

Warszawa, 9 września 2020 roku

Do:

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

Zamawiający:

Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika
w Koszalinie
ul. T. Chałubińskiego 7, 75-581 Koszalin
faks: +48 94 34 88 103
e-mail: bozena.sterczynska@swk.med.pl
piotr@swk.med.pl

Odwołujący:

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

reprezentowany przez pełnomocnika:

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 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Usługa serwisowa aparatów medycznych*, numer referencyjny: TP.382.106.2020 BS, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 581602-N-2020 w dniu 4 września 2020 r („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2) i 5) i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 2 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, które załączam do niniejszego odwołania, niniejszym **zaskarżam czynność podjętą przez** Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie (adres: ul. T. Chałubińskiego 7, 75-581 Koszalin) („**Zamawiający**”) w Postępowaniu polegającą na:

1.1. opisanii przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez:

- 1.1.1. objęcie zamówieniem w odniesieniu do Części nr 1 i 2 Postępowania aktualizacji oprogramowania softwareowego i aplikacyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta;
- 1.1.2. objęcie zamówieniem w odniesieniu do Części nr 2 Postępowania dostarczenia i instalacji 7 szt. licencji Soft Switch, tj. oprogramowania umożliwiającego współdzielenie jednej myszy i klawiatury pomiędzy ekranem opisowym a stacją AW dla TK i RM.
- 1.1.3. wprowadzenie w odniesieniu do Części nr 1 i 2 Postępowania wymogu, aby wymiana części następowała przy użyciu części fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą montażu;

1.2. określeniu warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez:

- 1.2.1. wymaganie w odniesieniu do Części nr 1 i 2 Postępowania, aby wykonawcy dysponowali osobami posiadającymi określone przez wytwórcę sprzętu kwalifikacje i doświadczenie zawodowe;
- 1.2.2. wymaganie w odniesieniu do Części nr 1 i 2 Postępowania, aby wykonawcy dysponowali umową licencyjną uprawniającą do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, jeżeli dotyczy to danego modelu urządzenia;
- 1.2.3. wymaganie w odniesieniu do Części nr 1 i 2 Postępowania, aby wykonawcy dysponowali umową licencyjną uprawniającą do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności), w zakresie przedmiotu zamówienia.

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).

2. Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

2.1. W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1.1 petitum:

2.1.1. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu 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 aktualizacji oprogramowania softwareowego i aplikacyjnego Urządzeń (tj. ich maksymalnej 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 Urządzeń czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,

2.1.2. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanych Urządzeń (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 aktualizacji oprogramowania softwareowego i aplikacyjnego Urządzeń, **podczas gdy** Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanych Urządzeń (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

2.2. W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1.2 petitum - **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 polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty w Części nr 2 Postępowania wykonawcom innym niż producent Rezonansu i Tomografu (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) wskutek objęcia wskazaną częścią również dostarczenia i instalacji 7 szt. licencji Soft Switch, **podczas gdy** w przypadku gdyby dostawa i instalacja licencji Soft Switch została wydzielona do odrębnego pakietu, to ofertę na obsługę serwisową Rezonansu i Tomografu mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący), zaś nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące łączne udzielenie zamówienia na serwisowanie Rezonansu i Tomografu oraz dostarczenie i instalację licencji Soft Switch,

2.3. W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1.3 petitum - **art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na które prowadzone jest Postępowanie, w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanych Urządzeń (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ tylko oni będą w stanie złożyć konkurencyjną ofertę w zakresie

zaoferowania Zamawiającemu fabrycznie nowych, wyprodukowanych nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą montażu części zamiennych Urządzeń, **podczas gdy** nie istnieje jakiegokolwiek uzasadnienie dla wymogu, aby dostarczane części były wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od daty montażu,

2.4. W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 2.1.1 petitem:

2.4.1. **art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym określone przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenie zawodowe, **podczas gdy** żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości świadczenia obsługi serwisowej Urządzeń od posiadania kwalifikacji i doświadczenia zawodowego określonych przez wytwórcę i bycia przeszkolonym wyłącznie przez niego, a na rynku istnieją podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia w zakresie świadczenia obsługi serwisowej Urządzeń mimo braku spełniania przez personel wymagań określonych przez Zamawiającego,

2.4.2. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Postępowania 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 obowiązku posiadania przez osoby realizujące przedmiot zamówienia określonych przez wytwórcę kwalifikacji i doświadczenia zawodowego **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 Urządzeń i faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,

2.4.3. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Postępowania 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 kosztów zdobycia stosownych przeszkoleń oraz certyfikatów imiennych przez inżynierów serwisujących urządzenia Zamawiającego, **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,

2.4.4. **art. 29 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Postępowania w sposób wskazujący konkretnie podmiot (tj. wytwórcę aparatów - GE), który będzie nadawał uprawnienia (wydawał certyfikaty imienne) dla 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 certyfikowane przez inne podmioty (niekoniecznie tylko przez producenta serwisowanych aparatów) posiadające doświadczenie w szkoleniu osób serwisujących te aparaty lub w świadczeniu obsługi serwisowej wskazanych aparatów,

2.5. W odniesieniu do czynności wskazanych powyżej w pkt. 2.1.2-2.1.3 petitum, **art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z § 13 ust. 1 Rozporządzenia o Dokumentach**² poprzez:

2.5.1. wymaganie w Postępowaniu, aby wykonawcy dysponowali umową licencyjną uprawniającą do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, jeżeli dotyczy to danego modelu urządzenia, **podczas gdy** dysponowanie kodami dostępu oraz kluczami serwisowania jest konieczne dopiero na etapie realizacji umowy, zaś wcześniejsze ich nabycie jest bezcelowe, bowiem są one przeznaczone do urządzenia medycznego o konkretnym numerze seryjnym, co powoduje niemożność ich wykorzystania w przypadku braku uzyskania przez wykonawcę zamówienia objętego Postępowaniem,

2.5.2. wymaganie w Postępowaniu, aby wykonawcy dysponowali umową licencyjną uprawniającą do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności), w zakresie przedmiotu zamówienia, **podczas gdy** dokumenty ten nie jest niezbędny do przeprowadzenia Postępowania, bowiem do dokumentacja techniczna wytwórcy jest publicznie dostępna na jego stronie internetowej (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności).

W związku z powyższymi 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 SIWZ w następujący sposób:
 - a. w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.1 – poprzez wykreślenie następujących fragmentów SIWZ:

² Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 ze zm).

- i. Dział I ust. 3.1 pkt 1) SIWZ: „*Usługa obejmująca dostarczenie i instalację aktualizacji oprogramowania oraz zachowanie wszystkich obowiązujących w tym zakresie wymogów i standardów realizacji usługi serwisu pogwarancyjnego*”,
- ii. Dział I ust. 3.2 pkt 1) lit. h) SIWZ: „*aktualizację oprogramowania softwareowego i aplikacyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta*”,
- iii. § 1 ust. 3 Umowy dot. Części nr 1 Postępowania: „*Wykonawca zobowiązany jest do dostarczania i instalacji aktualizacji oprogramowania*”,
- iv. załącznika nr 2 do Umowy (OPZ dla Rezonansu) dot. Części nr 2 Postępowania w następującym zakresie: „*Wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego*”,
- v. załącznika nr 3 do Umowy (OPZ dla Tomografu) dot. Części nr 2 Postępowania: „*Wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego.*” oraz „*Wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia*”.

ewentualnie:

poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego Urządzeń, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów) wraz ze szczegółowym harmonogramem ich dokonywania oraz zakresu tych aktualizacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

- b. w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.2 – poprzez wykreślenie zapisu Działu I ust. 3.2 pkt 1) lit. i) SIWZ - „*dostarczenie i instalację 7 szt. licencji Soft Switch tj oprogramowania umożliwiającego współdzielenie jednej myszy i klawiatury pomiędzy ekranem opisowym a stacją AW dla TK i RM*”.
- c. w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.3 – poprzez wykreślenie zapisu Działu I ust. 3.3 SIWZ w następującym zakresie - „*wyprodukowanych nie wcześniej niż 12 miesięcy przed datą montażu*”.
- d. w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.4 – poprzez wykreślenie następujących fragmentów SIWZ:
 - i. Dział IV ust. 1 pkt 5) SIWZ w następującym zakresie: „*dysponują osobami posiadającymi określone przez wytwórcę sprzętu, opisanego w dziale I ust. 3.1 - 3.2 SIWZ, kwalifikacje i doświadczenie zawodowe*”,
 - ii. Dział VI ust. 2 pkt 5) SIWZ w następującym zakresie: „*wraz z dokumentami potwierdzającymi autoryzację serwisantów wytwórcy*”.

- iii. § 2 ust. 11 pkt 2) Umowy dot. Części nr 1 Postępowania: „dokumenty potwierdzające kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osób wskazanych przez Wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia, wydanych przez wytwórcę imiennie na wskazane osoby oraz na określony typ i model urządzenia medycznego objętego umową”,

ewentualnie:

poprzez zmianę powyższych wymagań i dopuszczenie legitymowania się przez personel, którym dysponuje wykonawca uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Urządzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamych do Urządzeń od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu,

- e. w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.5 – poprzez wykreślenie następujących fragmentów SIWZ:
 - i. Dział IV ust. 1 pkt 2) SIWZ oraz odpowiadający mu Dział VI ust. 2 pkt 2) SIWZ.
 - ii. Dział IV ust. 1 pkt 3) SIWZ oraz odpowiadający mu Dział VI ust. 2 pkt 3) SIWZ.

4. 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 niższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP³, a Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 PZP odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 581602-N-2020 w dniu 4 września 2020 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. 2 pkt 2 PZP.

³ Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019 r., poz. 2450).

Jednocześnie, Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 7.500 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, ponieważ 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 może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Postępowaniu. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu zakwestionowanych wymagań przewidzianych opisem przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w Postępowaniu, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony w ogóle możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie

Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na udział w niniejszym postępowaniu na równych warunkach z innymi podmiotami, w szczególności z producentem serwisowanych urządzeń (lub podmiotami z nim powiązanymi).

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

UZASADNIENIE

1. WPROWADZENIE (STAN FAKTYCZNY)

- 1.1. Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika w Koszalinie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługę serwisową aparatów medycznych*.
- 1.2. Postępowanie zostało podzielone na dwie części:
 - a) Część nr 1 Postępowania obejmuje serwis kardioangiografu INNOVA 3100 („Kardioangiograf”),
 - b) Część nr 2 Postępowania obejmuje serwis rezonansu magnetycznego Optima MR 450W ze stacją diagnostyczną AW („Rezonans”) oraz tomografu komputerowego Optima CT 660 („Tomograf”) (Kardioangiograf, Rezonans oraz Tomograf są dalej zwane łącznie „Urządzeniami”).
- 1.3. Wszystkie Urządzenia objęte Postępowaniem zostały wyprodukowane przez GE Medical Systems („GE”).

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu (*Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania*).

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

- 1.4. Dla lepszej czytelności zarzutów odwołania dalsze elementy stanu faktycznego (tj. podlegające zaskarżeniu elementy SIWZ) zostaną omówione w kolejnych punktach treści niniejszego uzasadnienia wraz z dotyczącymi ich zarzutami.
- 1.5. Na marginesie, warto zaznaczyć, że niniejsze odwołanie zostało złożone wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności Odwołującego. Dość wspomnieć bowiem, że w dniu 8 września 2020 r. Odwołujący działając w trybie art. 38 ust. 1 PZP wystosował do Zamawiającego szereg pytań, w szczególności dotyczących kwestii poruszanych niniejszym odwołaniem. Odwołujący liczy się zatem z koniecznością cofnięcia poszczególnych zarzutów niniejszego odwołania a nawet cofnięcia go w całości, jeżeli Zamawiający wprowadzi do SIWZ zmiany prowadzące do zapewnienia zgodności wskazanych postanowień SIWZ z przepisami PZP.

Dowód: Pytania do SIWZ z dnia 8 września 2020 r. (*Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania*).

2. ZARZUTY DOTYCZĄCE AKTUALIZACJI OPROGRAMOWANIA Z UWZGLĘDNIENIEM DOSTAWY I INSTALACJI LICENCJI SOFT SWITCH

- 2.1 W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć, że sam zakres określenia „aktualizacja oprogramowania softwareowego i aplikacyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta” może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją niejednoznaczność.
- 2.2 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.**
- 2.3 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.
- 2.4 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Urządzeń) 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. Jediną wskazówką pozostaje bowiem zalecenie producenta sprzętu.**
- 2.5 Tym samym, **aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanych Urządzeń mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkowania** (tych bowiem będzie dokonywał sam producent) a mimo to, mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.
- 2.6 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

- 2.7 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy SIWZ oraz wzoru umowy w Postępowaniu, a także OPZ **są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**
- 2.8 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat **liczby płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji**

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

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).

- 2.9 **Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego, ile nowych wersji oprogramowania ukaze się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.**
- 2.10 Tym samym, 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 (jego zaleceń).
- 2.11 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.**
- 2.12 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).*
- 2.13 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 serwisowanych Urządzeń z prośbą o wskazanie planowanej liczby płatnych aktualizacji i modyfikacji sprzętu (oraz ich kosztów).

- 2.14 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych urządzeń 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.**
- 2.15 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 równego traktowania wykonawców, wymaganego zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP.**
- 2.16 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.*
- 2.17 Na zakończenie należy także zwrócić szczególną uwagę na zakres ewentualnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień zawartych we Wzorze umowy w tym zakresie. Nie chodzi tu bowiem, o jakiegokolwiek minimalne doszczegółowienie kwestionowanego zapisu (które tylko pozornie uczyni zadość zasadzie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia), ale takie które zagwarantuje wykonawcy **realną możliwość rzetelnego przygotowania oferty oraz wyliczenia ceny** tj. musi wskazywać na liczbę płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń oraz ich ewentualny zakres i koszt (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter).

Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP

- 2.18 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. GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.). Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji (modyfikacji) oraz ich kosztu.
- 2.19 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**).

- 2.20 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) będą mogli z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 2.21 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 Urządzeń (**przewaga na etapie realizacji umowy**).
- 2.22 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 Urządzeń). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców**.
- 2.23 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**.
- 2.24 Podsumowując, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia poza samym producentem serwisowanych urządzeń (lub spółkami z nim powiązаныmi) **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 GE (art. 29 ust. 2 PZP).
- 2.25 W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia, ile i jakie aktualizacje i modyfikacje będą niezbędne w okresie 24 miesięcy (dla Kardioangiografu) lub wręcz 36 miesięcy (dla Tomografu oraz Rezonansu) realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkowania serwisowanego Urządzeń, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ oraz Wzoru umowy zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 2.26 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuję o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia tj. poprzez wskazanie liczby, zakresu i kosztów *aktualizacji oprogramowania softwareowego i aplikacyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta Urządzeń*.

Dostawa i instalacja licencji Soft Switch

- 2.27 Jednym z elementów przedmiotu zamówienia w obrębie Części nr 2 Postępowania (obsługa serwisowa Rezonansu oraz Tomografu) pozostaje „dostarczenie i instalacja 7 szt. licencji Soft Switch, tj. oprogramowania umożliwiającego współdzielenie jednej myszy i klawiatury pomiędzy ekranem opisowym a stacją AW dla TK i RM”.
- 2.28 Według Odwołującego zobowiązanie opisane powyżej w istocie uniemożliwia mu złożenie oferty w Postępowaniu, ponieważ jego zakres eliminuje z udziału w Postępowaniu wszystkie podmioty poza producentem serwisowanych urządzeń, ewentualnie poza podmiotami przez niego wskazanymi.
- 2.29 Podkreślenia wymaga bowiem, że udzielenie Odwołującemu licencji Soft Switch przez producenta pozostaje w sferze jego dyskrejonalnych uprawnień. **Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym, aby udzielać licencji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to – tak jak Odwołujący – podmiot konkurencyjny wobec niego, bądź oferuje jej udzielenie po cenie tak wysokiej, że w konsekwencji realnie uniemożliwia to Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.**
- 2.30 W tym miejscu warto zatem wskazać, że formułując takie wymaganie Zamawiający w istocie zrzuca się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę, producentowi aparatu.
- 2.31 Zgodnie z wyrokiem KIO 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 udzielą stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.*
- 2.32 Należy także pokrótce odnieść się do tego, czym jest licencja Soft Switch i czy stanowi potrzebę Zamawiającego, która uzasadniałaby tak daleko idące ograniczenie w dostępie do udziału w Postępowaniu.
- 2.33 Jak wskazał sam Zamawiający, jest to oprogramowanie umożliwiające współdzielenie jednej myszy i klawiatury pomiędzy ekranem opisowym a stacją AW dla Tomografu i Rezonansu. Tym samym, zgodnie z podziałem przyjętym w pkt 2.2 odwołania powyżej, **licencję Soft Switch należy uznać w istocie za aktualizację oprogramowania służącą rozwojowi sprzętu poprzez dodanie nowej funkcji.**

- 2.34 Tymczasem, Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie wykazał, iż **żądane funkcjonalności są niezbędnym elementem przedmiotu zamówienia, jakim jest serwisowanie Tomografu lub Rezonansu (a zatem naprawa lub konserwacja sprzętu, nie zaś jego ulepszanie bądź wymienianie na nowszą wersję). Zgodnie natomiast z orzecznictwem Krajowej izby Odwoławczej to na Zamawiającym leży ciężar wykazania powyższego** (tak Izba w analogicznej sprawie, w której stwierdzono, iż aktualizacje oprogramowania zwiększające funkcjonalność nie są konieczne dla uzyskania celu zamówienia jakim jest serwisowania urządzeń medycznych – wyrok KIO z dnia 1 października 2019 r., KIO 1817/19).
- 2.35 Podsumowując, Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że tak daleko idące ograniczenie konkurencji w zakresie serwisowania Rezonansu i Tomografu jest uzasadnione w świetle jego potrzeb. W efekcie, Odwołujący wnosi o dokonanie podziału przedmiotu zamówienia objętego Częścią nr 2 Postępowania w taki sposób, aby umożliwić mu złożenie oferty w zakresie świadczenia obsługi serwisowej Tomografu i Rezonansu, w czym posiada należyte doświadczenie (poprzez wydzielenie dostarczenia i instalacji licencji Soft Switch do odrębnej części zamówienia, lub nawet rozważenie udzielenia GE w tym zakresie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) lub b) PZP).

3. ZARZUT DOTYCZĄCY DOSTARCZENIA CZĘŚCI WYPRODUKOWANYCH W OKREŚLONYM SIWZ TERMINIE

- 3.1 Zamawiający wymaga, aby użyte do serwisowania Urządzeń części zamienne były wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od daty ich montażu.
- 3.2 W ocenie Odwołującego, nie istnieje jakiegokolwiek uzasadnienie dla powyższego wymogu. W tym przypadku **nie mówimy bowiem o produktach, które mają określoną datę ważności**. Jeżeli produkt jest produktem nowym, to żadnego znaczenia nie ma to, kiedy faktycznie został on wyprodukowany.
- 3.3 Oczywiście też pozostaje, że podmiotem, który będzie miał najlepszy dostęp do „świeżo” wyprodukowanych części zamiennych będzie w pierwszej kolejności producent tych części. Tym samym, **omawiany zapis SIWZ stawia producenta w bardzo uprzywilejowanej pozycji** (stanowi „barierę wejścia” do Postępowania dla Odwołującego analogicznie jak wymaganie dotyczące aktualizacji oprogramowania).
- 3.4 Nawet jeżeli uznać by (z czym Odwołujący się nie zgadza), że omawiany zapis nie narusza w sposób nieuzasadniony uczciwej konkurencji i znajduje oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego (mimo że ten w żaden sposób nie opisał ich w SIWZ), to warto byłoby postawić pytanie o **zasadność tego wymagania z punktu widzenia zasad wydatkowania środków publicznych**.
- 3.5 W praktyce działalności Odwołującego wyraźnie można bowiem zaobserwować, że większość odbiorców jego usług (tj. szpitale) nie wprowadza tego typu zapisów do umów zdając sobie doskonale sprawę z tego, że **generują one dodatkowe koszty realizacji zamówienia (przy**

bardzo wątpliwym wpływie na jakość świadczenia). W tym sensie, trudno byłoby wykazać realną korzyść z faktu zapewnienia sobie fabrycznie nowej części zamienną nie starszej niż 12 miesięcy nad zapewnieniem tej samej części (również fabrycznie nowej) z tym, że z datą produkcji powyżej 12 miesięcy.

- 3.6 Z powyższych względów, Odwołujący wnosi o wykreślenie z OPZ zapisu, że nowe części muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od montażu.

4. ZARZUTY DOTYCZĄCE DYSPONOWANIA PERSONELEM POSIADAJĄCYM OKREŚLONE PRZEZ WYTWÓRCĘ KWALIFIKACJE I DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE

- 4.1 Z uwagi na tożsamy charakter zapisów SIWZ w odniesieniu do obu Części Postępowania oraz projektu umowy dla Części nr 1 Postępowania, sprowadzających się do **uzależnienia możliwości złożenia oferty w Postępowaniu (a następnie wykonywania zamówienia) od posiadania przez personel wykonawcy określonych przez wytwórcę kwalifikacji i doświadczenia zawodowego (co należy wykazać poprzez przedstawienie dokumentów potwierdzających autoryzację serwisantów wytwórcy)**, Odwołujący przedstawi poniżej łączną argumentację w tym zakresie.

- 4.2 W tym miejscu należy zaznaczyć, że choć warunek udziału w Postępowaniu został sformułowany dość ogólnie („osoby posiadające określone przez wytwórcę sprzętu kwalifikacje i doświadczenie zawodowe”), to zarówno dokumenty konieczne do złożenia w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, jak i projekt umowy dla Części nr 1 Postępowania nie pozostawiają wątpliwości, że w istocie chodzi o certyfikaty (autoryzację, szkolenia) wydane przez wytwórcę, a dotyczące Urzędzeń.

Naruszenie art. 22 ust. 1a PZP

- 4.3 W świetle art. 22 ust. 1a PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
- 4.4 W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - **warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu** (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 roku).
- 4.5 Ponadto, w ocenie Izby, **przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu**

*zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. **Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego.** Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 20/18 z 5 czerwca 2018 roku).*

- 4.6 W kontekście powyższego, kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu należy uznać za sprzeczny z dyspozycją art. 22 ust. 1a PZP. **Za nieuzasadnione należy bowiem uznać wymaganie Zamawiającego, aby personel skierowany do realizacji zamówienia miał być przeszkolony lub upoważniony wyłącznie przez producenta Urządzeń.**
- 4.7 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 wytwórcę (podmiot przez niego autoryzowany), ale też **przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami.**
- 4.8 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*”.
- 4.9 Skoro zaś nie jest zasadne wymaganie posiadania uprawnień nadawanych przez wytwórcę (jego autoryzowanego przedstawiciela) od wykonawcy, to z tych samych względów nie jest zasadne wymaganie analogicznych uprawnień od jego personelu.
- 4.10 Taki tok rozumowania przedstawiła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 października 2019 roku, sygn. akt KIO 1859/19. W cytowanym orzeczeniu Izba potwierdziła, iż w sytuacji, gdy na rynku funkcjonuje kilku wykonawców serwisujących z powodzeniem aparaty do diagnostyki obrazowej danego producenta, to **wymóg posiadania certyfikatów wystawionych przez wytwórcę aparatu stanowi faktyczne ograniczenie konkurencji** w postępowaniu. Ponadto Izba wskazała, iż art. 90 ust 4 ustawy o wyrobach medycznych nie stanowi ograniczenia w serwisowaniu urządzeń medycznych jedynie do podmiotów autoryzowanych.
- 4.11 Warto przy tym zauważyć, że **Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego wymaga od wykonawców dysponowania personelem przeszkolonym wyłącznie przez wytwórcę**

(autoryzowanego przedstawiciela) Urządzeń, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w Postępowaniu jest uzasadnione.

- 4.12 Okoliczność ta jest zaś kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze bowiem, **nie istnieje żaden przepis prawa uzależniający możliwość wykonywania usług serwisowych aparatury medycznej od posiadania jakichkolwiek uprawnień wydawanych przez jej wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela).**
- 4.13 Po drugie – **na rynku obsługi serwisowej aparatury medycznej działają inni serwisanci, którzy z powodzeniem świadczą usługi tożsame do objętych niniejszym zamówieniem, mimo braku posiadania wymaganych przez Zamawiającego uprawnień.** W szczególności, usługi takie świadczy Odwołujący, – dowody w tym zakresie Odwołujący przedstawi na rozprawie.
- 4.14 Powyższe świadczy wprost o tym, że rękojmia należytego wykonania zamówienia nie zależy od posiadania jakichkolwiek uprawnień nadawanych przez wytwórcę Urządzeń (jego autoryzowanego przedstawiciela).
- 4.15 Wreszcie, należy zauważyć, że warunek udziału w Postępowaniu odnosi się wprost do **określonych przez wytwórcę kwalifikacji i doświadczenia zawodowego.** Innymi słowy, **formułując przedmiotowe wymaganie Zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł złożyć w nim ofertę producentowi Urządzeń.**
- 4.16 W świetle powyższego, sformułowane przez Zamawiającego wymaganie należy uznać nie tylko za nadmierne, ale również naruszające zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. W związku z tym, Odwołujący postuluje wykreślenie wskazanego warunku udziału w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 4.17 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o zmianę warunku udziału w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia (przy jednoczesnym dopuszczeniu do niego wyłącznie wykonawców dających należyłą rękojmię jego wykonania), poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Urządzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamych do Urządzeń od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP

- 4.18 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy projektu Umowy dla Części nr 1 Postępowania dotyczące wykonywania usługi przez osoby posiadające dokumenty potwierdzające kwalifikacje i doświadczenie zawodowe osób wskazanych przez Wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia, wydanych przez wytwórcę imiennie na wskazane osoby oraz na określony typ i model urządzenia medycznego objętego umową są niejednoznaczne **stawiają w uprzywilejowanej sytuacji producenta**

Urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane (np. GE Medical Systems Polska sp. z o.o.).

- 4.19 Co oczywiste bowiem, podmioty te będą posiadały nieograniczony wręcz dostęp do personelu „stale szkolonego” i „certyfikowanego” przez wytwórcę Urządzeń.
- 4.20 Co istotne, Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje o jakie konkretnie uprawnienia oraz certyfikaty mu chodzi – co prowadzi do wniosku, że **producent sprzętu będzie uprawniony do wymagania od inżynierów wykonawcy** posiadania coraz to nowych uprawnień oraz legitymowania się kolejnymi certyfikatami, a wykonawca będzie zmuszony się temu podporządkować.
- 4.21 Nie bez znaczenia pozostaje też sam koszt uzyskania stosownych „uprawnień”, których wartość 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.
- 4.22 Co istotne, wymóg dysponowania *personelem posiadającym przeszkolenie potwierdzone przez wytwórcę* obowiązuje przez cały czas trwania umowy serwisowej, tj. przez okres 24 miesięcy (dla Kardioangiografu). Tymczasem, szkolenia przeprowadzane przez producenta mogą mieć określony, krótszy termin ważności – 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.**
- 4.23 Powyższe oznacza, że **producent Urządzeń będzie miał decydujący wpływ w zakresie możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia**. Wystarczy bowiem, że szkolenie (certyfikat) inżyniera wykonawcy „wygaśnie” (bądź nawet nigdy nie zostanie wydane) aby stwierdzić nienależyte wykonywanie przez niego umowy zawartej w wyniku Postępowania.
- 4.24 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).
- 4.25 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień SIWZ stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 PZP a zapewnienie realnej konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez uwzględnienie żądań Odwołującego i po raz kolejny - **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń.**

Naruszenie art. 29 ust. 3 PZP

- 4.26 Co więcej, zaskarżone zapisy SIWZ naruszają 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.
- 4.27 Skoro więc Zamawiający wprost wskazał w SIWZ oraz w OPZ, że konieczne jest **posiadanie uprawnień (certyfikatów imiennych) wydawanych przez określony podmiot - producenta Urzędzeń**, to powinien również zezwolić na legitymowanie się stosownymi uprawnieniami (certyfikatami) nadawanymi przez inne podmioty posiadające odpowiednie doświadczenie (np. 2-letnie) w szkoleniu osób serwisujących omawiane aparaty lub w świadczeniu usług serwisowych w tym zakresie

5. ZARZUTY DOTYCZĄCE DYSPONOWANIA PRZEZ WYKONAWCÓW UMOWAMI LICENCYJNYMI

- 5.1 Zamawiający wymaga złożenia od wykonawców deklaracji w zakresie dysponowania umową licencyjną na (i) uprawniającą do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, jeżeli dotyczy to danego modelu urządzenia oraz (ii) uprawniającą do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności), w zakresie przedmiotu zamówienia.
- 5.2 Co przy tym istotne, złożenie przedmiotowych oświadczeń wymagane jest już na etapie Postępowania. Brak jest przy tym w ich treści odniesienia do spełnienia wskazanych wymagań dopiero przy zawarciu umowy z Zamawiającym – wręcz przeciwnie, Zamawiający sformułował w tym zakresie warunki udziału w Postępowaniu, których spełnianie należy przecież wykazać na moment złożenia oferty.
- 5.3 Z tego względu, z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że **to dopiero na moment zawarcia umowy o zamówienie publiczne – a nie już na moment złożenia oferty w Postępowaniu – powinno być oceniane spełnienie przez wykonawców stosownych wymagań w tym zakresie.**
- 5.4 O powyższym świadczy w szczególności fakt, że kody dostępu oraz klucze serwisowe są przeznaczone do urządzenia medycznego o konkretnym numerze seryjnym. Innymi słowy, w przypadku nabycia przez Odwołującego stosownych uprawnień jeszcze przed złożeniem oferty w Postępowaniu, a następnie nieuzyskania zamówienia na obsługę serwisową Urzędzeń, poniesie on zbyteczne koszty. Znajdujące się w jego posiadaniu kody dostępu oraz klucze serwisowe nie będą mogły bowiem być wykorzystane w żadnym zakresie, chociażby przy obsłudze serwisowej innych tomografów tego samego modelu.

- 5.5 W odniesieniu zaś do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (instrukcje serwisowe, procedury i zakres czynności), Odwołujący wskazuje, że nie jest w ogóle zasadne przedłożenie umowy licencyjnej dotyczącej tej kwestii – dokumenty te są bowiem publiczne dostępne na stronie internetowej GE. Nie jest więc konieczne wymaganie posiadania przez wykonawców umowy licencyjnej ani w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia, ani tym bardziej – w momencie złożenia oferty w Postępowaniu.
- 5.6 Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ w Postępowaniu poprzez usunięcie warunków udziału w Postępowaniu w tym zakresie.

6. WNIOSEK KOŃCOWY

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

W imieniu Odwołującego

Michał Stanisław
Gajdek

Elektronicznie podpisany przez Michał
Stanisław Gajdek
DN: c=PL,
serialNumber=PNOPL-92101000557,
cn=Michał Stanisław Gajdek,
givenName=Michał Stanisław, sn=Gajdek
Data: 2020.09.09 20:17:08 +02'00'

Michał Gajdek

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla Michała Gajdka.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) Ogłoszenie o zamówieniu.
- 5) SIWZ obowiązująca w postępowaniu.
- 6) Pytania do SIWZ z dnia 9 września 2020 r.
- 7) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu za pomocą poczty elektronicznej.