooddziałowość podmiotu leczniczego nie musi być związana z więcej niż jedną lokalizacją podmiotu. Jeżeli słowo „lokalizacja" zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego oznacza miejsce, w którym znajduje się lub ma się znaleźć jakiś obiekt, to wymóg w zakresie doświadczenia jest zupełnie nieczytelny w kontekście również wymaganej wielooddziałowości. Jedno i drugie określenie odnosi się do struktury organizacyjnej jednostki, jednak nie oznacza, że podmiot zorganizowany w sposób wielooddziałowy musi znajdować się w różnych lokalizacjach. Zamawiający nie doprecyzował również co konkretnie on rozumiem przez „dwie lokalizacje" - czy chodzi tu o dwa budynki, dwa różne adresy czy też może o dwie różne lokalizacje jako miasta. Odwołujący twierdzi zatem, że rozumienie w warunku udziały wielooddziałowości jako dwóch lokalizacji, jest nieprawidłowe i ogranicza możliwość udziału w Postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy dokonali wdrożenia systemu informatycznego o określonych parametrach w wielu oddziałach ale w jednej lokalizacji, jak również kilku lokalizacjach ale w ramach jednego oddziału. Według Odwołującego bardziej otwartym zapisem, a jednocześnie nie mającym wpływu na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia jest wprowadzenie zmian proponowanych przez niego i odniesienie się w ramach doświadczenia wykonawcy do jednostek zorganizowanych poprzez określone funkcje, a nie struktury. Nadto wobec wymagania przez Zamawiającego by jedna z usług wdrożenia dodatkowo obejmowała wdrożenie systemu w modelu chmury obliczeniowej, wymóg, by jednocześnie wdrożenie to było w dwóch lokalizacjach tej samej jednostki jest niezasadny. Wdrożenie w chmurze obliczeniowej może być bowiem zrealizowane w chmurze zewnętrznej, dostępnej na infrastrukturze dostawcy lub innego podmiotu niż Zamawiający, do której użytkownik uzyskuje dostęp przez przeglądarkę internetową. W takim przypadku bez znaczenia jest zarówno wielooddziałowość jak i wielolokalizacyjność odbiorcy usługi. Wymóg Zamawiającego zatem w praktyce ogranicza możliwość udziału w postępowaniu tylko do tych wykonawców, którzy wdrażali rozwiązania oparte o chmurę prywatną, do której dostęp niezależny miały dwie odrębne lokalizacje usługobiorcy. Wyłącza to w praktyce możliwość udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy wdrażali inne lub w inny sposób techniczny rozwiązania chmurowe.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że warunek udziału wskazany w część XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze jest nadmiarowy i niewspółmierny do przedmiotu zamówienia, a także określony w taki sposób, że Zamawiający zamierza oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie wyższym niż minimalny. Takie kształtowanie warunków udziału prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w

Postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji, a jednocześnie rodzi istotne ryzyko dowolnej interpretacji tego warunku przez Zamawiającego na etapie oceny ofert. Minimalny i niezbędny do osiągnięcia tak określonego celu Zamawiającego byłby zapis w część XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze w zaproponowanym powyżej brzmieniu, względnie rozdzielenie wymagania w zakresie doświadczenia dotyczącego wdrożenia rozwiązania w chmurze obliczeniowej, jako odrębnego doświadczenia (odrębna usługa lub umowa), do którego nie mają zastosowania wartość, ilość oddziałów oraz wielość lokalizacji oraz doprecyzowanie wymagania dotyczącego dwóch usług wdrożenia dla podmiotu leczniczego w zakresie dwóch lokalizacji poprzez wskazanie co konkretnie Zamawiający uzna za dwie odrębne lokalizacje w ramach usługi wdrożenia systemu informatycznego.

Następnie Odwołujący wskazał, że w części XXI SWZ pkt 3 ppkt 2 tiret pierwsze Zamawiający wymagał, by wykonawca skierował do realizacji zamówienia Kierownika Projektu (1 osoba), posiadającego wykształcenie wyższe, certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny (np.: IPMA CPM, PMI PMP), posiadająca doświadczenie zawodowe rozumiane jako kierowanie co najmniej 5 projektami informatycznymi o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każdy (np. w roli kierownika projektu lub zastępcy kierownika) z czego co najmniej dwoma projektami informatycznymi o wartości min. 500 000,00 zł brutto każdy, polegającymi na wdrożeniu systemu informatycznego dla podmiotu leczniczego obejmującymi: dostawę i wdrożenie infrastruktury sprzętowej oraz dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania w tym oprogramowania udostępniającego e usługi. Zdaniem Odwołującego nieuzasadnione, nadmierne i nieproporcjonalne jest oczekiwanie przez Zamawiającego doświadczenia Kierownika Projektu w zakresie dostawy i wdrożenia infrastruktury sprzętowej, gdyż zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia zawartym w części V SWZ dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania będącego przedmiotem Postępowania odbędzie się na infrastrukturze sprzętowej Zamawiającego. Natomiast zgodnie zobowiązującymi przepisami, co potwierdza również orzecznictwo Izby (w tym wyrok o sygn. akt KIO 2433/19) wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu a stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia. Minimalny i niezbędny do osiągnięcia tak określonego celu Zamawiającego, a także proporcjonalny do przedmiotu zamówienia byłby zapis w część XXI pkt 3 ppkt 2 tiret pierwsze w zaproponowanym powyżej brzmieniu.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu dotyczącego Umowy w sprawie zamówienia publicznego - projektowane postanowienia umowne, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego ma zawierać postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy, robót budowlanych oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usług, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający w SWZ wskazał, że przedmiot zamówienia ma zostać wykonany w całości do dnia 31 grudnia 2021 roku (§ 4 ust. 1 umowy), jednocześnie wszczynając Postępowanie w dniu 28 września 2021 roku i przewidując termin składania ofert na dzień 8 października 2021 roku. Zamawiający przewidział również termin związania ofertą na 30 dni, a w ramach badania ofert Zamawiający przewiduje przeprowadzenie prezentacji próbki. Zamawiający nie zapewnił wystarczającego terminu na realizację przedmiotu umowy, do czego jest zobowiązany. Zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowane i przeprowadzenie postepowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem wszystkich zasad określonych w przepisach Pzp. Wyłącznym prawem Zamawiającego jest ustalenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym ustalając ten termin powinien on brać pod uwagę wszystkie zasady dotyczące zamówień publicznych, w tym zasadę zapewniającą prowadzenie zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. W związku z powyższym Zamawiający ustalając termin realizacji zamówienia powinien brać pod uwagę przede wszystkim możliwość jego realizacji w określonym terminie, w szczególności zaś brać pod uwagę, czy wykonanie przedmiotu zamówienia o określonych parametrach, przy założeniu współpracy stron oraz z zapewnieniem procedury wyboru oferty najkorzystniejszej, jest realne. Zamawiający natomiast przewidział, że pomiędzy ogłoszeniem Postępowania a odbiorem przedmiotu umowy upłyną 3 miesiące, z czego połowa tego okresu to sama procedura wyboru oferty najkorzystniejszej (nie wliczając w to ewentualnych procedur odwoławczych). Należy też wziąć pod uwagę, że Zamawiający w Umowie przewidział procedurę odbioru liczoną w dniach roboczych (informacja o gotowości do odbioru na 2 dni robocze przed rozpoczęciem procedury odbioru o 5 dni roboczych samej procedury odbioru, 7 dni roboczych na usunięcie ujawnionych w czasie procedury odbioru wad), co oznacza, że co najmniej na 14 dni roboczych przed 31 grudnia 2021, wykonawca chcący dochować postanowień umowy powinien zakończyć realizację przedmiotu umowy i przekazać go do odbioru (połowa grudnia 2021) - przy założeniu, że przedmiot umowy zostanie odebrany w jednej iteracji procedury. W rezultacie, przedmiot zamówienia obejmujący analizę infrastruktury Zamawiającego, przygotowanie analizy przedwdrożeniowej, instalację i konfiguracje Systemu, migrację danych, wykonanie testów powdrożeniowych i przeszkolenie

użytkowników, a następnie przeprowadzenie procedury odbioru takiego przedmiotu zamówienia, powinien zostać zrealizowany w najlepszym przypadku w terminie miesiąca, co w ocenie Odwołującego jest niemożliwe z uwagi na jego zakres. Nadto Zamawiający zakłada, że część przedmiotu umowy będzie realizowana jeszcze przed jej zawarciem, co wprost narusza art. 432 Pzp dotyczący formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i to pod rygorem nieważności. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na treść definicji ustawowej zawarta w art. 7 pkt 25 Pzp, zgodnie z która udzieleniem zamówienia jest dopiero moment zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszelkie działania związane z realizacja przedmiotu umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być uznane jako realizacja udzielonego zamówienia i stanowią naruszenie zasad Pzp. Tymczasem Zamawiający przewiduje w § 3 ust. 17 projektowanych warunków umowy, że jeszcze przed zawarciem umowy (przed jej podpisaniem), wybrany wykonawca zapozna się z infrastrukturą sprzętową Zamawiającego i to na tyle dokładnie, by zawierając umowę oświadczyć, że jest ona wystarczająca dla zapewnienia poprawnego i sprawnego działania Systemu i zachowania jego wymaganych parametrów, a także ma zagwarantować, że wszelkie zmiany i aktualizacje dokonywane przez niego w Systemie nie spowodują konieczności dokonania zmian w infrastrukturze Zamawiającego przez okres udzielonej gwarancji. W ocenie Odwołującego takie oświadczenia mogą być wynikiem prowadzonej i wskazanej w ramach przedmiotu zamówienia analizy przedwdrożeniowej. Odwołujący nie wyobraża sobie by Zamawiający, nie podając na aktualnym etapie Postępowania dokładnych danych dotyczących posiadanej infrastruktury niezbędnej dla realizacji zamówienia udostępnił ją jeszcze przed zawarciem umowy wybranemu wykonawcy, który finalnie może odmówić zawarcia umowy, jeżeli infrastruktura posiadana przez Zamawiającego okaże się niewystarczająca technicznie lub ilościowo dla oferowanego Systemu. Niezależnie, wybrany wykonawca w takim przypadku, mimo wykonania pracy w zakresie analizy dotyczącej infrastruktury nie otrzyma za nią wynagrodzenia. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający winien udostępnić informacje o posiadanej infrastrukturze, która zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia. Jest to parametr kluczowy zarówno do doboru oferowanego systemu jak i dokonania wyceny rozwiązania. Dla wykonawcy istotne jest również, czy Zamawiający rzeczywiście taką infrastrukturą dysponuje wszczynając Postepowanie, czy tez zamierza ja dopiero nabyć, co przy aktualnych przerwanych łańcuchach dostaw sprzętu informatycznego może mieć istotny wpływ na, i tak nierealny, termin realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący zauważa również, że w zakresie w jakim kwestionuje on zapis § 3 ust. 17 umowy znajduje się gwarancja wykonawcy, że wszelkie zmiany i aktualizacje dokonywane przez wykonawcę w Systemie nie spowodują konieczności dokonania zmian w infrastrukturze Zamawiającego przez okres udzielonej gwarancji (36 miesięcy). Umowa nie reguluje również kwestii, co na wypadek gdyby jednak nie udało się wykonawcy dochować takiej gwarancji, ale przyjąć należy, że w takim przypadku Zamawiający mógłby próbować dochodzić od wykonawcy odszkodowania w wysokości kosztów poniesionych przez niego w związku z zakupioną infrastrukturą niezbędną do działania Systemu po modyfikacji, co dodatkowo tworzy warunki tego Postępowania wyjątkowo niekorzystne i nierówne dla stron umowy. Podobnie, w treści projektowanych postanowień umowy (§ 3 ust. 12) Zamawiający zawarł oświadczenie wykonawcy, z którym zawierana będzie umowa, że ten jeszcze przed podpisaniem umowy zapoznał się z źródłowymi bazami danych Zamawiającego z których nastąpi migracja do Systemu i oświadcza, że nie zachodzą jakiekolwiek przeszkody do przeprowadzenia prawidłowej migracji. Również ta praca, w ocenie Odwołującego, nie tylko nie powinna być realizowana przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na brzmienie art. 432 Pzp, ale również prowadzi do realizacji części zobowiązania umownego (analizy przedwdrożeniowej) jeszcze przed jego podjęciem, co w zamówieniach publicznych nie jest dopuszczalne. Odwołujący wskazuje również, że dane podlegające migracji zamieszczone są w systemach nie będących własnością Zamawiającego, a zatem nie ma on możliwości tak swobodnego udzielania dostępu do baz podmiotom trzecim i to takim, z którymi nie ma zawartej żadnej umowy. Zgodnie z Załącznikiem 10 do SWZ, częścią 6 pkt 5, Zamawiający miał zapewnić taki nieodpłatny dostęp dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie przed przystąpieniem do zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia. Odwołujący wskazuje tu na ryzyko naruszenia nie tylko praw do bazy dotychczasowego dostawcy oprogramowania, ale również istotne ryzyko naruszenia regulacji dotyczących ochrony danych osobowych poprzez umożliwienie dostępu do danych zawartych w bazie podmiotowi z którym Zmawiający nie zawarł żadnej umowy, w tym umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, które nastąpi dopiero wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego (§ 16 projektowanych postanowień umownych i Załącznik nr 4 do umowy). Przepisy Pzp jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 5 kc 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 (tu Zamawiającego) nie jest

uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. 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. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)". Jednocześnie, pamiętać też należy, że mowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Odwołujący stoi zatem na stanowisku, że ustalenie niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia jak również warunków realizacji zamówienia na zasadach innych niż umowa zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego - umowy w sprawie zamówienia publicznego - narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzi do nadużyć przez Zamawiającego własnego prawa podmiotowego, a także czyni świadczenie niemożliwym i skutkującym nieważnością stosunku zobowiązaniowego. Pełne ryzyko niewykonania zamówienia w terminie ponosi bowiem wykonawca, który składając ofertę nie wie jaki finalnie będzie miał czas na realizację przedmiotu umowy o ile zostanie ona zawarta z Zamawiającym, część zobowiązań miałby zrealizować bez zawartej umowy, a w konsekwencji utrudnione, czy wręcz niemożliwe jest ustalenie i oszacowanie przez wykonawcę ryzyk dotyczących składanej oferty. Natomiast nie tylko powołane przepisy kodeksu cywilnego, ale również istota nowelizacji prawa zamówień publicznych w zakresie umów, miała na celu rezygnację ze zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez Zamawiającego na rzecz bardziej proporcjonalnego rozłożenia ryzyk pomiędzy stronami, czego w postępowaniu Zamawiający zaniechał przerzucając w całości ryzyko związane z realizacją umowy na wykonawców. Przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja określenia terminu realizacji umowy jest niezgodna z art. 436 pkt 1 Pzp, który zakazuje określenie terminu planowanego terminu realizacji przedmiotu umowy w konkretnej dacie. Termin realizacji umowy musi być określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba, że podanie terminu w konkretnej dacie jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający nie wskazał takiej przyczyny w SWZ. W szczególności taką obiektywną, czyli niezależną od Zamawiającego przyczyną nie może być wszczęcie Postępowania z uwagi na kończący się okres obowiązywania z dniem 31 grudnia 2021 roku wsparcia dla systemu aktualnie użytkowanego przez Zamawiającego, a który mógłby w wyniku postępowania zostać zastąpiony nowym Systemem. Postępowanie zostało wszczęte zbyt późno, by zapewnić bezwzględnie zakończenie realizacji umowy zawartej na skutek rozstrzygnięcia Postępowania, do dnia 31 grudnia 2021 roku, co obciąża wyłącznie Zamawiającego i nie może stanowić obiektywnego - w rozumieniu Pzp - uzasadnienia dla odstąpienia od stosowania przepisu art. 436 pkt 1 Pzp. W konsekwencji Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert.

Uzasadniając trzeci z zarzutów Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami umowy załączonej do SWZ (§ 1 ust. 1 pkt 3) Oprogramowanie lub System, według Zamawiającego oznacza oferowane oprogramowanie, jako produkt gotowy o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego, niewymagający podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym. Zgodnie z umową przedmiotem zamówienia jest zatem dostawa oprogramowania/systemu w pełni istniejącego i dostępnego na rynku. Jednocześnie zgodnie z ww. definicją Zamawiający wymaga, by wykonawca udzielił na to oprogramowanie/system licencji i dokonał podczas dostawy instalacji oraz konfiguracji, co umożliwia jego zoptymalizowanie do organizacji oraz potrzeb Zamawiającego w zakresie opisanym w OPZ. Konfiguracja oprogramowania/systemu nie może wiązać się ze zmianami w kodzie źródłowym oferowanego oprogramowania. Zamawiający również w umowie wymaga złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że (§ 6 ust. 2):

1) wszelkie prawa do Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu, w szczególności prawa autorskie i prawa własności przemysłowej należą t wyłącznie do Wykonawcy lub Wykonawca posiada prawo do dysponowania nimi w tym do udzielania licencji lub dalszej licencji;

2) wszelkie prawa do nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu będą t przysługiwały wykonawcy lub

wykonawca będzie posiadał prawo do dysponowania nimi.

W ocenie Odwołującego takie zapisy wskazują, że wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia może być wyłącznie podmiot posiadający majątkowe prawa autorskie do oprogramowania albo dysponujący nimi w taki sposób, że może on udzielić licencji lub sublicencji. Oznacza to tym samym, że w postępowaniu ofertę może złożyć wyłącznie producent oprogramowania, albo podmiot uprawniony do udzielenia licencji lub sublicencji. W związku z powyższym z udziału w postępowaniu wyeliminowani są dystrybutorzy oprogramowania lub przedstawiciele producentów posiadający takie umowy z producentami, które uprawniają jedynie do pośredniczenia w udzieleniu licencji pomiędzy producentem (podmiotem posiadającym majątkowe prawa autorskie i uprawnionym do udzielania licencji) a Zamawiającym. Podmioty takie ani nie posiadają praw autorskich i praw własności przemysłowej do oprogramowania ani też nie posiadają prawa do dysponowania nimi w tym do samodzielnego udzielania licencji lub dalszej licencji. Co więcej, Zamawiający narzucił we wzorze umowy pola eksploatacji na jakich ma być udzielona licencja przez wykonawcę (§ 6

ust. 3):

1. korzystanie z wszystkich funkcjonalności Systemu, wszystkich funkcjonalności poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu bez ponoszenia dodatkowych opłat oraz bez jakichkolwiek ograniczeń;

2. instalowanie, deinstalowanie, zwielokrotnianie, uruchamianie, odtwarzanie, wyświetlanie, przechowywanie, stosowanie Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu oraz oprogramowania Systemu w zakresie nieodzownych elementów jego użytkowania, w tym z jego archiwizacją;

3. nieodpłatne korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie gwarancji;

4. sporządzania kopii zapasowych Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu;

5. wprowadzanie i zapisywanie w pamięci komputerów, odtwarzanie, wyświetlanie, stosowanie Systemu, sporządzanie kopii zapasowej (kopii bezpieczeństwa) nośników instalacyjnych i nośników z zainstalowanym oprogramowaniem, przystosowywanie, korzystanie z produktów powstałych w wyniku eksploatacji Systemu przez zamawiającego, w szczególności danych, raportów, zestawień oraz innych dokumentów kreowanych w ramach tej eksploatacji oraz modyfikowania tych produktów i dalszego z nich korzystania.

Odwołujący podkreślił, że pola eksploatacji mogą być określone wyłącznie przez podmiot, któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do oprogramowania. Oznacza to, że zgodnie z zasadą wynikająca jeszcze z prawa rzymskiego stanowiącą, że nikt nie może przenieść na drugą osobę więcej praw, aniżeli sam posiada, wykonawca nie będący producentem oprogramowania/systemu nie będzie mógł brać udziału w postępowaniu, gdyż nie ustali warunków licencji na takie jak wskazał Zamawiający, jeżeli w stosunku do oprogramowania/systemu zdefiniowanego jako istniejącego, gotowego o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego, nie wymagającego podczas jego dostawy oraz wdrożenia zmian w kodzie źródłowym, ustalone warunki licencji są inne aniżeli określone w umowie. W szczególności zaś Odwołujący wskazuje, że nie ma na rynku według jego wiedzy takiego oprogramowania standardowego spełniającego warunki określone przez

Zamawiającego dla oprogramowania medycznego oraz administracyjnego i jednocześnie pozwalającego na nieodpłatne korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie kolejnych 36 miesięcy i bez żadnych ograniczeń dotyczących tych modyfikacji. Projektowane zapisy umowy ograniczają zatem konkurencję, w praktyce pozwalając na złożenie oferty jedynie tym wykonawcom, którzy są jednocześnie producentem oprogramowania medycznego i administracyjnego mogącymi udzielić licencji lub sublicencji, a także ustalić warunki korzystania z oprogramowania/systemu na zgodne z polami eksploatacji określonymi w umowie. Dlatego Odwołujący wnosi o zmianę zapisów umowy w taki sposób, by umożliwiały one oferowanie oprogramowania również przez inne podmioty niż udzielające licencji, na przykład podmioty pośredniczące w udzieleniu licencji przez producenta, czy też zapewniające udzielenie tej licencji przez producenta oprogramowania/systemu, a także poprzez określenie zapisów pól eksploatacji pozwalające na zastosowanie standardowych warunków korzystania z oprogramowania ustalonych przez

jego producenta. W szczególności zaś Odwołujący wnosi o wprowadzenie zaproponowanego powyżej brzmienia wskazanych postanowień umowy.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu dotyczącego tej samej bazy danych dla Systemu w części medycznej i administracyjnej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w OPZ pkt 15 części 2 Wymagania ogólne dla oprogramowania ustanowił wymóg, że System musi działać na jednej bazie danych w części administracyjnej i medycznej. W ocenie Odwołującego wymóg ten nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego nie jest istotne to czy System w zakresie różnych modułów działa na jednej i tej samej bazie danych, czy baz tych jest więcej. Istotny dla Zamawiającego jest sposób „zaciągania" danych z baz, przy czym jest on niezależny od samej bazy danych. Tego rodzaju wymóg jest praktycznie niespotykany w postępowaniach dotyczących dostawy i wdrożenia systemów informatycznych, szczególnie gdy dotyczy to dwóch funkcjonalnie różnych systemów (administracja i system medyczny) i to właśnie z tego powodu, że nie ma on żadnego racjonalnego uzasadnienia. W szczególności pomimo różnych baz danych pozyskiwanie przechowywanych tam danych jest bezproblemowe, a dane te mogą być wymieniane (importowane i eksportowane) pomiędzy poszczególnymi modułami. Skoro dane z różnych baz danych mogą być używane przez wszystkie ww. moduły nie ma uzasadnienia dla jednej i tej samej bazy danych. Natomiast zapis OPZ ogranicza możliwość udziału w Postepowaniu do wykonawców dostarczających oba wymienione wyżej systemy działające na jednej (tej samej) bazie danych de facto prowadzi do ograniczania dostępu do postępowania wielu wykonawcom, zmieniając tym samym całkowicie krąg potencjalnych podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ten sposób określił cechę Systemu z wykorzystaniem zależności podmiotowych producentów biorących udział w jego wytworzeniu (pracuje na jednej bazie danych). W konsekwencji doprowadza to do sytuacji, że wykonawcy legitymujący się wielokrotną, skuteczną realizacją dostaw systemów informatycznych dla jednostek służby zdrowia, tożsamego z przedmiotem zamówienia objętym Postępowaniem, zostają wyeliminowani z przetargu poprzez jeden zapis co należy uznać za sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji. Zakwestionowane postanowienie SWZ w sposób nieuprawniony wyklucza zatem możliwość zaoferowania systemów medycznych i administracyjnych działających na różnych bazach danych i to nawet jeśli zapewniony zostanie poziom integracji czy eksportu między systemami, który pozwoli na spełnienie oczekiwań Zamawiającego dotyczących wymiany informacji w sposób automatyczny. Skoro zatem cel, do którego dąży Zamawiający może zostać osiągnięty różnymi metodami, nieuprawnionym i ograniczającym konkurencję jest działanie Zamawiającego wyłączające możliwość wyboru jednego ze sposobów realizacji zamówienia. Oba rozwiązania - jedna baza danych jak i integracja różnych baz - mają charakter równoważny wobec siebie, albowiem spełniają dokładnie te same funkcje (przechowywania danych), a żadne z nich nie jest lepsze od drugiego. Skoro oba te rozwiązania spełniają dokładnie tę samą funkcję nie ma podstaw do ograniczania konkurencji w tym zakresie do de facto do dwóch producentów systemu. Zdaniem Odwołującego należy mieć także na uwadze, że przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być realizowane w oderwaniu od panujących w danym obszarze uwarunkowań rynkowych. Według Odwołującego na rynku systemów informatycznych dla ochrony zdrowia przyjęło się, że poszczególne systemy informatyczne składające się na kompleksowe oprogramowanie dla placówki medycznej pochodzą od różnych producentów, a tym samym pracują na różnych bazach danych. W szczególności typowa jest sytuacja, w której oprogramowanie tzw. części medycznej i administracyjnej pochodzi od innych producentów, których to systemy pracują na różnych bazach danych. Z ogólnodostępnych informacji wynika, że co najmniej połowa wykonawców dostarcza rozwiązania oparte o podsystemy różnych producentów w tych obszarach (na przykład Odwołujący, Compu Group Medical, Konsultant IT, Nexus Polska, Kamsoft). Przyjęty przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy Pzp, godząc jednocześnie w fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych, dotyczącą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. W opinii Odwołującego istnieje katalog właściwych norm prawnych, jak również standardów technicznych pozwalających na określenie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uciekania się do normowania stosunków własnościowych i producenckich poszczególnych elementów systemu informatycznego. Zamawiający był w stanie z ich wykorzystaniem określić zarówno zakres danych wymienianych pomiędzy podsystemami administracyjnym i medycznym, jak i standard oraz format wymiany tych danych. Powołane zasady zamówień publicznych zakazują zamawiającemu faworyzowania wykonawców i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym etapie postępowania, tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia. Zasady te, jako ogólne zasady udzielania zamówień, obejmują wszelkie czynności zamawiającego i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności dotyczą także zapisów SWZ wraz z jej zmianami.

Pismem z 21 października 2021 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w

której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że w sposób prawidłowy, tzn. zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych sporządził Specyfikację Warunków Zamówienia, natomiast Odwołujący prezentuje w odwołaniu poglądy o charakterze subiektywnym dotyczącym braku możliwości złożenia przez niego oferty na warunkach wymaganych przez zamawiającego. Co wynika z posiadania przez Odwołującego produktu (oprogramowania) niespełniającego obiektywnych i podstawowych funkcjonalności jakie wymaga zamawiający. Tym samym przedstawione zarzuty nie sprowadzają się do ogólnej oceny braku zapewnienia przez zamawiającego konkurencyjności, ale zmuszenia Zamawiającego do konieczności zawarcia umowy z podmiotem, który oferuje całkowicie inny przedmiot zamówienia niż jest potrzebny zamawiającemu. Nadto, Odwołujący żąda zmiany ogólnego charakteru umowy o zamówienie, tj. zamiast przedmiotu dotyczącego „Dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania administracyjnego i medycznego" chciałby zawrzeć umowę, której przedmiot sprowadzałby się do świadczenia usług pośredniczenia pomiędzy bliżej nieokreślonym producentem systemu a Zamawiającym. Trudno wobec tego zgodzić się z Odwołującym, który prezentuje skrajnie subiektywne stanowisko uzasadnione jedynie własnymi ograniczeniami ze względu na posiadanie produktów niespełniających wymagań zamawiającego. Odwołujący nie posiada bowiem systemu, który zapewniałby funkcjonalności zarówno w części medycznej, jak i administracyjnej. Następnie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w treści odwołania zaprzecza własnym twierdzeniom, z jednej strony wskazuje na brak na rynku oprogramowania spełniającego wymagania Zamawiającego, a z drugiej przyznaje, że jednak wymagania takie może spełnić wielu wykonawców pod warunkiem posiadania przez nich majątkowych praw autorskich czy posiadania prawa do dysponowania (w tym udzielania licencji lub dalszych licencji). W istocie Odwołujący wobec braku posiadania przez niego oprogramowania spełniającego obie funkcje: medyczną i administracyjną dąży do zobowiązania Zamawiającego do zakupu dwóch odrębnych systemów od dwóch różnych producentów. Działania takiego nie można utożsamiać z żądaniem zachowania uczciwej konkurencji, lecz próbie wymuszenia na podmiocie publicznym wdrożenia przedmiotu nieadekwatnego do jego potrzeb.

Zamawiający podniósł, że ustawa Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Jednakże, co potwierdza przywołane orzecznictwo, zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Zdaniem Zamawiającego Owołujący dokonuje próby zakwestionowania prawa zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia uwzględniającego jego wewnętrzne potrzeby poprzez wymuszenie na zamawiającym zmiany SWZ polegającej na dopuszczeniu zaoferowania dwóch niezależnych systemów korzystających z dwóch odrębnych baz danych.

Odnosząc się do zarzutu odwołania nr 1.1 Zamawiający wskazał, że w odwołaniu w żaden sposób nie wykazano, że kwestionowany warunek nie spełnia zasad, o których mowa w art. 112 Pzp, jak również nie wykazano w jaki sposób treść tego warunku narusza zasadę równego traktowania wykonawców. W związku z tym, należy podnieść, że odwołujący nie może ograniczać się do przedstawienia zarzutu niezgodności z przepisem poprzez przywołanie określonej normy prawnej. Podobnie skuteczne wniesienie środka ochrony prawnej nie może ograniczać się do przedstawienia wątpliwości dotyczącej sposobu interpretacji (do tego służy przecież instytucja wyjaśnienia treści SWZ). Przeciwnie Odwołujący powinien przedstawić precyzyjnie powody dla których uważa, że warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołując się na przytoczone orzecznictwo Zamawiający wskazał m.in., że ma prawo i obowiązek opisania, jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowania. Pod pojęciem "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania.

W ocenie Zamawiającego sformułowany w rozdz. XXI ust. 3 pkt 1 tiret pierwsze SWZ warunek spełnia wszelkie wymagania wynikające zarówno z treści art. 112 ust. 1, jak i art. 16 ustawy Pzp. Struktura organizacyjna oraz usytuowanie fizyczne budynków jest wprost adekwatne do określonego warunku. Zamawiający dysponuje następującymi Oddziałami Szpitalnymi oraz Poradniami: Izba przyjęć, Dział Anestezjologii, Oddział Chorób Wewnętrznych, Oddział Ginekologiczno-Położniczy, Oddział Neonatologiczny, Oddział Chirurgii Ogólnej, Poradnia chorób sutka, Poradnia kardiologiczna, Poradnia gastroenterologiczna, Poradnia chirurgiczna, Poradnia ortopedyczna, Poradnia dermatologiczna, Poradnia reumatologiczna, Poradnia neurologiczna, Poradnia

okulistyczna, Poradnia otolaryngologiczna, Poradnia położniczo-ginekologiczna, Poradnia stomatologiczna, Dział fizjoterapii, Poradnia terapii uzależnienia i współuzależnienia od alkoholu, Poradnia zdrowia psychicznego, Gabinet diagnostyczno - zabiegowy.
Ponadto lokalizacja powyższych oddziałów oraz poradni jest rozproszona ze względu na odrębne adresy oraz zew względu na różne budynku (bloki), tzn.: 05-800 Pruszków, ul. Armii Krajowej 2/4 (gdzie wyróżnić należy co najmniej trzy budynki), 05-800 Pruszków, ul. Drzymały 19/21, 05-800 Pruszków, ul. Andrzeja 23. W związku z powyższym zasadnym jest wymaganie posiadania doświadczenia przez potencjalnego wykonawcę w realizacji podobnego (adekwatnego) zamówienia ze względu na strukturę organizacyjną oraz lokalizacyjną jaką dysponuje Zamawiający. Zamawiający nie stawia wymagań identycznych, tzn. warunek nie zawiera konieczności wdrożenia systemu dla tożsamej liczby oddziałów, alby tożsamej liczby lokalizacji, lecz Zamawiający ograniczył doświadczenie do wymogów minimalnych, a więc co najmniej dwóch oddziałów, w co najmniej dwóch lokalizacjach.

Odnosząc się do zarzut 1.2 Zamawiający poinformował, że uwzględnia zarzut i zobowiązuje się do zmiany treści SWZ w zakresie warunku, o którym mowa w rozdz. XXI ust. 3 pkt 2 tiret pierwsze poniższym brzmieniu: „Kierownik Projektu (1 osoba) - osoba posiadająca wykształcenie wyższe, certyfikat z zakresu zarządzania projektami PRINCE2 Practitioner lub równoważny (np.: IPMA CPM, PMI PMP), posiadająca doświadczenie zawodowe rozumiane jako kierowanie co najmniej 5 projektami informatycznymi o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każdy (np. w roli kierownika projektu lub zastępcy kierownika) z czego co najmniej dwoma projektami informatycznymi o wartości min. 500 000,00 zł brutto każdy, polegającymi na wdrożeniu systemu informatycznego dla podmiotu leczniczego obejmującymi: dostawę i wdrożenie infrastruktury sprzętowej oraz dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania w tym oprogramowania udostępniającego e-usługi”.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający wskazał, że został uwzględniony w części dotyczącej § 3 ust. 17 Umowy, zaś w części dotyczącej § 3 ust. 12 Umowy jest bezprzedmiotowy, bowiem 5 października 2021 r. została opublikowana odpowiedź na pytania do SWZ. W odniesieniu do niniejszego zarzutu Zamawiający zmodyfikował projekt umowy i nadał § 3 ust. 12 Umowy nową treść.

Odnosząc się do zarzutów nr 3 i 4 Zamawiający wskazał, że działanie Odwołującego wynika z faktu braku posiadania przez niego produktu spełniającego wymagania (zamiast jednego systemu odwołujący planuje wdrożyć dwa odrębne dwóch różnych producentów, tj.: swój własny w części medycznej oraz podmiotu innego w części administracyjnej). W związku z tym, okoliczność taka nie może stanowić zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Wykonawca w żaden sposób nie uzasadnił na czym owe naruszenie miałoby polegać. Przeciwnie uzasadnienie sprowadza się do żądania zmiany SWZ według koncepcji Odwołującego. Tym samym Odwołujący nie sprostał podstawowym wymaganiom dla środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie, bowiem nie wykazał (udowodnił) niezgodności czynności zamawiającego z ustawą Pzp, ale fakt braku spełniania wymagań zawartych w SWZ przez odwołującego. Innymi słowy konstrukcja odwołania sprowadza się do prostego założenia: skoro nie spełniam wymagań SWZ to są one sprzeczne z ustawą Pzp. Odwołujący domaga się zmiany ogólnego charakteru umowy poprzez wprowadzenie w miejsce świadczenia usług dostawy, instalacji oraz wdrożenia oprogramowania nowych usług nazwanych przez niego pośredniczenia pomiędzy producentem a zamawiającym. Zmiana ta nie jest w żaden sposób uzasadniona poza ogólnym sformułowaniem o braku posiadania produktu spełniającego wymagania SWZ przez odwołującego. Odwołujący nie może przerzucać na Zamawiającego brak posiadania przez niego określonych licencji lub też brak skutecznego uzyskania licencji od producenta oprogramowania. W szczególności zdumienie budzi zarzut dotyczący żądania przez zamawiającego zapewnienia określonych usług w okresie gwarancji poprzez wprowadzanie przez wykonawcę nowych wersji oprogramowania, modyfikacji, aktualizacji (np. w związku z bardzo częstymi zmianami NFZ w zakresie dokonywania rozliczeń finansowych). Wyeliminowanie postanowień § 6 ust. 3 Umowy prowadziłoby do działania na szkodę podmiotu publicznego, który w jednym postępowaniu nabędzie oprogramowanie (czego domaga się odwołujący), a w innej umowie określiłby tzw. Asystę Techniczną i Konserwację Systemu. Oczywistym jest zatem fakt, że druga umowa byłaby znacznie mniej korzystna dla

zamawiającego. Zamawiający w zakresie zarzutu nr 4 podkreślił, że jego celem jest posiadanie systemu zapewniającego płynny przepływ informacji pomiędzy częścią medyczną i administracyjną. Jednakże z uwagi na dbałość o interesy jednostki za kolejny cel przyjął znalezienie rozwiązania, które pozwoli na ograniczenie kosztów wynikających z posiadania wielu systemów. W przypadku systemów opartych o różne bazy danych musi przeznaczyć koszty na dedykowane środowiska bazodanowe np. dodatkowe maszyny wirtualne/serwery/zasoby ludzkie/licencje co jest równoważne z dodatkowymi nakładami finansowymi, które musiałby ponieść Zamawiający. Ponadto kluczowym parametrem dla działania placówki medycznej jest dostępność systemu co w przypadku systemów oferowanych w oparciu o różne bazy danych zwielokrotnia czas i zasoby które są potrzebne do wykonania czynności administracyjnych. Zamawiający posiada ograniczone zasoby sprzętowe w związku z czym utworzenie kolejnych baz danych nie jest możliwe bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Każda kolejna maszyna wirtualna z bazą danych wymaga przeznaczenia mocy obliczeniowej procesora oraz pamięci operacyjnej RAM i przestrzeni dyskowej. Zamawiający musi wykonywać kopie zapasowe maszyn wirtualnych (w tym bazy danych) co wiąże się z koniecznością zakupu/rozszerzenia licencji. Ponadto Zamawiający opierając się na wcześniejszym doświadczeniu przy podobnych wdrożeniach uważa, za nierównoważne rozwiązanie oparte na różnych bazach danych z uwagi na liczne problemy występujące podczas pracy systemu. Bez względu na oferowany poziom integracji rozwiązania takie stwarzają więcej problemów niż te funkcjonujące na jednej bazie. Na rynku istnieje szereg wykonawców, którzy spełniają zaskarżone ww. zarzutami wymagania Na rynku są firmy, które posiadają zintegrowane oprogramowanie HIS (medyczne) i ERP (administracyjne) działające na jednej bazie. Firmy, które mówią o tym na swojej stronie internetowej: Gabos Software Sp. z o.o., SIMPLE S.A. (jeden z przystępujących).

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SIMPLE Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się jego uczestnikami.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął zarzuty oznaczone w odwołaniu nr 1 pkt 2 i 2. W związku z tym postępowanie w tym zakresie zostało umorzone.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz przedłożone przez Zamawiającego w postaci wydruków ze stron internetowych producentów oprogramowania oraz korespondencji e-mail i oświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że ' jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i zamierza w nim złożyć ' ofertę, a $_t$ czynności Zamawiającego w sposób nieuzasadniony uniemożliwiają $_t$ mu złożenie konkurencyjnej oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez niego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia i zawarcia umowy z Zamawiającym. Bieżąca treść postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treść Specyfikacji Warunków Zamówienia ogranicza możliwość ' uzyskania zamówienia przez wykonawców (w tym Odwołującego) poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w sposób ograniczający uczciwą konkurencje, w szczególności poprzez ograniczenie dostępu wykonawców posiadających wystarczające doświadczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Warunki udziału nie zostały bowiem określone w na poziomie minimalnym, czego wymaga Pzp od Zamawiającego. Jednocześnie inne postanowienia SWZ kwestionowane w odwołaniu w sposób istotny ograniczają możliwość zaoferowania dostępnych na rynku rozwiązań informatycznych, ograniczając możliwość udziału w postępowaniu tylko do tych wykonawców, którzy oferują pośrednio lub bezpośrednio oprogramowanie standardowe, jednak według warunków licencji narzuconych z góry przez Zamawiającego, czym Zamawiający doprowadził do nieuzasadnionego własnymi potrzebami i zakresem przedmiotu zamówienia uprzywilejowania części wykonawców. Naruszenie przepisów Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu i brak zmiany treści SWZ będą $_t$ miały istotny wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w

postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. V ust. 1 i 2 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i wdrożenie oprogramowania administracyjnego i medycznego na infrastrukturze sprzętowej Zamawiającego, udzielenie Zamawiającemu licencji na korzystanie z systemu, migrację danych z aktualnie wykorzystywanego oprogramowania medycznego i administracyjnego, integrację z aktualnie wykorzystywanym oprogramowaniem laboratoryjnym oraz świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług w ramach udzielonej gwarancji.

Wykonawca przeprowadzi także szkolenia dla kadry pracowniczej Zamawiającego. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ.

W odwołaniu zostały prawidłowo przytoczone zakwestionowane postanowienia SWZ.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane przez niego postanowienia SWZ naruszają wskazane przez niego przepisy

prawa.

Ad zarzut nr 1 pkt 1 dotyczący naruszenie art. 112 Pzp w związku z art. 16 pkt 1 Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie opisanym w części XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwsze SWZ

Stosownie do art. 112 Pzp: 1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. 2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 16 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W ocenie Odwołującego Zamawiający określił w części XXI pkt 3 ppkt 1 tiret pierwszy SWZ, warunki udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie minimalnym, co powoduje ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają kompetencje i doświadczenie wystarczające dla ubiegania się o realizację przedmiotu zamówienia.

Z zakwestionowanego postanowienia SWZ wynika, że Zamawiający wymaga wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat co najmniej dwóch usług wdrożeniowych systemu dla podmiotu leczniczego o wartości co najmniej 500.000,00 zł brutto każda, polegającej na wdrożeniu systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada strukturę wielooddziałową, tj. zlokalizowanego w minimum dwóch lokalizacjach, przy czym co najmniej jedna z tych usług powinna obejmować wdrożenie systemu w modelu chmury obliczeniowej. Każda z usług powinna obejmować dostawę, wdrożenie i konfigurację oprogramowania do obsługi procesów leczniczych i obiegu dokumentacji medycznej, dostawę oprogramowania obejmującego e-usługi oraz instruktaż lub szkolenia z systemu informatycznego.

Zdaniem Odwołującego niczym nieuzasadnionym ograniczeniem jest przede wszystkim wymóg wdrożenia systemu informatycznego dla co najmniej dwóch oddziałów podmiotu leczniczego, który posiada strukturę oddziałową, zlokalizowanego w co najmniej

dwóch lokalizacjach.

Nie jest sporne, że Zamawiający posiada wiele oddziałów i pięć lokalizacji, co zostało wskazane powyżej w odpowiedzi na odwołanie oraz mogło być samodzielnie ustalone przez Odwołującego przy wykorzystaniu Internetu, jak stwierdził na rozprawie. Zauważenia wymaga, że Zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu wskazując na identyczną liczbę oddziałów i lokalizacji, jakie posiada, lecz na zdecydowanie mniejszą liczbę, wskazującą jedynie, że nie chodzi o jeden oddział czy jedną lokalizację. W ocenie Izby, zważywszy na przedmiot zamówienia, oczekiwanie legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu wskazanych usług dla dwóch oddziałów i dwóch lokalizacji trudno uznać za nadmiarowe.

Odwołujący twierdzi, że bardziej otwartym zapisem, a jednocześnie nie mającym wpływu na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia jest wprowadzenie zmian proponowanych przez niego i odniesienie się w ramach doświadczenia wykonawcy do jednostek zorganizowanych poprzez określone funkcje, a nie struktury. Tymczasem warunki udziału w postępowaniu służą określeniu kręgu wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ważne jest przy tym, aby były powiązane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne, oraz pozwalały na wyłonienie wykonawcy, który zapewni osiągnięcie celu postępowania. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, aby nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia naruszał tak ustalone zasady w powyższym zakresie. W sytuacji, gdy Zamawiający posiada strukturę wielooddziałową oraz kilka lokalizacji za uprawnione należy uznać odniesienie wymagań w zakresie zdolności technicznych wykonawców do usług wykonanych na rzecz podobnie zorganizowanych podmiotów.

Nadto, wbrew stanowisku Odwołującego, powyższy warunek udziału w postępowaniu, chociaż został opisany przez Zamawiającego w sposób złożony, to jednak pozwala na zrozumienie przez Odwołującego zawartych w nim pojęć w taki sposób, w jaki rozumie go Zamawiający. Obie strony bowiem tak samo rozumieją termin lokalizacja tj. jako miejsce. Trudno zatem zgodzić się z Odwołującym, że treść SWZ w tym zakresie nie jest zrozumiała, jak też, że wskazuje na naruszenie wskazanych przez niego przepisów prawa. W konsekwencji żądanie doprecyzowania wymagania dotyczącego dwóch usług wdrożenia dla podmiotu leczniczego w zakresie dwóch lokalizacji, poprzez wskazanie, co Zamawiający uzna za dwie odrębne lokalizacje w ramach usługi wdrożenia systemu informatycznego, należy uznać za niewynikające z naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie zostało także wykazane, aby wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie wdrożenia rozwiązania w chmurze obliczeniowej było nadmierne. Jak stwierdził bowiem na rozprawie Zamawiający, obecnie działa w chmurze prywatnej w serwerowni, gdzie będzie następowało wdrożenie nowego oprogramowania objętego niniejszym zamówieniem. Legitymowanie się zatem przez wykonawcę jednym doświadczeniem w takim wdrożeniu trudno uznać za nadmierne. Nadto zauważenia wymaga, że Odwołujący w żądaniu alternatywnym przewidział takie doświadczenie, wskazując jednak na wyodrębnienie dotychczasowego wymagania w zakresie doświadczenia dotyczącego wdrożenia rozwiązania w chmurze obliczeniowej, jako odrębnej usługi lub umowy, do której nie miałyby zastosowania wartość, ilość oddziałów oraz wielość lokalizacji. Odwołujący nie wykazał jednak dlaczego określone w SWZ ww. wielkości miałyby być sprzeczne z wskazanymi przepisami prawa.

Ad zarzut numer 3 dotyczący naruszenia art. 5, art. 353^1 i art. 387 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych dotyczących licencji w sposób naruszający zasadę swobody umów, współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron

Stosownie do art. 5 k.c.: 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.

Zgodnie z 353^1 k.c.: 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.

W myśl art. 387 k.c. § 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. § 2. Strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.

W ocenie Odwołującego zakwestionowane w tym zarzucie postanowienia umowne (§ 1 ust. 1 pkt 3 umowy, § 6 ust. 2 pkt 1 i 2, § 6 ust. 3) w których wykonawca udziela na zaoferowane oprogramowanie, system licencji powinno zostać uzupełnione w taki sposób, aby wykonawca miał możliwość przyjęcia zobowiązania jedynie do zapewnia udzielenia licencji na zaoferowane oprogramowanie przez jego producenta. Nadto § 6 ust. 3 umowy, który zawiera katalog pól eksploatacji, w ocenie Odwołującego, powinien przyjąć korespondujące z ww. żądaniem brzmienie: „3. Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego określonego w §10 Umowy, udziela Zamawiającemu licencji lub sublicencji do Systemu albo zapewnia udzielenie licencji przez producenta Systemu, na polach eksploatacji ustalonych przez producenta Systemu, z tym zastrzeżeniem, że o ile producent nie zastrzegł inaczej w warunkach licencji" oraz wykreślenie na początku pkt 3 wyrazu „nieodpłatne", który miałby przyjąć brzmienie: „3. korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zamian Systemu, poszczególnych obszarów funkcjonalnych Systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie gwarancji".

Powyższe oczekiwania zostały uzasadnione m.in. tym, że zdaniem Odwołującego, dotychczasowe postanowienia umowy wskazują, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie podmioty posiadające majątkowe prawa autorskie do oprogramowania albo dysponujący nimi w taki sposób, że może on udzielać licencji lub sublicencji. Wyłączeni z udziału w postępowaniu są natomiast dystrybutorzy oprogramowania lub przedstawiciele producentów, posiadający takie umowy z producentami, które uprawniają jedynie do pośredniczenia w udzieleniu licencji pomiędzy producentem (podmiotem posiadającym majątkowe prawa autorskie i uprawnionym do udzielania licencji), a Zamawiającym. Nadto Odwołujący wskazał, że według jego wiedzy nie ma na rynku oprogramowania standardowego spełniającego warunki określone przez Zamawiającego dla oprogramowania medycznego oraz administracyjnego i jednocześnie pozwalającego na nieodpłatne korzystanie z nowych wersji, modyfikacji, aktualizacji i innych zmian Systemu poszczególnych obszarów funkcjonalnych systemu i oprogramowania Systemu wydanych w okresie ostatnich 36 miesięcy i bez żadnych ograniczeń dotyczących ich modyfikacji.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane przez niego postanowienia umowne, naruszają wskazane w odwołaniu przepisy prawa, jak też, że w sposób niedozwolony ograniczają konkurencję w postępowaniu. W szczególności zwraca uwagę to, że Odwołujący nie wykazał, że dystrybutorzy nie mogą zawrzeć z producentami przedmiotowego oprogramowania umów, które pozwalałby im na przyjęcie na siebie wymaganych przez Zamawiającego zobowiązań. Nie jest przy tym sporne pomiędzy stronami i co wynika z SWZ, że Zamawiający dopuścił nie tylko udzielenie licencji, ale też sublicencji. _Odwołujący nie wskazał, na czym miałoby polegać naruszenie wskazanych przez niego przepisów.

Tymczasem, jak wynika ze stanowiska Sądu Najwyższego, stosowanie art. 5 Kodeksu cywilnego (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) - zwłaszcza w obrocie gospodarczym - ma charakter wyjątkowy. Jest ono uzasadnione wówczas, gdy dochodzi do niezgodności funkcjonalnej i aksjologicznej pomiędzy obowiązującymi przepisami tworzonymi na miarę sytuacji typowych, a konkretnym stanem faktycznym poddanym ocenie (por. eza redakcyjna Legalis). Natomiast, jak wynika z wyroku SA w Krakowie w przepisie art. 387 § 1 KC chodzi o niemożność natury obiektywnej - świadczenie może być obiektywnie niewykonalne już w chwili, gdy zobowiązanie ma powstać (niemożliwość pierwotna lub uprzednia) i wówczas stosunek obligacyjny w ogóle nie powstaje, gdyż nie można uznawać za wiążące zobowiązania się do zachowania niemożliwego. Jeżeli niemożliwość świadczenia ma charakter subiektywny (podmioty inne niż dłużnik mogłyby świadczyć) lub zaistniała dopiero po powstaniu zobowiązania (niemożliwość następcza), jej konsekwencje określają przepisy regulujące skutki niewykonania zobowiązania. (por. wyrok SA w Krakowie z 27-09-2016 sygn. Akt I AcA 457/16; teza redakcyjna Legalis). Nie zostało także wykazane, aby powyższe postanowienia umowne wskazywały na to, aby ich treść lub cel sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Z powyższego wynika, że okoliczność, iż dany dystrybutor aktualnie nie dysponuje określoną umową z producentem, która pozwalałaby mu na przyjęcie na siebie wskazanych w SWZ zobowiązań, sama w sobie jeszcze nie wskazuje na naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Ad zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 99 ust. 2 Pzp w związku z art. 16 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, tj. poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko przez podmiot dysponujący System posiadającym jedną i tę samą bazę danych dla części medycznej i administracyjnej Systemu.

Stosownie do art. 99 ust. 2 Pzp; Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zdaniem Odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla ww. wymogu. Nadto, jak stwierdził na rozprawie, korzystniejszym dla Zamawiającego, jest gdy system posiada odrębna bazę dla oprogramowania medycznego i odrębną dla oprogramowania administracyjnego. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Tymczasem Zamawiający oświadczył, że obecnie korzysta z takiego rozwiązania, jakie chciałby zaoferować Odwołujący i nie jest nim usatysfakcjonowany. Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika, że potrzebuje systemu działającego na jednej bazie danych, bowiem umożliwi mu to sprawniejsze korzystanie z systemu, jak też pozwoli na uniknięcie poniesienia dodatkowych kosztów związanych z dwoma bazami danych.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie było nieuzasadnione jego potrzebami, jak też, aby uniemożliwiało złożenie w postępowaniu konkurencyjnych ofert. Jak sam stwierdził Odwołujący jest w stanie sprzedać Zamawiającemu oprogramowanie nie tylko w części medycznej., ale też w części administracyjnej, a więc jest możliwe jego wystąpienie w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Nadto jak wynika ze stanowisk stron są producenci, którzy posiadają oba oprogramowania, które sprzedają łącznie lub samodzielnie. Z dowodów przedłożonych na rozprawie w postaci wydruków ze stron internetowych wynika, że jest 4 producentów, którzy działają w oparciu o jedną bazę danych, a więc nie tylko jeden, jak twierdzi Odwołujący.

Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający wykazał uzasadnienie dla takiego wymogu. Skoro Zamawiający ma doświadczenie w pracy na dwóch bazach danych i ocenia taką pracę jako niesatysfakcjonującą, a istnieją na rynku rozwiązania, które bardziej odpowiadają jego potrzebom, co wykazał, to ma prawo określić swoje potrzeby w taki sposób aby osiągnąć cele jakie chce osiągnąć, w tym uniknięcie narażenia się na dodatkowe koszy i uzyskanie większej funkcjonalności systemu.

Jak wskazał Zamawiający oczekuje jednego systemu posiadającego wszystkie wskazane w SWZ funkcjonalności. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż z OPZ wynika, że integracja ma dotyczyć także części medycznej i administracyjnej, co miałoby wskazywać na to, że Zamawiający oczekuje dwóch odrębnych systemów działających na dwóch odrębnych bazach danych, w sytuacji, gdy oprogramowania te są sprzedawane zarówno łącznie jak i osobno, w ocenie Izby nie przesądza jeszcze o tym, że mają to być odrębne systemy, a nie jeden składający się z części medycznej i administracyjnej.

Okoliczność, iż wymogi postawione przez Zamawiającego utrudniają dostęp do zamówienia Odwołującemu na zasadach, jakie mu odpowiadają, z uwagi na przyjęty przez niego model biznesowy, na co wskazuje prezentowane przez niego stanowisko, nie oznacza że naruszają przepisy prawa. Takie naruszenie przepisów prawa wymagało wykazania przez Odwołującego, a to nie nastąpiło.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów Pzp, które miałoby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym

postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....