

Sygn. akt: KIO 40/21; KIO 47/21

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania w dniu **3 lutego 2021 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 stycznia 2021 roku** przez wykonawców - Odwołujących:

- 1) **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 40/21);**
- 2) **Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 47/21)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Szpital Wielkopolski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, który reprezentuje podmioty wymienione w SIWZ oraz Województwo Wielkopolskie**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Kamsoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach;**
- 2) **Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie;**
- 3) **Konsultant IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 47/21 po stronie Odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 3) nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwot po 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczonych wpisów **na rzecz każdego z Odwołujących: (1) Comarch**

**Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 40/21); (2)
Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Poznaniu (sygn. akt KIO 47/21)**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 40/21

Dnia 4 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 i nast. ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej jako „nowe PZP”) odwołanie złożył Wykonawca **Comarch Healthcare Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie** (dalej jako „Odwołujący”).

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 24 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”).

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „nowe PZP”).

Zamawiającymi są: Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrzeszowie (w zakresie części XIII zamówienia) oraz Zakład Opiekuńczo-Leczniczy i Rehabilitacji Medycznej SPZOZ z siedzibą w Poznaniu (w zakresie części XVII zamówienia), w imieniu których postępowanie prowadzi Szpitale Wielkopolski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, która reprezentuje Województwo Wielkopolskie. Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 251-628099, data ogłoszenia: 24.12.2020 r. Wartość zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

Przedmiotem zamówienia jest: *Dostawa, instalacja i wdrożenie aplikacji i systemów szpitalnych, Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego, oraz dostawa Systemu Autoryzacji - ETAP II, Część XIII: Dostawa, instalacja i wdrożenie modułów/licencji Systemu HIS, Lokalnego Oprogramowania Komunikacyjnego oraz Systemu Autoryzacji - Ostrzeszowskie Centrum Zdrowia Sp. z o.o.* Dodatkowy kod lub kody CPV 72000000 Usługi

informatyczne: konsultacyjne, opracowywania oprogramowania, internetowe i wsparcia 72263000 Usługi wdrażania oprogramowania.

Odwolanie złożono wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia i sformułowanie treści SIWZ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do preferowania jednego podmiotu funkcjonującego na rynku oraz w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez naruszenie:

w zakresie części XIII:

1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu procesu migracji danych rozliczeniowych z systemu MEDHUB do nowego systemu oraz postawienie wymagań w zakresie migracji tych danych w sposób niekonkurencyjny - ułatwiający przeprowadzenie migracji producentowi systemu MEDHUB;

2) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. § 13 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), a także art. 29 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie określenia funkcjonalności, które ma zawierać próbka na etapie składania ofert, a także zaniechanie określenia kryteriów oceny, czy prezentowana Zamawiającemu podczas demonstracji próbki systemu funkcjonalność spełnia wymagania Zamawiającego (zaniechanie określenia scenariuszy prezentacji funkcjonalności na etapie SIWZ), co uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie przed terminem składania ofert, czy ich oferta może być uznana za niezgodną z SIWZ, a także wymusza na wykonawcach przedstawienie w ramach próbki całości systemu, będącego przedmiotem wdrożenia na etapie składania oferty, co również narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 7 PZP poprzez zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji wdrażanego systemu z systemem FK wymaganej dla funkcjonalności w module zakażenia;

4) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 7 PZP poprzez zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych minimalnych dotyczących możliwości oszacowania integracji wdrażanego systemu z urządzeniami medycznymi (RTG i TK);

w zakresie części XVII:

5) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. art. 7 PZP poprzez zaniechanie określenia w SIWZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji wdrażanego systemu z systemami peryferyjnymi.

Żądania Odwołującego zostały przedstawione pod kolejnymi zarzutami.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący Comarch uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołujący wykazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, kwalifikowany możliwością posiadzenia szkody. Jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Sygn. akt KIO 47/21

W prowadzonym postępowaniu, w zakresie wszystkich części zamówienia w dniu 4 stycznia 2021 roku odwołanie złożył Wykonawca **Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, dalej jako „Odwołujący Nexus” lub „Nexus”.

10-dniowy termin na wniesienie odwołania, został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania. Nexus uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie złożono wobec postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. W odwołaniu wskazano, że Zamawiający określił treść wymienionych dokumentów, w sposób:

I. kształtujący treść przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego,

II. niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia,

III. utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,

IV. obejmujący wymagania, które nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a które mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia i sporządzenie oferty, i w związku z tym zarzucono Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj przepisów:

1. art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.; dalej jako: „Kc”) w zw. z art. 353¹ Kc poprzez wskazanie

nierealnych terminów realizacji zamówienia, co utrudnia lub wręcz uniemożliwia Wykonawcom realizację zamówienia w terminie, a ponadto narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek wprowadzenia niemożliwych do dotrzymania terminów na realizację zamówienia, tj. w szczególności na skutek:

a) określenia w § 7 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 54a do SIWZ (dalej jako: „WUa”) terminu na wdrożenie wynoszącego 90 dni od dnia zawarcia umowy (oraz analogicznie w § 7 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 54b do SIWZ (dalej jako: „WUb”) i w § 7 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 54c do SIWZ (dalej jako: „WUc”),

b) określenia w § 8 ust. 11 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 11 WUb i w § 9 ust. 7 WUc) terminu na przedstawienie w formie pisemnej Projektu Planu Wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego wynoszącego 13 dni od dnia podpisania umowy,

c) przyjęcia w § 11 ust. 17 WUa (oraz analogicznie w § 11 ust. 17 WUb oraz w § 11 ust. 17 WUc), że Wykonawca na wniesienie uwag do Negatywnego Protokołu Odbioru Zasadniczego ma zaledwie 2 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego tego protokołu,

2. art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc oraz naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję na skutek postawienia wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia, które są do spełnienia jedynie przez producenta oprogramowania, a poza tym nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co ma wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający w § 15 ust. 1 WUa przewiduje udzielenie gwarancji na HIS Aktualny (oprogramowanie, które aktualnie posiada Zamawiający), czyli na oprogramowanie, które nie jest przedmiotem zamówienia,

3. art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc poprzez opisanie we wzorze umowy przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, w tym mogących mieć wpływ na cenę, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i jej rzetelną wycenę, tj. w szczególności:

a) na skutek wprowadzenia wymagania w § 8 ust. 17 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 17 WUb i w § 9 ust. 10 i ust. 13 WUc) by wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne było zgodne z wymaganiami Zamawiającego, przez które należy rozumieć również uwagi Zamawiającego kierowane do Wykonawcy, które będą konstruowane dopiero na etapie

realizacji umowy, co oznacza, że na etapie składania ofert Wykonawca nie zna wszystkich wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia,

b) na skutek wprowadzenia wymagania w § 3 ust. 22 WUa by Oprogramowanie aplikacyjne współdziałało z konkretnymi programami, przy czym Zamawiający nie precyzuje co rozumie przez „współdziałanie”, ani też nie podaje szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania,

c) na skutek wprowadzenia wymagania w § 3 ust. 10 WUb by HIS Nowy współpracował z LOK, przy czym Zamawiający nie precyzuje co rozumie przez „współdziałanie”, ani też nie podaje szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania,

d) na skutek zawarcia w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) i WUa wykluczających się postanowień, uniemożliwiających Odwołującemu ustalenie wymogów w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie wymagania zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego (§ 8 ust. 18 WUa),

e) na skutek zawarcia we wzorze umowy w § 12 ust. 3 WUa (oraz analogicznie w § 12 ust. 3 WUb) definicji pojęć w obszarze licencjonowania, które nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia, w szczególności pozostają w sprzeczności z OPZ oraz z pozostałymi postanowieniami WUa i WUb,

f) na skutek postawienia wymagania w § 8 ust. 16 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 16 WUb) zgodnie, z którym w trakcie realizacji przez Wykonawcę wdrożenia Oprogramowania Aplikacyjnego nie jest możliwe dokonywanie żadnych zmian w HIS Aktualnym, co jest technologicznie niemożliwe przy realizacji zamówienia,

g) na skutek zawarcia we wzorze umowy w § 15 ust. 3 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 3 WUb w § 14 ust. 3 WUc) wymagania, aby gwarancja obejmowała swym zakresem wsparcie techniczne, przy czym opis wsparcia technicznego jest nieprecyzyjny, co uniemożliwia Odwołującemu wycenę przedmiotu zamówienia,

h) na skutek zawarcia we wzorze umowy w § 15 ust. 37 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 37 WUb) wymagania, aby gwarancja obejmowała swym zakresem przeprowadzenie audytu bezpieczeństwa, choć w OPZ Zamawiający nie określił żadnych wymogów dotyczących bezpieczeństwa, dostępności i wydajności nabywanego oprogramowania,

i) na skutek nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie posługiwania się przez Zamawiającego w § 15 ust. 15 WUa oraz w § 15 ust. 14 WUb pojęciami Modułów/ Bloków Funkcjonalnych, przy czym ani w umowie ani w OPZ Zamawiający nie wskazuje, które elementy przedmiotu zamówienia stanowią Moduł, a które Blok Funkcjonalny,

4. art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencją na skutek postawienia wymagań odnośnie licencji w sposób rażąco nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób sprzeczny

z zasadami współżycia społecznego, co jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, a co ma wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie:

- a) postawienia w § 12 ust. 5 WUa (oraz analogicznie w § 12 ust. 5 WUb) wymogu, aby licencja na Oprogramowanie Aplikacyjne nie posiadała żadnych ograniczeń terytorialnych,
 - b) postawienia wymogu, aby licencja na Oprogramowanie Aplikacyjne, która ma zostać udzielona przez Wykonawcę Zamawiającemu obejmowała pole eksploatacji wymienione w § 12 ust. 7 lit. a- c, lit. g-j, lit. l-o WUa (oraz analogiczne postawienie wymogu w § 12 ust. lit. a-c, lit. g-j, lit. l-o WUb),
 - c) postawienia wymogu, aby licencja na Lokalne Oprogramowanie Komunikacyjne obejmowała pole eksploatacji wymienione w § 13 ust. 5 lit. b WUa (oraz analogiczne postawienie wymogu w § 13 ust. 5 lit. b WUb i § 12 ust. 5 lit. b WUc),
5. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek:
- a) wyłączenia w § 8 ust. 4, ust. 5, ust. 10 i ust. 28 WUa, w § 8 ust. 4, ust. 5 i ust. 10 WUb oraz w § 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 7 WUc obowiązku współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą,
 - b) przerzucenia w § 8 ust. 27 WUa oraz w § 9 ust. 21 WUc na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie szkody poniesione przez Zamawiającego nawet w przypadku realizacji zamówienia zgodnie ze sposobem zalecanym przez Zamawiającego,
 - c) przyjęcia w § 15 ust. 30 WUa, że gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji Oprogramowania przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem, co oznaczałoby, że gwarancja ma obejmować szkody powstałe na skutek działania / zaniechania Zamawiającego,
 - d) przyjęcia w § 15 ust. 30 WUb, że gwarancja obejmuje także awarie, które powstały wskutek zwykłej eksploatacji Oprogramowania Aplikacyjnego i LOK przez Zamawiającego lub osoby, którym Zamawiający udostępnił te oprogramowania do korzystania, zgodnie z ich przeznaczeniem, co oznaczałoby, że gwarancja ma obejmować szkody powstałe na skutek działania / zaniechania Zamawiającego (oraz analogicznie w § 14 ust. 29 WUc),
 - e) przyjęcia w § 15 ust. 19 WUa oraz analogicznie w § 15 ust. 18 WUb i w § 14 ust. 17 WUc, że gwarancja obejmuje wady, do których doszło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub z przyczyn losowych,
 - f) przyjęcia w § 11 ust. 16 WUa (oraz analogicznie w § 11 ust. 16 WUb i w § 11 ust. 16 WUc), że jakkolwiek niezgodność, również taka która zdaniem Wykonawcy jest mało

istotna, uprawnia Zamawiającego do dokonania Negatywnego Odbioru Zasadniczego, co jest niegodne z art. 643 Kc,

g) przyjęcia w § 15 ust. 27 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 27 WUb i w § 14 ust. 25 WUc), że w razie usunięcia wady gwarancja biegnie na nowo w stosunku do tego elementu przedmiotu umowy, który był przedmiotem interwencji Wykonawcy, co należy uznać za wymóg nieodpowiadający właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowiący nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

h) przyjęcia w § 15 ust. 35 WUa (oraz analogicznie w § 15 ust. 35 WUb), że w razie ujawnienia się po raz trzeci wady tego samego rodzaju i dotyczącej tego samego elementu przedmiotu umowy, Zamawiający może żądać usunięcia wady poprzez wymianę elementu na wolny od wad, a nie poprzez jego naprawę czy usunięcie błędu, przy czym żądanie Zamawiającego nie odpowiada właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

i) przyjęcia w § 15 ust. 6 WUa, w § 15 ust. 5 WUb oraz w § 14 ust. 6 WUc, że okres gwarancji i rękojmi trwa co najmniej 60 miesięcy, co należy uznać za wymóg nieodpowiadający właściwości stosunku zobowiązaniowego i bezsprzecznie stanowiący nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego,

6. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 484 § 1 Kc poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający jego właściwość, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady proporcjonalności oraz równowagę stron stosunku zobowiązaniowego prowadząc do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego na skutek:

a) wprowadzenia w § 8 ust. 8 WUa (oraz analogicznie w § 8 ust. 5 WUc) postanowienia zgodnie, z którym Zamawiający, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy wymaganych informacji i dokumentów, będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 5% wynagrodzenia, a ponadto zastrzeżenie, że Wykonawca nie może żądać od Zamawiającego jakiegokolwiek odszkodowania z tego tytułu,

b) wprowadzenia w § 8 ust. 8 WUb postanowienia zgodnie, z którym Zamawiający, w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z powodu nieprzedstawienia przez Zamawiającego Wykonawcy wymaganych informacji i dokumentów, będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 5% wynagrodzenia,

c) wprowadzenia w § 24 ust. 32 WUa (oraz analogicznie w § 24 ust. 32 WUb i w § 24 ust. 32 WUc) postanowienia zgodnie, z którym Zamawiającemu przysługuje prawo sumowania (kumulowania) kar umownych naliczonych z różnych tytułów, jak i w ramach

tytułów za ich poszczególne przypadki (np. z tytułu opóźnienia) z zachowaniem maksymalnych limitów z tytułu łączenia kar wskazanych w umowie,

d) wprowadzenia w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 9 WUa oraz w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 9 WUb, a także w § 24 ust. 21 i § 25 ust. 11 WUc kar umownych, których wysokość jest rażąco wygórowana, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,

e) wprowadzenia w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUa oraz w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUb, a także w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 14 WUc limitów kar umownych, których zostały ustalone na rażąco wygórowanym poziomie, co jest niezgodnie z przepisami prawa, zasadą zachowania uczciwej konkurencji, zasadą proporcjonalności i w przypadku jej naliczenia może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego ponad funkcję kompensacyjną, prewencyjną i represyjną płynącą z instytucji kary umownej,

Nexus wnosił o:

I. uwzględnienie odwołania;

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

III. nakazanie Zamawiającemu usunięcie wymogu, zgodnie z którym gwarancja ma być udzielana także na HIS Aktualny, a ponadto dokonanie przez Zamawiającego jednoznacznego oznaczenia przedmiotu licencji modułów, które mają być przedmiotem zamówienia,

IV. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z definicji „Wymagania Zamawiającego” (§ 1 ust. 7 lit. tt WUa oraz preambuła WUb i preambuła WUc) zwrotu „wszelkich stanowiskach, wytycznych, uwagach Zamawiającego kierowanych do Wykonawcy podczas realizacji Umowy”,

V. nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie co rozumie przez „współdziałanie”

z wymienionymi we wzorach umów programami oraz podanie szczegółowych wymagań w zakresie wymaganego współdziałania,

VI. nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie OPZ o wskazanie niezbędnych informacji w zakresie zapewnienia wzajemnego współdziałania modułów systemu medycznego i administracyjnego albo wskazanie, że integracja z ERP w poszczególnych podmiotach medycznych ma być tożsama z działającą na dzień ogłoszenia postępowania albo wykreślenie § 8 ust. 18 zd. ostatnie WUa,

VII. nakazanie Zamawiającemu zmianę brzmienia § 12 ust. 3 WUa oraz § 12 ust. 3 WUb na następujące: *„Użyte w opisie Licencji Oprogramowanie Aplikacyjne sformułowania należy interpretować w sposób następujący:*

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

b) Serwer (SRW) - Zamawiający jest uprawniony do korzystania z danego modułu oprogramowania na maksymalnie takiej liczbie serwerów, na jaką została udzielona przez nieograniczoną liczbę użytkowników na nieograniczonej liczbie komputerów lub terminali. Licencja reglamentuje także systemy operacyjne serwera do liczby tożsamej z ilością serwerów, na które została udzielona;

c) Urządzenie (URZ) - Licencjobiorca jest uprawniony do korzystania z danego Modułu Oprogramowania przy wykorzystaniu maksymalnie takiej liczby urządzeń zewnętrznych, na jaką została udzielona;

d) Licencja na System (SYS) - Licencjobiorca jest uprawniony do korzystania z danego Modułu Oprogramowania w połączeniu z maksymalnie taką liczbą systemów zewnętrznych, na jaką została udzielona”,

VIII. nakazanie Zamawiającemu zmianę brzmienia § 8 ust. 16 WUa oraz § 8 ust. 16 WUb na następujące: *„Wdrożone Oprogramowanie Aplikacyjne musi zapewniać realizację wszystkich funkcjonalności wskazanych w OPZ, nie wprowadzając żadnych ograniczeń w funkcjonalnościach i sposobie działania HIS Aktualnego”,*

IX. nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie postanowień § 15 ust. 3 WUa oraz § 15 ust. 3 WUb, a także § 14 ust. 3 WUc poprzez m.in. uzupełnienie OPZ o elementarne informacje dotyczące częstotliwości wymaganych przeglądów, o których mowa w § 15 ust. 3 lit. b WUa oraz § 15 ust. 3 lit. b WUb, a także w § 14 ust. 3 lit. b WUc lub potwierdzenie, że Zamawiający ma na myśli przeglądy, o których mowa w § 15 ust. 36 WUa oraz w § 15 ust. 36 WUb, a także poprzez wykreślenie § 15 ust. 3 lit. a WUa oraz § 15 ust. 3 lit. a WUb, a także § 14 ust. 3 lit. a WUc z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie określił w OPZ żadnych wymogów dotyczących bezpieczeństwa, dostępności i wydajności nabywanego Oprogramowania Aplikacyjnego,

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

XXI. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 8 ust. 8 WUa i postanowienia § 8 ust. 8 WUb, a także postanowienia § 8 ust. 5 WUc,

XXII. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowienia § 24 ust. 32 WUa oraz postanowienia § 24 ust. 32 WUb, a także postanowienia § 24 ust. 32 WUc,

XXIII. nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowień § 24 ust. 21 WUa oraz analogicznie § 24 ust. 21 WUb poprzez zmianę stawki kary umownej z 70 % na 20 %, a także nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowienia § 24 ust. 21 WUc poprzez zmianę stawki kary umownej z 60 % na 20 % oraz modyfikację postanowień § 25 ust. 9 WUa oraz analogicznie § 25 ust. 9 WUb poprzez zmianę stawki kary umownej z 80 % na 20 %, a także modyfikację postanowienia § 25 ust. 11 WUc poprzez zmianę stawki kary umownej z 65 % na 20 %,

XXIV. nakazanie Zamawiającemu obniżenie limitów kar umownych, o których mowa w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUa oraz w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 12 WUb, a także w § 24 ust. 24 i ust. 25 i § 25 ust. 14 WUc do 50 % wartości wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy.

Odwołujący Nexus podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. W ocenie Nexus postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu uniemożliwiają mu wycenę i złożenie konkurencyjnej, niepodlegającej odrzuceniu, oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Utrata możliwości pozyskania realizacji zamówienia może doprowadzić do szkody po stronie Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania złożono w ustawowym terminie z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-628099. Tego samego dnia opublikowana została przez Zamawiającego SIWZ wraz z załącznikami.

Odwołujący uiszcili wpisy od odwołań w wymaganej wysokości oraz przekazali kopie odwołań wraz z załącznikami Zamawiającemu.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej

w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało w dniu 24 grudnia 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 47/21 po stronie Odwołującego Nexus zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący Wykonawcy:

- 1) Kamssoft Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach;
- 2) Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie;
- 3) Konsultant IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich przystąpień.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których poinformował o dokonaniu licznych zmian w dokumentach postępowania, w tym zmian w większości czyniącym zadość żądaniom odwołań. Wobec tego Zamawiający wnioskował, by Odwołujący wycofali odwołania.

Oba podmioty odwołujące, w dniu 2 lutego 2021 roku, przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą na dzień 3 lutego 2021 roku, godz. 10.00, złożyli oświadczenia o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenia o cofnięciu odwołań zostały złożone przez osoby umocowane do działania w imieniu każdego z Wykonawców.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszych sprawach, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska

Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania, zatem za rzecz każdego z Odwołujących należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę po 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....