

Warszawa, 27 maja 2019 roku

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny
Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie
ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin
e-mail: przetargi@spwsz.szczecin.pl

Odwołujący:

Althea Polska Sp. z o.o.
ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów

reprezentowany przez pełnomocnika:

apl. adw. Michała Gajdka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: michal.gajdek@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługa serwisowania i przeglądów sprzętu rentgenowskiego dla SPWSZ w Szczecinie*”, znak EP/220/24/2019, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 094-227398 w dniu 16 maja 2019 („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) w imieniu Althea Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie (adres: ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów) („Odwołujący”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo substytucyjne z 23 maja 2019 roku, które załączam do niniejszego odwołania, niniejszym zaskarżam czynność podjętą przez Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie („Zamawiający”) polegającą na:

- opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez objęcie jednym zamówieniem świadczenia usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS+ oraz oprogramowania syngo.via zainstalowanego na stacji opisowej („Stacja syngo.via”),

- opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 w sposób nieprecyzyjny oraz utrudniający uczciwą konkurencję poprzez brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta,

- określeniu kryteriów oceny ofert w zakresie Zadania nr 2 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji oraz wbrew zakazowi formułowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert dotyczącego posiadania autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia.

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36aa ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji a także w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom innym niż producent serwisowanych urządzeń oraz podmioty z nim bezpośrednio powiązane wskutek objęcia jednym zamówieniem obsługi serwisowej zarówno tomografu komputerowego Somatom Definition AS+, jak i Stacji syngo.via, podczas gdy nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące objęcie obsługi serwisowej obu urządzeń jednym zamówieniem, zaś w przypadku gdyby obsługa serwisowa Stacji syngo.via została wydzielona do odrębnej części zamówienia, to ofertę na obsługę serwisową tomografu komputerowego Somatom Definition AS+ mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący).
2. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności a także w sposób uniemożliwiający rzetelne sporządzenie i wycenę oferty

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.).

wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów), **podczas gdy** są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do zaleceń producenta serwisowanego tomografu komputerowego, czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,

3. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanego aparatu (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ tylko oni będą w stanie rzetelnie wycenić ofertę w zakresie uwzględnienia w oferowanej cenie kosztów zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, **podczas gdy** Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanych aparatów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,
4. **art. 91 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności przejawiające się w spowodowaniu, iż producent serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały bezzasadnie korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców wskutek wprowadzenia kryterium oceny ofert dotyczącego posiadania autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, **podczas gdy** Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego, uczciwego konkurowania z producentem serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,
5. **art. 91 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „Parametry jakościowe”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, tj. posiadania autoryzacji producenta, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w Postępowaniu producenta serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane), **podczas gdy** Zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w sposób nieutrudniający dostępu do zamówienia innym podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości.

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zakresu zamówienia objętego Zadaniem nr 2 Postępowania poprzez wydzielenie usługi serwisowania Stacji syngo.via do odrębnej części zamówienia.
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (załącznik nr 1.2 do SIWZ) oraz w treści projektu umowy dla Zadania nr 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) **poprzez wykreślenie** odpowiednio następujących zapisów:
 - w załączniku nr 1.2 do SIWZ, Rozdział IV Modyfikacje:
 - 2) Wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji softwear'u systemowego i aplikacyjnego.
 - 3) Wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia
 - w załączniku nr 1.2 do SIWZ, Rozdział V Części zamienne:
 - 3) Dostarczenie materiałów niezbędnych do przeprowadzenia modyfikacji
 - w załączniku nr 4 do SIWZ, § 2 Świadczenie usług. Materiały i części zamienne:
 5. Wykonawca obowiązany jest do wprowadzenia zalecanych przez producenta Modyfikacji Sprzętu, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (załącznik nr 1.2 do SIWZ) oraz w treści projektu umowy dla Zadania nr 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) **poprzez doprecyzowanie wymagań** w zakresie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta, w szczególności poprzez określenie liczby aktualizacji i modyfikacji urządzenia w okresie trwania umowy (bądź liczby aktualizacji i modyfikacji urządzenia w ciągu roku kalendarzowego) wraz ze szczegółowym harmonogramem ich dokonywania oraz zakresu tych aktualizacji i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści rozdziału XIII SIWZ poprzez **usunięcie** w zakresie Zadania nr 2 kryterium *Parametry jakościowe* o wadze 25% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian zwiększenie wagi kryterium *Czas naprawy* do 40% możliwych do zdobycia punktów

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści rozdziału XIII SIWZ poprzez **usunięcie** w zakresie Zadania nr 2 kryterium *Parametry jakościowe* o wadze 25% możliwych do zdobycia

MG

punktów, a w zamian zwiększenie wagi kryterium *Czas naprawy* do 20% oraz wprowadzenie kryterium *Utrzymanie sprzętu w sprawności* (procentowa liczba roboczogodzin pracy tomografu w skali roku) o wadze 20%, punktowanego w następujący sposób:

20 pkt – sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 95% w ciągu roku

15 pkt – sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 94% w ciągu roku

10 pkt – sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 93% w ciągu roku

5 pkt – sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 92% w ciągu roku

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP², a Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 182 ust. 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 094-227398 w dniu 16 maja 2019. Tego samego dnia dokumentacja Postępowania została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego.

W związku z powyższym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 PZP.

Jednocześnie, Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (*Załącznik nr 4* do niniejszego odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w ramach Zadania nr 2 Postępowania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego

² Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2479).

zamówienia w zakresie usługi serwisowej tomografu Somatom Definition AS+, może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Zadaniu nr 2 Postępowania w zakresie świadczenia usługi serwisowej tomografu Somatom Definition AS+. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia, tj. objęciu tym samym zamówieniem również Stacji syngo.via, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie.

Ponadto, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy w zakresie Zadania nr 2, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie konkurencyjnej wobec producenta sprzętu (podmiotów z nim bezpośrednio powiązanych) oferty w ramach Zadania nr 2, tj. w zakresie świadczenia usługi serwisowej tomografu Somatom Definition AS+.

Powyższe niebicie dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE:

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1. Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie („Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa serwisowania i przeglądów sprzętu rentgenowskiego dla SPWSZ w Szczecinie” („Postępowanie”).
- 1.2. Przedmiotem zamówienia w ramach Zadania nr 2 Postępowania jest świadczenie usług serwisowych pogwarancyjnych – przeglądów i naprawy tomografu komputerowego Somatom Definition AS („Tomograf”) oraz oprogramowania syngo.via zainstalowanego na stacji opisowej znajdującej się w posiadaniu Zamawiającego („Stacja syngo.via”). Oba urządzenia zostały wyprodukowane przez spółkę Siemens.

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (*Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania*).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 w Postępowaniu (*Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania*).

Projekt umowy dla Zadania nr 2 w Postępowaniu (*Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania*).

- 1.3. W toku Postępowania, w ramach wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, Odwołujący wniósł o rozdzielenie na odrębne części zamówienia świadczenia usługi serwisowej Tomografu oraz Stacji syngo.via.
- 1.4. Odwołujący uzasadnił powyższą prośbę tym, iż Tomograf działa jako niezależne urządzenie medyczne i może być serwisowane przez kilku wykonawców świadczących usługi w tym zakresie. Stacja syngo.via może być zaś serwisowana wyłącznie przez producenta sprzętu objętego Postępowaniem lub przez jego polskiego przedstawiciela, tj. spółkę Siemens Healthcare Sp. z o.o.
- 1.5. Ponadto, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego również o zmianę innych zapisów SIWZ stawiających w uprzywilejowanej pozycji producenta sprzętu objętego Postępowaniem lub przez jego polskiego przedstawiciela, tj. spółkę Siemens Healthcare Sp. z o.o., w postaci (i) wymogu wykonywania aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta oraz (ii) kryterium oceny ofert dotyczącego posiadania autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia.
- 1.6. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania, Zamawiający nie odniósł się do wniosku Odwołującego.

Dowód: Wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu z dnia 22 maja 2019 r. (*Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania*).

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

- 2.1 W kolejnych punktach uzasadnienia niniejszego odwołania, Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą poszczególnych zarzutów odwołania.

3. ZARZUT DOTYCZĄCY OBJĘCIA JEDNYM ZAMÓWIENIEM OBSŁUGI SERWISOWEJ TOMOGRAFU ORAZ STACJI SYNGO.VIA

- 3.1 W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć, że zarówno Tomograf jak i Stacja syngo.via stanowią odrębne urządzenia medyczne. Tomografy komputerowe służą do badania pacjentów. Następnie, gotowe badania (w formie plików) są przesyłane za pośrednictwem sieci (np. internetowej) do stacji opisowych.
- 3.2 **Powyższe oznacza, że Tomograf jest urządzeniem niezależnym od Stacji syngo.via – może on poprawnie działać samodzielnie w zakresie wykonywania badań pacjentów.** Wprawdzie następnie badanie powinno zostać opisane, jednak możliwe jest przeprowadzenie tego procesu na dowolnej stacji opisowej, umieszczonej w dowolnej lokalizacji. Innymi słowy, tomograf komputerowy dla poprawnego działania nie musi być przypisany do konkretnej stacji opisowej (w tym w szczególności, Tomograf nie musi być przypisany do Stacji syngo.via).

- 3.3 Warto przy tym wskazać, że analogiczna sprawa była już rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z 31 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1500/17, **Izba nakazała podział zamówienia na części, poprzez wydzielenie usługi dotyczącej Stacji syngo.via do odrębnego pakietu**, wskazując, że *składający sprzeciw nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że od serwera aplikacyjnego Syngo.Via można dowolnie odłączyć tomografy komputerowe i rezonansy magnetyczne. Nie zaprzeczył też, iż awaria jednego urządzenia nie implikuje awarii drugiego urządzenia. Składający sprzeciw nie wykazał, że informacja o awarii rezonansu magnetycznego, czy też tomografu komputerowego będzie znajdowało się również serwera aplikacyjnego Syngo.Via.*
- 3.4 Zwrócić należy również uwagę na to, że inni zamawiający dokonywali już zakupu tożsamych usług, rozdzielając przedmiot zamówienia na odrębne części, w szczególności w zakresie serwisowania tomografu komputerowego. Jako przykład można podać dwa postępowania – prowadzone przez Szpitale w Jaśle oraz w Limanowej - w których to, przy tożsamym przedmiocie zamówienia, dokonano podziału zamówienia na części. **Pozwoliło to złożyć Odwołującemu konkurencyjną ofertę wobec oferty producenta sprzętu w zakresie świadczenia usługi serwisowej tomografu komputerowego analogicznego do Tomografu objętego niniejszym Postępowaniem.**

Dowód: informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Konserwacja tomografu komputerowego Somatom Emation 16 ze stacją Syngo-Via*” – Szpital Powiatowy w Limanowej Imienia Miłosierdzia Bożego (**Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania**)

informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Obsługa serwisowa tomografu komputerowego Somatom Emation wraz ze stacją opracowań Syngo Via firmy SIEMENS z wymianą zużywalnych części zamiennych dla Szpitala Specjalistycznego w Jaśle*” – Szpital Specjalistyczny w Jaśle (**Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania**)

- 3.5 Wreszcie, sam producent urządzeń objętych niniejszym Postępowaniem przyznaje, że Stacja syngo.via może współpracować z wieloma urządzeniami, aplikacjami czy systemami. Jak czytamy w prezentacji przygotowanej przez Siemens, *jest to [system] elastyczny: użytkownicy mogą dostosowywać aplikacje, wygląd i sposób przepływu informacji pomiędzy różnymi obiektami biorącymi udział w jej przetwarzaniu [w oryginale: It is flexible: users can customize applications, layouts and workflow]*. Ponadto, Siemens oferuje oddzielne szkolenia dotyczące obsługi Stacji syngo.via, co dowodzi wprost, że **traktuje on ten system jako odrębny element całości, niepowiązany nierozdzielnie z tomografem komputerowy.**

Dowód: Wyciąg z prezentacji przygotowanej przez firmę Siemens dotyczącej systemu Syngo.via, Slajd 6 (**Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania**)

Zrzut z ekranu strony internetowej firmy Siemens (*Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania*)

- 3.6 Podsumowując, należy stanowczo podkreślić, że nie istnieją racjonalne względy techniczne, które nakazywałyby łączne udzielenie zamówienia na świadczenie usługi serwisowej Tomografu oraz Stacji syngo.via.
- 3.7 Powyższe jest szczególnie istotne, biorąc pod uwagę że o ile należytą obsługę serwisową Tomografu może zapewnić wielu wykonawców działających na rynku (w tym Odwołujący), to już Stację syngo.via może serwisować wyłącznie producent sprzętu (Siemens), samodzielnie, lub poprzez swojego polskiego przedstawiciela.
- 3.8 W kontekście powyższego, warto wskazać, że art. 46 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE³ sugeruje dokonywanie podziału zamówienia na części. Stanowi on, że zamawiający mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić wielkość i przedmiot takich części. Co istotne, jeżeli zamawiający nie dokonają takiego podziału, winni są wskazać najważniejsze powody takiej decyzji, które zamieszczają w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu.
- 3.9 Podobnie, art. 36aa ust. 1 PZP wskazuje, że zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, określając zakres i przedmiot tych części. Art. 96 ust. 1 pkt 11 PZP nakazuje zaś podać w protokole postępowania powody braku podzielenia zamówienia na części, o ile taką decyzję podejmie zamawiający.
- 3.10 W kontekście powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 1022/18) jednoznacznie wskazała, iż zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które uzasadniają brak takiego podziału.
- 3.11 Warto przy tym podkreślić, iż **ocenie przez pryzmat zachowania konkurencyjności w postępowaniu podlega nie tylko sama decyzja zamawiającego, co do podziału przedmiotu zamówienia na części, ale także zakres poszczególnych pakietów.** Podział zamówienia na części nie jest bowiem celem samym w sobie, ale służy umożliwieniu udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów, tak aby zamawiający mógł uzyskać jak najbardziej konkurencyjną ofertę.
- 3.12 Jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2165/11) naruszenie zasady uczciwej konkurencji może być wynikiem takiej konfiguracji przedmiotów np. w ramach danego pakietu, że ich łączne zaoferowanie jest możliwe przez jednego wykonawcę, dla pozostałych zaś wykonawców jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

³ Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze. zm.

- 3.13 Podobnie, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2018/16), pomimo iż przedmiotem zamówienia była wręcz dostawa tego samego rodzaju urządzeń – defibratorów, Izba nakazała wydzielenie każdego typu defibratora do odrębnego postępowania. Jak wskazała Izba *argument Zamawiającego o chęci osiągnięcia efektu skali i w jej efekcie korzystniejszej ceny należy uznać za chybiony, wobec potwierdzenia przez Odwołującego dowodami z rozprawy, że tak pierwotnie, jak i po zmianie z 04.11.2016 r., w kontekście poprzedniego zarzutu, tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu, co nie prowadziłoby w żadnym wypadku do uzyskania dogodnych warunków finansowych wbrew oczekiwaniom Zamawiającego.*
- 3.14 Powyższe wskazuje, iż dopóki istnieje podmiot mogący zaoferować świadczenie usług w ramach jednego konkretnego urządzenia, jednak nie może zaoferować tożsamego w ramach całego pakietu urządzeń medycznych, co do zasady nie mogą istnieć przesłanki uzasadniające ekonomicznie utrzymanie tak szerokiego zakresu pakietu.
- 3.15 **Należy zatem zaznaczyć, iż każdorazowo zamawiający powinien podzielić zamówienie na tyle części, na ile będzie to uzasadnione z uwagi na specyfikę danego przedmiotu zamówienia.** Co przy tym istotne, decyzja co do zakresu wydzielonych części nie może być arbitralna, a wręcz przeciwnie – musi być uzasadniona uwarunkowaniami technicznymi, bądź innymi okolicznościami, które wskazywałyby, iż inne ukształtowanie poszczególnych pakietów wiązałoby się ze znacznymi trudnościami w realizacji zamówienia lub ponoszeniem dodatkowych kosztów.
- 3.16 Co istotne, analizowanych regulacji nie należy przy tym odczytywać w oderwaniu od innych przepisów PZP. Uprawnienie zamawiającego w tym zakresie będzie bowiem niejednokrotnie przekształcało się w obowiązek podziału zamówienia na części, w sytuacji w której brak takiego podziału będzie naruszał konkurencję między wykonawcami zainteresowanymi danym zamówieniem.
- 3.17 Innymi słowy, **swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest przede wszystkim zasadą uczciwej konkurencji.** Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, a w niniejszym Postępowaniu - co do braku podziału Zdania nr 2 na dalsze części - nie narusza konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.
- 3.18 Podsumowując, zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia na części przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe.
- 3.18 **W niniejszym Postępowaniu, w zakresie Zadania nr 2 właśnie z uwagi na brak podziału zamówienia na części, ograniczono możliwość (a wręcz: uniemożliwiono) składanie konkurencyjnych ofert przez podmioty niebędące producentem Tomografu, co jednoznacznie ogranicza (likwiduje) uczciwą konkurencję.** Zupełnie bezzasadnie Zamawiający uznał, że nie ma konieczności dalszego podzielenia zamówienia na części, nie biorąc pod uwagę szeregu

elementów, które wpływają na możliwość uczestnictwa w Zadaniu nr 2 Postępowania przez wykonawców - takich jak Odwołujący – którzy nie są producentem Tomografu ani podmiotem z nim powiązany, a mają bogate doświadczenie w serwisowaniu tomografów komputerowych.

3.20 Warto przy tym podkreślić również, iż podział zamówienia na części nie jest celem samym w sobie, ale służy umożliwieniu udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów, tak aby zamawiający mógł uzyskać jak najbardziej konkurencyjną ofertę. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 3 października 2018 r. (sygn. akt KIO 1913/18) dotyczącym właśnie obsługi serwisowej aparatury medycznej, **możliwość zakupu serwisu pogwarancyjnego po jak najniższej cenie leży niewątpliwie w interesie zamawiającego (i finansów publicznych).**

3.21 Nie sposób zatem nie zauważyć, że dokonanie wyodrębnienia usługi serwisowej Tomografu do odrębnego zadania jest prawidłowe i korzystne nie tylko dla samego rynku zamówień publicznych (otwarcie na uczciwą konkurencję), ale również dla samego Zamawiającego.

4. ZARZUTY DOTYCZĄCE AKTUALIZACJI SOFTWARE’U SYSTEMOWEGO I APLIKACYJNEGO ORAZ MODYFIKACJI URZĄDZENIA

4.1 W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć, że sam zakres określenia *wykonanie zalecanych przez producenta: aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia* może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją niejednoznaczność.

4.2 Co do zasady bowiem, aktualizacje oprogramowania można podzielić na dwie grupy: (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz (ii) aktualizacje służące rozwojowi sprzętu (dodanie nowych funkcji, itp). **Zamawiający nie sprecyzował do wykonania których aktualizacji będzie zobowiązany wykonawca.**

4.3 Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych⁴, to wytwórca (a nie serwisant) jest obowiązany zapewnić, że autoryzowany przedstawiciel oraz każdy inny podmiot upoważniony przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu będą realizowali zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa - Field Safety Corrective Action.

4.4 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Tomografu) jest ustawowo **zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji.** *A contrario*, można stwierdzić, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie dokonywanie i zainstalowanie **wyłącznie innych aktualizacji, o nieokreślonym bliżej zakresie.** Jedyną wskazówką pozostaje **bowiem zalecenie producenta sprzętu.**

4.5 Tym samym, aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanego Tomografu mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia

⁴ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz 211, ze zm.).

bezpieczeństwa jego użytkowania a mimo to, mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.

- 4.6 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanych zapisów OPZ (a w konsekwencji również projektu umowy) z art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP.

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

- 4.7 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy OPZ oraz projektu umowy dla Zadania nr 2 są **niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**
- 4.8 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat **liczby płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji urządzenia** zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń, ani nie wiedzą jaki byłby ich ewentualny koszt (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter). W obydwu przypadkach, **niezbędne dane będą determinowane wyłącznie stanowiskiem podmiotu trzeciego** (tj. zaleceniami producenta serwisowanych aparatów).
- 4.9 **Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.**
- 4.10 Tym samym, Zamawiający wbrew obowiązkowi nałożonemu na niego z mocy art. 29 ust. 1 PZP (*przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*) odsyła zainteresowanych wykonawców, tak naprawdę, do producenta serwisowanych urządzeń (jego zaleceń).
- 4.11 Opisane powyżej podejście Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, co potwierdza chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17: **zamawiający nie może odsyłać wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty do podmiotów trzecich, [...] o uzyskiwanie danych dotyczących tego zamówienia, w tym danych niezbędnych do przyjęcia założeń integracji systemów komputerowych**". Innymi słowy, biorąc pod uwagę, że to Zamawiający prowadzi Postępowanie, to na nim ciąży **obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.**
- 4.12 Warto wskazać, że na powyższe w żaden sposób nie rzutuje przyjęty przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia. W tym sensie, **Zamawiający nie może braku precyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia uzasadniać ryczałtowym wynagrodzeniem wykonawcy.** Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt VIII GC 124/13: *zwykle ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru świadczenia lub kosztów obciąża wykonawcę (jak np. przy umowie o dzieło - art. 632 § 1 k.c.), jednakże rozkład ten doznaje modyfikacji na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może obciążać ryzyko*

nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem niepełności czy niedokładności opisu przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego art. 29 powołanej ustawy. Innymi słowy, ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2012 roku, KIO 809/12).

- 4.13 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 PZP. Zamawiający wymaga bowiem faktycznie od każdego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wystąpienia (przed złożeniem oferty w Postępowaniu) ze stosownym pismem do producenta serwisowanego Tomografu z prośbą o wskazanie planowanej liczby płatnych aktualizacji i modyfikacji sprzętu (oraz ich kosztów).
- 4.14 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych aparatów nie będzie miało przy tym charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym, **ryzyko wystąpienia większej liczby aktualizacji (modyfikacji) będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń.**
- 4.15 Przy obecnym zatem brzmieniu SIWZ wykonawca taki jak Odwołujący (którego intencją jest złożenie oferty w Postępowaniu) stawiany jest przed dylematem: (i) założyć margines dodatkowych kosztów w zakresie w którym Zamawiający w zasadzie nie sprecyzował przedmiotu zamówienia (wtedy jego szansa na uzyskanie zamówienia znacząco się obniża, ponieważ oferta traci na swojej konkurencyjności), (ii) nie uwzględniać jakichkolwiek ryzyk w powyższym zakresie i złożyć konkurencyjną cenową ofertę (wtedy jednak ryzyko niedoszacowania kosztów realizacji umowy z Zamawiającym znacząco wzrasta). **Co oczywiste, żadne z powyższych nie stanowi sytuacji komfortowej dla wykonawcy.**
- 4.16 Warto też zwrócić uwagę, że brak precyzji w ustalaniu zakresu świadczenia wykonawcy może skutkować **trudnościami także dla samego Zamawiającego.** Przy zachowaniu obecnego brzmienia SIWZ istnieje bowiem poważne ryzyko przyjęcia odmiennej kalkulacji przez każdego z wykonawców, a w konsekwencji - **złożenia w Postępowaniu ofert nieporównywalnych** - tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17, w którym czytamy, że *zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.*

Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP

- 4.17 Ponadto, w ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ w sposób wyraźny utrudniają uczciwą konkurencję w Postępowaniu, ponieważ w **uprzywilejowanej sytuacji stawiają producenta serwisowanych urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane** (np. Siemens

MG

Healthcare Sp. z o.o.). Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji (modyfikacji) oraz ich kosztu.

- 4.18 Tym samym, jedynie bezpośredni producent serwisowanych urządzeń lub też spółki z nim powiązane będą w stanie zaoferować Zamawiającemu konkurencyjne warunki wykonania umowy, czyli uwzględnić niezbędne koszty związane z realizacją umowy (**przewaga na etapie ofertowania przedmiotu zamówienia**).
- 4.19 Co więcej, nie można wykluczyć, że także na etapie oceny ofert złożonych w Postępowaniu, podmioty te (ponownie) znajdują się w lepszej pozycji niż inni wykonawcy, ponieważ na podstawie przyjętych (i znanych wyłącznie im) kosztów związanych z aktualizacjami (modyfikacjami) będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 4.20 Wreszcie, nawet jeżeli jakimkolwiek innemu wykonawcy uda się uzyskać przedmiotowe zamówienia (pomimo istnienia oczywistej przewagi dla producenta serwisowanych aparatów), to już na etapie realizacji umowy z Zamawiającym, przy obecnym brzmieniu OPZ, wykonawca ten i tak narażony będzie na ryzyko poniesienia większych (nieplanowanych) kosztów, gdyż każdorazowo to wyłącznie od producenta i jego zaleceń będzie zależało (i nie będzie w tym zakresie w żaden sposób ograniczony) jakie koszty wykonawca poniesie z tytułu aktualizacji (modyfikacji) oprogramowania Tomografu (**przewaga na etapie realizacji umowy**).
- 4.21 W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że przecież sam Zamawiający na potrzeby wyceny wartości zamówienia dla którego prowadzone jest Postępowanie, zobowiązany był ustalić jednoznacznie wartość zamówienia. Tym samym, Zamawiający musi być w posiadaniu informacji w zakresie niezbędnych kosztów realizacji zamówienia (zapewne pozyskanych od producenta Tomografu). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców**.
- 4.22 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 PZP a zapewnienie realnej konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez uwzględnienie żądań Odwołującego i **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń**.
- 4.23 Podsumowując, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia poza samym producentem serwisowanych urządzeń (lub spółkami z nim powiązanymi) **żaden z innych wykonawców nie jest w stanie precyzyjnie ustalić zatem zakresu swojego świadczenia, ani tym bardziej go wycenić** (art. 29 ust. 1 PZP). Jedynymi podmiotami faworyzowanymi przez takie ukształtowanie zapisów SIWZ pozostają zatem podmioty z grupy kapitałowej Siemens (art. 29 ust. 2 PZP).
- 4.24 W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia ile i jakie aktualizacje i modyfikacje będą niezbędne w okresie 12 miesięcy realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkownika serwisowanego Tomografu, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.

4.25 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuję o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

5. ZARZUTY DOTYCZĄCE KRYTERIUM OCENY OFERT PARAMETRY JAKOŚCIOWE SPROWADZAJĄCEGO SIĘ DO POSIADANIA AUTORYZACJI PRODUCENTA TOMOGRAFU

5.1 W zakresie Zadania nr 2 przewidziane zostały następujące kryteria oceny ofert: cena – 60%, parametry jakościowe – 25% oraz czas naprawy – 15%.

5.2 W odniesieniu do kryterium *Parametry jakościowe*, Zamawiający wskazał, że parametry podlegające ocenie znajdują się w załączniku nr 1A do SIWZ.

5.3 Zgodnie z załącznikiem nr 1A do SIWZ dla Zadania nr 2, parametrem jakościowym podlegającym ocenie ma być przedłożenie *dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia oraz dostęp do wszystkich części zamiennych i oprogramowania serwisowego*.

Dowód: Załącznik nr 1A do SIWZ – parametry podlegające ocenie jakościowej (*Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania*)

5.4 W kontekście powyższego, należy stwierdzić, że **kryterium oceny ofert w Postępowaniu stanowi w istocie posiadanie przez wykonawcę aktualnej pisemnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych Tomografu.**

5.5 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanego kryterium z zasadami równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, a także z zakazem formułowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy.

Naruszenie art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP

5.6 W pierwszej kolejności należy wskazać, że w obecnej sytuacji **to w istocie producent sprzętu decyduje o przyznaniu (lub nieprzyznaniu) ofertom 25% liczby możliwych do zdobycia punktów.** Tylko bowiem podmioty, którym udzieli on swojej autoryzacji do wykonywania czynności serwisowych tomografu komputerowego, otrzymają punkty w kryterium *Parametry jakościowe*.

5.7 Powyższe powoduje, że **sytuacja Odwołującego w Postępowaniu** (i innych podmiotów niebędących bezpośrednio powiązanych z Siemens) **w istocie zależy od decyzji biznesowych**

podejmowanych przez konkurujący z nim podmiot. To bowiem producent sprzętu ma decydujący wpływ na to, oferta którego wykonawcy zostanie wybrana.

- 5.8 W ocenie Odwołującego, taka sytuacja jest niedopuszczalna. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17: ***takie ukształtowanie wymagań przez Zamawiającego dotyczące zarówno wymagania posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia oświadczenia producenta określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejściu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której to producent sprzętu będzie decydował o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Prowadzi to do wniosku, na co również wskazywał Odwołujący, że to nie Zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów udzielą stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.***
- 5.9 Warto przy tym wskazać, że przedmiotowe ograniczenie konkurencji w Postępowaniu mogłoby czysto teoretycznie zostać uznane za zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych o tyle, o ile znalazłoby ono oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego (które musiałyby w takim przypadku zostać wyczerpująco wskazane w SIWZ).
- 5.10 Należy jednak podkreślić, że taka sytuacja w żadnym wypadku nie zachodzi w niniejszym stanie faktycznym.
- 5.11 Powyższego dowodzi w szczególności fakt, że Odwołujący, pomimo nieposiadania autoryzacji udzielonej przez producenta, z powodzeniem realizował w przeszłości usługi analogiczne do tych objętych Zadaniem nr 2 niniejszego Postępowania.

Dowód: Listy referencyjne wystawione na rzecz Odwołującego (*Załącznik nr 14 do niniejszego odwołania*)

- 5.12 Warto również zauważyć, że aby w ogóle móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie w zakresie Zadania nr 2, wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat wykonali co najmniej dwie usługi serwisowe dotyczące serwisowania tomografów komputerowych o wartości co najmniej 400 tys zł każda (zob. Rozdział V ust. 1 SIWZ).
- 5.13 Innymi słowy, Zamawiający i tak zabezpieczył już należycie swój interes, pozwalając wziąć udział w Postępowaniu wyłącznie tym wykonawcom, którzy posiadają stosowne doświadczenie w realizacji analogicznych usług.
- 5.14 Powyższe nakazuje przyjąć, że kryterium oceny ofert w zakresie udzielonej przez producenta autoryzacji w rzeczywistości nie ma jakiegokolwiek praktycznego znaczenia dla Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, stanowi ono wyłącznie sztuczną barierę, mającą

uniemożliwić złożenie konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez innych niż producent Tomografu wykonawców.

- 5.15 Ponadto, należy wskazać, że zupełnie niezrozumiałe jest przyznawanie przez Zamawiającego punktów ofertom w oparciu o przedłożenie przez wykonawców dokumentu potwierdzającego dostęp do wszystkich części zamiennych i oprogramowania serwisowego.
- 5.16 W pierwszej kolejności, **nie jest nawet jasne kto ma być wystawcą takiego dokumentu.** Jeżeli, jak się wydaje, Zamawiający zdaje się oczekiwać dokumentu wystawionego przez producenta Tomografu, to wskazać należy, że wymaganie takie mogłoby ewentualnie mieć sens wyłącznie wówczas gdyby producent stosował restrykcje w zakresie sprzedaży części zamiennych do produkowanych przez siebie aparatów.
- 5.17 Formułując przedmiotowe wymaganie, Zamawiający nie wziął również pod uwagę okoliczności, że **części zamienne są ogólnodostępne na wolnym rynku, a producent aparatów nie jest jedynym podmiotem zajmującym się ich sprzedażą.** Stąd też oczekiwanie aby to akurat ten podmiot wystawił dokument potwierdzający dostępność części dla wykonawców stanowi wyłącznie **wyraz nieuprawnionego zrzeczenia się przez Zamawiającego roli gospodarza Postępowania.**
- 5.18 W zakresie natomiast dokumentu potwierdzającego dostęp wykonawcy do oprogramowania serwisowego, to należy wskazać, że co do zasady takim dokumentem będzie umowa licencyjna zawarta z producentem Tomografu.
- 5.19 Jednocześnie, zupełnie nieuprawnione jest wymaganie jej przez Zamawiającego już na etapie składania ofert, bowiem posiadanie jej będzie konieczne dopiero na etapie realizacji umowy. **Co za tym idzie, obligowanie wykonawców aby zawarli z producentem umowę licencyjną na dostęp do oprogramowania, którego w przypadku braku uzyskania zamówienia nigdy nie użyją, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności.**
- 5.20 Warto zauważyć, że sam Zamawiający zdaje się być świadomy tego problemu, bowiem w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wskazał wprost, że **nieautoryzowany wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć stosowną umowę licencyjną w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego** (Załącznik nr 1.2 do SIWZ, Rozdział V Części zamienne pkt 5).
- 5.21 Powyższe uwidacznia niekonsekwencję Zamawiającego. Z jednej strony, wymaga on od wykonawców przedłożenia umowy licencyjnej już wraz z ofertą (aby móc otrzymać punkty w kryterium *Parametry jakościowe*), a z drugiej – oczekuje jej przedłożenia od każdego wykonawcy w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 5.22 **Oznacza to, że kryterium oceny ofert opiera się w istocie wyłącznie o moment, w którym dany wykonawca zawrze umowę licencyjną z producentem.** Każdy wykonawca będzie bowiem musiał przedłożyć umowę licencyjną aby zawrzeć umowę z Zamawiającym – ale o ile zrobi to przed upływem terminu składania ofert, to jego oferta dostanie 25 pkt. Biorąc zaś pod uwagę, że dla Zamawiającego zupełnie irrelevantne jest czy wykonawca składając ofertę będzie już

dysponował stosowną licencją, to należy uznać kryterium w tym zakresie za niezwiązane z przedmiotem zamówienia.

- 5.23 Na marginesie, warto wskazać, że skoro Zamawiający jest świadomy, że aby w pełni korzystać z Tomografu po wygaśnięciu gwarancji konieczne jest dysponowanie oprogramowaniem serwisowym do niego, to mógł (a nawet powinien) nabyć takie oprogramowanie we własnym zakresie, już w momencie zakupu sprzętu. W takim przypadku, możliwe byłoby poczynienie istotnych oszczędności. Przykładowo, podczas gdy koszt rocznego dostępu do oprogramowania, uwzględniany przez wykonawców w ofertach na obsługę serwisową wynosi około 30.000 PLN, to koszt nielimitowanego czasowo dostępu dla Zamawiającego wynosi niecałe 140.000 PLN. Oznacza to, że w cyklu życia sprzętu, znacząco dłuższym niż 3-4 lata, pojawią się oszczędności dla Zamawiającego w tym zakresie.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu na bezterminowy dostęp do oprogramowania – Szpital w Słupsku (*Załącznik nr 15 do niniejszego odwołania*)

Naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 PZP

- 5.24 Ponadto, należy wskazać, że mimo iż zamawiający ma swobodę w ustalaniu kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu, to jednak nie jest to swoboda nieograniczona. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, **kryteria te muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a także zgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, w szczególności z zasadą równego traktowania.**
- 5.25 Przejawem ścisłego związania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a nie podmiotami biorącymi udział w postępowaniu, jest art. 91 ust. 3 PZP, który wskazuje wprost, iż kryteria te nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.
- 5.26 Problematyka ta została poruszona w opinii opracowanej przez Urząd Zamówień Publicznych, w której zaznacza się, że „należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy PZP stosowanie przy wyborze najkorzystniejszej oferty takich kryteriów oceny ofert jak doświadczenie wykonawcy, czy też posiadanie przez wykonawcę znajomości określonej branży”⁵.
- 5.27 Również Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się na temat kryteriów, które należy rozumieć jako odnoszące się do właściwości wykonawcy.

⁵ Opinia UZP „Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia” dostępna pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/kryteria-oceny-ofert-a-warunki-udzialu-w-postepowaniu-w-kontekście-wymagania-przez-zamawiającego-od-wykonawcow-określonego-doswiadczenia>

- 5.28 Tytułem przykładu można w tym miejscu przywołać wyrok KIO z 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1362/08). Stwierdzono w nim, iż „przyznanie punktacji za posiadanie lub wdrażanie certyfikatów ISO 9001 i 14000 jest w rzeczywistości przyznaniem punktów za właściwość ekonomiczną wykonawcy, gdyż zarządzanie jakością jest własnością ekonomicznie wymierną danego przedsiębiorstwa. Normy te w żaden sposób nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, tj. wywozu i utylizacji odpadów, ale do właściwości samego przedsiębiorstwa i jego wizerunku na danym rynku”.
- 5.29 Innymi słowy, w ocenie Izby, **o ile posiadanie certyfikatu (nawet wydawanego przez niezależny podmiot) dotyczy sposobu w jaki wykonawca prowadzi działalność na rynku, to należy uznać je za niedozwolone kryterium oceny ofert odnoszące się do jego właściwości.**
- 5.30 Analogiczna sytuacja ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. W ocenie Odwołującego, **kryterium „Parametry jakościowe”, rozumiane jako posiadanie aktualnej autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej Tomografu, nie odnosi się bowiem do przedmiotu zamówienia, a do właściwości wykonawcy, tj. jego wiarygodności technicznej** (w ocenie Zamawiającego).
- 5.31 Warto przy tym wskazać, że „autoryzacja” nie jest pojęciem prawnym i nie ma definicji legalnej. Według Słownika Języka Polskiego jest to wyłącznie “zezwolenie producenta na prowadzenie działalności w jego imieniu”. Innymi słowy, ubieganie się o autoryzację jest wyrazem pewnej decyzji biznesowej, którą dany podmiot podejmuje w zakresie współpracy z producentem określonego sprzętu.
- 5.32 Z jednej bowiem strony, możliwość prowadzenia działalności w imieniu producenta bowiem wiąże się z pewnymi korzyściami, takimi jak umieszczanie informacji o autoryzowanym podmiocie na stronie internetowej producenta czy możliwość korzystania z jego marki. Z drugiej zaś, **autoryzacja powoduje także określone ograniczenia dla podmiotu, który ją uzyskuje, a które są związane głównie z obowiązkiem niedziałania na szkodę firmy podmiotu jej udzielającego, w tym przede wszystkim – zaprzestania prowadzenia wobec niego działalności konkurencyjnej. Innymi słowy, uzyskanie autoryzacji wiąże się z przejściem z relacji horyzontalnej z producentem (konkurencja) na relację wertykalną (podporządkowanie).**
- 5.33 Powyższe pokazuje, iż autoryzacja w rzeczywistości opisuje wyłącznie sposób współpracy między producentem a podmiotami chcącymi prowadzić działalność w jego imieniu. Podobnie zatem jak w przypadku ww. norm ISO odnosi się ona do właściwości samego przedsiębiorstwa i jego wizerunku na danym rynku. Oznacza to, że jej (nie)posiadanie nie powinno być weryfikowane w ramach kryteriów oceny ofert.
- 5.34 Co więcej, jak zostało wskazane powyżej, uzyskanie autoryzacji jest procesem o dalej idących konsekwencjach niż otrzymanie potwierdzenia zgodności procedur z normą ISO. O ile bowiem instytucje certyfikujące w zakresie ISO wydają zaświadczenia na rzecz podmiotów po spełnieniu przez nie określonych, znanych wcześniej warunków (swoista *decyzja związana*), **to udzielenie autoryzacji pozostaje w sferze dyskrecyjnych uprawnień podmiotu jej udzielającego.** Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym aby udzielać autoryzacji każdemu

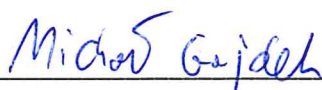
zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to – tak jak Odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego.

- 5.35 Co przy tym równie istotne, raz udzieloną autoryzację można w każdym momencie odwołać. Warto zaś wskazać, że weryfikacja posiadania przez wykonawców autoryzacji producenta będzie dokonywana w momencie upływu terminu składania ofert w Postępowaniu, a nie w momencie rozpoczęcia realizacji umowy. Innymi słowy, możliwa jest sytuacja, w której wykonawca, który otrzymał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, realizując umowę nie będzie już autoryzowanym podmiotem. W ocenie Odwołującego, dowodzi to wprost, że kwestionowane kryterium nie jest związane z przedmiotem zamówienia.
- 5.36 Niezależnie od powyższego, warto podkreślić, że jak zostało wskazane powyżej, posiadanie autoryzacji producenta nie ma wpływu na faktyczną zdolność należytego wykonania danego zamówienia. Możliwa jest bowiem należyta realizacja zamówienia we własnym imieniu, a nie w imieniu producenta.
- 5.37 Co więcej, także w przepisach prawa próżno szukać jakiegokolwiek obowiązku posiadania autoryzacji do serwisowania sprzętu medycznego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13, *„przepisy art. 90 ust. 3-5 [Ustawy o wyrobach medycznych – przypis Odwołującego] skierowane są do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności”. Ponadto, w przywołanej uchwale podkreślono, iż przepis Ustawy o wyrobach medycznych wskazuje na możliwość wykonania usług serwisowania aparatury medycznej nie tylko przez producenta (podmiot przez niego autoryzowany), **ale też przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami”**.*
- 5.38 Powyższe tym bardziej uwypukla, że autoryzacja nie wpływa na techniczną możliwość wykonania zamówienia, a odnosi się jedynie do strategii działalności danego podmiotu i jego wizerunku na rynku. Wobec powyższego, jako kryterium podmiotowe w rozumieniu art. 91 ust. 3 PZP powinno zostać ono wyeliminowane z Postępowania.

6. WNIOSEK KOŃCOWY

- 6.1 Wnoszę jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego



apl. adw. Michał Gajdek

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla p. Agnieszki Weiner.
- 3) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla apl. adw. Michała Gajdka.
- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 5) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 6) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 w Postępowaniu.
- 7) Projekt umowy dla Zadania nr 2 w Postępowaniu.
- 8) Wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu z dnia 22 maja 2019 r.
- 9) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Szpital w Limanowej.
- 10) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Szpital w Jaśle.
- 11) Wyciąg z prezentacji przygotowanej przez firmę Siemens dotyczącej systemu Syngo.via, Slajd 6.
- 12) Zrzut z ekranu strony internetowej firmy Siemens.
- 13) Załącznik nr 1A do SIWZ – parametry podlegające ocenie jakościowej.
- 14) Listy referencyjne wystawione na rzecz Odwołującego.
- 15) Ogłoszenie o zamówieniu na dostęp do oprogramowania – Szpital w Słupsku.
- 16) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.

