Sygn. akt: KIO 387/17

WYROK
z dnia 27 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez **Comarch Healthcare Spółkę Akcyjną w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie żądania dodania w Załączniku nr 1 do wzoru umowy postanowień wskazanych na str. 10 i 11 odwołania
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania umarza
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Healthcare Spółkę Akcyjną w Krakowie** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Comarch Healthcare Spółkę Akcyjną w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

……..

Sygn. akt: KIO 387/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kompleksową obsługę serwisową systemu Informatycznego CHniNET i NetRaad w Centrum Onkologii -Instytucie im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie. Publikacja w Dzienniku Wspólnot europejskich w dniu 15 lutego 2017 r. pod nr 2017/S 032-057968, numer referencyjny zamawiającego PN-11/17/MS.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 lutego 2017 roku wykonawca Comarch Healthcare Spółkę Akcyjną w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1, czynności określenia opisu przedmiotu zamówienia:

a. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, niewyczerpujący, niejasny I niezrozumiały, w tym w zakresie planowanych do wykonania czynności przez podmiot, który będzie realizował przedmiotową umowę - poprzez zaniechanie udostępnienia w ramach SIWZ informacji na temat posiadanych przez Zamawiającego praw autorskich/licencji, w tym pól eksploatacji na których zostały udzielone dotyczących oprogramowania CliniNet i NetRaad objętego zamówieniem

b. brak w SIWZ informacji na temat praw do kodów źródłowych w/w oprogramowania objętego postępowaniem 1 możliwości ich udostępnienia wykonawcom na potrzeby wykonywania zamówienia

c. oraz poprzez' zaniechanie udostępnienia w ramach SIWZ dokumentacji dotyczącej systemów CliniNet i NetRaad niezbędnych do wyceny oraz świadczenia usług utrzymania systemu objętych postępowaniem

- czym naruszono art art. 29 ust 1 i 2 oraz art 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

2. Czynności określenia warunków udziału w postępowaniu oraz oceny sposobu ich spełnienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję - czym naruszono art. 22 ust. 1 a ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust 1 ustawy P.z.p..

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i o:

• Nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji odnośnych zapisów SIWZ - w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w zakres projektu wchodzi oprogramowanie, które aby działać, będzie musiało się zintegrować z posiadanym i eksploatowanym przez Zamawiającego systemami GllniNET i NetRaad. Wyżej wymieniony projekt obejmuje m.in.:

• wdrożenie elektronicznej dokumentacji medycznej poprzez rozwój I rozbudowę infrastruktury Informatycznej,

• stworzenie Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej,

• wprowadzenie świadczenia usług online z zakresu e-zdrowie.

Cały powyższy zakres, aby mógł działać, musi być bezwzględnie - dwustronnie zintegrowany z

programowaniem ClinlNET I NetRaad.

Komputeryzacja i Informatyzacja podmiotów medycznych jest prowadzona w sposób ciągły, przede wszystkim z następujących powodów:

• zmiany w prawie I pojawiające się w związku z tym nowe wymagania w stosunku do zakresu i sposobu wykonania procesów do obsługi których wykorzystywane jest sprzęt i oprogramowanie

• szybki postęp w zakresie technologii IT

• wykorzystywanie coraz to nowszych urządzeń dlagnostyczno-pomiarowych

• rozwój rynku oprogramowania

Odwołujący stwierdził, że komputeryzacja i informatyzacja nieodłącznie wiąże się z koniecznością integracji oprogramowania, które często obejmuje różne obszary działalności podmiotu medycznego jest dużym wyzwaniem dla podmiotów leczniczych a zagadnienie to, jest dość szerokie - ponieważ można stosować różne mechanizmy i sposoby integracji. Sprawnie działający podmiot medyczny musi być wyposażony w oprogramowanie (takie jak HIS1, ERP2, RIS3, PA CS4, EDM5, LIS6, e-usługi, rozwiązania telemedyczne), który ma możliwość wymiany między sobą różnego rodzaju danych. Sposób kształtowania zamówień w tym zakresie należy do podmiotu medycznego, niemniej jednak najważniejszą zasadą, jaka powinna być w przestrzegana w tym zakresie, powinno być takie gospodarowanie własnymi zasobami przez podmiot medyczny, aby przez cały okres eksploatacji danego oprogramowania lub urządzenia podmiot miał w posiadaniu taką możliwość (a oprogramowanie zdolność) i wiedzę, które pozwolą mu wymianę danych pomiędzy eksploatowanym oprogramowaniem a innym oprogramowaniem wewnętrznym (np. z systemem Elektronicznej Dokumentacji Medycznej, e-usługami) lub zewnętrznym (np. Platformą PI) lub urządzeniem (np. nowym aparatem RTG).

Naczelnym przepisem, który reguluje kwestie, o jakich mowa w przedmiotowym odwołaniu, jest rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram

Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, którego przepis dotyczący minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, brzmi: §16 ust. 1 Systemy teleinformatyczne używane przez podmioty realizujące zadania publiczne wyposaża się w składniki sprzętowe łub oprogramowanie umożliwiające wymianę danych z innymi systemami teleinformatycznymi za pomocą protokołów komunikacyjnych i szyfrujących określonych w obowiązujących przepisach, normach, standardach lub rekomendacjach ustanowionych przez krajową jednostkę normalizacyjną lub jednostkę normalizacyjną Unii Europejskiej.

Odwołujący podkreślił, że linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie jest zbieżna z opublikowane w 2009 roku przez Urząd Zamówień Publicznych rekomendacjami w sprawie „Udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych". Rekomendacje te w sposób szczegółowy regulują, w jaki sposób należy prowadzić zamówienia w zakresie oprogramowania, aby były one zgodne z ustawą.

Odwołujący dodał, że opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób utrwalający dominację i preferencję dla producenta istniejącego u zamawiającego oprogramowania narusza kluczową udzielania zamówień publicznych, jaką jest konieczność przygotowania i prowadzenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że niewykonanie żądania na tym etapie będzie skutkowało w przyszłości realizacją projektu RPMA.02.01.01-14-2641/15 pn. „Nowoczesny Szpital, Nowoczesny ZOZ", niejako pod dyktando firmy Compu Group Medical Sp. z o.o., która jako jedyny podmiot będzie dysponować możliwością integracji systemu CliniNet i NetRaad i będzie mogła żądać za te usługi od innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, absurdalnych kwoty, rzędu milion czy dwa miliony złotych. Jest to zaskakujące o tyle, że zamawiający w przedmiotowej umowie przewidział wsparcie dla Istniejących już integracji z systemami funkcjonującymi u zamawiającego (par. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy, ust. 13 - definicja Systemu), wyłącznie w zakresie:

1) System szpitalny klasy HIS (CliniNET - Onkologia i Psychoonkofogla)

2) system klasy RIS/PACS (NetRAAD)

3) moduł rozliczeń z NFZ (STER)

Odwołujący stwierdził, że producent takiego systemu powinien zapewnić zamawiającemu pełną możliwość integracji, zwłaszcza w kontekście tego, że zamawiający za chwilę będzie zamawiał kolejne systemy, które będą wymagały integracji, Obecnie pełna wymiana danych systemów HIS oraz RIS/PACS z Elektroniczną Dokumentacją Medyczną czy e-usługami stała się standardem na rynku producentów oferujących oprogramowanie tego rodzaju, wręcz wymaganym przez przepisy,

W związku, z powyższym odwołujący zażądał, aby do wzoru umowy na świadczenie usług serwisowych CliniNET i NetRaad, wprowadzono następujące zapisy:

Dodanie w Załączniku nr 1 do wzoru Umowy, następujących zapisów w nowym Rozdziale

IV:

Rozdział IV:

Wymagania dotyczące integracji:

1. W terminie 14 dni od daty podpisania Umowy Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu:

a) opisu technicznego sposobu, w jaki Oprogramowanie CliniNet i NetRaad realizuje Integrację z systemami Elektronicznej Dokumentacji Medycznej i e-usługami (e- rejestracja - usługa umożliwiająca zarejestrowanie pacjenta na wizytę w określonej poradni bądź w celu

przeprowadzenia określonego badania, e-konsultacje - usługa umożliwiająca przeprowadzenia

konsultacji stanu zdrowia metodą zdalną, z dowolnego miejsca za pośrednictwem Internetu, e-wywiad - usługa umożliwiająca pacjentowi wypełnienie formularzy i ankiet dokumentacji medycznej metodą zdalną, za pośrednictwem Internetu, e-dokumentacja - usługa umożliwiająca pacjentowi dostępu do swojej dokumentacji medycznej metodą, zdalną, za pośrednictwem Internetu, e-powiadomienia - usługa zapewniająca wysyłanie automatycznych powiadomień dla pacjenta o zbliżających się terminach wizyt oraz innych zdarzeń medycznych, e-partner - usługa umożliwiająca lekarzom z Innych jednostek medycznych dostęp metodą zdalną, za, pośrednictwem Internetu do dokumentacji medycznej pacjentów, e-obchód - usługa, za pomocą której tworzona jest Indywidualna dokumentacja medyczna w postaci multimedialnego rekordu medycznego pacjenta, e- informator - usługa, której zadaniem jest udostępnienie usługi e-rejestracji za pomocą Infokiosków) czyli dokumentację techniczną umożliwiającą integrację a także innych informacji dotyczących Integracji, które może w trakcie umowy wskazać Zamawiający a także sposobu dostępu do usług Integracji, wszystkich niezbędnych danych dostępowych oraz konfiguracyjnych.

b) opisu stosowanych zabezpieczeń dotyczących Integracji

2. W razie zmiany powyższych informacji Wykonawca z 30 dniowym wyprzedzeniem poinformuje Zamawiającego o tych zmianach.

3. Wykonawca zobligowany jest do udzielania odpowiedzi na wszelkie pytania Zamawiającego dotyczące integracji w terminie 3 dni od otrzymania zapytania

4. W trakcie trwania Umowy Wykonawca zapewni wsparcie techniczne podmiotom wskazanym przez Zamawiającego, które będą potrzebowały uzyskać możliwość integracji z oprogramowaniem CliniNet i NetRaad, w wymiarze 10 roboczodni w skali roku.

5. W przypadku konieczności Wykonawca przeprowadzi testy integracji oprogramowania CliniNet i NetRaad z oprogramowaniem wykorzystywanym przez zamawiającego, w zakresie obejmującym poprawność wymiany danych po stronie systemu Wykonawcy. Wykonawca na te czynności powinien przewidzieć dostępność dla Zamawiającego w wymiarze 10 roboczodni w skali

roku

Zarzut 2

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie udostępnił dokumentacji systemów CliniNet oraz NetRaad, która umożliwiłaby oszacowanie kosztów świadczenia usług utrzymania. Zamawiający nie zapewnił również, że posiada kod źródłowy do oprogramowania CliniNet oraz NetRaad, do którego dostęp jest niezbędny do świadczenia takich usług umownych jak wynikające z załącznika nr 1 do SIWZ. Właściwie - nie da się zrealizować tej umowy, nie mając do dyspozycji kodów źródłowych i dokumentacji do eksploatowanego przez zamawiającego systemu CliniNet I NetRaad, Przykładowe wymagania z Załącznika nr 1:

(3) Modyfikacje Systemu uwzględniające zmieniające się przepisy ogólne, rozporządzenia, ustawy, obowiązujące wykładnie prawne lub wskazówki jednostek nadrzędnych (np. Narodowy Fundusz Zdrowia, Ministerstwo Zdrowia, Samorządowy Wydział Zdrowia i inne)

(27) Bieżące dostosowywanie systemu do wymogów sprawozdań NFZ tj. najpóźniej na 14 dni przed wejściem w życie tych przepisów i zasad lub 14 dni po ich opublikowaniu

(32) Wsparcie i utrzymanie wszystkich; funkcjonalności systemu zainstalowanego u Zamawiającego istniejących w momencie podpisania umowy

(33) Zapewnienie ciągłości komunikacji po stronie systemu w trybie "on-line" a systemem PACS/RIS NetRAAD z wykorzystaniem komunikatów HL7

Nie mając do dyspozycji takich danych, jak:

• informacja na temat technologii zastosowanych do produkcji systemu CfiniNet i NetRaad

• dokumentacji do zbiorów danych zawierającej specyfikę wszystkich encji, atrybutów, relacji oraz zawartości poszczególnych instancji, tabel i kolumn.

• informacji na temat architektury systemu

• dokumentacji technicznej do poszczególnych modułów, repozytoriów kodu źródłowego i bibliotek stosowanych systemie

• lista posiadanych przez system funkcjonalności

• zawartość plików konfiguracyjnych

• ogólnego opisu architektury systemu CliniNet i NetRaad wraz z opisem wykorzystywanych bibliotek zewnętrznych

• opisu infrastruktury, na której jest uruchomiony system (ile serwerów, jakie systemy operacyjne)

• opisu oprogramowania dodatkowego wraz z wersjami (bazy danych, serwery kolejek, komunikatów)

• liczby użytkowników korzystających z systemu

Odwołujący stwierdził, że bez tych dokumentów nie jest w stanie oszacować kosztów złożenia oferty na utrzymanie tego systemu - mało tego - bez stosownych praw autorskich będących w dyspozycji zamawiającego, nie można przeprowadzać żadnych prac na oprogramowaniu CliniNet i NetRaad, tym bardziej, ze zamawiający najprawdopodobniej nie dysponuje kodami źródłowymi na

odpowiednich polach eksploatacji,

Odwołujący zażądał, aby zamawiający zapewnił dostęp do kodu źródłowego aplikacji CliniNet i NetRaad w zakresie prawa do przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w w/w oprogramowaniu, a także, aby załączył do SIWZ następujące dokumenty:

• Informacje na temat technologii zastosowanych do produkcji systemu CliniNet i NetRaad

• dokumentację do zbiorów danych zawierającej specyfiką wszystkich encji, atrybutów, relacji oraz zawartości poszczególnych Instancji, tabel i kolumn.

• informacje na temat architektury systemu

• dokumentacją techniczną do poszczególnych modułów, repozytoriów kodu źródłowego i bibliotek stosowanych systemie

• lista posiadanych przez system funkcjonalności

• zawartość plików konfiguracyjnych

• ogólnego, opisu architektury systemu CliniNet i Net Ra ad wraz z opisem wykorzystywanych bibliotek zewnętrznych

• opisu infrastruktury, na której jest uruchomiony system« (ile serwerów, jakie systemy operacyjne)

» opisu oprogramowania dodatkowego wraz z wersjami (bazy danych, serwery kolejek komunikatów)

• liczby użytkowników korzystających z systemu

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że jeśli zamawiający nie jest w stanie spełnić żądań odwołującego i jeżeli zamawiający nie dysponuje takimi dokumentami, to żąda umożliwienia wymiany eksploatowanego systemu CliniNet i NetRaad na nowy, o równoważnych

funkcjonalnościach, który będzie posiadał pełną dokumentację i możliwość Integracji o jakich mowa w przedmiotowym odwołaniu, przy czym w tej sytuacji, zażądał załączenia do SIWZ listy wymaganych funkcjonalności systemów CliniNet i NetRaad.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu (SIWZ Rozdział VII, pkt 1.3) - doświadczenie w zakresie realizacji usługi polegającej na wykonywaniu serwisu systemu CliniNET w okresie co najmniej 12 miesięcy, a wartość zamówienia wynosiła nie mniej niż 500.000,00 PLN brutto, odwołujący podniósł, że wykonywanie serwisu sprowadza się do szeregu czynności, m.in. takich jak utrzymywanie oprogramowania w ciągłym działaniu, zapewnienie rozliczeń z NFZ, wsparcie telefoniczne, usuwanie błędów czy wydawanie nowych wersji, które zawierają zmiany funkcjonalne lub np. zmiany wynikające ze zmian prawa. Część tych czynności dotyczy sposobu działania oprogramowania do obsługi, szpitala, tzw. HIS - w tym przypadku zamawiający dysponuje oprogramowaniem CliniNet firmy Compugroup Medlcal Polska Sp. z o.o. oraz do obsługi pracowni radiologii wraz z archiwum - tzw. system RIS/PACS - eksploatowany przez Zamawiającego system NetRaad firmy Compugroup Medica! Polska Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego nie trzeba mieć doświadczenia w zakresie serwisowania systemu HIS lub RIS/PACS firmy Compugroup Medical Polska Sp. z o.o. aby zapewnić odpowiedni poziom wsparcia w zakresie serwisowym z wyłączeniem prac związanych z rozwojem oprogramowania lub usuwaniem błędów i awarii. Doświadczenie w serwisowaniu innego systemu HIS jest jak najbardziej adekwatne - systemy HIS nie są systemami typu „pod klucz" a raczej wystandaryzowanym oprogramowaniem, które zapewnia te same funkcje u wszystkich producentów. Dlatego - żądanie, aby wykonawca miał doświadczenie wyłącznie w wykonywaniu serwisu oprogramowania CliniNet (NetRaad już nie), jest w naszej ocenie nieuzasadnione i prowadzące wyłącznie do ograniczania

konkurencji.

Z drugiej strony - zakres usług serwisowych obejmuje również wprowadzanie zmian w oprogramowaniu, usuwanie błędów itp. Aby było to możliwe, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, powinien posiadać doświadczenie w świadczeniu' usług serwisowych oprogramowania wykonanego w określonej, powszechnie technologii programowania. Również w tym przypadku nie jest uzasadnione żądanie posiadania doświadczenia w zakresie serwisu systemu CliniNet a jedynie w określonych - odpowiadających wykonaniu tego systemu - technologiach.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający prowadząc przedmiotowe zamówienie, powinien stosować pojęcia, które odnoszą się do powszechnie stosowanych technologii, dlatego zażądał zmiany warunku udziału na następujący (podane technologie stanowią przykład, zamawiający powinien wiedzieć, jakie technologie zastosowano w wykorzystywanym przez niego oprogramowaniu)

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku polegającego na zapewnieniu przynajmniej 3 (trzy) osób posiadających właściwe kwalifikacje i doświadczenie w zakresie świadczenia gwarancji i serwisu systemu CGM CiiniNET I CGM NetRAAD - posiadających doświadczenie w min, 2 zamówieniach na usługi serwisowe systemu CGM CiiniNET i CGM NetRAAD odwołujący stwierdził, że uzasadnienie faktyczne jest analogiczne, jak w Zarzucie nr. 3, tzn. w ocenie odwołującego, osoba skierowana do realizacji zamówienia, nie musi mieć doświadczenia w zakresie serwisowania systemu HIS lub RIS/PACS firmy Compugroup Medical Polska Sp. z o.o. aby zapewnić odpowiedni poziom wsparcia w zakresie serwisowym z wyłączeniem prac związanych z rozwojem oprogramowania lub usuwaniem błędów i awarii. Doświadczenie w serwisowaniu innego systemu HIS jest jak najbardziej adekwatne - systemy HIS nie są systemami typu „pod, klucz" a raczej wystandaryzowanym oprogramowaniem, które zapewnia te same funkcje u wszystkich producentów. Dlatego - żądanie, aby wykonawca dysponował osobami, mającymi doświadczenie wyłącznie w wykonywaniu serwisu oprogramowania CliniNet jest w ocenie odwołującego nieuzasadnione i prowadzące wyłącznie do ograniczania konkurencji,

Odwołujący zażądał zmiany warunku na następujący:

Przynajmniej 3 (trzy) osoby posiadające właściwe kwalifikacje I doświadczenie w zakresie świadczenia gwarancji I serwisu systemu HIS i RIS/PACS - posiadające doświadczenie w min. 2 zamówieniach na usługi serwisowe systemów wykonanych w technologii Microsoft.Net lub innej - równoważnej.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają odwołującego złożenie konkurencyjnej oferty. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ostawy wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie ww. przepisów ustawy przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 marca 2017 roku zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty podniesione w pktach a-c. Zamawiający dokona uzupełnienia siwz w zakresie:

Ad a) informacji na temat posiadanych przez Zamawiającego praw autorskich/licencji, w tym pól eksploatacji, na których zostały udzielone, dotyczących oprogramowania CliniNet i NetRaad objętego zamówieniem;

Ad b) informacji na temat praw do kodów źródłowych w/w oprogramowania objętego postępowaniem i możliwości ich udostępnienia wykonawcom na potrzeby wykonania zamówienia

Ad c) informacji nt. posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji dotyczącej systemów CliniNet i NetRaad

Zamawiający stwierdził, że nie może uwzględnić żądań odwołującego wskazanych na stronach 10 i 11 odwołania, dotyczących dodatkowych zapisów we wzorze umowy na świadczenie usług serwisowych:

Zamawiający stwierdził, że wszystkie przedstawione żądania nie dotyczą przedmiotu zamówienia, jakim jest usługa serwisowa systemu CliniNET i NetRaad. Jak wskazuje sam Odwołujący, żądania te dotyczą integracji "zamawianych kolejnych systemów" w ramach realizacji Projektu "Nowoczesny szpital, Nowoczesny ZOZ" tj. postępowań, które będą ogłaszane w nieznanej samemu zamawiającemu perspektywie czasowej. Przedstawione żądania nie są zatem w żaden sposób związane z wcześniej postawionymi zarzutami w punkcie 1 lit a-c odwołania, tym samym nie mogą zostać uwzględnione przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p. tj. określenia warunków udziału w postępowaniu oraz oceny sposobu ich spełnienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję, zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut. Zamawiający dokona stosownych modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego (według numeracji Odwołującego przyjętej w uzasadnieniu odwołania dot. zarzutów nr 3 i nr 4).

Na posiedzeniu w dniu 14 marca 2017 roku odwołujący skorygował żądanie zawarte na str. 10 odwołania, w ten sposób, że żąda by w załączniku nr 1 do wzoru umowy, rozdz. IV „wymagania dotyczące integracji” w pkt 1, istniejący zapis otrzymał brzmienie „w terminie 14 dni od otrzymania żądania Zamawiającego wykonawca dostarczył Zamawiającemu” oraz w pkt a zastąpienie sformułowania program CliniNet i NetRaad sfomułowaniem - system objęty zamówieniem, podobnie w pkt 4 i 5 żądania.

W piśmie procesowym z dnia 17 marca 2017 roku Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 marca br. dotyczące uwzględnienia zarzutów określonych w odwołaniu str. 1-2 pkt. 1 lit. a-c.

Ad a) Zamawiający stwierdził, że uzupełni dokumentację przetargu o kopie:

- posiadanych licencji udzielonych przez CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. określających moduły (pola eksploatacji) i prawa Zamawiającego do korzystania ze Zintegrowanego Systemu

Informatycznego CliniNet i Net Raad w zakresie objętym zamówieniem.

Ad b) Zamawiający stwierdził, że nie posiada majątkowych praw autorskich do kodów źródłowych systemów objętych zamówieniem. Tym samym nie posiada praw do przystosowania, zmian układu lub jakichkolwiek zmian lub modyfikacji w oprogramowaniu CliniNet i NetRaad.

Ad c) Zamawiający oświadczył, że uzupełni dokumentacje przetargu o kopie posiadanej dokumentacji dotyczącej systemów CliniNet i NetRaad , w zakresie dokumentów, które nie są objęte zastrzeżeniami wynikającymi z praw autorskich lub tajemnicy przedsiębiorstwa producenta systemów.

Odnosząc się do żądań Odwołującego opisanych (jako Zarzut nr 2 w "uzasadnieniu"), Zamawiający poinformował :

W zakresie żądania uzupełnienia SIWZ o:

1. "Informacje na temat technologii zastosowanych do produkcji systemu CliniNet i Net Raad" Technologie zastosowane przy produkcji systemów CGM CLININET, CGM NETRAAD są następujące: HTMLS, Java, Oracle, Sybase ASE, Angular JS, Perl, Java Script, ExtJS4 (Sencha), ExtJS5 (Sencha)

2. "dokumentację do zbiorów danych zawierającej specyfikę wszystkich encji, atrybutów, relacji oraz zawartości poszczególnych instancji, tabel i kolumn"

Zamawiający nie posiada takich informacji, tym samym nie jest w stanie spełnić żądania Odwołującego. Powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz podlegają ochronie wynikającej z praw autorskich producenta systemów Clininet i NetRaad.

3. "informację na temat architektury systemu"

System zrealizowano w architekturze trójwarstwowej. Interfejsem dostępowym użytkownika końcowego jest przeglądarka www. Warstwa prezentacji oprogramowana została w technologiach Java Script/HTML/AJAX. Po stronie serwera mamy technologie takie jak per! oparty na servlecie aplikacyjnym Apache oraz Javę oparta na JBoss. Wspierana baza danych Sybase ASE oraz Oracle.

4. "dokumentację techniczną do poszczególnych modułów, repozytoriów kodu źródłowego i bibliotek stosowanych w systemie"

Zamawiający nie posiada takich informacji, tym samym nie jest w stanie spełnić żądania Odwołującego. Powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz podlegają ochronie wynikającej z praw autorskich producenta systemów Clininet i NetRaad.

5. "listy posiadanych przez system funkcjonalności"

Zamawiający uzupełni SIWZ o listę funkcjonalności systemów CliniNet i NetRaad objętych postępowaniem.

6. "zawartość plików konfiguracyjnych"

Zamawiający nie posiada takich informacji, tym samym nie jest w stanie spełnić żądania Odwołującego. Powyższe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz podlegają ochronie wynikającej z praw autorskich producenta systemów Clininet t NetRaad.

7. "ogólnego opisu architektury systemu CliniNet i Net Raad wraz z opisem wykorzystywanych bibliotek zewnętrznych"

Opis architektury wskazano w punkcie 3. Dodatkowa informacja dotyczy bibliotek zewnętrznych wykorzystywanych w systemach CGM CLININET, CGM NETRAAD, są to: ExtJS,

AgularJS, Secha Touch.

8. "opisu infrastruktury, na której jest uruchomiony system (ile serwerów, jaki systemy operacyjnej"

Zamawiający uzupełni SIWZ o informacje dotyczące infrastruktury na której uruchomiony jest system.

9. "opisu oprogramowania dodatkowego wraz z wersjami (bazy danych, serwery kolejek komunikatów)"

Baza danych - Sybase ASE 15.5 uruchomiona na 2 oddzielnych serwerach oraz dedykowane oprogramowanie do kopii bezpieczeństwa środowiska HIS/PACS/DB

10. "liczby użytkowników korzystających z systemu"

Obecnie liczba użytkowników przekracza 2200. Posiadana przez Zamawiającego licencja nie ogranicza liczby użytkowników,

W zakresie ww. punktów nr: 5, 8 i 10 Zamawiający dokona publikacji dokumentów i informacji na swojej stronie internetowej w zakładce postępowania PN-11/17/MS - do dnia 20 marca br.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu KIO w dniu 14 marca w zakresie braku możliwości spełnienia żądań wskazanych na stron odwołania, dotyczących wprowadzenia dodatkowych zapisów we wzorze umowy w zakresie "Wymagań dotyczących integracji".

Formułowanie żądań będących niezbędnym elementem formalnym odwołania jest samodzielną dyspozytywną czynnością Odwołującego, jego obowiązkiem jest sformułowanie żądań w sposób konkretny i możliwy do wyegzekwowania a przede wszystkim żądań związanych z wcześniej postawionymi zarzutami, w tym żądań możliwych do wyegzekwowania - nie naruszających prawo.

W tym przypadku żądania Odwołującego znacznie wykraczają poza tą normę i prowadzą do stwierdzenia, iż Zamawiający nie powinien dokonać zakupu określonych usług serwisowych związanych z zapewnieniem funkcjonowania posiadanego systemu informatycznego a powinien dokonać rozwoju systemu o funkcjonalności, które będą dopiero przedmiotem zamówienia finansowanego w ramach projektu RPMA.02.01-14-2641/15 „Nowoczesny Szpital, Nowoczesny ZOZ" lub zakupu nowego systemu informatycznego wraz z kodami źródłowymi oraz pozbycia się dotychczas użytkowanego systemu. Takie żądanie oczywiście wykracza poza przedmiot zamówienia, którym jest usługa serwisowa i jest niewykonalne ze względów zarówno organizacyjnych jak i ekonomicznych. Przedmiot zamówienia nie obejmuje zakupu nowego systemu, ani rozwoju obecnie posiadanego o nowe moduły, bądź nowe integracje. Przedmiotem zamówienia jest serwis już posiadanych funkcjonalności – stąd żądania dot. integracji z nowymi systemami, które obecnie nie są w żaden sposób określone i będą przedmiotem kolejnego postępowania - są bezprzedmiotowe. Nie sposób jest dokonywać wykładni przepisów ustawy pzp w sposób, który pozbawiałby Zamawiającego decyzji o rodzaju nabywanych dóbr lub zmuszałby go do dokonywania nieracjonalnych wydatków.

Ponadto, zamawiający zwrócił uwagę, że żądania zawarte na stronach 10 i 11 Odwołania odnoszą się (vide pkt. 1 a) do zakresów funkcjonalności systemu, które obecnie nie są realizowane w oparciu o posiadane przez zamawiającego oprogramowanie. Obecnie system nie realizuje integracji z systemami Elektronicznej Dokumentacji Medycznej i e-usługami. Funkcjonalności takie wiążą się bezsprzecznie z rozbudową systemu o nowe funkcjonalności - co nie jest przedmiotem tego zamówienia. Dodatkowo obecnie nie wiadomo z jakimi systemami posiadane przez Zamawiającego systemy miałyby się komunikować i w jakim zakresie.

Nawiązując do szeroko cytowanych w Odwołaniu "Rekomendacji Prezesa UZP przy udzielaniu zamówień na systemy informatyczne", zamawiający podkreślił że "Rekomendacje" nie są źródłem prawa a jedynie zaleceniami w tym zakresie i dotyczą w większości dostaw nowych systemów, a nie umów serwisowych. Wbrew twierdzeniu Odwołującego wyrażonym na posiedzeniu KIO,

Zamawiający na usługę serwisu systemów CliniNet i Net Raad nie przeznacza kwoty 3 mln zł. Kwota

jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia wynosi ok : 2.200.000 zł i będzie rozliczana w 24 ratach miesięcznych. Stąd też żądana wymiana systemu również ze względów ekonomicznych nie jest możliwa. Żądanie Odwołującego zmierza więc do próby obciążenia Zamawiającego nieplanowanymi wcześniej kosztami zakupu nowego oprogramowania i rezygnacji z obecnie funkcjonującego systemu. Takie działanie naraziłoby Zamawiającego na zarzut niegospodarności.

Ponadto, Zamawiający poinformował, że wymienione w postępowaniu moduły objęte serwisem nie są wszystkimi modułami, z których korzysta Zamawiający. Zamawiający na podstawie odrębnych umów, zamówień i porozumień korzysta z innych funkcjonalności, które są objęte gwarancją. Analogicznie - Zamawiający na podstawie odrębnych umów finansowanych ze środków Unii Europejskiej uruchomił proces replikacji bazy Clininet do kolejnych dwóch baz, z których zasilane są hurtownie danych. Ze względu na ciągłość projektu - w przypadku wymiany systemu Clininet - proces zarówno replikacji jak i zasilania hurtowni musi być utrzymany.

W ramach projektu RPMA.02.01-14-2641/15 „Nowoczesny Szpital, Nowoczesny ZOZ Zamawiający otrzymał dofinansowanie na realizację funkcjonalności w zakresie:

- e-uslug

- zewnętrznego repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej

- migracji systemu Clininet na nowy silnik bazy danych

To w wyniku rozstrzygnięcia aktualnie przygotowywanego postępowania oraz środków finansowych przyznanych na ten cel realizowane będą funkcje, co do których Odwołujący składa żądania na str. 10 i 11 Odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 21 marca 2017 roku odwołujący wniósł o nakazanie

Zamawiającemu umożliwienia wymiany eksploatowanego systemu CliniNet i NetRaad na nowy, o równoważnych funkcjonalnościach, który będzie posiadał pełną dokumentację i możliwość integracji jakich mowa w przedmiotowym odwołaniu wraz z nakazaniem załączenia do SIWZ listy wymaganych funkcjonalności systemów CliniNet i NetRaad.

Odwołujący wskazał, iż niniejsze postępowanie w przedmiocie utrzymania (serwis i rozwój) systemu obejmującego oprogramowaniu CliiNet i NetRaad zostało ogłoszone w trybie konkurencyjnym, tj. przetargu nieograniczonego. Skoro tak, to w obrębie tak określonego przedmiotu zamówienia oraz trybu postępowania - jedynym rozwiązaniem na zapewnienie konkurencyjności postępowania (by nie było ono postępowaniem z wolnej ręki pod pozorem przetargu konkurencyjnego) - jest nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach postępowania na serwis tego systemu (utrzymania systemu opisanego w OPZ) dopuszczenia wymiany systemu na inny - wraz z usługą utrzymania.

W ocenie odwołującego, nie ma przy tym znaczenia fakt, że istnieją jakieś inne moduły, z których korzysta Zamawiający. Gdyby Zamawiający wykorzystał treść Rekomendacji a także stosował obowiązujące od 5 lat przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych: § 16. 1. Systemy teleinformatyczne używane przez podmioty realizujące zadania publiczne wyposaża się w składniki sprzętowe lub oprogramowanie umożliwiające wymianę danych z innymi systemami teleinformatycznymi za pomocą protokołów komunikacyjnych i szyfrujących określonych w obowiązujących przepisach, normach, standardach lub rekomendacjach ustanowionych przez krajową jednostkę normalizacyjną lub jednostkę normalizacyjną Unii Europejskiej, to integracja z tymi innymi modułami byłaby banalnie prosta i osiągalna.

Drugą sprawą jest aspekt ekonomiczny - Odwołujący zadeklarował, że w ramach budżetu

Zamawiającego jest w stanie wymienić oprogramowanie i zapewnić jego serwis i mechanizm integracji zgodnie z treścią SIWZ/Żądania nr 1. Zamawiający nie zdaje sobie sprawy, że budżet utrzymania systemu w wysokości 92 tysięcy miesięcznie jest bardzo wysokim budżetem. Odwołujący świadczy swoje usługi w równie dużych a nawet większych jednostkach i nigdzie nie świadczy zbliżonych usług za tak wysokie stawki. To pokazuje skalę problemu i braku możliwości uzyskiwania konkurencyjnych ofert jaka występuje u Zamawiającego.

20

W ocenie odwołującego, zamawiający wpadł „w pułapkę" uzależnienia się od przystępującego, przez co nie ma możliwości nabycia usług w trybie konkurencyjnym. Nie jest w stanie swobodnie kształtować swojej polityki zamówień. Jednocześnie Odwołujący zakwestionował stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego odnośnie zarzutu nr 1 i związanego z nim żądania dotyczącego wprowadzenia do Załącznika nr 5 - Istotnych dla stron postanowień umowy określonych zapisów związanych z integracją (zobowiązania względem każdoczesnego

wykonawcy zamówienia).

Odwołujący wyjaśnił, iż zamawiający myli się twierdząc, iż są to żądania i zarzuty niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Przeciwnie - dotyczą one tego konkretnego postępowania i ukształtowanych w SIWZ (konkretnie w IPU) zobowiązań wykonawcy świadczącego utrzymanie tego systemu (objętego niniejszym zamówieniem). Sposób działania Zamawiającego i Wykonawcy, w sposób niejako „zapobiegawczy", prowadzą do sytuacji, która nazywa się „uzależnieniem Zamawiającego od jednego wykonawcy" - i tej właśnie kwestii dotyczą Rekomendacje Prezesa UZP, na które powołuje się Odwołujący w swoim odwołaniu. W piśmie procesowym Zamawiający deprecjonuje ich treść, twierdząc, że „nie są one źródłem prawa a jedynie zaleceniami w tym zakresie i dotyczą w większości dostaw nowych systemów"

Odwołujący podtrzymał swoje odwołanie w zakresie zarzutu 1 i żądania związanego z zarzutem 1 w całości oraz żądanie związane z zarzutem 2 w zakresie żądania ewentualnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca CompuGroup Medical Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Wobec żądań nieuwzględnionych przez zamawiającego przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenia odwołania.

21

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego części zarzutów odwołania zgodnie z odpowiedzią na odwołanie z dnia 5 marca 2017 roku i brakiem sprzeciwu ze strony przystępującego wobec uwzględnienia przez zamawiającego tychże zarzutów, Izba umorzyła zarzuty odwołania w tym zakresie na podstawie art. 186 ust. 3a w zw. z ust. 4a ustawy P.z.p., skierowała na rozprawę i rozpoznała żądania zawarte na stronie 10 i 11 odwołania w brzmieniu:

Dodanie w Załączniku nr 1 do wzoru Umowy, następujących zapisów w nowym Rozdziale

IV:

Rozdział IV:

Wymagania dotyczące integracji:

1. W terminie 14 dni od daty podpisania Umowy Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu:

a) opisu technicznego sposobu, w jaki Oprogramowanie CliniNet i NetRaad realizuje Integrację z systemami Elektronicznej Dokumentacji Medycznej i e-usługami (e- rejestracja - usługa umożliwiająca zarejestrowanie pacjenta na wizytę w określonej poradni bądź w celu przeprowadzenia określonego badania, e-konsultacje - usługa umożliwiająca przeprowadzenia

konsultacji stanu zdrowia metodą zdalną, z dowolnego miejsca za pośrednictwem Internetu, e-wywiad - usługa umożliwiająca pacjentowi wypełnienie formularzy i ankiet dokumentacji medycznej metodą zdalną, za pośrednictwem Internetu, e-dokumentacja - usługa umożliwiająca pacjentowi dostępu do swojej dokumentacji medycznej metodą, zdalną, za pośrednictwem Internetu, e-powiadomienia - usługa zapewniająca wysyłanie automatycznych powiadomień dla pacjenta o zbliżających się terminach wizyt oraz innych zdarzeń medycznych, e-partner - usługa umożliwiająca lekarzom z Innych jednostek medycznych dostęp metodą zdalną, za, pośrednictwem Internetu do

dokumentacji medycznej pacjentów, e-obchód - usługa, za pomocą której tworzona jest Indywidualna dokumentacja medyczna w postaci multimedialnego rekordu medycznego pacjenta, e- informator - usługa, której zadaniem jest udostępnienie usługi e-rejestracji za pomocą Infokiosków) czyli dokumentację techniczną umożliwiającą integrację a także innych informacji dotyczących Integracji, które może w trakcie umowy wskazać Zamawiający a także sposobu dostępu do usług Integracji, wszystkich niezbędnych danych dostępowych oraz konfiguracyjnych.

b) opisu stosowanych zabezpieczeń dotyczących Integracji

2. W razie zmiany powyższych informacji Wykonawca z 30 dniowym wyprzedzeniem poinformuje Zamawiającego o tych zmianach.

3. Wykonawca zobligowany jest do udzielania odpowiedzi na wszelkie pytania Zamawiającego dotyczące integracji w terminie 3 dni od otrzymania zapytania

4. W trakcie trwania Umowy Wykonawca zapewni wsparcie techniczne podmiotom wskazanym przez Zamawiającego, które będą potrzebowały uzyskać możliwość integracji z oprogramowaniem CliniNet i NetRaad, w wymiarze 10 roboczodni w skali roku.

5. W przypadku konieczności Wykonawca przeprowadzi testy integracji oprogramowania CliniNet i NetRaad z oprogramowaniem wykorzystywanym przez zamawiającego, w zakresie obejmującym poprawność wymiany danych po stronie systemu Wykonawcy. Wykonawca na te czynności powinien przewidzieć dostępność dla Zamawiającego w wymiarze 10 roboczodni w skali roku.

z uwzględnieniem korekty z dnia 14 marca 2017 roku, tj.: w załączniku nr 1 do wzoru umowy, rozdz. IV „wymagania dotyczące integracji" w pkt 1, istniejący zapis miałby otrzymać brzmienie „w terminie 14 dni od otrzymania żądania Zamawiającego wykonawca dostarczył Zamawiającemu" oraz w pkt a poprzez zastąpienie sformułowania program CliniNet i NetRaad sfomułowaniem - system objęty zamówieniem, podobnie w pkt 4 i 5 żądania.

Izba uznała odwołanie w tym zakresie za bezzasadne.

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż wskazane żądanie zdecydowanie wykracza poza usługę serwisową, jaką zamierza zlecić zamawiający, lecz dotyczy rozwoju systemu o funkcjonalności, których aktualny system nie posiada. Takie żądanie wykracza poza przedmiot zamówienia, którym jest usługa serwisowa. Przedmiot zamówienia nie obejmuje zakupu nowego systemu ani rozwoju obecnie posiadanego o nowe moduły bądź nowe integracje. Przedmiotem zamówienia jest serwis już posiadanych funkcjonalności, stąd żądania dot. integracji z nowymi systemami, które obecnie nie są w żaden sposób określone i będą przedmiotem kolejnego postępowania są bezprzedmiotowe.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29 i nast. ustawy P.z.p. Opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji – do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia. Odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie odpowiada części wykonawcom, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których

dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży.

Posiadany przez zamawiającego system podlega reżimowi ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2016 roku, poz. 666 ze zm.), a zatem przystępującemu przysługuje ochrona wynikająca z przepisów tej ustawy. Podkreślić należy, że przyznawanie ochrony prawnej ze względu na twórczość jest podstawową zasadą prawa autorskiego.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Podobnie jak właściciel rzeczy, twórca może z wyłączeniem innych osób korzystać z utworu, upoważniać inne osoby do takiego korzystania oraz dokonywać czynności rozporządzania prawem do korzystania z utworu. Cechą prawa własności jest sposób kształtowania jego treści: właścicielowi wolno wszystko, co nie zostało mu wyraźnie zabronione. Z takim kształtowaniem treści prawa łączymy domniemanie na rzecz jego podmiotu, że dane uprawnienie czy dany sposób korzystania z rzeczy przysługuje temu podmiotowi. Własnościowa koncepcja monopolu autorskiego rodzi podobne domniemanie. Oznacza to, że twórca utworu może przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, przy czym umowa przenosząca te prawa obejmuje wyłącznie te pola eksploatacji, które są w niej wyraźnie wymienione. Przeniesienie w drodze umowy autorskiego prawa majątkowego na danym polu eksploatacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem twórcy.

Zawarcie umowy mającej za przedmiot autorskie prawa majątkowe może nastąpić w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku zawarta umowa musi odpowiadać wymogom zawartym zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i przepisom Kodeksu cywilnego. Ustawa P.z.p. statuuje warunki, jakim winny odpowiadać zawierane na jej podstawie umowy, jak – przykładowo – forma umowy, zakres świadczenia w stosunku do zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie, czas obowiązywania itp. Żaden z przepisów ustawy P.z.p. (ani wcześniejszej ustawy o zamówieniach publicznych) nie nakłada jednak na podmiot zamawiający obowiązku nabywania w drodze umowy uprawnienia do wykonywania zależnego prawa autorskiego. Obowiązku takiego nie da się również wywieść z żadnego przepisu Kodeksu cywilnego. Wręcz

przeciwnie – zawarta w art. 353^1 K.c. zasada swobody umów umożliwia stronom zawierającym umowę ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest, że zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, nie może być w pełni realizowana, niemniej jednak ograniczenie jej stosowania może wynikać wyłącznie z ustawy. Jak już wyżej wskazano, żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie statuuje obowiązku przenoszenia przez twórcę utworu na jego nabywcę zależnego prawa autorskiego.

Tym samym nie sposób czynić zamawiającemu zarzutu z faktu, iż nie posiada on autorskich praw majątkowych do posiadanego systemu. Nie jest to również równoznaczne z

tym, iż dla zapewnienia konkurencji winien on tak opisać przedmiot zamówienia, by umożliwić innym wykonawcom zaoferowanie innego systemu lub rozszerzenie systemu aktualnego o takie funkcjonalności, których system nie posiada w sytuacji, gdy zamawiającego interesuje wyłącznie nabycie usługi serwisu posiadanego systemu.

Izba podkreśla, że zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców.

Podkreślenia wymaga, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok ZA z dnia 28 czerwca 2000 roku (sygn.. akt UZP/ZO/0-602/00) oraz wyrok KIO z 30 lipca 2012 roku (sygn.. akt KIO 1516/12), zgodnie z którym wskazanie w s.i.w.z. wymogów technicznych dotyczących przedmiot zamówienia trudnych do spełnienia przez odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

26

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

27