

Warszawa, 22 lutego 2019 roku

Do:

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

Zamawiający:

Szpital Pomorski 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:

r. pr. Tomasza Michalczyka
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: tomasz.michalczyk@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 oraz stacji opisowej Synago.via firmy Siemens w lokalizacji w Gdyni przy ul. Powstania Styczniowego 1”, znak D25M/251/N/5-13rj/19, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 030-067264 w dniu 12 lutego 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 lutego 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:**

- **opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 w sposób nieprecyzyjny, utrudniający uczciwą konkurencję oraz z brakiem dopuszczenia rozwiązań równoważnych** poprzez wymaganie aby osoby wykonujące czynności serwisowe posiadały szkolenie prowadzone lub certyfikowane przez producenta urządzeń będących przedmiotem świadczonych usług spośród szkoleń ogólnie dostępnych na stronie producenta urządzeń,

- **określeniu kryteriów oceny ofert w zakresie Zadania nr 1 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 czynności serwisowych dla tomografu komputerowego Somatom Definition AS64.

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

1. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 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 tomografu komputerowego (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 i złożyć konkurencyjną ofertę w odniesieniu do obowiązku posiadania przez osoby realizujące przedmiot zamówienia szkoleń prowadzonych lub certyfikowanych przez producenta urządzeń spośród szkoleń ogólnie dostępnych na stronie producenta urządzeń, **podczas gdy** Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,
2. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 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 podania we wzorze umowy jednoznacznej informacji odnośnie obowiązku posiadania przez osoby realizujące przedmiot zamówienia szkoleń prowadzonych lub certyfikowanych przez producenta urządzeń (w szczególności w zakresie liczby, szczegółowego zakresu oraz kosztów tych szkoleń), **podczas gdy** są to okoliczności mające istotny wpływ na

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

sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do producenta serwisowanego tomografu (jego strony internetowej) i faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny oraz możliwość należytego realizowania zamówienia,

3. **art. 29 ust. 3 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący konkretnie podmiot (tj. producenta serwisowanego tomografu - Siemens), który będzie przeprowadzał lub certyfikował szkolenia dla osób wykonujących czynności serwisowe w imieniu wykonawcy w ramach realizacji umowy z Zamawiającym bez zapewnienia jakiegokolwiek równoważności w tym zakresie i bez 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 przeszkolone przez inne podmioty (niekoniecznie tylko przez producenta serwisowanego tomografu komputerowego) posiadające doświadczenie w szkoleniu osób serwisujących te aparaty,
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 czynności serwisowych dla tomografu komputerowego Somatom Definition AS64, **podczas gdy** Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego, uczciwego konkurencji 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 „Autoryzacja”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, 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 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 w treści § 2 ust. 2 zdanie 2 wzoru umowy w zakresie Zadania nr 1 (załącznik nr 6 do SIWZ) poprzez wprowadzenie **zamiast następującego zapisu:**

Wykonawca zapewni, aby osoby uczestniczące bezpośrednio w realizacji usługi posiadały szkolenie w zakresie opisanym przedmiotem niniejszej umowy prowadzone lub certyfikowane przez producenta urządzeń będących przedmiotem świadczonych usług w ramach nn umowy spośród szkoleń ogólnie dostępnych na stronie producenta urządzeń.

zapisu o treści:

Wykonawca zapewni, aby osoby uczestniczące bezpośrednio w realizacji usługi posiadały szkolenie w zakresie opisanym przedmiotem niniejszej umowy.

lub ewentualnie:

Wykonawca zapewni, aby osoby uczestniczące bezpośrednio w realizacji usługi posiadały szkolenie w zakresie opisanym przedmiotem niniejszej umowy prowadzone lub certyfikowane przez producenta urządzeń będących przedmiotem świadczonych usług LUB przez podmiot prowadzący szkolenia dla osób serwisujących aparaty od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści rozdziału XVII SIWZ poprzez **usunięcie** w zakresie Zadania nr 1 kryterium *Autoryzacja* o wadze 10% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian zwiększenie wagi kryterium *Czas wykonania naprawy* do 30% możliwych do zdobycia punktów

lub ewentualnie poprzez **usunięcie** w zakresie Zadania nr 1 kryterium *Autoryzacja* o wadze 10% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian zwiększenie wagi kryterium *Cena* do 80% możliwych do zdobycia punktów.

5. 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 030-067264 w dniu 12 lutego 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.

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).

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 zakresie Zadania nr 1, 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 wzoru umowy w zakresie Zadania nr 1, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Dopiero uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie konkurencyjnej oferty niepodlegającej odrzuceniu w ramach Zadania nr 1 objętego Postępowaniem.

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

UZASADNIENIE:**1. STAN FAKTYCZNY**

- 1.1. Szpitale Pomorskie Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni („Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 oraz stacji opisowej Synago.via firmy Siemens w lokalizacji w Gdyni przy ul. Powstania Styczniowego 1” („Postępowanie”).
- 1.2. Zamówienie objęte Postępowaniem obejmuje dwa zadania częściowe:

Zadanie nr 1 - Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 firmy Siemens (w zakresie którego Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty),

Zadanie nr 2 - Świadczenie usług serwisowych stacji opisowej Synago.via firmy Siemens.
- 1.3. W wyniku przeprowadzenia Postępowania, w zakresie Zadania nr 1 ze zwycięskim wykonawcą zostanie zawarta umowa na świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego na okres 36 miesięcy.
- 1.4. Zgodnie z Rozdziałem XVII SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, jednym z kryteriów oceny ofert (o wadze 10%) w zakresie Zadania nr 1 jest *Autoryzacja* rozumiana jako posiadanie przez wykonawcę aktualnej pisemnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64.
- 1.5. Ponadto, zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ), wykonawca w zakresie Zadania nr 1 zobowiązany jest zapewnić aby osoby bezpośrednio realizujące usługę serwisową tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 posiadały aktualne szkolenie prowadzone lub certyfikowane przez producenta tego urządzenia spośród szkoleń ogólnie dostępnych na stronie producenta urządzeń.

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (*Załącznik nr 5 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 specyfikacji obowiązującej w Postępowaniu, to jednak posiadają one pewne cechy wspólne.
- 2.2 Z uwagi na powyższe, w pierwszej kolejności Odwołujący przedstawi uniwersalne argumenty, odnoszące się do obu zakwestionowanych niniejszym odwołaniem zapisów SIWZ, prowadzących się do bezzasadnego uprzywilejowania producenta tomografu – Siemens – oraz wszelkich podmiotów bezpośrednio z nim powiązanych. Następnie zaś, omówione zostaną szczegółowo zarzuty odwołania dotyczące poszczególnych punktów specyfikacji.

3. BEZZASADNE UPRIWILEJOWANIE SIEMENS ORAZ PODMIOTÓW Z NIM BEZPOŚREDNIO POWIĄZANYCH

- 3.1 W pierwszej kolejności, Odwołujący zaznacza, iż przy obecnym kształcie specyfikacji Zamawiający w istocie zrzuca się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę serwisową producentowi tomografu, tj. Siemens.
- 3.2 Powyższe przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze, **to w istocie producent sprzętu decyduje o przyznaniu (lub nieprzyznaniu) ofertom 10% liczby możliwych do zdobycia punktów**. Tylko bowiem podmioty, którym udzieli on swojej autoryzacji do wykonywania czynności serwisowych tomografu komputerowego, otrzymają punkty w kryterium *Autoryzacja*.
- 3.3 Po drugie, to właśnie do producenta sprzętu odsyła Zamawiający kształtując obowiązek umowny wykonawcy w zakresie posiadania aktualnych szkoleń dotyczących obsługi serwisowej tomografu. **Innymi słowy, to w istocie na podstawie informacji zawartych na stronie internetowej Siemens, Zamawiający będzie oceniał należyte wywiązywanie się z realizacji umowy**.
- 3.4 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**.
- 3.5 To bowiem producent sprzętu ma wpływ najpierw na to, oferta którego wykonawcy zostanie wybrana (**decyzyjność na etapie oceny ofert**) a potem, niezależnie od tego z którym wykonawcą zostanie zawarta umowa, na możliwość należytego wykonania przedmiotu zamówienia (**decyzyjność na etapie realizacji umowy**).
- 3.6 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 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 udziela stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.***

- 3.7 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).
- 3.8 Należy jednak podkreślić, że **taka sytuacja w żadnym wypadku nie zachodzi w niniejszym stanie faktycznym.**
- 3.9 Powyższego dowodzi w szczególności fakt, że Odwołujący, pomimo nieposiadania ani personelu przeszkolonego przez producenta sprzętu ani autoryzacji udzielonej przez ten podmiot, z powodzeniem realizował w przeszłości usługi analogiczne do tych objętych Zadaniem nr 1 niniejszego Postępowania.

Dowód: Listy referencyjne wystawione na rzecz Odwołującego (**Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania**).

- 3.10 Warto również zauważyć, że aby w ogóle móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat wykonali co najmniej trzy usługi serwisowe dotyczące tomografów komputerowych o wartości co najmniej 330 tys zł każda (zob. Rozdział VI pkt 1.2 c.1) SIWZ).
- 3.11 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.
- 3.12 Powyższe nakazuje przyjąć, że **wymogi SIWZ dotyczące szkoleń prowadzonych przez producenta oraz udzielanej przez niego autoryzacji w rzeczywistości nie mają jakiegokolwiek praktycznego znaczenia dla Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, stanowią one wyłącznie**

sztuczną barierę, mającą uniemożliwić złożenie konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez innych niż producent wykonawców.

4. NIEPRECYZYJNOŚĆ WYMAGAŃ ZAMAWIAJĄCEGO W ZAKRESIE OBOWIĄZKU POSIADANIA SZKOLEŃ

- 4.1 Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że sformułowane przez Zamawiającego wymaganie („posiadanie aktualnego szkolenia w zakresie opisanym przedmiotem niniejszej umowy prowadzonego lub certyfikowanego przez producenta spośród szkoleń ogólnie dostępnych na jego stronie internetowej”) jest **wysoce nieprecyzyjne, a przez to niedające podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej w Postępowaniu.**
- 4.2 **Po pierwsze**, 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 do strony internetowej producenta serwisowanego tomografu.
- 4.3 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 opisu przedmiotu zamówienia.**
- 4.4 **Po drugie**, nieprecyzyjność obowiązku posiadania szkoleń przejawia się również w **braku podania informacji, na który moment Zamawiający będzie oceniał spełnienie tego wymogu przez wykonawców.**
- 4.5 Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawcy są zobowiązani uwzględnić koszt stosownych szkoleń już przygotowując się do udziału w Postępowaniu, tj. kalkulując cenę ofertową. Jednocześnie jednak, wymóg posiadania szkoleń zaktualizuje się wyłącznie wobec zwycięskiego wykonawcy, w momencie podpisania umowy serwisowej.
- 4.6 Powyższe nakazuje sobie zadać sobie pytanie **co będzie wzorcem dla Zamawiającego w procesie badania spełniania tego warunku: (i) strona internetowa producenta według stanu na upływ terminu składania ofert czy (ii) też strona internetowa producenta według stanu na moment zawarcia umowy.**
- 4.7 Jakkolwiek odpowiedź na to pytanie prowadzi do wniosku, że sformułowane przez Zamawiającego wymaganie jest bezprzedmiotowe. Jeżeli bowiem będzie on weryfikował spełnienie wymagań w zakresie szkoleń w oparciu o archiwalny stan strony internetowej producenta, to ryzykuje zarówno tym, że **poniesie bezzasadnie wyższe koszty realizacji zamówienia** (w przypadku, w którym wykonawca skalkuluje w cenie szkolenie, które zostanie

następnie wycofane z oferty producenta), jak i że **nawet formalne spełnienie wymagania nie sprostą oczekiwaniom Zamawiającego** (w przypadku, w którym oferta producenta zostanie rozszerzona o nowe szkolenia, których zwycięski wykonawca w świetle zapisów SIWZ nie będzie musiał jednak wykonywać).

- 4.8 Jeżeli zaś intencją Zamawiającego jest zbadanie spełnienia wymogu dotyczącego szkoleń w oparciu o ofertę producenta według stanu na moment zawarcia umowy, to w ten sposób nie tylko **uniemożliwia on w istocie wykonawcom rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej** (nie sposób bowiem aby wykonawcy kalkulując cenę ofertową przewidzieli jakie szkolenia wprowadzi do swojej oferty producent w bliżej nieokreślonej przyszłości), ale też **w jeszcze większym stopniu oddaje prawo decydowania o losach Postępowania producentowi**. W takim bowiem przypadku, producent będzie mógł po upływie terminu składania ofert umieścić na stronie internetowej dodatkowe szkolenia, których konkurencyjni wykonawcy nie mogli skalkulować w cenach ofertowych.
- 4.9 **Po trzecie wreszcie**, nie jest jasne jak rozumieć wymóg legitymowania się przez wykonawcę „aktualnymi” szkoleniami w całym okresie obowiązywania umowy. Przy takim zapisie, istnieje ryzyko, że **producent sprzętu będzie przez okres 36 miesięcy uprawniony do wymagania od personelu wykonawcy posiadania coraz to nowych szkoleń**, a wykonawca będzie zmuszony się temu podporządkować.
- 4.10 Innymi słowy, **Siemens będzie miał decydujący wpływ w zakresie możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia**. Wystarczy bowiem, że szkolenie wykonawcy „wygaśnie” aby stwierdzić nienależyte wykonywanie przez niego umowy zawartej w wyniku Postępowania. To zaś może powodować 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).
- 4.11 Na zakończenie, warto zwrócić uwagę, że brak precyzji Zamawiającego w ustalaniu zakresu świadczenia wykonawcy może skutkować trudnościami nie tylko dla wykonawców, ale 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*.
- 4.12 Wreszcie, należy wskazać, że według stanu na dzień złożenia niniejszego odwołania, **na stronie internetowej producenta brak jest jakichkolwiek ogólnodostępnych szkoleń w zakresie obsługi serwisowej tomografu komputerowego Somatom Definition AS64**. Powyższe w jeszcze wyraźniejszy sposób uwypukla nieprecyzyjność i bezprzedmiotowość wskazanego zapisu.

Dowód: Zrzut z ekranu ze strony internetowej Siemens Healthineers wraz z tłumaczeniem na język polski (*Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania*).

5. BRAK DOPUSZCZENIA ROZWIĄZAŃ RÓWNOWAŻNYCH W ZAKRESIE OBOWIĄZKU POSIADANIA SZKOLEŃ

- 5.1 Co istotne, zapis wzoru umowy dotyczący obowiązku posiadania szkoleń 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. Dodatkowo, w takim wypadku konieczne jest również określenie kryteriów równoważności.
- 5.2 Skoro więc Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że konieczne jest **posiadanie szkoleń prowadzonych lub certyfikowanych 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. KRYTERIUM AUTORYZACJA JAKO KRYTERIUM DOTYCZĄCE WŁAŚCIWOŚCI WYKONAWCY

- 6.1 Na wstępie 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.**
- 6.2 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.
- 6.3 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*”³.

³ 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>

- 6.4 Również Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się na temat kryteriów, które należy rozumieć jako odnoszące się do właściwości wykonawcy.
- 6.5 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”.
- 6.6 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.**
- 6.7 Analogiczna sytuacja ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. W ocenie Odwołującego, **kryterium „Autoryzacja”**, rozumiane jako posiadanie aktualnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych dla aparatury medycznej, **nie odnosi się bowiem do przedmiotu zamówienia, a do właściwości wykonawcy, tj. jego wiarygodności technicznej** (w ocenie Zamawiającego).
- 6.8 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.
- 6.9 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).**
- 6.10 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.
- 6.11 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**

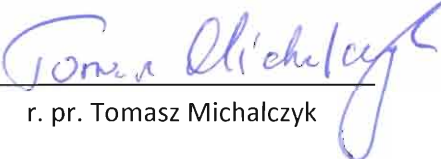
autoryzacji pozostaje w sferze dyskrejonalnych uprawnień podmiotu jej udzielającego. Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym aby udzielać autoryzacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to – tak jak Odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego.

- 6.12 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. Takiego wykonawcy nie spotykają żadne negatywne konsekwencje – w szczególności, niemożliwe jest obciążenie go jakąkolwiek karą umowną. W ocenie Odwołującego, dowodzi to wprost, że kwestionowane kryterium nie jest związane z przedmiotem zamówienia.
- 6.13 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.
- 6.14 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*”.
- 6.15 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.

7. WNIOSEK KOŃCOWY

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

W imieniu Odwołującego


r. pr. Tomasz Michalczyk

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo z 21 lutego 2019 roku od Odwołującego dla r.pr. Tomasza Michalczyka.
- 3) Pełnomocnictwo z 17 grudnia 2018 roku od Odwołującego dla Agnieszki Weiner.
- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 5) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 6) Listy referencyjne.
- 7) Zrzut z ekranu ze strony internetowej Siemens Healthineers wraz z tłumaczeniem na język polski.
- 8) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.