

Kraków, 7 grudnia 2020 r.

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

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rawie Mazowieckiej
ul. Niepodległości 8, 96-200 Rawa Mazowiecka
adres do korespondencji:
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Rawie Mazowieckiej,
budynek administracji, sekretariat
ul. Warszawska 14, 96-200 Rawa Mazowiecka
KRS: 0000174011, NIP: 8351328753, REGON: 750081271
e-mail: agulska@szpitalrawa.pl
tel. +48 729 059 534

Odwołujący: **Comarch Healthcare S.A.** z siedzibą w Krakowie
Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków
KRS: 0000303079, NIP: 6751381502, REGON: 102652221
e-mail: info@comarch.pl
tel. +48 12 646 10 00
reprezentowany przez Anetę Szulim
na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Wdrożenie oprogramowania do usługi teleopieki wraz z urządzeniami dla uczestników projektu pn. „CUŚ DOBREGO!”.** ”
Numer referencyjny: ZP/09/2020 (w niniejszym odwołaniu dalej jako: postępowanie). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Informacji Publicznej i na stronie Zamawiającego w dniu 30.11.2020 r.

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 2 pkt 2 i 5 oraz art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „PZP”, Odwołujący wnosi odwołanie wobec opisu przedmiotu zamówienia sformułowanego niezgodnie z PZP, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia dotyczącego *konfiguracji oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia z oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego 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;*

- 2) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, art. 142 ust. 1, 2 i 3 PZP, a także art. 142 ust. 5 PZP poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapewnienia obsługi serwisowej po upływie udzielonej gwarancji przez 8 lat, a także nieopisanie na czym polegać ma minimalna obsługa serwisowa po upływie udzielonej gwarancji, a zatem opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie serwisu pogwarancyjnego 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, a także zaniechanie wprowadzenia obligatoryjnych postanowień umowy, o których mowa w art. 142 ust. 5 PZP,

- 3) art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia dotyczącego licencji (§ 7 Wzoru umowy – załącznik nr 6) 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.

Wnioski Odwołującego zostały przedstawione pod kolejnymi zarzutami.

Termin wniesienia odwołania

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 30.11.2020 r. Mając na uwadze, iż wartość zamówienia w postępowaniu nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 5-dniowego terminu.

Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ 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.

Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych – zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dowód w załączeniu).

UZASADNIENIE

I. NIEJEDNOZNACZNY I NIEWYCZERPUJĄCY OPZ W ZAKRESIE KONFIGURACJI

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał określenia w OPZ wszystkich wymaganych danych dotyczących integracji. OPZ obarczony jest w zakresie tych danych znaczącymi brakami, które uniemożliwiają Wykonawcy identyfikację zakresu przedmiotu zamówienia oraz prawidłową i rzetelną kalkulację wynagrodzenia ofertowego. W treści OPZ Zamawiający wskazał:

Dotyczy: Załącznik nr 2 do SIWZ. Wymagania techniczno-użytkowe.

5. Oprogramowanie do teleopieki

[...]

7. Konfiguracja z innymi programami

Możliwość konfiguracji oprogramowania z oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego, dające możliwość identyfikacji użytkownika urządzenia teleopieki podczas np. przyjęcia i leczenia w szpitalu, przychodni i poradni.

Oczywistym jest, iż określenie „oprogramowanie medyczne używane przez Zamawiającego” jest określeniem nieprecyzyjnym i niejednoznacznym. To, jakiego oprogramowania medycznego używa Zamawiający, powinno wprost wynikać z OPZ – podobnie jak to, co Zamawiający rozumie przez „konfigurację oprogramowania” – Odwołujący ma wątpliwość, czy owa „konfiguracja” nie

jest przypadkiem integracją oprogramowania, będącego przedmiotem zamówienia, oraz oprogramowania funkcjonującego u Zamawiającego.

Sposób sformułowania w/w wymagania również nie jest precyzyjny – Odwołujący nie wie, czy w ramach realizacji zamówienia ma dokonać takiej konfiguracji / integracji – czy też dostarczane w ramach przedmiotu zamówienia oprogramowanie ma jedynie mieć potencjalną możliwość takiej konfiguracji (jednak realizacja konfiguracji / integracji nie jest objęta przedmiotem zamówienia).

Co więcej, w treści OPZ brak jest informacji dotyczących danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji (konfiguracji?) wraz z dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia z oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego:

- brak jest wskazania, z jakim oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego, ma być konfigurowane (integrowane) oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia,
- brak jest opisu interfejsów wymiany danych z oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego wraz z dokumentacją, w szczególności brak opisu sposobu komunikacji, opisu transakcji, konstrukcji pliku komunikatu transakcji, pełnej dokumentacji technicznej umożliwiającej integrację,
- ponadto brak jest dokładnego opisu zakresu integracji, co do wartości, które powinny zostać pobierane i przetwarzane przez oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego
- opisu struktury danych w jakich przechowywane są informacje w oprogramowaniu medycznym używanym przez Zamawiającego, z którym ma się integrować dostarczane oprogramowanie.

Odwołujący wskazuje, że OPZ powinien być czytelny i zawierać wszystkie niezbędne informacje potrzebne Wykonawcom ubiegającym się o realizację zamówienia do przygotowanej rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. Wskutek tak sformułowanych postanowień OPZ, Wykonawcy nie mają wystarczającej wiedzy technicznej na temat oprogramowania używanego przez Zamawiającego, z którymi należy dokonać konfiguracji / integracji, a także w ogóle niejednoznaczny jest, czy taka konfiguracja / integracja jest przedmiotem niniejszego zamówienia.

Wobec braku dostarczenia przez Zamawiającego niezbędnych danych dotyczących konfiguracji / integracji z posiadanym oprogramowaniem, na chwilę obecną integracja jest w istocie niemożliwa do zrealizowania (brak jest informacji wystarczających na przeprowadzenie procesu integracji).

Oczywistym jest również, iż wobec takich braków Odwołujący również nie będzie w stanie rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności, a co za tym idzie nie posiada niezbędnych informacji do złożenia oferty w postępowaniu przetargowym.

WNIOSEK

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany OPZ poprzez:

- 1) jednoznaczne wskazanie, czy w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi konfiguracja (czy też oprogramowanie ma tylko mieć potencjalnie taką możliwość i dokonanie konfiguracji nie jest przedmiotem zamówienia), przy czym jeśli konfiguracja jest w zakresie przedmiotu zamówienia – to również jednoznaczne wskazanie, czy Zamawiający rozumie przez to integrację oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia z oprogramowaniem funkcjonującym u Zamawiającego – jeśli tak – to:
- a. uzupełnienie OPZ o dokładne wskazanie, z jakim oprogramowaniem taka integracja ma zostać przeprowadzona;
 - b. uzupełnienie OPZ o kompletną dokumentację interfejsów, mechanizmów i opisu protokołów wymiany danych do oprogramowania medycznego używanego przez Zamawiającego, w tym podanie szczegółowych danych technicznych niezbędnych do przeprowadzenia integracji wraz z kompletną dokumentacją dotyczącą sposobu komunikacji (co najmniej zdolność komunikacji, sposób komunikacji, opis transakcji, konstrukcja pliku komunikatu) oraz opisu interfejsów wymiany danych wraz z dokumentacją, zakresu danych do wymiany, parametrów dotyczących interfejsów wymiany danych, rodzaju usług i mechanizmów wymiany danych po stronie tego oprogramowania;
 - c. wprowadzenie w OPZ i wzorze umowy zobowiązania Zamawiającego, że w przypadku gdy podczas wdrożenia lub podczas eksploatacji wdrożonego oprogramowania, w tym na etapie gwarancji, Zamawiający dokona wymiany lub zakupu nowego oprogramowania medycznego używanego przez Zamawiającego, tak że będzie to miało wpływ na integrację z oferowanym i wdrożonym oprogramowaniem do teleopieki / serwera – Zamawiający we własnym zakresie i na własny koszt pozyska wszelkie niezbędne do przeprowadzenia ponownej integracji informacje i dane od producenta tego oprogramowania, z którymi miała by nastąpić ponowna integracja lub poprawa mechanizmów integracyjnych oraz że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności ani kosztów za brak integracji wynikający z działań lub zaniechań Zamawiającego i podmiotów trzecich.

ewentualnie

- 2) usunięcie z treści OPZ poniższego wymagania:

Załącznik nr 2 do SIWZ. Wymagania techniczno-użytkowe.

5. Oprogramowanie do teleopieki

[...]

7. Konfiguracja z innymi programami

Możliwość konfiguracji oprogramowania z oprogramowaniem medycznym używanym przez Zamawiającego, dające możliwość identyfikacji użytkownika urządzenia teleopieki podczas np. przyjęcia i leczenia w szpitalu, przychodni i poradni.

II. NIEPRAWIDŁOWY OPZ W ZAKRESIE SERWISU POGWARANCYJNEGO

W załączniku nr 6 do SIWZ Wzór umowy Zamawiający formułuje wymóg:

§ 9.

Gwarancje

[...]

2. Warunki serwisu pogwarancyjnego:

1) Wykonawca jest zobowiązany zapewnić obsługę serwisową po upływie okresu udzielonej gwarancji: minimalna obsługa serwisowa powinna być dostępna do 8 lat od daty dostawy sprzętu.

[...]

3) Wykonawca zobowiązany jest posiadać odpowiedni zapas części zamiennych przez okres min. 8 lat.

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych, aby przedmiotem zamówienia objąć świadczenie serwisu pogwarancyjnego, które ma się rozpocząć po zakończeniu gwarancji (a więc po upływie maksymalnie 60 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego) i trwać przez kolejne 8 lat od daty dostawy sprzętu.

Wykonawca wskazuje, iż rozumie prawo Zamawiającego do zabezpieczenia swojego interesu poprzez takie sformułowanie SIWZ, które umożliwi konkurencyjne udzielenie kolejnego zamówienia na serwis pogwarancyjny, jak i fakt, że sprzęt będzie musiał być serwisowany po okresie gwarancji, niemniej realizacja tego prawa nie może polegać na „wtłoczeniu” tego serwisu pogwarancyjnego w postępowanie dotyczące szeroko rozumianego wdrożenia systemu z gwarancją i przerzuceniu na Wykonawców ryzyk związanych ze skalkulowaniem wynagrodzenia w perspektywie 11 lat lub 13 lat (36/60 miesięcy gwarancji + 96 miesięcy serwisu pogwarancyjnego).

Jasno trzeba wskazać, iż ustawa PZP takiego działania zabrania, chyba że Zamawiający wykaże stosowne przesłanki oraz zawiadomi Prezesa UZP o zamiarze udzielenia takiego zamówienia. Wykonawca podnosi, iż nie jest w stanie oszacować kosztów oferty w tym zakresie, ze względu na zbyt odległy okres – co więcej Wykonawca kwestionuje sposób oszacowania oferty przez Zamawiającego. O ile perspektywa 3 lub 5 lat gwarancji jest perspektywą standardową, o tyle perspektywa dodatkowych 8 lat serwisu pogwarancyjnego jest nadmierna i nieproporcjonalna.

Wykonawca wskazuje ponadto, iż połączenie w jednym postępowaniu szeroko rozumianego wdrożenia systemu z gwarancją oraz **serwisu pogwarancyjnego** prowadzi de facto do obejścia przepisów nowej ustawy PZP, będącej w okresie vacatio legis, które Zamawiający miałby obowiązek zastosować, gdyby prawidłowo chciał oszacować i udzielić zamówienia – w powiązaniu czasowym z okresem jego wykonywania. Podkreślić należy, iż nie mówimy tu o udzieleniu zamówienia z rozsądnym okresem zapewniającym Zamawiającemu ciągłość usługi, ale właśnie o nadmiernym, nieproporcjonalnym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie terminu wykonywania usługi serwisu pogwarancyjnego.

Niezależnie od tego, zdaniem Odwołującego OPZ w tym zakresie jest niejednoznaczny, gdyż Zamawiający w ogóle nie opisał, co rozumie przez minimalną obsługę serwisową. Wykonawca może jedynie spekulować, na czym może polegać takie świadczenie, co sprawia, iż OPZ w tym zakresie nie spełnia wymogów jednoznaczności i kompletności – a w konsekwencji uniemożliwia Wykonawcy skalkulowanie ceny oferty.

Z daleko posuniętej ostrożności, Wykonawca wskazuje również, iż we wzorze umowy Zamawiający nie umieścił obligatoryjnych przesłanek waloryzacji wynagrodzenia, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy PZP, czym naruszył ten przepis. Wynika to poniekąd z faktu, iż Zamawiający nie wyodrębnił wynagrodzenia za taki serwis pogwarancyjny, będący de facto dodatkową, świadczoną po okresie gwarancji, usługą, co – jeśli taka usługa ma być przedmiotem zamówienia – Zamawiający winien był uczynić.

Wykonawca na marginesie (mając na uwadze treść art. 180 ust. 2 PZP i ograniczoną możliwość zaskarżenia czynności Zamawiającego w postępowaniu) wskazuje, iż Zamawiający zaniechał sporządzenia uzasadnienia zawarcia umowy w zakresie świadczenia usługi serwisu pogwarancyjnego na okres dłuższy niż 48 miesięcy i umieszczenia tego uzasadnienia w protokole postępowania, a także zaniechał obligatoryjnego zawiadomienia Prezesa UZP w tym zakresie z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. W związku z czym naruszony został także art. 96 ust. 1 PZP. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, iż kwota wynagrodzenia za serwis pogwarancyjny w okresie 8 lat sprawia, iż zasadnym jest wskazanie, że Zamawiający nieprawidłowo oszacował wartość zamówienia w tym zakresie, czym Zamawiający naruszył art. 32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 i ust. 3a pkt 2 PZP. W konsekwencji zastosowany przez Zamawiającego tryb właściwy dla zamówień o wartości **mniejszej** niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – jest nieprawidłowy, a prawidłowo oszacowana wartość przedmiotu zamówienia to wartość większa niż kwoty określone w w/w przepisach.

WNIOSEK

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany OPZ poprzez:

- 1) usunięcie z przedmiotu zamówienia serwisu pogwarancyjnego – w szczególności poprzez wykreślenie § 9 ust. 2 pkt 1 i 3 Wzoru umowy
ewentualnie o
- 2) uzupełnienie OPZ o wskazanie, co należy rozumieć przez minimalną obsługę serwisową, wyodrębnienie wynagrodzenia za prawidłowo opisany w OPZ serwis pogwarancyjny oraz uzupełnienie Wzoru umowy o klauzule, o których mowa w art. 142 ust. 5 PZP, a także konsekwentną korektę SIWZ w tym zakresie.

III. NIEPRAWIDŁOWY OPZ W ZAKRESIE LICENCJI

W załączniku nr 6 do SIWZ Wzór umowy Zamawiający formułuje wymóg:

§ 7.

Udzielenie licencji

1. Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji **na oprogramowanie do obsługi teleopieki oraz licencji na oprogramowanie serwera i dokumentacji** do tego systemu na następujących polach eksploatacji:

- 1) wprowadzanie Utworu do pamięci komputera lub innego urządzenia elektronicznego w całości lub w części, zainstalowanie w pamięci stałej komputerów lub innych urządzeń elektronicznych i trwałe lub czasowe **zwielokrotnianie oprogramowania w pamięci komputerów lub innych urządzeń w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie**, także uruchamiania, przechowywania i korzystania z Oprogramowania na wielu komputerach i urządzeniach, czasowe utrwalanie lub zwielokrotnianie takich zapisów, **włączając w to sporządzanie ich kopii oraz dowolne korzystanie i rozporządzanie tymi kopiami**,
- 2) **tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programach komputerowych**, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała.
- 3) **rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii**.

2. Strony ponadto ustalają, że Licencja:

1) jest niewyłączna,

2) uprawnia Zamawiającego do udzielania dalszych licencji (sublicencji),

3) udzielona jest bez ograniczeń terytorialnych, **tj. na terytorium całego świata**,

4) udzielona jest na czas nieoznaczony od chwili zawarcia Umowy.

3. Licencja zostaje udzielona bez obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy (nieodpłatnie).

4. W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca dostarczy oprogramowanie i zapewni nabycie przez Zamawiającego uprawnień do korzystania z tego oprogramowania na zasadach określonych niniejszą umową.

5. Wykonawca przekaze Zamawiającemu również licencje na inne oprogramowanie niewytworzone przez Wykonawcę, niezbędne do prawidłowego działania systemu teleopieki.

6. Wykonawca oświadcza, że dostarczany system teleopieki będzie wolny od wad fizycznych i prawnych.

7. Zamawiający jest związany postanowieniami umów licencyjnych dostarczonych wraz z oprogramowaniem.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie połączył zapisy dotyczące licencji oprogramowania do teleopieki oraz licencji oprogramowania serwerowego wraz z zapisami dotyczącymi licencji dokumentacji tego oprogramowania, co w efekcie doprowadziło do nieprawidłowego – nieproporcjonalnego i niespójnego z potrzebami Zamawiającego, a także niejednoznacznego OPZ w zakresie licencji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż **oprogramowanie serwera** to oprogramowanie, którego co do zasady producentem jest podmiot trzeci (oprogramowanie standardowe –

pudełkowe) – a zatem do tego oprogramowania nie powinny mieć zastosowania postanowienia ust. 1 – 2 – bo zastosowanie znajduje w szczególności ust. 5 i 7. Takie oprogramowanie dotyczy konkretnego sprzętu i ma umożliwić wdrożenie oprogramowania do teleopieki – niemniej to nie oznacza, iż licencje mają tożsamą treść. W szczególności nie jest możliwe, aby Zamawiający miał możliwość rozpowszechniania takiego oprogramowania serwera poprzez najem czy dalsze sublicencje. Trzeba tu podkreślić, iż OPZ jest wewnętrznie sprzeczny, bo jednocześnie wymaga, aby Wykonawca udzielił licencji zgodnie z ust. 1 – 2 na oprogramowanie serwera i wskazuje, że Wykonawca ma przekazać licencje na takie oprogramowanie serwera (jako oprogramowanie niewytworzone przez Wykonawcę), a Zamawiający będzie związany postanowieniami umów licencyjnych dostarczanych wraz z oprogramowaniem.

Wykonawca wskazuje, iż pola eksploatacji są niedostosowane do przedmiotu zamówienia i celu zamówienia, jakim jest zapewnienie możliwości korzystania z systemu teleopieki przez konkretny podmiot leczniczy tj. Zamawiającego (co oczywiście obejmuje personel Zamawiającego), a także umożliwia objęcie teleopieki użytkowników, co sprawia, iż Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów oferty – a próby oszacowania jej zgodnie ze wskazanymi wymogami w zakresie licencji wskazują na wartość wielokrotnie przekraczającą szacunkową wartość zamówienia.

Niewątpliwie usunięciu powinno ulec pole eksploatacji, o którym mowa w ust. 1 pkt 3, a także uprawnienie Zamawiającego do udzielania dalszych licencji (sublicencji), gdyż Zamawiający jako podmiot leczniczy nie będzie podmiotem wdrażającym oprogramowania do obsługi teleopieki wraz z licencjami na oprogramowanie serwera u innych podmiotów leczniczych (czy w ogóle – u jakichkolwiek innych podmiotów). Takie pola eksploatacji oraz uprawnienie dot. sublicencji miałyby rację bytu, gdyby Zamawiający chciał zarobkowo (bądź też niezarobkowo) rozpowszechniać oprogramowanie będące przedmiotem umowy („sprzedawać je”) np. innym szpitalom – stanowiąc de facto konkurencję dla potencjalnych Wykonawców w tym postępowaniu. Podobny problem jest z zapisem ust. 1 pkt 1, zgodnie z którym Zamawiający może m. in. dowolnie tworzyć kopie oprogramowania i dowolnie nimi rozporządzać, instalować je na wielu komputerach bez ograniczeń etc. – a także dokonywać ogólnie mówiąc modyfikacji oprogramowania, które jest przedmiotem umowy, o czym stanowi ust. 1 pkt 2. Zamawiający jest podmiotem, który korzysta z oprogramowania – tymczasem w/w pola eksploatacji łączą się dla Wykonawcy z ryzykiem udostępnienia oprogramowania i dokumentacji publicznie, bez związku z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Wykonawca podnosi, iż są to uprawnienia nadmiarowe, nieproporcjonalne co do przedmiotu zamówienia i całkowicie zbędne do realizacji projektu.

Być może Zamawiający nie ma takiej intencji, niemniej literalna treść umowy nie wyklucza możliwości takiego „sprzedażowego” wykorzystania oprogramowania do obsługi teleopieki i oprogramowania serwera przez Zamawiającego. Takie ryzyko zatem Wykonawca powinien wkalkulować w treść oferty. Jednocześnie – ze względu na to, iż Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył ilościowo możliwości udzielania dalszych licencji – oszacowanie wartości oferty w tym zakresie po prostu jej niemożliwe. Jeśli by zaś przyjąć, że taką nieograniczoną sublicencją Zamawiający chce mieć zagwarantowaną, to zasadnym jest wskazanie, że Zamawiający nieprawidłowo oszacował wartość zamówienia w tym zakresie, czym Zamawiający naruszył art.

32 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 1 i ust. 3a pkt 2 PZP, co jednakowoż ze względu na treść art. 180 ust. 2 nie może być przedmiotem zaskarżenia. W konsekwencji zastosowany przez Zamawiającego tryb właściwy dla zamówień o wartości **mniejszej** niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – jest nieprawidłowy, a prawidłowo oszacowana wartość przedmiotu zamówienia to wartość większa niż kwoty określone w w/w przepisach.

Jednocześnie Wykonawca podkreśla, iż zasadnym wydaje się wprowadzenie pola eksploatacji, zgodnie z którym Zamawiający (a także jego personel – w szczególności personel medyczny oraz użytkownicy urządzeń do teleopieki w ramach oprogramowania będącego integralną częścią tych urządzeń) będzie mógł korzystać z oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia w toku normalnie prowadzonej działalności leczniczej.

WNIOSEK 1:

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany OPZ poprzez:

- 1) w § 7 ust. 1 wyodrębnienie postanowień licencji dla oprogramowania do teleopieki / dokumentacji oraz dostosowanie postanowień licencyjnych do potrzeb Zamawiającego i OPZ oraz przedmiotu licencji, a także sformułowanie ich w sposób, który umożliwi Wykonawcy oszacowanie kosztów oferty,
- 2) potwierdzenie, iż oprogramowanie serwera to oprogramowanie objęte dyspozycją ust. 5 i 7 – tzw. oprogramowanie standardowe.

W ramach wniosku, o którym mowa w pkt 1, Wykonawca w szczególności wnioskuję o nakazanie Zamawiającemu zmiany OPZ poprzez wprowadzenie następującego brzmienia § 7 ust. 1:

*1. Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji **na oprogramowanie do obsługi teleopieki** na następujących polach eksploatacji:*

- a) korzystanie z oprogramowania wyłącznie zgodnie z jego przeznaczeniem, tj. do obsługi działalności Zamawiającego w zakresie świadczenia usługi teleopieki na rzecz użytkowników objętych taką usługą;*
- b) użytkowanie oprogramowania wyłącznie w trybie odczytu, w zakresie w jakim zostało ono nabyte, w ramach prowadzonej przez Zamawiającego działalności w zakresie świadczenia usługi teleopieki na rzecz użytkowników objętych taką usługą;*
- c) powielanie w celu utworzenia kopii bezpieczeństwa;*
- d) wprowadzanie danych do Oprogramowania, modyfikacji wprowadzonych danych do Oprogramowania oraz dostęp do danych wprowadzonych do Oprogramowania.*

*1a. Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji **na dokumentację oprogramowania** do obsługi teleopieki na następujących polach eksploatacji:*

- a) korzystanie z dokumentacji wyłącznie zgodnie z jej przeznaczeniem, tj. w zakresie zgodnym z zakresem korzystania z oprogramowania do obsługi teleopieki;*
- b) kopiowanie dokumentacji oprogramowania w celu utworzenia kopii bezpieczeństwa;*

- c) *wprowadzanie zmian do dokumentacji oprogramowania wynikających z konieczności dostosowania tej dokumentacji zgodnie z wymogami dotyczącymi prowadzenia działalności leczniczej w zakresie świadczenia usługi teleopieki.*

Takie pola eksploatacji winny zdaniem Wykonawcy zapewnić możliwość korzystania oprogramowania przez Zamawiającego (w tym jego personel) oraz użytkowników, objętych systemem teleopieki zgodnie z celem projektu i przedmiotem zamówienia, w sposób proporcjonalny wyważając interesy Zamawiającego i Wykonawcy, a jednocześnie umożliwić Wykonawcy konkurencyjne oszacowanie wynagrodzenia w zakresie udzielanych w ramach zamówienia licencji, co z pewnością przyczynić się może do racjonalnego i korzystniejszego alokowania środków publicznych.

Mając na uwadze argumentację dot. § 7 ust. 1 pkt 3, wykreśleniu powinien ulec także ust. 2 pkt 2 tj. [licencja] 2) *uprawnia Zamawiającego do udzielania dalszych licencji (sublicencji)*, ewentualnie wprost Zamawiający winien wskazać, iż licencja NIE uprawnia Zamawiającego do udzielania dalszych licencji (sublicencji). Wykonawca podtrzymuje w całości w tym miejscu argumentację o niemożności oszacowania kosztów oferty wskutek nieprecyzyjnego, właściwie nieograniczonego niczym w zakresie sublicencjonowania, przedmiotu zamówienia.

Wykonawca jednocześnie wskazuje, iż biorąc pod uwagę potencjał Zamawiającego w szczególności to, iż świadczy usługi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, niezasadnym jest udzielenie licencji bez jakichkolwiek ograniczeń terytorialnych – na terytorium całego świata. Standardem przy udzielaniu licencji na oprogramowanie używane przez podmioty lecznicze (czy to systemy dziedziczne czy inne) – jest ograniczenie licencji do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Brak takiego ograniczenia ma zasadniczy wpływ na wynagrodzenie z tytułu licencji, jakie Wykonawca jest zobligowany w kalkulować w wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia. Wykonawca wnosi o zmianę ust. 2 pkt 3) poprzez doprecyzowanie, iż [licencja] 3) *udzielona jest na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,*

Wykonawca wskazuje również, iż nie jest możliwe korzystanie z oprogramowania, które nie jest wdrożone zgodnie z wymogami umowy (co ma być potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru). Zapis, który proponuje Zamawiający, jest sprzeczny z tym, jak będzie realizowana umowa. W rezultacie modyfikacji winien ulec także ust. 2 pkt 4) poprzez wskazanie, iż [licencja] 4) *udzielona jest na czas nieoznaczony od chwili podpisania protokołu odbioru końcowego, bez konieczności składania odrębnych oświadczeń przez Strony.* Wykonawca wnosi o taką modyfikację.

WNIOSEK 2:

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany OPZ poprzez:

- 1) usunięcie ze Wzoru umowy § 7 ust. 2 pkt 2 – ewentualnie nadanie mu brzmienia, iż licencja nie uprawnia Zamawiającego do udzielania dalszych licencji (sublicencji),
- 2) zmianę § 7 ust. 2 pkt 3 poprzez nadanie mu brzmienia, iż licencja udzielone jest na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- 3) zmianę § 7 ust. 2 pkt 4 poprzez nadanie mu brzmienia, iż licencja udzielona jest na czas nieoznaczony od chwili podpisania protokołu odbioru końcowego, bez konieczności składania odrębnych oświadczeń przez Strony.

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzega możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy.

Z poważaniem,

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.