

Warszawa, 30 września 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:

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

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Przeglądy 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:**

- **opisaniu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji** poprzez objęcie jednym zamówieniem świadczenia przeglądów technicznych wraz z częściami (i) skanera PET/CT Biograph mCT (20)-3R, (ii) stacji opisowej Syngo.via („**Stacja Syngo.via**”) (dalej łącznie „**Urządzenia PET**”), (iii) rezonansu magnetycznego Magnetom Aera, (iv) Laseru LAP DORADOnova (dalej łącznie „**Urządzenia Rezonansu**”) oraz 5 innych urządzeń medycznych produkowanych przez firmę Siemens posiadanych przez Zamawiającego znajdujących się w Pracowni Tomografii Komputerowej (dalej łącznie jako „**Urządzenia Tomografii Komputerowej**”),

- **opisaniu przedmiotu zamówienia Postępowaniu w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji** poprzez wymaganie w ramach świadczonej obsługi serwisowej dostawy oraz wykonywania zalecanych aktualizacji software’u i aplikacyjnego a także modyfikacji Urządzeń Tomografii Komputerowej,

- **określeniu warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję** poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym kwalifikacje zawodowe (rozumiane jako odbycie szkolenia) autoryzowane przez wytwórcę serwisowanego sprzętu (Urządzenia Tomografii Komputerowej).

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 w Postępowaniu wykonawcom innym niż podmioty świadczące usługi serwisowania wszystkich urządzeń nim objętych, **podczas gdy** w przypadku gdyby usługa serwisowania Urządzeń PET oraz Urządzeń Rezonansu została wydzielona do odrębnego pakietu (pakietów), to ofertę na obsługę serwisową Urządzeń Tomografów Komputerowych mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący), zaś nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące łączne udzielenie zamówienia na serwisowanie Urządzeń PET, Urządzeń Rezonansu oraz Urządzeń Tomografów Komputerowych,

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

2. **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 traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności wskutek wymagania przeprowadzania przez wybranego w wyniku Postępowania wykonawcę dostawy oraz wykonywania zalecanych aktualizacji software'u i aplikacyjnego a także modyfikacji Urządzeń Tomografii Komputerowej, **podczas gdy** to wytwórca Urządzeń Tomografii Komputerowej (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),
3. **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 oraz wykonywania zalecanych aktualizacji software'u i aplikacyjnego a także modyfikacji Urządzeń Tomografii Komputerowej, 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 oraz zaleceń producenta Urządzeń Tomografii Komputerowej, czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,
4. **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 Urządzeń Tomografii Komputerowej (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 oraz wykonywania zalecanych aktualizacji software'u i aplikacyjnego a także modyfikacji Urządzeń Tomografii Komputerowej, **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,
5. **art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym kwalifikacje zawodowe (rozumiane jako odbycie szkolenia) autoryzowane przez wytwórcę serwisowanego sprzętu, **podczas gdy** żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości świadczenia obsługi serwisowej Urządzeń Tomografii Komputerowej od posiadania jakichkolwiek uprawnień autoryzowanych przez wytwórcę, a na rynku istnieją podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem mimo braku spełniania przez personel wymagań określonych przez Zamawiającego.

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

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnoszę o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości.
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** zakresu zamówienia objętego Postępowaniem poprzez wydzielenie usługi świadczenia przeglądów technicznych wraz z częściami Urządzeń Tomografii Komputerowej do odrębnego od Urządzeń PET oraz Urządzeń Rezonansu pakietu (pakietów), z możliwością składania ofert częściowych.
4. nakazanie 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 softwareu 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 software’u i aplikacyjnego a także modyfikacji Urządzeń 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.

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** warunku udziału określonego w Rozdziale V ust. 5 lit. b) SIWZ poprzez wykreślenie fragmentu „*t.j. posiadającymi certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia autoryzowanego przez producenta sprzętu*”

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu **zmiany** warunku udziału określonego w Rozdziale V ust. 5 lit. b) SIWZ poprzez dopuszczenie legitymowania się przez personel, którym dysponuje wykonawca uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Urządzeń Tomografii Komputerowej, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Urządzeń Tomografii Komputerowej od co najmniej 1 roku liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

6. 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.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 182-443436 w dniu 20 września 2019 roku. Tego samego dnia dokumentacja Postępowania została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego.

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

Jednocześnie, Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 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 serwisowej Urządzeń Tomografii Komputerowej, może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Postępowaniu w zakresie świadczenia usługi serwisowej Urządzeń Tomografii Komputerowej. 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 serwisowej Urządzeń Tomografii Komputerowej.

Ponadto, również obecne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy w świadczenia usługi obsługi serwisowej Urządzeń Tomografii Komputerowej, a także sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu powoduje, że Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

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).

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

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

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) skanera PET/CT Biograph mCT (20)-3R, (ii) stacji opisowej Syngo.via („**Stacja Syngo.via**”) (dalej łącznie „**Urządzenia PET**”), (iii) rezonansu magnetycznego Magnetom Aera, (iv) Laseru LAP DORADOnova (dalej łącznie „**Urządzenia Rezonansu**”) oraz 5 innych urządzeń medycznych produkowanych przez firmę Siemens posiadanych przez Zamawiającego znajdujących się w Pracowni Tomografii Komputerowej (dalej łącznie jako „**Urządzenia Tomografii Komputerowej**”),

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

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

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

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 wiązałoby się ze znacznymi trudnościami w realizacji zamówienia lub ponoszeniem dodatkowych kosztów.
- 3.7 **W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że zakres urządzeń wydzielonych w ramach niniejszego Postępowania bez ich podziału na pakiety, nie znajduje żadnego racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.**
- 3.8 W ramach jednego Postępowania zostały bowiem uwzględnione urządzenia:
 - a) o zupełnie innym charakterze oraz przeznaczeniu – takie jak rezonans magnetyczny, skaner PET, tomografy komputerowe, stacje opisowe, czy lasery LAP,

- b) umieszczone w różnych placówkach Zamawiającego – począwszy od Pracowni Tomografii Komputerowej oraz Pracowni Rezonansu Magnetycznego, po Pracownię PET,
 - c) co najważniejsze – stanowiące odrębne, niezależne od siebie urządzenia medyczne.
- 3.9 Powyższe powoduje, że istnieje wiele wykonawców, którzy z uwagi na wadliwie sformułowany zakres urządzeń 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 obsługi serwisowej Urządzeń PET oraz Urządzeń Rezonansu do odrębnego pakietu (lub pakietów), to Odwołujący mógłby złożyć ofertę w zakresie Urządzeń Tomografii Komputerowej, a później należycie realizować zawartą umowę – w czym posiada bogate doświadczenie.**

Dowód: Listy referencyjne w zakresie serwisowania tomografów komputerowych Somatom Emotion 16 oraz SOMATOM Definition AS wystawione na rzecz Odwołującego (**Załącznik nr 7** do niniejszego odwołania)

- 3.11 Pozostawiając zapisy SIWZ w obecnym kształcie, zamyka się natomiast dostęp do uzyskania zamówienia na obsługę Urządzeń Tomografii Komputerowej wykonawcom, którzy nie świadczą usług serwisowych w zakresie Urządzeń PET oraz Urządzeń Rezonansu (w tym Odwołującemu).
- 3.12 **Zwrócić należy przy tym uwagę na fakt, że inni zamawiający dokonywali już zakupu tożsamych usług, wydzielając usługę serwisowania poszczególnych urządzeń medycznych lub ich grup (np. oddzielnie tomografów komputerowych wraz ze stacjami roboczymi syngo MM Workplace) wchodzących w zakres niniejszego Postępowania do odrębnego postępowania bądź pakietu.** Jako przykład można podać postępowania, w których to przy zbliżonym przedmiocie zamówienia, postępowania zostały podzielone na liczne części, bądź też poszczególne urządzenia zostały wydzielone do odrębnych postępowań, co pozwoliło zamawiającym otrzymać konkurencyjne oferty dotyczące serwisowania poszczególnych urządzeń. Co więcej, z przykładów tych jasno wynika, że oferty na Urządzenia Tomografii Komputerowej składają także inni wykonawcy (poza Odwołującym), a zatem poszerzenie konkurencji poprzez wydzielenie tych urządzeń do odrębnego pakietu (pakietów) pozwoli na poszerzenie kręgu wykonawców o znacznie większą liczbę podmiotów.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert obejmujących 14 części zamówienia w postępowaniu na usługi serwisowania i przeglądów technicznych sprzętu i aparatury medycznej prowadzonym przez Sosnowiecki Szpital Miejski Sp. z o.o. (znak postępowania ZP-2200-15/19), w ramach którego w zakresie

Pakietu nr 13 (tj. tomograf komputerowy Somatom Definition AS +) ofertę złożyło 4 wykonawców (**Załącznik nr 8** do niniejszego odwołania),

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na usługę serwisowania tomografu komputerowego Somatom Emotion16 i stacji roboczej syngo MM Workplace prowadzonym przez Samodzielny Publiczny ZOZ w Parczewie (znak postępowania SPZOZ.V.ZP-3541/16/2018 (3), w ramach którego ofertę złożyło 3 wykonawców (**Załącznik nr 9** do niniejszego odwołania),

Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na serwis sprzętu medycznego diagnostyki obrazowej: A) firmy Siemens, znajdującego się w DCO we Wrocławiu ifilii w Legnicy, B) firmy Mecall w DCO we Wrocławiu prowadzonym przez Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu (znak postępowania ZP/PN/54/19/LZE/JG), obejmującym 8 pakietów (**Załącznik nr 10** do niniejszego odwołania).

- 3.13 **Należy więc podkreślić, iż decyzja Zamawiającego dotycząca braku wydzielenia usługi dot. Urządzeń Tomografii Komputerowej do odrębnego pakietu (pakietów) nie odnosi się w żaden sposób do kosztów, trudności technicznych czy też koordynacji działań wykonawców** – skoro inni zamawiający mogą dokonać i dokonują wydzielenia tożsamego zamówienia do odrębnego postępowania bądź pakietu, to uczynić może to również Zamawiający. Jak się wydaje, Zamawiający w tym zakresie kierował się wyłącznie opacznie rozumianą własną wygodą, chcąc zawrzeć umowę na obsługę serwisową wszystkich 9 urządzeń z jednym wykonawcą.
- 3.14 Co więcej, w dokumentach Postępowania **Zamawiający nie wskazał żadnych uzasadnionych potrzeb, które by przemawiały za tym, aby zakresem jednego Postępowania objąć wszystkie urządzenia** bez podziału zamówienia na części (pakiety), co umożliwiłoby złożenie ofert przez większą liczbę wykonawców. Za takim zaś podziałem przemawia zaś przede wszystkim samodzielność poszczególnych urządzeń, ich zupełnie inny charakter, jak i fakt, że znajdują się fizycznie w innych lokalizacjach.
- 3.15 Dlatego też, za niezasadne należy uznać stworzenie opisu przedmiotu zamówienia, który poprzez brak rozdzielenia świadczenia obsługi serwisowej Urządzeń PET oraz Urządzeń Rezonansu od Urządzeń Tomografii Komputerowej, utrudnia uczciwą konkurencję i niezasadnie blokuje dostęp do zamówienia Odwołującemu (oraz innym podmiotom zdolnym do świadczenia usługi serwisowania Urządzeń Tomografii Komputerowej).
- 3.16 **Na marginesie, nie sposób nie zauważyć, że każde z Urządzeń PET, Urządzeń Rezonansu oraz Urządzeń Tomografii Komputerowej stanowi odrębny aparat, który może działać (oraz być serwisowany) zupełnie niezależnie od innych. W szczególności, tomografy Somatom nie są w żaden sposób powiązane ze Skanerem PET ani z rezonansem magnetycznym.** Stanowi to wprost o tym, że przedmiot niniejszego Postępowania jest podzielny, co w istocie zobowiązuje Zamawiającego do podziału tego zamówienia na części 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.

- 3.17 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.
- 3.18 Warto przy tym wskazać, że w analogicznym stanie faktycznym, 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*.
- 3.19 Podobnie, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2018/16), pomimo iż przedmiotem zamówienia była wręcz dostawa tego samego rodzaju urządzeń – defibratorów, Izba nakazała wydzielenie każdego typu defibratora do odrębnego postępowania. Jak wskazała Izba *argument Zamawiającego o chęci osiągnięcia efektu skali i w jej efekcie korzystniejszej ceny należy uznać za chybiony, wobec potwierdzenia przez Odwołującego dowodami z rozprawy, że tak pierwotnie, jak i po zmianie z 04.11.2016 r., w kontekście poprzedniego zarzutu, tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu, co nie prowadziłoby w żadnym wypadku do uzyskania dogodnych warunków finansowych wbrew oczekiwaniom Zamawiającego*.
- 3.20 Powyższe wskazuje, iż dopóki istnieje podmiot mogący zaoferować świadczenie usług w ramach jednego konkretnego urządzenia (lub wręcz ich grupy, jak w przypadku Urządzeń Tomografii Komputerowej), jednak nie może zaoferować tożsamego w ramach całego zamówienia na serwisowanie urządzeń medycznych, co do zasady nie mogą istnieć przesłanki uzasadniające ekonomicznie utrzymanie tak szerokiego zakresu zamówienia.
- 3.21 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)**.
- 3.22 Nie sposób zatem nie dostrzec, że dokonanie wyodrębnienia usługi serwisowej Urządzeń PET, Urządzeń Rezonansu oraz Urządzeń Tomografii Komputerowej jest prawidłowe i korzystne nie tylko dla samego rynku zamówień publicznych (otwarcie na uczciwą konkurencję), ale również dla samego Zamawiającego. **Połączenie obsługi serwisowej Urządzeń PET, Urządzeń Rezonansu oraz Urządzeń Tomografii Komputerowej w ramach jednego postępowania bez podziału na**

pakiety w istocie uniemożliwia bowiem złożenie oferty wykonawcom działającym na rynku (w tym Odwołującemu), bez racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.

Stacja Syngo.via

- 3.23 Na odrębną uwagę zasługuje objęcie przez Zamawiającego zakresem Postępowania serwisowania również Stacji Syngo.via, którą ze względów technicznych może serwisować wyłącznie producent sprzętu (Siemens), samodzielnie, lub poprzez swojego polskiego przedstawiciela (pozycja nr 9 Opisu przedmiotu zamówienia).
- 3.24 Odwołujący zwraca uwagę, że w konsekwencji powyższego, **krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w Postępowaniu (w zakresie wszystkich 9 urządzeń, w tym Urządzeń Tomografii Komputerowej) został ograniczony w istocie wyłącznie do spółki Siemens Healthcare Sp. z o.o. (jej autoryzowanego przedstawiciela).**
- 3.25 **Należy przy tym wskazać, że objęcie zamówieniem w ramach Postępowania serwisowania Stacji Syngo.via nie znajduje żadnego racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.** Sam producent urządzeń objętych niniejszym Postępowaniem przyznaje, że Stacja syngo.via może współpracować z wieloma urządzeniami, aplikacjami czy systemami. Jak czytamy w prezentacji przygotowanej przez Siemens, *jest to [system] elastyczny: użytkownicy mogą dostosowywać aplikacje, wygląd i sposób przepływu informacji pomiędzy różnymi obiektami biorącymi udział w jej przetwarzaniu* [w oryginale: *It is flexible: users can customize applications, layouts and workflow*]. Ponadto, Siemens oferuje oddzielne szkolenia dotyczące obsługi Stacji syngo.via, co dowodzi wprost, że **traktuje on ten system jako odrębny element całości, niepowiązany nierozdzielnie z tomografem komputerowym, czy innymi urządzeniami medycznymi.**

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

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

- 3.26 Warto przy tym wskazać, że podobna sprawa była już rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z 31 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1500/17, **Izba nakazała podział zamówienia na części, poprzez wydzielenie usługi dotyczącej Stacji syngo.via do odrębnego pakietu**, wskazując, że *składający sprzeciw nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że od serwera aplikacyjnego Syngo.Via można dowolnie odłączyć tomografy komputerowe i rezonanse magnetyczne. Nie zaprzeczył też, iż awaria jednego urządzenia nie implikuje awarii drugiego urządzenia.*

- 3.27 Zwrócić należy również uwagę na to, że inni zamawiający dokonywali już zakupu tożsamych usług, rozdzielając przedmiot zamówienia na odrębne części, wydzielając usługę serwisowania stacji Syngo.via do odrębnego pakietu bądź postępowania. Jako przykład można podać dwa postępowania – prowadzone przez Szpitale w Jaśle oraz w Limanowej - w których to, przy tożsamym przedmiocie zamówienia, dokonano podziału zamówienia na części. **Pozwoliło to złożyć Odwołującemu konkurencyjną ofertę wobec oferty producenta sprzętu w zakresie świadczenia usługi serwisowej tomografu komputerowego.**

Dowód: Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Konserwacja tomografu komputerowego Somatom Emotion 16 ze stacją Syngo.via*” – Szpital Powiatowy w Limanowej Imienia Miłosierdzia Bożego (**Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania**)

Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa serwisowa tomografu komputerowego Somatom Emotion wraz ze stacją opracowań Syngo Via firmy SIEMENS z wymianą zużywalnych części zamiennych dla Szpitala Specjalistycznego w Jaśle” – Szpital Specjalistyczny w Jaśle (**Załącznik nr 14 do niniejszego odwołania**)

- 3.28 Poniżej Odwołujący przedstawia kolejne przykłady postępowań, w których na usługę serwisowania Stacji Syngo.via ofertę złożył tylko jeden podmiot tj. Siemens Healthcare Sp. z o.o.

Dowód: Zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługa serwisowania w zakresie napraw i konserwacji sprzętu rentgenowskiego*” – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie (**Załącznik nr 15 do niniejszego odwołania**)

Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 oraz stacji opisowej Syngo.via” – Szpitale Pomorskie Sp. z o.o. (**Załącznik nr 16 do niniejszego odwołania**)

- 3.29 Wskazane przykłady postępowań pokazują jednoznacznie, iż jedynie Siemens Healthcare Sp. z o.o. jest w stanie serwisować Stację Syngo.via, gdyż jest to jedyny podmiot składający ofertę w tym zakresie. Podsumowując, **skoro z uwagi na względy techniczne Stację Syngo.via, może serwisować tylko jeden podmiot, to Zamawiający powinien rozważyć w tym zakresie udzielenie mu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) lub b) PZP. Nie można zaś uznać za zasadne faktycznego wyeliminowania przez Zamawiającego konkurencji w zakresie prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia na serwisowanie**

Urządzeń Tomografii Komputerowej, które mogą być obsługiwane należycie przez inne podmioty.

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

- 4.1 W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć, że sam zakres określenia *dostawa za pośrednictwem systemu zalecanych aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną oraz wykonywanie zalecanych aktualizacji softwareu i aplikacyjnego oraz modyfikacja wszystkich urządzeń w razie potrzeby lub awarii* może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją niejednoznaczność.
- 4.2 Co do zasady bowiem, aktualizacje oprogramowania można podzielić na dwie grupy: (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz (ii) aktualizacje służące rozwojowi sprzętu (dodanie nowych funkcji, itp). **Zamawiający nie sprecyzował do wykonania których aktualizacji będzie zobowiązany wykonawca.**
- 4.3 Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach 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.
- 4.4 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Urządzeń Tomografii Komputerowej) jest ustawowo **zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji.** *A contrario*, można stwierdzić, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie dokonywanie i zainstalowanie **wyłącznie innych aktualizacji, o nieokreślonym bliżej zakresie.** **Jedyną wskazówką pozostaje bowiem zalecenie, przy czym Zamawiający nie wskazał nawet źródła owych zaleceń (Odwołujący zakłada, że chodzi tu o producenta sprzętu).**
- 4.5 Tym samym, **aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanych Urządzeń Tomografii Komputerowej 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.
- 4.6 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanych zapisów OPZ (a w konsekwencji również projektu umowy) z art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP.

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

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

- 4.7 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy OPZ oraz Wzoru umowy w Postępowaniu **są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**
- 4.8 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat **liczby płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji urządzenia** zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń, ani nie wiedzą jaki byłby ich **ewentualny koszt** (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter). W obydwu przypadkach, **niezbędne dane będą determinowane wyłącznie stanowiskiem podmiotu trzeciego** (tj. zaleceniami producenta serwisowanych aparatów).
- 4.9 **Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiekolwiek dane dotyczące tego ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.**
- 4.10 Tym samym, Zamawiający wbrew 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).
- 4.11 Opisane powyżej podejście Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, co potwierdza chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17: **zamawiający nie może odsyłać wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty do podmiotów trzecich, [...] o uzyskiwanie danych dotyczących tego zamówienia, w tym danych niezbędnych do przyjęcia założeń integracji systemów komputerowych**". Innymi słowy, biorąc pod uwagę, że to Zamawiający prowadzi Postępowanie, to na nim ciąży **obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.**
- 4.12 Warto wskazać, że na powyższe w żaden sposób nie rzutuje przyjęty przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia. W tym sensie, **Zamawiający nie może braku precyzjności 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: *zwyczajnie ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru świadczenia lub kosztów obciąża wykonawcę (jak np. przy umowie o dzieło - art. 632 § 1 k.c.), jednakże rozkład ten doznaje modyfikacji na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem niepełności czy niedokładności opisu przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego art. 29 powołanej ustawy.* Innymi słowy, ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty

(por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2012 roku, KIO 809/12).

- 4.13 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 PZP. Zamawiający wymaga bowiem faktycznie od każdego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wystąpienia (przed złożeniem oferty w Postępowaniu) ze stosownym pismem do producenta serwisowanych Urządzeń Tomografii Komputerowej z prośbą o wskazanie planowanej liczby płatnych aktualizacji i modyfikacji sprzętu (oraz ich kosztów).
- 4.14 Co istotne, jakiekolwiek 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.**
- 4.15 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 .**
- 4.16 Warto też zwrócić uwagę, że brak precyzji w ustalaniu zakresu świadczenia wykonawcy może skutkować **trudnościami także dla samego Zamawiającego.** Przy zachowaniu obecnego brzmienia SIWZ istnieje bowiem poważne ryzyko przyjęcia odmiennej kalkulacji przez każdego z wykonawców, a w konsekwencji - **złożenia w Postępowaniu ofert nieporównywalnych** - tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17, w którym czytamy, że *zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.*
- 4.17 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 jakiekolwiek 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

- 4.18 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. 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.
- 4.19 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**).
- 4.20 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**).
- 4.21 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 Tomografu (**przewaga na etapie realizacji umowy**).
- 4.22 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 Tomografu). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców**.
- 4.23 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**.
- 4.24 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).

- 4.25 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 Tomografii Komputerowej, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ oraz Wzoru umowy zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 4.26 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 aktualizacji oprogramowania, nieobjętych ochroną oraz zalecanych aktualizacji softwareu i aplikacyjnego oraz modyfikacji* Urządzeń Tomografii Komputerowej.

5. ZARZUT DOTYCZĄCY KONIECZNOŚCI POSIADANIA PRZEZ PERSONEL REALIZUJĄCY ZAMÓWIENIE KWALIFIKACJI ZAWODOWYCH NADAWANYCH PRZEZ SIEMENS

- 5.1 Zgodnie z Rozdziałem V ust. 5 lit. b) SIWZ jedynym z warunków udziału w Postępowaniu jest dysponowanie *co najmniej jedną osobą z co najmniej rocznym doświadczeniem w zakresie wykonywania usług przeglądu sprzętu wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie zawodowe t.j. posiadającymi certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia autoryzowanego przez producenta sprzętu dla którego składana jest oferta.*
- 5.2 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.
- 5.3 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 rękojmi 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).
- 5.4 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).

- 5.5 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 posiadać certyfikat odbycia szkolenia autoryzowanego wyłącznie przez producenta Urządzeń Tomografii Komputerowej.**
- 5.6 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.**
- 5.7 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*”.
- 5.8 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.
- 5.9 Warto przy tym zauważyć, że **Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego wymaga od wykonawców dysponowania personelem przeszkolonym wyłącznie przez wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela) Urządzeń Tomografii Komputerowej, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w Postępowaniu jest uzasadnione.**
- 5.10 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).**
- 5.11 Co więcej, brzmienie kwestionowanego warunku udziału wskazuje na to, iż **sam Zamawiający zdaje sobie sprawę, że certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia autoryzowanego przez producenta Urządzeń Tomografii Komputerowej nie jest niezbędny w celu świadczenia usług serwisowania tych urządzeń.**

- 5.12 Zamawiający wymaga bowiem równocześnie posiadania przez personel co najmniej rocznego doświadczenia w zakresie wykonywania usług przeglądu Urządzeń Tomografii Komputerowej.
- 5.13 Rozłączne traktowanie tych dwóch kwestii przez Zamawiającego świadczy zaś o tym, iż sam Zamawiający wie, że w pełni możliwa jest sytuacja, w której osoba posiadająca stosowne doświadczenie w zakresie wykonywania usług przeglądu Urządzeń Tomografii Komputerowej (i na co dzień świadcząca te usługi) nie będzie posiadała certyfikatu potwierdzającego odbycie szkolenia autoryzowanego przez producenta Urządzeń Tomografii Komputerowej. Posiadanie tego certyfikatu nie jest zatem nawet w ocenie samego Zamawiającego niezbędne w celu realizacji takich usług. Stąd też, za bezzasadne należy uznać formułowanie warunków udziału w Postępowaniu w tym zakresie.
- 5.14 Co więcej, na rynku obsługi serwisowej aparatury medycznej działają liczni serwisanci, którzy z powodzeniem świadczą usługi tożsame do objętych niniejszym zamówieniem, mimo braku posiadania wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów. W szczególności, usługi takie świadczy Odwołujący, ale również inni wykonawcy, tacy jak Firma Usługowa-Handlowa Józef Kołodziej, Medikol Systems Sp. z o.o. czy TQMS Sp. z o.o.

Dowód:

Listy referencyjne w zakresie serwisowania tomografów komputerowych Somatom Emotion 16 oraz SOMATOM Definition AS wystawione na rzecz Odwołującego

Informacja z otwarcia ofert obejmujących 14 części zamówienia w postępowaniu na usługi serwisowania i przeglądów technicznych sprzętu i aparatury medycznej prowadzonym przez Sosnowiecki Szpital Miejski Sp z o.o. (znak postępowania ZP-2200-15/19), w ramach którego w zakresie Pakietu nr 13 (tj. tomograf komputerowy Somatom Definition AS +) ofertę złożyło aż 4 wykonawców

- 5.15 Powyższe świadczy wprost o tym, że rękojmia należytego wykonania zamówienia nie zależy od posiadania jakichkolwiek uprawnień nadawanych przez wytwórcę Urządzeń Tomografii Komputerowej (jego autoryzowanego przedstawiciela).
- 5.16 Na marginesie, dokumentem mającym potwierdzić spełnianie kwestionowanego warunku udziału przez wykonawców ma być oświadczenie wskazane w Rozdziale VI pkt. 2.1. lit. a) tj. oświadczenie, że osoby, które będą wykonywały zamówienie posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (podkreślenie Odwołującego), odpowiadający warunkom postanowionym w rozdziale V pkt. 2 lit. b) SIWZ.
- 5.17 Tymczasem, żadne przepisy prawa nie nakładają na osoby mające realizować usługę serwisowania Urządzeń Tomografii Komputerowej obowiązku posiadania certyfikatów potwierdzających odbycie szkolenia autoryzowanego przez producenta Urządzeń Tomografii Komputerowej. Tym bardziej podkreśla to fakt, iż posiadanie takiego certyfikatu nie jest

niezbędne celem rzetelnej realizacji takiej usługi i w konsekwencji stanowi warunek zbędny, a tym samym nadmiernym.

- 5.18 Co więcej, interes Zamawiającego w zakresie otrzymania świadczenia spełniającego wymagania w zakresie profesjonalizmu wykonawcy (jego personelu) jest należycie zabezpieczony poprzez inne zapisy SIWZ. Jako przykład można wskazać tu zapis Rozdziału III pkt. 2 i 3 SIWZ wskazujące, iż wykonawca powinien posiadać stosowne uprawnienia niezbędne do wykonywania usług przeglądów technicznych sprzętu, a także wykonywać usługi przeglądu technicznego zgodnie z instrukcjami używania urządzeń, zaleceniami producenta, posiadaną specjalistyczną wiedzą i z należytą, wymaganą prawem starannością (podobny zapis znajduje się także w Rozdziale VI pkt. 3.1. SIWZ). Nawet więc po wykreśleniu zaskarżonego warunku udziału, Zamawiający będzie mógł w dalszym ciągu wymagać od wykonawców charakteryzowania się najwyższym profesjonalizmem.
- 5.19 Wreszcie, należy zauważyć, że zaskarżony warunek udziału w Postępowaniu odnosi się wprost do certyfikatów potwierdzających odbycie szkolenia **autoryzowanego przez producenta sprzętu**. Innymi słowy, **formułując przedmiotowe wymaganie Zamawiający w istocie zrzuca się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł złożyć w nim ofertę producentowi Urządzeń Tomografii Komputerowej**.
- 5.20 Zgodnie zaś 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**.*
- 5.21 Na marginesie, warto zwrócić uwagę, że kolejnym potwierdzeniem tego, że omawiany wymóg jest nieproporcjonalny, nieprecyzyjny i utrudnia uczciwą konkurencję jest to, że stanowi on wyłącznie „barierę wejścia” dla wykonawców na etapie samego Postępowania. Zamawiający nie przewidział bowiem jakichkolwiek mechanizmów umownych znajdujących zastosowanie na etapie realizacji umowy do oceny tego, czy osoby serwisujące urządzenia rzeczywiście zostały przeszkolone przez producenta urządzeń. To potwierdza, że w rzeczywistości wymóg ten nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla Zamawiającego i stanowi on zupełnie niepotrzebną przeszkodę w złożeniu oferty w Postępowaniu przez innych niż producent wykonawców.
- 5.22 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.

- 5.23 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 Tomografii Komputerowej, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Urządzeń Tomografii Komputerowej od co najmniej 1 roku liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

6. WNIOSEK KOŃCOWY

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

W imieniu Odwołującego

apl. adw. Michał Gajdek

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla p. Agnieszki Weiner.
- 3) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla apl. adw. Michała Gajdka.
- 4) Dowód uiszczenia opłat skarbowych od pełnomocnictw.
- 5) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 6) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 7) Listy referencyjne w zakresie serwisowania tomografów komputerowych Somatom Emotion 16 oraz SOMATOM Definition AS wystawione na rzecz Odwołującego.
- 8) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Sosnowiecki Szpital Miejski Sp. z o.o.

- 9) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny ZOZ w Parczewie.
- 10) Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na serwis sprzętu medycznego diagnostyki obrazowej prowadzonym przez Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu.
- 11) Wyciąg z prezentacji przygotowanej przez firmę Siemens dotyczącej systemu Syngo.via, Slajd 6.
- 12) Zrzut z ekranu strony internetowej firmy Siemens.
- 13) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Konservacja tomografu komputerowego Somatom Emotion 16 ze stacją Syngo.via”* – Szpital Powiatowy w Limanowej Imienia Miłosierdzia Bożego.
- 14) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Obsługa serwisowa tomografu komputerowego Somatom Emotion wraz ze stacją opracowań Syngo Via firmy SIEMENS z wymianą zużywalnych części zamiennych dla Szpitala Specjalistycznego w Jaśle”* – Szpital Specjalistyczny w Jaśle.
- 15) Zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Usługa serwisowania w zakresie napraw i konserwacji sprzętu rentgenowskiego”* – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie.
- 16) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS64 oraz stacji opisowej Syngo.via”* – Szpitale Pomorskie Sp. z o.o.
- 17) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.