

Warszawa, 12 listopada 2019 roku

Do:

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

Zamawiający:

Zagłębiowskie Centrum Onkologii
Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza
w Dąbrowie Górniczej
ul. Szpitalna 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza
e-mail: zamowienia.publiczne@zco-dg.pl

Odwołujący:

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

reprezentowany przez pełnomocnika:

r. pr. Tomasz Michalczyka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przeeglądy techniczne sprzętu medycznego firmy Siemens”, nr sprawy ZP/49/ZCOSzpSp/2019 , ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 182-443436 w dniu 20 września 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 substytucyjne z 26 września 2019 roku, które załączam do niniejszego odwołania, niniejszym **zaskarżam czynność** podjętą przez Zagłębiowskie Centrum Onkologii – Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej („**Zamawiający**”) **polegającą na:**

- opisanii przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez:

- a) objęcie jednym zamówieniem świadczenia przeglądów technicznych wraz z częściami rezonansu magnetycznego Magneton Area (dalej „**Rezonans**”) oraz wymianę sprzętu komputerowego oraz innych podzespołów Rezonansu, w tym wykonanie modernizacji Evolve,
- b) objęcie jednym zamówieniem świadczenia przeglądów technicznych wraz z częściami (i) Tomografu Komputerowego Somatom Emotion, (ii) Tomografu Komputerowego Somatom Definition AS, (iii) Rezonansu (iv) Laseru LAP DORADOnova MR3T oraz Laserów LAP DORADO 3, (v) stacji roboczych Syngo MM Workplace (dalej „**Urządzenia**”) oraz zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym (ochroną antywirusową oraz systemem antywirusowym).

- opisanii przedmiotu zamówienia Postępowaniu w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez wymaganie w ramach świadczonej obsługi serwisowej:

- a) dostawy za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonania zalecanych przez producenta: aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia w przypadku stacji roboczych Syngo MM Workplace (dalej „**Stacje Syngo MM Workplace**”) oraz
- b) wykonania modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania w przypadku (i) Tomografu Komputerowego Somatom Emotion, (ii) Tomografu Komputerowego Somatom Definition AS, (iii) Rezonansu (iv) Laseru LAP DORADOnova MR3T oraz Laserów LAP DORADO 3 (dalej łącznie „**Pozostałe Urządzenia**”).

- określeniu kryteriów oceny ofert 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 przeglądów technicznych sprzętu medycznego będącego przedmiotem Postępowania.

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

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36aa ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty na usługę świadczenia przeglądów technicznych Rezonansu (w ramach Pakietu nr 3) wykonawcom innym niż producent tego Rezonansu (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) wskutek objęcia wskazanym Pakietem również wykonania modernizacji Evolve komputerów MRAWP i MARS, podczas gdy w przypadku gdyby usługa wykonania modernizacji Evolve komputerów MRAWP i MARS została wydzielona do odrębnego postępowania, to ofertę na tę usługę mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący), zaś nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące łączne udzielenie zamówienia na świadczenie przeglądów technicznych Rezonansu oraz wykonanie modernizacji Evolve komputerów MRAWP i MARS, świadczenie przeglądów technicznych Rezonansu można z powodzeniem realizować dokonując jedynie naprawy komputerów MRAWP i MARS (nie zaś ich wymiany), w związku z czym modernizacja Evolve nie będzie konieczna do wykonania,
2. **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 na usługę świadczenia przeglądów technicznych Urządzeń wykonawcom innym niż ich producent (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) wskutek objęcia jednym zamówieniem świadczenia przeglądów technicznych wraz z częściami Urządzeń oraz zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym (ochroną antywirusową oraz systemem antywirusowym), podczas gdy w przypadku gdyby usługa zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym (ochroną antywirusową oraz systemem antywirusowym) została wydzielona do odrębnego postępowania, to ofertę na usługę świadczenia przeglądów technicznych Urządzeń mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący), zaś nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące łączne udzielenie zamówienia na świadczenie przeglądów technicznych Urządzeń oraz zabezpieczenie Urządzeń programem antywirusowym (ochroną antywirusową oraz systemem antywirusowym), świadczenie przeglądów technicznych Urządzeń można z powodzeniem realizować bez konieczności zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym (ochroną antywirusową oraz systemem antywirusowym),
3. **art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 186 ust. 2 PZP**, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do uwzględniania całości zarzutów odwołania, a następnie do dokonywania zmian w sposób dowolny, nie związany z przedstawionymi w odwołaniu żądaniami, pomimo że żądania nie były sformułowane w sposób alternatywny lub jakikolwiek inny, który uprawniałby Zamawiającego do zaniechania wprowadzenia do SIWZ zmian wypełniających wszystkie żądania przedstawione w odwołaniu Odwołującego,
4. **art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 75 ust. 1 Ustawy o wyrobach medycznych²** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego

² Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: (Dz.U. z 2019 r. poz. 175).

traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności wskutek wymagania przeprowadzania przez wybranego w wyniku Postępowania wykonawcę dostawy za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonania zalecanych przez producenta: aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia w przypadku Stacji Syngo MM Workplace oraz wykonania modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania w przypadku Pozostałych Urzędzeń, podczas gdy to wytwórca Stacji Syngo MM Workplace i Pozostałych Urzędzeń (jego autoryzowany przedstawiciel), a nie serwisant, jest zobowiązany w świetle Ustawy o wyrobach medycznych do realizowania zewnętrznych działań korygujących dotyczących bezpieczeństwa dotyczących wyrobu medycznego – Field Safety Corrective Action (FSCA),

5. **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 dostawy za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonania zalecanych przez producenta: aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia w przypadku Stacji Syngo MM Workplace oraz wykonania modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania w przypadku Pozostałych Urzędzeń, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów), podczas gdy są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do wymagań producenta Stacji Syngo MM Workplace oraz Pozostałych Urzędzeń, czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,
6. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanych Stacji Syngo MM Workplace oraz Pozostałych Urzędzeń (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 dostawy za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonania zalecanych przez producenta: aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia w przypadku Stacji Syngo MM Workplace oraz wykonania modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania w przypadku Pozostałych Urzędzeń, 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,

7. **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 sprzętu medycznego, w stosunku do którego mają być wykonywane przeglądy techniczne (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 przeglądów technicznych sprzętu medycznego będącego przedmiotem Postępowania, **podczas gdy** Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego, uczciwego konkurencji z producentem sprzętu medycznego, w stosunku do którego mają być wykonywane przeglądy techniczne (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,
8. **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 sprzętu medycznego, w stosunku do którego mają być wykonywane przeglądy techniczne (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** zakresu zamówienia objętego Pakietem nr 3 niniejszego Postępowania poprzez wydzielenie usługi wykonania modernizacji Evolve komputerów MRAWP i MARS do odrębnego od Rezonansu pakietu.
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** zakresu zamówienia objętego Pakietem nr 1, 2, 3, 5 i 6 niniejszego Postępowania poprzez wydzielenie usługi zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym (ochroną antywirusową oraz systemem antywirusowym) do odrębnego od Urządzeń pakietu.
5. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** z Załącznika nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, dot. Stacji Syngo MM Workplace (Pakiet nr 6) sekcja *Modyfikacje i ochrona antywirusowa* następujących fragmentów: *„Dostawa za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji”, „wykonywanie zalecanych aktualizacji softwareu i aplikacyjnego oraz modyfikacja wszystkich urządzeń w razie potrzeby i awarii” oraz „Wykonanie zalecanych przez producenta: aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia”.*

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** w treści Załącznika nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, dot. Stacji Syngo MM Workplace (Pakiet nr 6) sekcja *Modyfikacje i ochrona antywirusowa* poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie dostawy zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonania zalecanych przez producenta: aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji Syngo MM Workplace, 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 i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

6. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** z Załącznika nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, dot. Pozostałych Urządzeń (Pakiet nr 1, 2, 3 i 5) sekcja *Naprawy* następującego fragmentu: „Wykonanie modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania”.

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** w treści Załącznika nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, dot. Pozostałych Urządzeń (Pakiet nr 1, 2, 3 i 5) sekcja *Naprawy* poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie wykonania modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania Pozostałych 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 i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

7. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści rozdziału XIII SIWZ poprzez usunięcie kryterium Autoryzacja o wadze 20% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian określenie kryterium oceny ofert Utrzymanie aparatu w sprawności o wadze 20% możliwych do zdobycia punktów (tj. 20 pkt), w ramach którego wykonawcy będą mogli otrzymać poniższą ilość punktów:
 - nie więcej niż 10 dni niesprawności aparatu w ciągu roku (wyluczając przeglądy) – 20 pkt;
 - nie więcej niż 20 dni niesprawności aparatu w ciągu roku (wyluczając przeglądy) – 10 pkt.
8. 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 PZP³, 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.

Modyfikacja SIWZ, w wyniku której nastąpiła zmiana postanowień, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 31 października 2019 roku.

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

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 5** do niniejszego odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w ramach Postępowania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w zakresie świadczenia usługi przeglądu technicznego Urządzeń, może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Postępowaniu w zakresie świadczenia usługi przeglądów technicznych Urządzeń. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie. Dopiero uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu w zakresie świadczenia usługi przeglądów technicznych Urządzeń.

Ponadto, również obecne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia, a także sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu powoduje, że Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie konkurencyjnej wobec producenta sprzętu (podmiotów z nim bezpośrednio powiązanych) oferty w ramach obsługi serwisowej Urządzeń.

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

³ 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. Zagłębiowskie Centrum Onkologii – Szpital Specjalistyczny im. Sz. Starkiewicza w Dąbrowie Górniczej („Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przeglądy techniczne sprzętu medycznego firmy Siemens” („Postępowanie”).
- 1.2. Przedmiotem zamówienia w ramach Postępowania jest świadczenie usługi świadczenia przeglądów technicznych wraz z częściami (i) tomografu komputerowego Somatom Emotion 16, (ii) tomografu komputerowego Somatom Definition AS, (iii) rezonansu magnetycznego Magnetom Aera, (iv) tomografu skanera PET/CT Biograph mCT (20)-3R, (v) Laseru LAP DORADOnova oraz Laserów DORADO 3, (vi) stacji roboczych Syngo MM Workplace, (vii) stacji opisowej Syngo.via,

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (*Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania*).

- 1.3. W dniu 30 września 2019 r., Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia oraz określenia warunków udziału w Postępowaniu (dalej „**Odwołanie I**”). W dniu 3 października 2019 r. Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu i zapowiedział dokonanie modyfikacji SIWZ, skutkiem czego postępowania odwoławcze zostało umorzone.

Dowód: Postanowienie KIO z dnia 7 października 2019 r. (*Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania*).

- 1.4. Modyfikacja SIWZ, w wyniku której nastąpiła zmiana postanowień, została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 31 października 2019 roku.

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

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

3. ZARZUT DOTYCZĄCY NIEPRAWIDŁOWEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA WSKUTEK BRAKU PODZIAŁU ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI

- 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/WE⁴. 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. Regulacji tej nie należy jednak odczytywać w oderwaniu od innych przepisów PZP. Uprawnienie zamawiającego w tym zakresie będzie bowiem niejednokrotnie przekształcało się w obowiązek podziału zamówienia na części, w sytuacji w której brak takiego podziału będzie naruszał konkurencję między wykonawcami zainteresowanymi danym zamówieniem.
- 3.3 Z uwagi na powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 1022/18) jednoznacznie wskazała, iż **zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części**, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które uzasadniają brak takiego podziału.
- 3.4 Warto przy tym podkreślić, iż **ocenie przez pryzmat zachowania konkurencyjności w postępowaniu podlega nie tylko sama decyzja zamawiającego, co do podziału przedmiotu zamówienia na części, ale także zakres poszczególnych pakietów**. Podział zamówienia na części nie jest bowiem celem samym w sobie, ale służy umożliwieniu udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów, tak aby zamawiający mógł uzyskać jak najbardziej konkurencyjną ofertę.
- 3.5 Jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2165/11) naruszenie zasady uczciwej konkurencji może być wynikiem takiej konfiguracji przedmiotów np. w ramach danego pakietu, że ich łączne zaoferowanie jest możliwe przez jednego wykonawcę, dla pozostałych zaś wykonawców jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.
- 3.6 Należy zatem zaznaczyć, iż każdorazowo zamawiający powinien podzielić zamówienie na tyle części, na ile będzie to uzasadnione z uwagi na specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Co przy tym istotne, decyzja co do zakresu wydzielonych części nie może być arbitralna, a wręcz przeciwnie – musi być uzasadniona uwarunkowaniami technicznymi, bądź innymi okolicznościami, które wskazywałyby, iż inne ukształtowanie poszczególnych pakietów wiązałyby się ze znacznymi trudnościami w realizacji zamówienia lub ponoszeniem dodatkowych kosztów.

⁴ Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze. zm.

- 3.7 W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że zakres usług wydzielonych w ramach niniejszego Postępowania (zmieniony przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 31 października 2019 r.) bez ich dalszego podziału, nie znajduje żadnego racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.
- 3.8 W ramach jednego Postępowania zostały bowiem uwzględnione usługi:
- a) o zupełnie innym charakterze i przeznaczeniu– takie jak usługi przeglądów technicznych, usługa wykonania modernizacji Evolve, czy usługa zabezpieczenia urządzeń medycznych programem antywirusowym,
 - b) co najważniejsze – stanowiące odrębne, niezależne od siebie usługi.
- 3.9 Powyższe powoduje, że istnieje wiele wykonawców, którzy z uwagi na wadliwie sformułowany zakres usług objętych Postępowaniem określony przez Zamawiającego, nie będą mogli złożyć oferty w Postępowaniu.
- 3.10 Przechodząc do okoliczności objętych bezpośrednio niniejszym odwołaniem, należy wskazać, że **gdyby Zamawiający dokonał wydzielenia usługi wykonania modernizacji Evolve komputerów MRAWP i MARS oraz zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym do odrębnego pakietu (lub pakietów), to Odwołujący mógłby złożyć ofertę w zakresie Urządzeń, a później należycie realizować zawartą umowę – w czym posiada bogate doświadczenie.**
- 3.11 Pozostawiając zapisy SIWZ w obecnym kształcie, zamyka się natomiast dostęp do uzyskania zamówienia na obsługę Urządzeń podmiotom innym niż producent (lub podmiotom bezpośrednio z nim powiązanym), którzy nie świadczą usług wykonania modernizacji Evolve oraz zabezpieczenia programem antywirusowym (w tym Odwołującemu). Należy bowiem wskazać, że zarówno modernizacja Evolve jak i zabezpieczenie programem antywirusowym stanowią usługi, które mogą być dostarczone jedynie przez producenta Urządzeń lub jej autoryzowanego przedstawiciela tj. spółkę Siemens Healthcare Sp. z o.o.
- Dowód:** Informacja uzyskana od spółki Siemens Healthcare Sp. z o.o. (*Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania*).
- 3.12 Pozostawienie zatem powyższego zakresu opisu przedmiotu zamówienia sprowadza się do tego, iż **w rzeczywistości tylko jeden podmiot będzie mógł złożyć ofertę na usługę przeglądów technicznych Urządzeń.** Podczas gdy objęcie ww. usług w ramach Postępowania nie znajduje żadnego racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.
- 3.13 **Zwrócić należy przy tym uwagę na fakt, że Zamawiający początkowo nie wymagał aż tak szerokiego zakresu usług.** Dopiero w wyniku pytań zadanych przez wykonawców, Zamawiający w odpowiedzi zdecydował się na uwzględnienie w ramach niniejszego zamówienia zarówno wykonania modernizacji Evolve w stosunku do komputerów MRAWP i MARS, jak i zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym.

Dowód: Pytania i odpowiedzi w Postępowaniu zestaw nr 2 (*Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania*).

- 3.14 Należy zaznaczyć, że informacje przekazane przez wykonawców w ramach pytań do SIWZ wprowadziły Zamawiającego w błąd. W pytaniu nr 10 wskazano bowiem, że w przypadku awarii komputerów MRAWP i MARS pracujących przy Rezonansie, z uwagi na fakt iż nie są one już dostępne na rynku, niezbędna będzie ich wymiana na inne modele. Zaś czynność ta ma się wiązać z koniecznością wykonania modernizacji Evolve.
- 3.15 Z powyższym Odwołujący nie może się zgodzić. Odwołujący jest bowiem w stanie dokonać naprawy komputerów MRAWP i MARS oraz ma dostęp do części zamiennych dla tych komputerów. W przypadku zatem ich awarii, nie będzie konieczna wymiana komputerów, lecz będzie możliwa ich naprawa. Postępowanie prowadzone przez Zamawiającego dotyczy konserwacji oraz napraw Urządzeń i tych właśnie czynności powinien w pierwszej kolejności podjąć się profesjonalny wykonawca działający na rynku usług serwisowych urządzeń medycznych.
- 3.16 Jak orzekł Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 26 października 2018 r., sygn. akt XIX Ga 1058/18, możliwe jest takie ukształtowanie zapisów SIWZ, w ramach których jeden z wykonawców zaoferuje upgrade danego urządzenia, a drugi jego naprawę i nie będzie to świadczyć o nieporównywalności złożonych ofert. Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu od początku zakładał utrzymanie w pełnej sprawności techniczno-eksploatacyjnej Rezonansu wraz z wyposażeniem, zaś od decyzji wykonawców będzie zależało, co uwzględnią w swojej ofercie w celu zapewnienia tej sprawności zgodnie z innymi zapisami SIWZ i umowy.
- 3.17 Podobnie, dopiero po zadaniu przez wykonawców pytania nr 11 dot. wymagania przez Zamawiającego zabezpieczenia tomografu komputerowego Somatom Definition programem antywirusowym, Zamawiający zdecydował się dodać tę usługę do zakresu niniejszego Postępowania w stosunku do wszystkich Urządzeń, pomimo iż usługa taka nie jest niezbędna dla prawidłowego świadczenia usług przeglądów technicznych Urządzeń i może być wyodrębniona do odrębnego pakietu (postępowania).
- 3.18 **Należy więc podkreślić, iż decyzja Zamawiającego dotycząca uwzględnienia modernizacji Evolve w ramach usługi przeglądów technicznych Rezonansu, jak i uwzględnienia konieczności zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym w ramach usługi przeglądów technicznych tych Urządzeń nie odnosi się w żaden sposób do kosztów, kwestii technicznych czy też koordynacji działań wykonawców – skoro sam Zamawiający (jak i inni zamawiający) mogą udzielić i udzielają tożsamego zamówienia bez uwzględniania ww. usług w ramach usług świadczenia przeglądów technicznych urządzeń medycznych. Jak się wydaje, Zamawiający w tym zakresie kierował się wyłącznie własną wygodą tj. chęcią objęcia wszelkich proponowanych przez wykonawców dodatkowych usług jednym zamówieniem oraz informacjami wprowadzającymi w błąd przekazywanymi przez innych wykonawców.**

- 3.19 Powyższe doprowadziło jednak do takiego skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwia złożenie oferty w Postępowaniu tylko jednemu podmiotowi, a który to wykorzystując tę sytuację może zaoferować cenę nieadekwatną do przedmiotu zamówienia. Co więcej, początkowo Zamawiający nie uwzględnił ani modernizacji Evolve ani usług zabezpieczenia Urzędzeń programem antywirusowym w swoich wyliczeniach oszacowujących wartość zamówienia. Należy zaś podkreślić, że rozszerzenie przedmiotu zamówienia o wskazane usługi wpływa na cenę i w konsekwencji może okazać się, iż oferowana cena znacząco przekroczy budżet Zamawiającego.
- 3.20 W dokumentach Postępowania Zamawiający nie wskazał żadnych uzasadnionych potrzeb, które by przemawiały za tym, aby zakresem jednego Postępowania objąć zarówno usługi przeglądów technicznych urządzeń medycznych jak i usługę modernizacji Evolve (w przypadku Rezonansu) oraz zabezpieczenia Urzędzeń programem antywirusowym bez podziału zamówienia na części (pakiety), co umożliwiłoby złożenie ofert przez większą liczbę wykonawców. Za takim zaś podziałem przemawia przede wszystkim samodzielność poszczególnych usług, ich zupełnie inny charakter, jak i fakt, że nie są one niezbędne w celu prawidłowej realizacji usługi przeglądów technicznych.
- 3.21 Dlatego też, za niezasadne należy uznać stworzenie opisu przedmiotu zamówienia, który poprzez brak rozdzielenia świadczenia usługi przeglądów technicznych Rezonansu od usługi wykonania modernizacji Evolve oraz świadczenia usługi przeglądów technicznych Urzędzeń od usługi zabezpieczenia Urzędzeń programem antywirusowym, utrudnia uczciwą konkurencję i niezasadnie blokuje dostęp do zamówienia Odwołującemu (oraz innym podmiotom zdolnym do świadczenia usługi przeglądów technicznych Urzędzeń).
- 3.22 Na marginesie, nie sposób nie zauważyć, że każda z usług może być świadczona odrębnie (na co również wskazują pytania wykonawców, jak i fakt że Zamawiający wskazane usługi dodał znacznie później do zakresu Postępowania). Stanowi to wprost o tym, że przedmiot niniejszego Postępowania jest podzielny, co w istocie zobowiązuje Zamawiającego do podziału tego zamówienia na części, bądź udzielenia zamówienia na ww. usługi w ramach odrębnego postępowania (o ile Zamawiający w dalszym ciągu uzna za konieczne wykonanie usługi modernizacji Evolve oraz zabezpieczenia Urzędzeń programem antywirusowym) i sporządzenia 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.
- 3.23 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.

- 3.24 Warto przy tym wskazać, że w wyroku z dnia 22 września 2017 roku (sygn. akt KIO 1910/17) Izba nakazała wydzielenie konkretnych pozycji z jednego pakietu do osobnej części, wskazując, że *brak możliwości składania ofert częściowych uniemożliwił innym wykonawcom, posiadającym w ofercie produkty wskazane w tych pozycjach, ubieganie się udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie dotyczącym tych produktów.*
- 3.25 Podobnie, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2018/16), Izba wskazała, że *argument Zamawiającego o chęci osiągnięcia efektu skali i w jej efekcie korzystniejszej ceny należy uznać za chybiony, wobec potwierdzenia przez Odwołującego dowodami z rozprawy, że tak pierwotnie, jak i po zmianie z 04.11.2016 r., w kontekście poprzedniego zarzutu, tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu, co nie prowadziłooby w żadnym wypadku do uzyskania dogodnych warunków finansowych wbrew oczekiwaniom Zamawiającego.*
- 3.26 Powyższe wskazuje, iż dopóki istnieje podmiot mogący zaoferować świadczenie wyłącznie usług przeglądów technicznych danego urządzenia, jednak nie może zaoferować innych dodatkowych usług, co do zasady nie mogą istnieć przesłanki uzasadniające ekonomicznie utrzymanie tak szerokiego zakresu zamówienia.
- 3.27 Należy również podkreślić, iż podział zamówienia na części nie tylko pozwoli Zamawiającemu przestrzegać zasad wyrażonych w PZP (w szczególności dotyczących uczciwej konkurencji), ale również może pozwolić na zakup usługi po jak najniższej cenie. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 3 października 2018 r. (sygn. akt KIO 1913/18) dotyczącym właśnie obsługi serwisowej aparatury medycznej, *możliwość zakupu serwisu pogwarancyjnego leży niewątpliwie w interesie zamawiającego (i finansów publicznych).*
- 3.28 Nie sposób zatem nie dostrzec, że dokonanie wyodrębnienia usługi przeglądów technicznych Rezonansu bez usługi modernizacji Evolve oraz usługi przeglądów technicznych Urządzeń bez usługi zabezpieczenia Urządzeń programem antywirusowym jest prawidłowe i korzystne nie tylko dla samego rynku zamówień publicznych (otwarcie na uczciwą konkurencję), ale również dla samego Zamawiającego. Połączenie usługi przeglądów technicznych Urządzeń, usługi modernizacji Evolve jak i zabezpieczenia Urządzeń systemem antywirusowym w ramach jednego postępowania bez podziału na części w istocie uniemożliwia bowiem złożenie oferty wykonawcom działającym na rynku (w tym Odwołującemu), bez racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.

4. ZARZUTY DOTYCZĄCE OBJĘCIA ZAMÓWIENIEM DOSTAWY I WYKONYWANIA WSZELKICH AKTUALIZACJI OPROGRAMOWANIA I MODYFIKACJI URZĄDZEŃ

Naruszenie art. 186 ust. 2 PZP

- 4.1 Zanim Odwołujący przystąpi do szczegółowego uzasadnienia zarzutu dot. opisanu przedmiotu zamówienia Postępowaniu w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego

traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, na wstępie wskaże iż podnoszony przez Odwołującego zarzut był już uwzględniony przez Zamawiającego. Dokonana jednak przez niego zmiana SIWZ jest tylko pozorna i nie niweluje naruszenia przepisów PZP, na które Odwołujący zwrócił uwagę w Odwołaniu I.

- 4.2 Początkowo bowiem Zamawiający wymagał, aby przedmiotem zamówienia była objęta *dostawa za pośrednictwem systemu zalecanych aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną oraz wykonywanie zalecanych aktualizacji softwaru i aplikacyjnego oraz modyfikacja wszystkich urządzeń w razie potrzeby lub awarii* w stosunku do wszystkich Urzędzeń.

Dowód: Pierwotna SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (*Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania*).

- 4.3 Zmianą SIWZ opublikowaną na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 31 października 2019 r. powyższy zapis został zmieniony na następujący:

- a) *dostawa za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonanie zalecanych przez producenta: aktualizacji softwaru systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia* w przypadku Stacji Syngo Workplace oraz
- b) *wykonanie modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania* w przypadku Pozostałych Urzędzeń.

- 4.4 Należy zaś zaznaczyć, że w Odwołaniu I w stosunku do powyższych zapisów Odwołujący żądał: *nakazania Zamawiającemu wykreślenia z Załącznika nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, sekcja Naprawy następujących fragmentów: „dostawa za pośrednictwem systemu zalecanych aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną”, „wykonywanie zalecanych aktualizacji softwaru i aplikacyjnego oraz modyfikacja wszystkich urządzeń w razie potrzeby i awarii” oraz wykreślenia § 3 ust. 2 sekcja C – Naprawy lit. f) i g) Załącznika nr 4 do SIWZ – Wzór umowy*

ewentualnie:

*nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Załącznika nr 3 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, sekcja Naprawy oraz § 3 ust. 2 sekcja C – Naprawy lit. f) i g) Załącznika nr 4 do SIWZ – Wzór umowy poprzez **doprecyzowanie wymagań w zakresie dostawy oraz wykonywania zalecanych aktualizacji softwaru i aplikacyjnego a także modyfikacji Urzędzeń Tomografii Komputerowej, 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 i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.***

- 4.5 Powyższa zatem zmiana, nie jest zgodna z żądaniem Odwołującego, gdyż w dalszym ciągu nie precyzuje wymagań w zakresie dostawy oraz wykonywania zalecanych aktualizacji softwaru i

aplikacyjnego a także modyfikacji 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 i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

- 4.6 Zgodnie zaś z art. 186 ust. 2 ustawy PZP *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.* Jak podkreśla się przy tym w orzecznictwie KIO (wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 604/14): *"Sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem"*.
- 4.7 W przedmiotowej sytuacji nie miała miejsca niemożliwość realizacji żądań, bądź też ich niezgodność z prawem. Zamawiający zatem uwzględniając Odwołanie I miał obowiązek zastosować się do wskazanych tam żądań, czego nie zrobił. Dokonane przez niego zmiany są jedynie pozorne i nie eliminują wskazanych przez Odwołującego niezgodności skarżonych zapisów z prawem. W tym miejscu warto przywołać kolejny wyrok KIO, który wskazuje *„Jeżeli zamawiający nie ma zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą. Działania zamawiającego po uwzględnieniu odwołania nie mogą mieć charakteru pozornego, dotyczącego powtórzenia czynności bez realnej ku temu potrzeby"* (wyrok z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2396/17).
- 4.8 W związku z powyższym poniższa argumentacja stanowi powtórzenie argumentacji dotyczącej zarzutu już uwzględnionego przez Zamawiającego, co Izba w szczególności powinna wziąć pod uwagę przy rozpatrywaniu niniejszego odwołania.

Rozważania wstępne

- 4.9 W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć, że sam zakres określenia:
- a) dostawa za pośrednictwem systemu zdalnej diagnostyki zalecanych przez producenta aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną w postaci odrębnych licencji oraz wykonanie zalecanych przez producenta: aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia w przypadku Stacji Syngo Workplace oraz

b) *wykonanie modyfikacji technicznych (Updates) uznanych za konieczne w celu poprawienia funkcjonowania oraz oprogramowania w przypadku Pozostałych Urządzeń,*

może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją niejednoznaczność.

4.10 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.**

4.11 Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych⁵, 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.

4.12 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Stacji Syngo Workplace oraz Pozostałych 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 bądź uznanie za konieczne, przy czym Zamawiający nie wskazał nawet źródła owych zaleceń bądź uznań za konieczne (Odwołujący zakłada, że chodzi tu o producenta sprzętu).**

4.13 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 błażych zagadnień.

4.14 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanych zapisów OPZ z art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP.

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

4.15 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy OPZ w Postępowaniu są **niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**

4.16 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 bądź uznanych za konieczne przez producenta serwisowanych urządzeń,

⁵ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz 211, ze zm.).

ani nie wiedzą jaki byłby ich ewentualny koszt. W obu przypadkach, niezbędne dane będą determinowane wyłącznie stanowiskiem podmiotu trzeciego (tj. producenta serwisowanych urządzeń).

- 4.17 Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.
- 4.18 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 określić, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*) odsyła zainteresowanych wykonawców, tak naprawdę, do producenta serwisowanych urządzeń (jego zaleceń).
- 4.19 Opisane powyżej podejście Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, co potwierdza chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17: **zamawiający nie może odsyłać wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty do podmiotów trzecich, [...] o uzyskiwanie danych dotyczących tego zamówienia, w tym danych niezbędnych do przyjęcia założeń integracji systemów komputerowych**". Innymi słowy, biorąc pod uwagę, że to Zamawiający prowadzi Postępowanie, to na nim ciąży **obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia**.
- 4.20 Warto wskazać, że na powyższe w żaden sposób nie rzutuje przyjęty przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia. W tym sensie, **Zamawiający nie może braku precyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia uzasadniać ryczałtowym wynagrodzeniem wykonawcy**. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt VIII GC 124/13: *zwykle ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru świadczenia lub kosztów obciąża wykonawcę (jak np. przy umowie o dzieło - art. 632 § 1 k.c.), jednakże rozkład ten doznaje modyfikacji na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem niepełności czy niedokładności opisu przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego art. 29 powołanej ustawy*. Innymi słowy, ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2012 roku, KIO 809/12).
- 4.21 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).

- 4.22 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.**
- 4.23 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 .**
- 4.24 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.*
- 4.25 Na zakończenie należy także zwrócić szczególną uwagę na zakres ewentualnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia. Nie chodzi tu bowiem, o jakiegokolwiek minimalne doszczegółowienie kwestionowanego zapisu (które tylko pozornie uczyni zadość zasadzie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, tak jak miało to miejsce w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 31 października 2019 r.), 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.
- 4.26 Powyższe zostało jednoznacznie orzeczone przez Izbę w tożsamej sprawie w wyroku z dnia 1 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1817/19): *Brak możliwości określenia liczby i zakresu ww. aktualizacji, do których przeprowadzenia zobowiązany byłby wykonawca w okresie realizacji umowy, stanowi o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Brak wyczerpującego wskazania przez Zamawiającego okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty uniemożliwia rzetelne oszacowanie zamówienia przez wykonawcę.*

Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP

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

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

- 4.28 Tym samym, jedynie bezpośredni producent serwisowanych urządzeń lub też spółki z nim powiązane będą w stanie zaoferować Zamawiającemu konkurencyjne warunki wykonania umowy, czyli uwzględnić niezbędne koszty związane z realizacją umowy (**przewaga na etapie ofertowania przedmiotu zamówienia**).
- 4.29 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 mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 4.30 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/uznania za konieczne 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**).
- 4.31 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**.
- 4.32 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 PZP a zapewnienie realnej konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez uwzględnienie żądań Odwołującego i **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń**.
- 4.33 Podsumowując, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia poza samym producentem serwisowanych urządzeń (lub spółkami z nim powiązanymi) **żaden z innych wykonawców nie jest w stanie precyzyjnie ustalić zatem zakresu swojego świadczenia, ani tym bardziej go wycenić** (art. 29 ust. 1 PZP). Jedynymi podmiotami faworyzowanymi przez takie ukształtowanie zapisów SIWZ pozostają zatem podmioty z grupy kapitałowej Siemens (art. 29 ust. 2 PZP).
- 4.34 W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia ile i jakie aktualizacje i modyfikacje będą niezbędne w okresie 12 miesięcy realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkowania serwisowanego Urządzeń, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.

4.35 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje 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 zalecanych/uznanych za konieczne aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną oraz zalecanych/uznanych za konieczne aktualizacji software'u i aplikacyjnego oraz modyfikacji Urządzeń.

5. KRYTERIUM AUTORYZACJA JAKO KRYTERIUM DOTYCZĄCE WŁAŚCIWOŚCI WYKONAWCY

5.1 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.**

5.2 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.

5.3 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”⁶.

5.4 Również Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się na temat kryteriów, które należy rozumieć jako odnoszące się do właściwości wykonawcy.

5.5 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”.*

5.6 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 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-kontekscie-wymagania-przez-zamawiajacego-od-wykonawcow-okreslonego-doswiadczenia>

- 5.7 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).
- 5.8 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.
- 5.9 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).
- 5.10 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.
- 5.11 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 dyskrecjonalnych uprawnień podmiotu jej udzielającego.** Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym aby udzielać autoryzacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to – tak jak Odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego.
- 5.12 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 spotkają 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.

- 5.13 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.
- 5.14 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**”.
- 5.15 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.

6. WNIOSEK KOŃCOWY

- 6.1 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 od Odwołującego dla p. Agnieszki Weiner.

- 3) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla r. pr. Tomasza Michalczyka.
- 4) Dowód uiszczenia opłat skarbowych od pełnomocnictw.
- 5) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 6) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 7) Postanowienie KIO z dnia 7 października 2019 r.
- 8) Informacja uzyskana od spółki Siemens Healthcare Sp. z o.o.
- 9) Pytania i odpowiedzi w Postępowaniu zestaw nr 2.
- 10) Pierwotna SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 11) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.