

Warszawa, 21 stycznia 2019 roku

Do:

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

Zamawiający:

Szpital Pomorskie Sp. z o. o.
ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia
faks: +48 58 726 03 38
e-mail: zp@szpitalpomorskie.eu
eszczesna@szpitalpomorskie.eu

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
faks: +48 22 557 76 01
e-mail: michal.gajdek@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 firmy Siemens”, znak D25M/251/N/2-2rj/19, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 007-012003 w dniu 10 stycznia 2019 roku („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 z 21 stycznia 2019 roku, które załączam do niniejszego odwołania, **zaskarżam czynność podjętą przez Szpitale Pomorskie Sp. z o. o. (adres: ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia) („Zamawiający”) polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, utrudniający uczciwą konkurencję oraz z brakiem dopuszczenia rozwiązań równoważnych poprzez (i) objęcie jednym zamówieniem świadczenia usług serwisowych tomografu komputerowego oraz stacji opisowej, (ii) brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, (iii) brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ochrony antywirusowej urządzeń, (iv) wprowadzenie wymagania aby osoby wykonujące czynności serwisowe posiadały uprawnienia potwierdzone przez producenta sprzętu (szkolenia, certyfikaty, zaświadczenia), (v) wprowadzenie wymagania przedstawienia zgody lub dopuszczenia producenta sprzętu do zastosowania części zamiennej przy naprawie lub przeglądzie oraz udokumentowania pochodzenia części zamiennej (vi) wprowadzenie obowiązku informacyjnego w zakresie posiadania przez wykonawców pisemnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych dla aparatury medycznej firmy Siemens.**

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

1. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 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 wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane wskutek objęcia jednym zamówieniem obsługi serwisowej zarówno tomografu komputerowego Somatom Definition AS64, jak i stacji opisowej Syngo.via, **podczas gdy** nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące objęcie obsługi serwisowej obu urządzeń jednym zamówieniem, zaś w przypadku gdyby obsługa serwisowa stacji opisowej Syngo.via została wydzielona do odrębnej części zamówienia, to ofertę na obsługę serwisową tomografu komputerowego Somatom Definition 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 wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie (i) aktualizacji software’u oraz modyfikacji urządzenia, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów), (ii) obowiązku posiadania przez osoby realizujące przedmiot zamówienia uprawnień potwierdzonych przez producenta sprzętu, w postaci certyfikatów, zaświadczeń oraz szkoleń (ich liczby, zakresu oraz kosztów) oraz (iii) informacji w zakresie

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

posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania antywirusowego i jego kompatybilności z pozostałym oprogramowaniem zainstalowanym na sprzęcie, podczas gdy są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do producenta serwisowanych aparatów i 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 bezpośredni producent serwisowanych aparatów (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 (i) uwzględnienia w oferowanej cenie kosztów wymaganych przez producenta aktualizacji software'u i modyfikacji sprzętu, (ii) kosztów zdobycia stosownych uprawnień przez inżynierów serwisujących urządzenia Zamawiającego, (iii) zapewnienia kompatybilności oprogramowania antywirusowego z pozostałym oprogramowaniem zainstalowanym na sprzęcie oraz (iv) posiadania zgody lub dopuszczenia producenta sprzętu do zastosowania części zamiennej przy naprawie lub przeglądzie, 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. 29 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący konkretnie podmiot (tj. producenta aparatów - Siemens), który będzie przeprowadzał szkolenia (wydawał certyfikaty, zaświadczenia) osób wykonujących czynności serwisowe w imieniu wykonawcy w ramach realizacji umowy z Zamawiającym bez zapewnienia jakiegokolwiek równoważności w tym zakresie i dopuszczenia także innych podmiotów uprawnionych do przeszkolenia tych osób, co dodatkowo stanowi wymaganie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien zezwolić na to, aby osoby serwisujące aparaty Zamawiającego mogły być równie dobrze przeszkolone przez inne podmioty (niekoniecznie tylko przez producenta serwisowanych aparatów) posiadające doświadczenie w szkoleniu osób serwisujących te aparaty,
5. **art. 25 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez wymaganie aby wykonawcy składając ofertę w Postępowaniu oświadczyli czy posiadają pisemną autoryzację producenta na wykonywanie czynności serwisowych dla aparatury medycznej firmy Siemens, podczas gdy jest to okoliczność irrelevantna w kontekście przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, bowiem żadne przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie zobowiązują wykonawców do posiadania takiej autoryzacji, zaś Zamawiający nie sformułował w tym zakresie warunków udziału w Postępowaniu ani pozacenowych kryteriów oceny ofert,
6. **art. 25 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez wymaganie aby wykonawcy każdorazowo dokumentowali pochodzenie części zamiennych stosowanych przy wykonywaniu umowy, podczas gdy jest to okoliczność irrelevantna w kontekście przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem, a ponadto Zamawiający wymaga stosowania nowych, oryginalnych i w oryginalnych opakowaniach części zamiennych i komponentów, co stanowi wystarczające

zabezpieczenie jego interesów, zaś konieczność dokumentowania pochodzenia części może doprowadzić do ujawnienia danych dostawców, od których są one pozyskiwane konkurentom wykonawcy realizującego umowę.

W związku z powyżej 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 Postępowaniem poprzez podział zamówienia na dwie części, bez konieczności składania ofert na wszystkie części zamówienia, tj.:

Część 1 - Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 w lokalizacji w Gdyni przy ul. Powstania Styczniowego 1.

Część 2 – Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usług serwisowych stacji opisowej Syngo.via firmy Siemens w lokalizacji w Gdyni przy ul. Powstania Styczniowego 1.

wraz ze szczegółowym wskazaniem, jakie elementy i czynności składają się na realizację każdej z części zamówienia.

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje*, wiersz pierwszy tabeli oraz załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje i ochrona antywirusowa*, wiersz pierwszy tabeli) **poprzez wykreślenie** następującego zapisu: *Wykonanie zalecanych przez producenta: aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia,*

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje*, wiersz pierwszy tabeli oraz załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje i ochrona antywirusowa*, wiersz pierwszy tabeli) **poprzez doprecyzowanie wymagań** w zakresie aktualizacji oprogramowania i modyfikacji urządzenia, 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 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje i ochrona antywirusowa*) **poprzez doprecyzowanie przedmiotu zamówienia** w zakresie systemu antywirusowego, w szczególności poprzez wskazanie posiadanego obecnie przez Zamawiającego systemu antywirusowego oraz opisanie na czym ma polegać działanie wykonawcy w tym zakresie (np. dostawa nowego systemu / utrzymanie obecnie zainstalowanego systemu / utrzymanie obecnie zainstalowanego systemu wraz z aktualizacjami oraz modyfikacjami).
6. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** z Formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ – pkt 12) oraz Wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ - §3 ust. 15) informacji o posiadaniu lub nieposiadaniu przez wykonawcę aktualnej pisemnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych dla aparatury medycznej firmy Siemens.
7. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści § 2 ust. 5 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) poprzez wprowadzenie **zamiast następującego zapisu:**

Wykonawca zobowiązuje się do stosowania w czasie przeglądów i napraw wyłącznie fabrycznie nowych, oryginalnych części zamiennych, dostarczonych w oryginalnych opakowaniach. Nie jest dozwolone dostarczanie i stosowanie zamienników dla części oryginalnych.

Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy udokumentowania pochodzenia części, zgody lub dopuszczenia producenta sprzętu do jej zastosowania przy naprawie lub przeglądzie.

zapisu o treści:

Wykonawca zobowiązuje się do stosowania w czasie przeglądów i napraw wyłącznie fabrycznie nowych, oryginalnych części zamiennych, dostarczonych w oryginalnych opakowaniach. Nie jest dozwolone dostarczanie i stosowanie zamienników dla części oryginalnych.

8. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści § 2 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) poprzez wprowadzenie **zamiast następującego zapisu:**

Wykonawca oświadcza, że osoby bezpośrednio uczestniczące w realizacji zamówienia posiadają doświadczenie i kwalifikacje gwarantujące należyte i fachowe wykonywanie usług, w szczególności posiadają uprawnienia potwierdzone przez producenta sprzętu (szkolenia, certyfikaty, zaświadczenia). Jeżeli dokumenty poświadczające posiadanie kwalifikacji przez osoby bezpośrednio uczestniczące w realizacji Umowy utracą ważność w okresie jej trwania, Wykonawca odnowi je na własny koszt.

zapisu o treści:

Wykonawca oświadcza, że osoby bezpośrednio uczestniczące w realizacji zamówienia posiadają doświadczenie i kwalifikacje gwarantujące należyte i fachowe wykonywanie usług, w szczególności posiadają uprawnienia potwierdzone przez podmiot prowadzący szkolenia dla osób serwisujących aparaty od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

lub alternatywnie:

Wykonawca oświadcza, że osoby bezpośrednio uczestniczące w realizacji zamówienia posiadają doświadczenie i kwalifikacje gwarantujące należyte i fachowe wykonywanie usług. Wszystkie czynności serwisowe wykonywane będą przez osoby posiadające aktualne przeszkolenie.

9. 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 007-012003 w dniu 10 stycznia 2019 roku. 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 w zw. z art. 14 ust. 2 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 3** do niniejszego odwołania).

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).

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, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu, może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Postępowaniu. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia oraz innych dokumentów Postępowania, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości zaoferowania swoich usług w ramach niniejszego zamówienia. Dopiero uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu w ramach Postępowania.

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

UZASADNIENIE:

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1. Szpitale Pomorskie Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni („Zamawiający”) prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 firmy Siemens” („Postępowanie”).
- 1.2. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego wraz ze stacją opisową Syngo.via (oba urządzenia produkcji firmy Siemens) (zob. załącznik nr 2 do SIWZ).
- 1.3. Umowa będąca przedmiotem zamówienia zostanie zawarta na okres 36 miesięcy (zob. rozdział V SIWZ).
- 1.4. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie są zobowiązani wskazać w Formularzu ofertowym sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ łączną cenę ofertową brutto za realizację usługi serwisowania danego aparatu. Cena ta musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SIWZ (zob. rozdział XVI, punkt 1-2 SIWZ).
- 1.5. Cena ofertowa wskazana przez wykonawcę znajdzie bezpośrednie przełożenie na wysokość wynagrodzenia zgodnie z zawartą umową, zaś wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy (zob. §6 ust. 1-4 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ).

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (*Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania*).

2. WPROWADZENIE DO ZARZUTÓW ODWOŁANIA

- 2.1 Na wstępie, warto zauważyć, że choć wprawdzie zarzuty niniejszego odwołania odnoszą się do różnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia, to jednak posiadają one pewne cechy wspólne.
- 2.2 Z uwagi na powyższe, w pierwszej kolejności Odwołujący przedstawi uniwersalne argumenty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP. Następnie zaś, omówione zostaną szczegółowo zarzuty odwołania dotyczące konkretnych, zaskarżonych niniejszym odwołaniem, zapisów SIWZ.

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

- 2.3 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że określone zapisy **OPZ są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**
- 2.4 W tym kontekście, Odwołujący kwestionuje następujące zapisy SIWZ obowiązującej w Postępowaniu:
- a) obowiązek wykonania przez wykonawcę „*zalecanych przez producenta: aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia*” (załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje*, wiersz pierwszy tabeli oraz załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje i ochrona antywirusowa*, wiersz pierwszy tabeli),
 - b) obowiązek posiadania przez osoby bezpośrednio uczestniczące w realizacji zamówienia „*uprawnień potwierdzonych przez producenta sprzętu (szkolenia, certyfikaty, zaświadczenia)*” (załącznik nr 6 do SIWZ – wzór umowy, § 2 ust. 2),
 - c) opis przedmiotu zamówienia w zakresie systemu antywirusowego, w szczególności obowiązek spełniania przez system „*wymagań producenta urządzenia medycznego w zakresie kompatybilności z oprogramowaniem syngo*” (załącznik nr 2 do SIWZ, sekcja: Somatom Definition AS64, punkt *Modyfikacje i ochrona antywirusowa*, wiersz trzeci tabeli).
- 2.5 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. producenta serwisowanych aparatów).

- 2.6 Po drugie, Zamawiający oczekuje, że osoby bezpośrednio uczestniczące w realizacji zamówienia będą posiadały „*uprawnienia potwierdzone przez producenta sprzętu (szkolenia, certyfikaty, zaświadczenia)*”. Zamawiający nie precyzuje jednak o jakie konkretnie **uprawnienia** chodzi. Również i w tym przypadku, w świetle zapisów OPZ, aby w ogóle móc złożyć ofertę w Postępowaniu, konieczne jest **uprzednie zwrócenie się do producenta sprzętu** z prośbą o przekazanie wyczerpującej informacji dotyczącej wszystkich organizowanych przez niego szkoleń i wydawanych certyfikatów.
- 2.7 Po trzecie wreszcie, mimo iż Zamawiający wskazał w SIWZ, że przedmiot zamówienia obejmuje ochronę antywirusową sprzętu, to nie sprecyzował w żaden sposób **na czym mają polegać czynności wykonawcy w tym zakresie**. W szczególności, Zamawiający nie określił czy wymaga od wykonawcy utrzymania obecnie posiadanego przez Zamawiającego systemu (a jeżeli tak – to jaki jest to system oraz jakie działania mają zostać objęte zamówieniem: utrzymanie systemu, jego dalszy rozwój, itp.) czy też intencją Zamawiającego jest aby wykonawca dostarczył mu nowy system (w tym przypadku, również brak sprecyzowania stosownego zakresu zamówienia). Zamawiający wskazał wyłącznie, że system antywirusowy ma „*spełniać wymagania producenta urządzenia medycznego w zakresie kompatybilności z oprogramowaniem syngo*”. **Z oczywistych względów, wiedzę w tym zakresie posiada wyłącznie producent**.
- 2.8 Tym samym, we wszystkich trzech powyższych przypadkach, Zamawiający wbrew obowiązкови 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.
- 2.9 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**.
- 2.10 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*

MG

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).

- 2.11 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 serwisowanych aparatów z prośbą o wskazanie (i) planowanej liczby aktualizacji i modyfikacji sprzętu (oraz ich kosztów), (ii) możliwych do uzyskania przez inżynierów szkoleń, certyfikatów oraz zaświadczeń (oraz ich kosztów) oraz (iii) danych dotyczących kompatybilności oprogramowania zainstalowanego na sprzęcie z dostępnym na rynku oprogramowaniem antywirusowym.
- 2.12 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych aparatów nie będzie miało przy tym charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym, **całe ryzyko wystąpienia np. większej liczby aktualizacji (modyfikacji), konieczności przeprowadzenia większej liczby szkoleń (uzyskania dodatkowych certyfikatów i zaświadczeń) dla inżynierów lub też zakupu specjalistycznego systemu antywirusowego (tak aby zapewnić jego kompatybilność z oprogramowaniem syngo.via) będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń.**
- 2.13 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.**
- 2.14 Warto też zwrócić uwagę, że brak precyzji Zamawiającego 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

- 2.15 Ponadto, w ocenie Odwołującego, oprócz wszystkich przywoływanych powyżej wymagań, dodatkowo następujące zapisy SIWZ w sposób wyraźny utrudniają uczciwą konkurencję w Postępowaniu, ponieważ w **uprzywilejowanej sytuacji stawiają one producenta serwisowanych urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane** (np. Siemens Healthcare Sp. z o.o.):
- a) objęcie jednym zamówieniem świadczenia usług serwisowych zarówno tomografu komputerowego Somatom Definition AS64, jak i stacji opisowej syngo.via (uzasadnienie w tym zakresie zostało przedstawione w odrębnym punkcie niniejszego odwołania),
 - b) wymaganie przedstawienia zgody lub dopuszczenia producenta sprzętu do zastosowania części zamiennej przy naprawie lub przeglądzie (§ 2 ust. 5 wzoru umowy - załącznik nr 6 do SIWZ).
- 2.16 Co oczywiste bowiem, podmioty te będą posiadały, przykładowo zarówno wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji (modyfikacji) jak również będą miały nieograniczony wręcz dostęp do personelu „przeszkolonego” i „certyfikowanego” przez producenta aparatów. Z oczywistych względów, to również te podmioty nie będą miały kłopotów z przedstawieniem „zgody producenta” na zastosowanie określonej części zamiennej.
- 2.17 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**).
- 2.18 Co więcej, nie można wykluczyć, że także na etapie oceny ofert złożonych w Postępowaniu, podmioty te (ponownie) znajdą się w lepszej pozycji niż inni wykonawcy, ponieważ na podstawie przyjętych (i znanych wyłącznie im) kosztów związanych z aktualizacjami (modyfikacjami) czy szkoleniem (certyfikatami) inżynierów będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 2.19 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 aparatów będzie zależało (i nie będzie w tym zakresie w żaden sposób ograniczony) jakie koszty wykonawca poniesie z tytułu aktualizacji (modyfikacji) oprogramowania aparatów czy przeszkolenia swoich inżynierów. Ponadto, to w istocie producent zdecyduje o możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, tj. użycia przy naprawie sprzętu określonej części zamiennej (**przewaga na etapie realizacji umowy**).
- 2.20 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 serwisowanych aparatów). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców**.

2.21 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**.

3. ZARZUT DOTYCZĄCY OBJĘCIA JEDNYM ZAMÓWIENIEM OBSŁUGI SERWISOWEJ TOMOGRAFU KOMPUTEROWEGO ORAZ STACJI OPISOWEJ

3.1 Na wstępie należy zauważyć, że podział zamówienia na części sugeruje 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. 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.

3.2 Podobnie, art. 36aa ust. 1 PZP wskazuje, że zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, określając zakres i przedmiot tych części. Oczywiście, kwestię tę ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Jednakże ta decyzja, mająca istotne znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności dla umożliwienia udziału w postępowaniu szerszemu gronu zainteresowanych podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia (dających rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia), nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części.

3.3 **Swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest bowiem zasadą uczciwej konkurencji**. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, a w niniejszym Postępowaniu - co do braku podziału na części - nie narusza konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

3.4 Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Nie należy również zapominać, iż decyzja zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj.

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

zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 PZP, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (por. wyrok KIO z 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 920/17).

- 3.5 W niniejszym Postępowaniu, właśnie z uwagi na brak podziału zamówienia na części, ograniczono możliwość (a wręcz: uniemożliwiono) składanie konkurencyjnych ofert przez podmioty niebędące producentami tomografu komputerowego, co jednoznacznie ogranicza (likwiduje) uczciwą konkurencję w Postępowaniu. Zupełnie bezzasadnie Zamawiający uznał, że nie ma konieczności podzielenia zamówienia na części, nie biorąc pod uwagę szeregu elementów, które wpływają na możliwość uczestnictwa w Postępowaniu przez wykonawców - takich jak Odwołujący – którzy nie są producentem tomografu ani podmiotem z nim powiązany.
- 3.6 Gdyby Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części, to Odwołujący mógłby złożyć ofertę w części dotyczącej serwisowania tomografu komputerowego, a później należycie ją realizować – w czym posiada bogate doświadczenie. Pozostawiając zapisy SIWZ (a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia) w obecnym kształcie, zamyka się natomiast dostęp do uzyskania zamówienia wykonawcom niebędącymi producentami sprzętu (lub podmiotem z nim powiązanymi).
- 3.7 Zwrócić należy uwagę na to, że inni zamawiający dokonywali już zakupu tożsamyh usług, rozdzielając przedmiot zamówienia na odrębne części, w szczególności w zakresie serwisowania tomografu komputerowego. Jako przykład można podać 2 szpitale – w Jaśle i w Limanowej, w których to, przy tym samym przedmiocie zamówienia, dokonano podziału zamówienia na części, co pozwoliło złożyć Odwołującemu konkurencyjną ofertę wobec oferty producenta sprzętu.

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 5 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 6 do niniejszego odwołania**)

- 3.8 Należy więc podkreślić, iż decyzja Zamawiającego dotycząca braku podziału zamówienia na części nie odnosi się w żaden sposób do kosztów, trudności technicznych czy też koordynacji działań wykonawców – skoro inni zamawiający mogą dokonać i dokonują czynności podziału tożsamego zamówienia na części. Oznacza to, iż tego rodzaju przesłanki nie występują w sprawie. Dlatego też, za niezasadne należy uznać stworzenie opisu przedmiotu zamówienia, który poprzez brak rozdzielenia świadczenia usług serwisowych tomografu komputerowego od

stacji opisowej Syngo.via, utrudnia uczciwą konkurencję i blokuje dostęp do zamówienia Odwołującemu.

- 3.9 Warto przy tym wskazać, że sam producent tomografu komputerowego zaznacza, że system Syngo.via może współpracować z wieloma urządzeniami, aplikacjami czy systemami⁴.
- 3.10 Nie bez znaczenia jest również fakt, że producent tomografu oferuje oddzielne szkolenia dotyczące obsługi systemu Syngo.via⁵, co dowodzi traktuje on ten system jako odrębny element całości, niepowiązany nierozdzielnie z tomografem komputerowym.
- 3.11 **Nie sposób zatem nie zauważyć, że tomograf komputerowy oraz stacja opisowa z systemem Syngo.via stanowią dwa odrębne urządzenia, które mogą działać niezależnie od siebie.** Stanowi to o tym, że przedmiot zamówienia jest podzielny, co w istocie zobowiązuje Zamawiającego do podziału zamówienia na części i sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie czynił zadość wszystkim zasadom wynikającym z przepisów PZP, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.
- 3.12 Prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest przy tym jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wyrażona w art. 29 ust. 2 PZP zasada, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ma chronić ową uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia na równych i uczciwych zasadach dla wszystkich zainteresowanych.
- 3.13 W obecnym kształcie opisu przedmiotu zamówienia, nie rozdzielono usługi serwisowania tomografu komputerowego od stacji opisowej z systemem Syngo.via, co jednoznacznie wskazuje na to, że **potencjalnym wykonawcą zamówienia publicznego, w intencji Zamawiającego, może zostać tylko i wyłącznie jeden podmiot – producent sprzętu.** Powodem ku temu jest fakt, że obsługa serwisowa tomografu komputerowego może być wykonywana przez kilku wykonawców, niezależnych od producenta, podczas gdy oprogramowanie systemu Syngo.via może działać tylko w ścisłej współpracy z serwerami producenta – firmy Siemens.
- 3.14 Należy przy tym podkreślić, że przepisy PZP nie tylko gwarantują Zamawiającemu prawo do swobodnego podziału zamówienia na części, lecz wręcz zachęcają go do podejmowania takich działań, zgodnie z art. 36aa PZP.
- 3.15 Powyższe potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się, iż *naruszenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko bezpośrednio poprzez wskazanie konkretnego produktu lub wykonawcy, ale także przez takie dokonanie opisu, które umożliwia*

⁴ Prezentacja przygotowana przez firmę Siemens dotycząca systemu Syngo.via, Slajd 6, fragment w języku angielskim o treści: „It is flexible: users can customize applications, layouts and workflow”. Tłumaczenie na język polski: „Jest elastyczny: użytkownicy mogą dostosowywać aplikacje, wygląd i sposób przepływu informacji pomiędzy różnymi obiektami biorącymi udział w jej przetwarzaniu”. Prezentacja dostępna pod adresem: <https://www.slideshare.net/AndreaHeck1/distributed-productownerteamsyngo-scandev2013>

⁵ Zob. stronę internetową firmy Siemens: <https://www.healthcare.siemens.pl/akademia/systemy-syngovia>

dostęp do zamówienia jednemu lub kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Przy czym może zdarzyć się tak, że przy braku możliwości składania ofert częściowych opis nawet jednego z wielu zamawianych produktów może spowodować niemożliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty - zgodnej ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała KIO z 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 34/16).

- 3.16 Warto przy tym wskazać, że w analogicznym stanie faktycznym, w wyroku z 31 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1500/17, Izba nakazała **podział zamówienia na części, poprzez wydzielenie usługi dotyczącej systemu 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.
- 3.17 Wreszcie, podział zamówienia na części nie tylko pozwoli Zamawiającemu przestrzegać zasad wyrażonych w PZP (w szczególności dotyczących uczciwej konkurencji), ale również może pozwolić na zakup serwisu pogwarancyjnego po jak najniższej cenie. Taka czynność zdecydowanie powinna leżeć w interesie Zamawiającego. Jeżeli bowiem Zamawiający dokona takiego podziału, to automatycznie zwiększy się liczba podmiotów zainteresowanych świadczeniem obsługi serwisowej tomografu komputerowego, co bezpośrednio przełoży się na ceny zaoferowane w Postępowaniu.
- 3.18 Nie sposób zatem nie zauważyć, że dokonanie podziału na części jest prawidłowe i korzystne nie tylko dla samego rynku zamówień publicznych (otwarcie na uczciwą konkurencję), ale również dla samego Zamawiającego. **Połączenie obsługi serwisowej tomografu komputerowego oraz systemu Syngo.Via w jeden pakiet w istocie uniemożliwia bowiem złożenie oferty wykonawcom niezależnym od producenta, bez uzasadnienia technicznego.**
4. **ZARZUT DOTYCZĄCY AKTUALIZACJI SOFTWARE'U SYSTEMOWEGO I APLIKACYJNEGO ORAZ MODYFIKACJI URZĄDZENIA**
- 4.1 Obecnie zawarty w OPZ wymóg dostarczenia i instalacji wszystkich aktualizacji oraz dokonywania wszelkich modyfikacji sprzętu zalecanych przez producenta aparatu stanowi naruszenie zarówno art. 29 ust. 1 PZP jak i art. 29 ust. 2 PZP, o czym była już wstępnie mowa powyżej.
- 4.2 W tym miejscu warto dodatkowo wskazać już w odniesieniu wyłącznie do kwestii związanej z aktualizacją (modyfikacją) serwisowanych aparatów, że umowa serwisowa zawarta w wyniku Postępowania będzie obowiązywać przez okres 36 miesięcy. Co przy tym istotne, nie jest możliwe ustalenie ile dokładnie aktualizacji (a w szczególności jaki będzie koszt takiej aktualizacji) wykonawca będzie musiał dostarczyć i zainstalować w trakcie realizowania umowy serwisowej. **Nie są bowiem dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego ile nowych wersji**

oprogramowania ukaże się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.

- 4.3 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).
- 4.4 Niezależnie od powyższego, również 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.
- 4.5 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.**
- 4.6 Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych⁶, 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.
- 4.7 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: aparatów) 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.**
- 4.8 Tym samym, aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanego tomografu mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkowania a mimo to, mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.
- 4.9 W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia ile i jakie aktualizacje i modyfikacje będą niezbędne w okresie 36 miesięcy realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkowania serwisowanych aparatów, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.

⁶ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz 211, ze zm.).

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

5. ZARZUT DOTYCZĄCY OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE OCHRONY ANTYWIRUSOWEJ

5.1 Opisane w pkt. 4 powyżej argumenty dotyczą w pełni również systemu antywirusowego, który ma zapewnić wykonawca. W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający wskazuje wyłącznie że wykonawca ma zapewnić *system antywirusowy spełniający wymagania producenta urządzenia medycznego w zakresie kompatybilności z oprogramowaniem syngo (aktualizacje bazy sygnatur wirusów, instalacja pakietów poprawek) - dotyczy tomografu komputerowego.*

5.2 Jednocześnie Zamawiający nie wskazuje, jaki system antywirusowy jest obecnie w posiadaniu przez Zamawiającego, w jakiej formie jest on użytkowany oraz czy działania wykonawcy mają się ograniczyć do utrzymywania obecnego systemu (i w jakim zakresie), czy też wymagana jest dostawa nowego systemu.

5.3 Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 29 ust. 1 PZP.

6. ZARZUT DOTYCZĄCY WYMAGANIA ABY OSOBY WYKONUJĄCE CZYNNOŚCI SERWISOWE POSIADAŁY UPRAWNIENIA POTWIERDZONE PRZEZ PRODUCENTA SPRZĘTU (SZKOLENIA, CERTYFIKATY, ZAŚWIADCZENIA)

6.1 Obecnie zawarty w OPZ wymóg, aby wszystkie czynności serwisowe miały być wykonywane przez inżynierów posiadających uprawnienia potwierdzone przez producenta sprzętu (szkolenia, certyfikaty, zaświadczenia) stanowi naruszenie zarówno art. 29 ust. 1 PZP jak i art. 29 ust. 2 PZP, o czym była już wstępnie mowa powyżej.

6.2 W tym miejscu warto dodatkowo wskazać, że formułując przedmiotowe wymaganie Zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę, producentowi aparatu.

6.3 Zgodnie z wyrokiem KIO z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17: *take 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 przejęciu 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.

- 6.4 Co istotne, Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje o jakie konkretnie uprawnienia mu chodzi – co prowadzi do wniosku, że **producent sprzętu będzie uprawniony do wymagania od inżynierów wykonawcy** posiadania coraz to nowych szkoleń oraz legitymowania się kolejnymi certyfikatami (zaświadczeniami), a wykonawca będzie zmuszony się temu podporządkować.
- 6.5 Nie bez znaczenia pozostaje też sam koszt uzyskania stosownych „uprawnień”, których wartość nie jest znana i jest w pełni uzależniona od **dyskrecjonalnej decyzji producenta aparatów**. W tym zakresie nie można też wykluczyć, że producent aparatów będzie, przykładowo, prowadził szkolenia poza granicami Polski, co może stanowić istotny czynnik wpływający na koszty przeszkolenia inżynierów.
- 6.6 Co istotne, wymóg posiadania *uprawnień potwierdzonych przez producenta sprzętu (szkolenia, certyfikaty, zaświadczenia)* obowiązuje przez cały czas trwania umowy serwisowej, tj. przez okres 36 miesięcy. Tymczasem, szkolenia przeprowadzane przez producenta mogą mieć określony termin ważności np. 1 rok, 6 miesięcy lub nawet krócej – podobnie jak wystawiane przez niego certyfikaty (zaświadczenia). Takiej informacji na próżno szukać w SIWZ. **Nie jest nawet ogóle pewne, czy producent w ogóle przeprowadza takie szkolenia dla pracowników konkurencyjnych podmiotów**
- 6.7 Powyższe oznacza, że **producent aparatów będzie miał decydujący wpływ w zakresie możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia**. Wystarczy bowiem, że szkolenie (certyfikat, zaświadczenie) inżyniera wykonawcy „wygaśnie” (bądź nawet nigdy nie zostanie wydane) aby stwierdzić nienależyte wykonywanie przez niego umowy zawartej w wyniku Postępowania.
- 6.8 W ocenie Odwołującego taka sytuacja jest niedopuszczalna - **możliwość należytego wykonania zamówienia nie powinna bowiem zależeć od decyzji podmiotu trzeciego niezainteresowanego realizacją zamówienia** zwłaszcza, że z powyższym mogą wiązać się dla wykonawcy istotne konsekwencje **daleko wykraczające poza tę konkretną umowę zawartą w trybie PZP** (przesłanki fakultatywne wykluczenia związane z nienależytym wykonaniem umów z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 PZP).
- 6.9 Co więcej, przedmiotowy zapis OPZ narusza dodatkowo art. 29 ust. 3 PZP. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do dopuszczenia rozwiązań równoważnych, w przypadku gdy odnosi się do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
- 6.10 Skoro więc Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że konieczne jest **posiadanie uprawnień wydawanych przez określony podmiot - producenta aparatu**, to powinien również zezwolić na

legitymowanie się stosownymi uprawnieniami nadawanymi przez inne podmioty posiadające odpowiednie doświadczenie (np. 2 letnie) w szkoleniu osób serwisujących omawiane aparaty.

- 6.11 Na marginesie, warto zwrócić uwagę, że kolejnym potwierdzeniem tego, że omawiany wymóg jest nieproporcjonalny, nieprecyzyjny i utrudnia uczciwą konkurencję jest to, że stanowi on wyłącznie „barierę wejścia” dla wykonawców na etapie samego Postępowania. Zamawiający nie przewidział bowiem jakichkolwiek mechanizmów umownych znajdujących zastosowanie na etapie realizacji umowy do oceny tego, czy osoby serwisujące urządzenia rzeczywiście zostały przeszkolone przez producenta aparatów. To potwierdza, że w rzeczywistości wymóg ten nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla Zamawiającego i stanowi on zupełnie niepotrzebną przeszkodę w złożeniu oferty w Postępowaniu przez innych niż producent wykonawców.

7. ZARZUT DOTYCZĄCY WYMAGANIA PRZEDSTAWIENIA ZGODY LUB DOPUSZCZENIA PRODUCENTA SPRZĘTU DO ZASTOSOWANIA CZĘŚCI ZAMIENNEJ PRZY NAPRAWIE LUB PRZEGLĄDZIE

- 7.1 Opisane w pkt. 6 powyżej argumenty dotyczą w pełni również wymagania aby wykonawca przy wymianie jakiegokolwiek części w tomografie każdorazowo przedkładał Zamawiającemu zgodę lub dopuszczenie producenta sprzętu do jej zastosowania.
- 7.2 Również w tym zakresie, Odwołujący wskazuje, że **producentowi sprzętu w istocie zostaje przyznane prawo do decydowania czy wykonawca będzie mógł wykonywać usługę serwisową.**
- 7.3 Ponadto, należy zaznaczyć, że zgodnie z § 2 ust. 5 wzoru umowy „*wykonawca zobowiązuje się do stosowania w czasie przeglądów i napraw wyłącznie fabrycznie nowych, oryginalnych części zamiennych, dostarczonych w oryginalnych opakowaniach*”. Innymi słowy, **interes Zamawiającego w tym zakresie został już należycie zabezpieczony.**
- 7.4 Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający 29 ust. 2 PZP.

8. ZARZUT DOTYCZĄCY POSIADANIA PRZEZ WYKONAWCÓW PISEMNEJ AUTORYZACJI PRODUCENTA NA WYKONYWANIE CZYNNOŚCI SERWISOWYCH DLA APARATURY MEDYCZNEJ FIRMY SIEMENS

- 8.1 Na wstępie należy wskazać, że zarówno w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ – pkt 12), jak i we wzorze umowy (załącznik nr 6 do SIWZ - §3 ust. 15) pojawia się informacja o posiadaniu lub nieposiadaniu przez wykonawcę aktualnej pisemnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych dla aparatury medycznej firmy Siemens. Nie jest przy tym jasne, w jakim celu Zamawiającemu potrzebne jest uzyskanie tej informacji.
- 8.2 Powyższe nakazuje wnioskować, że skoro Zamawiający chce taką wiedzę uzyskać, to najpewniej ma zamiar *przychylniejszym okiem* spojrzeć na wykonawcę legitymującego się takim

uprawnieniem. W przeciwnym bowiem wypadku, nie byłoby konieczności udzielania przez wykonawcę stosownej informacji w tym zakresie.

- 8.3 Innymi słowy, w ten sposób Zamawiający wprowadza niejako dodatkowe, niepunktowane oficjalnie pozacenowe kryterium oceny ofert, co należy uznać za działanie sprzeczne z przepisami PZP, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców.
- 8.4 Jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Zamawiający wskazał, że kwestia ta ma dla niego istotne znaczenie biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia objętego Postępowaniem, Odwołujący wskazuje, że **(nie)posiadanie autoryzacji producenta sprzętu nie ma znaczenia dla możliwości prawidłowego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem.**
- 8.5 Jak bowiem zaznaczyła KIO 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.**
- 8.6 Podobnie w wyroku KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1073/12 wskazano wprost, że Ustawa o wyrobach medycznych „*nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę*”.
- 8.7 Z uwagi na powyższe, udzielenie informacji w tym zakresie jest bezcelowe i niezwiązane z przedmiotem zamówienia objętym Postępowaniem, a zatem wymaganie dokumentów (oświadczeń) dotyczących posiadania autoryzacji producenta sprzętu jest sprzeczne z art. 25 ust. 2 PZP.

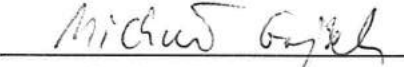
9. ZARZUT DOTYCZĄCY OBOWIĄZKU DOKUMENTOWANIA POCHODZENIA CZĘŚCI ZAMIENNYCH

- 9.1 Opisane w pkt. 8 powyżej argumenty dotyczą w pełni również wymagania aby wykonawca przy wymianie jakiegokolwiek części każdorazowo dokumentował Zamawiającemu jej pochodzenie.
- 9.2 Nie jest jasne, w jakim celu Zamawiający sformułował wskazane wymaganie. W ocenie Odwołującego, może ono służyć wyłącznie poznaniu przez konkurentów danych dostawców zwycięskiego wykonawcy, w trybie dostępu do informacji publicznej w zakresie okoliczności wykonywania umowy podpisanej w wyniku Postępowania.
- 9.3 Ponadto, należy stwierdzić, że interes Zamawiającego jest już należycie zabezpieczony poprzez opisywane powyżej wymaganie sformułowane w § 2 ust. 5 wzoru umowy dotyczące obowiązku stosowania wyłącznie części fabrycznie nowych, oryginalnych i dostarczanych w oryginalnych opakowaniach.

10. WNIOSEK KOŃCOWY

10.1 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 z 21 stycznia 2019 r. od Odwołującego dla apl. adw. Michała Gajdka.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 5) Informacja z otwarcia ofert – Szpital w Jaśle.
- 6) Informacja z otwarcia ofert – Szpital w Limanowej.
- 7) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.