

WYROK

z dnia 17 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez odwołującego Althea Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności przejawiające się w spowodowaniu, iż producent serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały bezzasadnie korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców wskutek wprowadzenia kryterium oceny ofert dotyczącego posiadania autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia oraz naruszenia art. 91 ust. 2 i 3

ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „Parametry jakościowe”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, tj. posiadania autoryzacji producenta, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w Postępowaniu producenta serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane), wobec wycofania odwołania w tym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Althea Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. Zasądza od odwołującego Althea Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie, na rzecz zamawiającego Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Szczecinie kwotę 4 732 zł 86 gr (słownie: cztery tysiące siedemset trzydzieści dwa złote osiemdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów podróży i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 962/19

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę serwisowania i przeglądów sprzętu rentgenowskiego dla SPWSZ w Szczecinie”, w podziale na części, znak EP/220/24/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 maja 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr2019/S 094-227398.

W postępowaniu tym wykonawca Althea Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 maja 2019 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie dotyczącym Zadania 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

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 a także w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom innym niż producent serwisowanych urządzeń oraz podmioty z nim bezpośrednio powiązane wskutek objęcia jednym zamówieniem obsługi serwisowej zarówno tomografu komputerowego Somatom Definition AS+, jak i Stacji syngo.yia, podczas gdy nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące objęcie obsługi serwisowej obu urządzeń jednym zamówieniem, zaś w przypadku gdyby obsługa serwisowa Stacji syngo.yia została wydzielona do odrębnej części zamówienia, to ofertę na obsługę serwisową tomografu komputerowego Somatom Definition AS+ mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący).

2. art. 29 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności a także w sposób uniemożliwiający rzetelne sporządzenie i wycenę oferty wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, 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 zaleceń producenta serwisowanego tomografu komputerowego, czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,

3. art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanego aparatu (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 zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanych aparatów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

4. art. 91 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności przejawiające się w spowodowaniu, iż producent

serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały bezzasadnie korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców wskutek wprowadzenia kryterium oceny ofert dotyczącego posiadania autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego, uczciwego konkutowania z producentem serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

5. art. 91 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „Parametry jakościowe”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, tj. posiadania autoryzacji producenta, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w Postępowaniu producenta serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane), podczas gdy Zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w sposób nieutrudniający dostępu do zamówienia innym podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany zakresu zamówienia objętego Zadaniem nr 2 Postępowania poprzez wydzielenie usługi serwisowania Stacji syngo.via do odrębnej części zamówienia.

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (załącznik nr 1.2 do SIWZ) oraz w treści projektu umowy dla Zadania nr 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) poprzez wykreślenie odpowiednio następujących zapisów:

- w załączniku nr 1.2 do SIWZ. Rozdział IV Modyfikacje:

2) Wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji sof twear*u systemowego i aplikacyjnego.

3) Wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia

- w załączniku nr 1,2. do SIWZ. Rozdział V Części zamienne:

3) Dostarczenie materiałów niezbędnych do przeprowadzenia modyfikacji

- w załączniku nr 4 do SIWZ, § 2 Świadczenie usług. Materiały i części zamienne:

5. Wykonawca obowiązany jest do wprowadzenia zalecanych przez producenta Modyfikacji

Sprzętu, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy,

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (załącznik nr 1.2 do SIWZ) oraz w treści projektu umowy dla Zadania nr 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta, w szczególności poprzez określenie liczby aktualizacji i modyfikacji urządzenia w okresie trwania umowy (bądź liczby aktualizacji i modyfikacji urządzenia w ciągu roku kalendarzowego) wraz ze szczegółowym harmonogramem ich dokonywania oraz zakresu tych aktualizacji i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści rozdziału XIII SIWZ poprzez usunięcie w zakresie Zadania nr 2 kryterium Parametry jakościowe o wadze 25% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian zwiększenie wagi kryterium Czas naprawy do 40% możliwych do zdobycia punktów

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści rozdziału XIII SIWZ poprzez usunięcie w zakresie Zadania nr 2 kryterium Parametry jakościowe o wadze 25% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian zwiększenie wagi kryterium Czas naprawy do 20% oraz wprowadzenie kryterium Utrzymanie sprzętu w sprawności (procentowa liczba roboczogodzin pracy

tomografu w skali roku) o wadze 20%, punktowanego w następujący sposób:

20 pkt - sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 95% w ciągu roku

15 pkt-sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 94% w ciągu roku

10 pkt - sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 93% w ciągu roku

5 pkt - sprawność sprzętu na poziomie co najmniej 92% w ciągu roku

4. zasądzenie, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

ZARZUT DOTYCZĄCY OBJĘCIA JEDNYM ZAMÓWIENIEM OBSŁUGI SERWISOWEJ TOMOGRAFU ORAZ STACJI SYNGO.VIA

Odwołujący wskazał, że zarówno Tomograf jak i Stacja syngo.via stanowią odrębne urządzenia medyczne. Tomografy komputerowe służą do badania pacjentów. Następnie, gotowe badania (w formie plików) są przysyłane za pośrednictwem sieci (np. internetowej) do stacji opisowych. Tomograf jest zatem urządzeniem niezależnym od Stacji syngo.via, tj. może on poprawnie działać samodzielnie w zakresie wykonywania badań pacjentów. Jak wskazał Odwołujący następnie badanie powinno zostać opisane, jednak możliwe jest przeprowadzenie tego procesu na dowolnej stacji opisowej, umieszczonej w dowolnej lokalizacji. Innymi słowy, tomograf komputerowy dla poprawnego działania nie musi być przypisany do konkretnej stacji opisowej (w tym w szczególności, Tomograf nie musi być przypisany do Stacji syngo.via). Odwołujący wskazał w tym miejscu na wyrok Izby z 31 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1500/17, gdzie Izba nakazała podział zamówienia na części w analogicznym, w ocenie Odwołującego, stanie faktycznym. Ponadto Odwołujący wskazał, że inni zamawiający dokonywali już zakupu tożsamych usług, rozdzielając przedmiot zamówienia na odrębne części, w szczególności w zakresie serwisowania tomografu komputerowego. Jako przykład Odwołujący podał 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 analogicznego do Tomografu objętego niniejszym Postępowaniem. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że sam producent urządzeń objętych niniejszym Postępowaniem przyznaje, że Stacja syngo.via może współpracować z wieloma urządzeniami, aplikacjami czy systemami. W związku z powyższym nie istnieją w ocenie Odwołującego racjonalne względy techniczne, które nakazywałyby łączne udzielenie zamówienia na świadczenie usługi serwisowej tomografu oraz Stacji syngo.via. Powyższe jest szczególnie istotne, biorąc pod uwagę że o ile należyta obsługa serwisowa Tomografu może zapewnić wielu wykonawców działających na rynku (w tym Odwołujący), to już Stację syngo.via może serwisować wyłącznie producent sprzętu firma Siemens), samodzielnie, lub poprzez swojego polskiego przedstawiciela. Odwołujący wskazał na przepis 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/WE oraz art. 36aa ust. 1 PZP. Ponadto przywołując orzecznictwo Izby, Odwołujący podkreślił, że 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.

Zdaniem Odwołującego w tym postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 właśnie z uwagi na brak podziału zamówienia na części, ograniczono możliwość (a wręcz: uniemożliwiono) składanie konkurencyjnych ofert przez podmioty niebędące producentem Tomografu, co jednoznacznie ogranicza (likwiduje) uczciwą konkurencję. Zupełnie bezzasadnie Zamawiający uznał, że nie ma konieczności dalszego podzielenia zamówienia na części, nie biorąc pod uwagę szeregu elementów, które wpływają na możliwość uczestnictwa w Zadaniu nr 2 Postępowania przez wykonawców - takich jak Odwołujący — którzy nie są producentem Tomografu ani podmiotem z nim powiązanym, a mają bogate doświadczenie w serwisowaniu tomografów komputerowych.

ZARZUTY DOTYCZĄCE AKTUALIZACJI SOFTWARE'U SYSTEMOWEGO I APLIKACYJNEGO ORAZ MODYFIKACJI URZĄDZENIA

W pierwszej kolejności, Odwołujący wskazał, że sam zakres określenia wykonanie zalecanych przez producenta: aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją

niejednoznaczność.

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. Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, 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. Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Tomografu) jest ustawowo zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji. A contrario, można stwierdzić, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie dokonywanie i zainstalowanie wyłącznie innych aktualizacji, o nieokreślonym bliżej zakresie. Jediną wskazówką pozostaje bowiem zalecenie producenta sprzętu.

Tym samym, aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanego Tomografu mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkowania a mimo to, mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.

Naruszenie art. 29 ust 1 PZP.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, Odwołujący wskazał, że zaskarżone zapisy OPZ oraz projektu umowy dla Zadania nr 2 są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.

Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat liczby płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji urządzeń zalecania 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).

Odwołujący wyjaśnił, 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. Tym samym, Zamawiający wbrew obowiązкови nałożonemu na niego z mocy art. 29 ust. 1 PZP, odsyła zainteresowanych wykonawców, tak naprawdę, do producenta serwisowanych urządzeń (jego zaleceń).

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 wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, 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 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).

W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 PZP, gdyż Zamawiający wymaga faktycznie od każdego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wystąpienia (przed złożeniem oferty w Postępowaniu) ze stosownym pismem do producenta serwisowanego Tomografu z prośbą o wskazanie planowanej liczby płatnych aktualizacji i modyfikacji sprzętu (oraz ich kosztów).

Co istotne, jakiekolwiek stanowisko producenta serwisowanych aparatów 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.

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). Go oczywiście, żadne z powyższych nie stanowi sytuacji komfortowej dla wykonawcy.

Brak precyzji w ustalaniu zakresu świadczenia wykonawcy może skutkować trudnościami także dla samego Zamawiającego. Przy zachowaniu obecnego brzmienia SIWZ istnieje, zdaniem Odwołującego, poważne ryzyko przyjęcia odmiennej kalkulacji przez każdego z wykonawców, a w konsekwencji - złożenia w Postępowaniu ofert nieporównywalnych.

Naruszenie art 29 ust. 2 PZP1

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.

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).

Zdaniem Odwołującego nie można wykluczyć, że także na etapie oceny ofert złożonych w Postępowaniu, podmioty te 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).

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 ORZ, 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).

W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę, że 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.

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.

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).

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 Tomografu, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z: Żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.

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

ZARZUTY DOTYCZĄCE KRYTERIUM OCENY OFERT PARAMETRY JAKOŚCIOWE SPROWADZAJĄCEGO SIĘ DO POSIADANIA AUTORYZACJI PRODUCENTA TOMOGRAFU

W zakresie Zadania nr 2 przewidziane zostały następujące kryteria oceny ofert: cena — 60%, parametry jakościowe - 25% oraz czas naprawy-15%.

W odniesieniu do kryterium Parametry jakościowe, Zamawiający wskazał, że parametry podlegające ocenie znajdują się w załączniku nr 1A do SIWZ

Zgodnie z załącznikiem nr 1A do SIWZ dla Zadania nr 2, parametrem jakościowym podlegającym ocenie ma być przedłożenie dokumentu potwierdzającego autoryzację producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia oraz dostęp do wszystkich części zamiennych i oprogramowania serwisowego.

W kontekście powyższego, należy stwierdzić, że kryterium oceny ofert w Postępowaniu stanowi w istocie posiadanie przez wykonawcę aktualnej pisemnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności serwisowych Tomografu.

W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanego kryterium z zasadami równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, a także z zakazem formułowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy.

Naruszenie art. 91 ust. 1 PZP wzw. z art. 7 ust. 1 PZP.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że w obecnej sytuacji to w istocie producent sprzętu decyduje o przyznaniu (lub nieprzyznaniu) ofertom 25% liczby możliwych do zdobycia punktów. Tylko bowiem podmioty, którym udzieli on swojej autoryzacji do wykonywania czynności serwisowych tomografu komputerowego, otrzymają punkty w kryterium Parametry jakościowe.

Powyższe powoduje, że sytuacja Odwołującego w Postępowaniu (i innych podmiotów niebędących bezpośrednio powiązanych z Siemens) w istocie zależy od decyzji biznesowych podejmowanych przez konkurujący z nim podmiot. To bowiem producent sprzętu ma decydujący wpływ na to, oferta którego wykonawcy zostanie wybrana. W ocenie Odwołującego, taka sytuacja jest niedopuszczalna. Odwołujący wskazał, że mimo nieposiadania autoryzacji udzielonej przez producenta, z powodzeniem realizował w przeszłości usługi analogiczne do tych objętych Zadaniem nr 2 niniejszego Postępowania. Odwołujący zauważył, że aby w ogóle móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie w

zakresie Zadania nr 2, wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat wykonali co najmniej dwie usługi serwisowe dotyczące serwisowania tomografów komputerowych o wartości co najmniej 400 tys. zł każda (zob. Rozdział V ust. 1 SIWZ).

Innymi słowy, Zamawiający i tak zabezpieczył już należycie swój interes, pozwalając wziąć udział w Postępowaniu wyłącznie tym wykonawcom, którzy posiadają stosowne doświadczenie w realizacji analogicznych usług.

Powyższe nakazuje przyjąć, że kryterium oceny ofert w zakresie udzielonej przez producenta autoryzacji w rzeczywistości nie ma jakiegokolwiek praktycznego znaczenia dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego stanowi ono wyłącznie sztuczna barierę, mającą uniemożliwić złożenie konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez innych niż producent Tomografu wykonawców.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zupełnie niezrozumiałe jest przyznawanie przez Zamawiającego punktów ofertom w oparciu o przedłożenie przez wykonawców dokumentu potwierdzającego dostęp do wszystkich części zamiennych i oprogramowania serwisowego.

W pierwszej kolejności, nie jest nawet jasne kto ma być wystawcą takiego dokumentu. Jeżeli, jak się wydaje, Zamawiający zdaje się oczekiwać dokumentu wystawionego przez producenta Tomografu, to wskazać należy, że wymaganie takie mogłoby ewentualnie mieć sens wyłącznie wówczas gdyby producent stosował restrykcje w zakresie sprzedaży części zamiennych do produkowanych przez siebie aparatów.

Formułując przedmiotowe wymaganie, Zamawiający nie wziął również pod uwagę

okoliczności, że części zamienne są ogólnodostępne na wolnym rynku, a producent aparatów nie jest jedynym podmiotem zajmującym się ich sprzedażą. Stąd też oczekiwanie aby to akurat ten podmiot wystawił dokument potwierdzający dostępność części dla wykonawców stanowi wyłącznie wyraz nieuprawnionego zrzeczenia się przez Zamawiającego roli gospodarza Postępowania.

W zakresie natomiast dokumentu potwierdzającego dostęp wykonawcy do oprogramowania serwisowego, to należy wskazać, że co do zasady takim dokumentem będzie umowa licencyjna zawarta z producentem Tomografu.

Jednocześnie, zupełnie nieuprawnione jest wymaganie jej przez Zamawiającego już na etapie składania ofert, bowiem posiadanie jej będzie konieczne dopiero na etapie realizacji umowy. Co za tym idzie, obligowanie wykonawców aby zawarli z producentem umowę licencyjną na dostęp do oprogramowania, którego w przypadku braku uzyskania zamówienia nigdy nie użyją, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

Odwolujący zauważył, że sam Zamawiający zdaje się być świadomy tego problemu, bowiem w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia wskazał wprost, że nieautoryzowany wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć stosowną umowę licencyjną w dniu podpisania

umowy w sprawie zamówienia publicznego (Załącznik nr 1.2 do SIWZ, Rozdział V Części zamienne pkt5).

Powyższe uwiadczenia niekonsekwencję Zamawiającego. Z jednej strony, wymaga on od wykonawców przedłożenia umowy licencyjnej już wraz z ofertą (aby móc otrzymać punkty w kryterium Parametry jakościowe), a z drugiej oczekuje jej przedłożenia od każdego wykonawcy w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oznacza to, że kryterium oceny ofert opiera się w istocie wyłącznie o moment, w którym dany wykonawca zawarł umowę licencyjną z producentem. Każdy wykonawca będzie bowiem musiał przedłożyć umowę licencyjną aby zawrzeć umowę z Zamawiającym - ale o ile zrobi to przed upływem terminu składania ofert, to jego oferta dostanie 25 pkt. Biorąc zaś pod uwagę, że, dla Zamawiającego zupełnie irrelevantne jest czy wykonawca składając ofertę będzie już dysponował stosowną licencją, to należy uznać kryterium w tym zakresie -za niezwiązane z przedmiotem zamówienia.

Naruszenie art. 91 ust 2 i 3 PIP

Odwolujący wskazał, 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 Trybunatu 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.

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.

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**.

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

W ocenie Odwołującego, kryterium „Parametry jakościowe”, rozumiane jako posiadanie aktualnej autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej Tomografu, nie odnosi się bowiem do przedmiotu zamówienia, a do właściwości wykonawcy, tj. jego wiarygodności technicznej (w ocenie Zamawiającego).

„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, która dany podmiot podejmuje w zakresie współpracy z producentem określonego sprzętu.

Jak wskazał Odwołujący z jednej 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 relacje wertykalna (podporządkowanie).

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.

Odwolujący wyjaśnił, że uzyskanie autoryzacji jest procesem o dalek idących konsekwencjach niż otrzymanie potwierdzenia zgodności procedur z normą ISO. O ile instytucje certyfikujące w zakresie ISO wydają zaświadczenia na rzecz podmiotów po spełnieniu przez nie określonych, znanych wcześniej warunków (swoista decyzja związana), to udzielenie autoryzacji pozostaje w sferze dyskrejonalnych uprawnień podmiotu jej udzielającego. Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym aby udzielać autoryzacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to - tak jak Odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego.

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. W ocenie Odwołującego, dowodzi to wprost, że kwestionowane kryterium nie jest związane z przedmiotem zamówienia.

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.

Co więcej, także w przepisach prawa próżno szukać jakiegokolwiek obowiązku posiadania autoryzacji do serwisowania sprzętu medycznego. Jak wskazała Krajowa Izba

Odwolawcza 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".

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.

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej pismem z dnia 12 czerwca 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwolujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że żaden z wykonawców nie zgłosił udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

W zakresie zarzutów wskazanych w pkt 4 i 5 petitum odwołania, a dotyczących naruszenia:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności przejawiające się w spowodowaniu, iż

producent serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały bezzasadnie korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców wskutek wprowadzenia kryterium oceny ofert dotyczącego posiadania autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego, uczciwego konkurencji z producentem serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

2. art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „Parametry jakościowe”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, tj. posiadania autoryzacji producenta, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w Postępowaniu producenta serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane), podczas gdy Zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w sposób nieutrudniający dostępu do zamówienia innym podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia,

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze, wobec ich wycofania przez Odwołującego podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 13 czerwca 2019 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Jak wynika z treści załącznika 1.2 do SIWZ „przedmiotem obsługi jest Tomograf komputerowy wraz z wyposażeniem dodatkowym Serwer syngo.via ze stacjami, Wstrzykiwacz kontrastu metron, insuflator sopro, System UPS Eaton, Producent: Siemens (...).

W toku rozprawy strony złożyły następujące dowody:

Zamawiający:

1. dowód 1 oświadczenie Siemens Healthcare z dnia 11 czerwca 2019 r.,
2. dowód 2 protokół odbioru sprzętu i przekazania do użytkowania z dnia 2 lutego 2015 r., wraz z kartą gwarancyjną,
3. dowód 3 oświadczenie kierownika zakładu radiologii z dnia 11 czerwca 2019 r.,
4. dowód nr 4 korespondencję email.
5. dowód nr 5 historię zgłoszenia problemu z pobieraniem badań.

Odwołujący wskazał, że pozycje z dowodu nr 2 odpowiadając następującym pozycjom z załącznika nr 1.2 SIWZ z fragmentu przytoczonego powyżej:

Tomograf komputerowy to pkt 1 i 2 z dowodu nr 2,

Syngo.via ze stacjami to pkt nr 3, 4, 5, 6 z dowodu nr 2,

Wstrzykiwacz kontrastu metron - poz nr 12 z dowodu nr 2,

Insuflator sopro - poz. nr 9 z dowodu nr 2 oraz

System UPS Eaton to poz nr 7 i 8 z dowodu nr 2.

Odwołujący złożył:

1. Dowód nr 1 zrzut ekranu ze strony internetowej Siemens Healthineers, wraz z tłumaczeniem,
2. Dowód nr 2 zrzut ekranu wraz z tłumaczeniem,
3. Dowód nr 3 korespondencję e-mail z dnia 1 lutego 2019 r.,
4. Dowód nr 4 przykłady innych postępowań o podobnym przedmiocie zamówienia,
5. Dowód nr 5 oferta nr HCS/0067/03/19.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zrzut braku podziału Zadania 2 na dwie niezależne części, z których jedna obejmowałaby swoim zakresem świadczenie usług serwisowych tomografu komputerowego Somatom Definition AS+, natomiast druga oprogramowania Syngo.via zainstalowanego na stacji opisowej podlegał oddaleniu z następujących powodów. Przede wszystkim jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy dokonując zakupu oprogramowania Syngo.via wykupił zaawansowane narzędzia diagnostyczne, które są dedykowane do pracy z tomografem i to powoduje, że tomograf i system Syngo.via są ze sobą w tym postępowaniu ściśle powiązane. Powyższe zostało przez Zamawiającego wykazane złożonym przez niego dowodem nr 2. Izba miała ponadto na uwadze wyjaśnienia Zamawiającego, zgodnie z którymi tomograf i system jest integralną całością w procesie diagnostycznym (vide dowód nr 3). Zamawiający wyjaśnił, że Syngo.via to główny system diagnostyczny w jednej z lokalizacji szpitala. Może na nim pracować jednocześnie sześciu radiologów. Jest on najbardziej zaawansowanym i podstawowym narzędziem diagnostycznym we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji. Opisując przedmiot zamówienia w ramach Zadania 2 w taki sposób, że obejmuje on jednocześnie serwis tomografu i Syngo.via Zamawiający ma na celu utrzymanie procesu diagnostyki w zakresie tomografii komputerowej w sposób niezakłócony. Zamawiający wyjaśnił, że do wykonania prawidłowego opisu badania potrzebna jest stacja z monitorem diagnostycznym, w co jest wyposażona stacja Syngo.via, natomiast sam tomograf do tego nie wystarcza. Dodatkowo jak wskazał Zamawiający tomograf i system Syngo.via zostały zakupione ze środków unijnych, nadal trwa okres trwałości projektu, dlatego nie może dojść do zaprzestania korzystania z tego systemu.

Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tego, że serwis oprogramowania Syngo.via może być świadczony tylko przez producenta oraz że tomograf i system to dwa niezależne od siebie urządzenia.

Mając na uwadze oba stanowiska Izba doszła do przekonania, że w stanie faktycznym zaistniałym w tej sprawie wystąpiły okoliczności uzasadniające brak podziału zaskarżonego Zadania 2 na dwie oddzielne części. Izba miała na uwadze uzasadnione potrzeby Zamawiającego w tym zakresie i okoliczność, że tomograf wraz z systemem Syngo.via stanowi główne narzędzie diagnostyczne i z tego powodu jest konieczne jednoczesne zapewnienie ich niezakłóconej współpracy. Odnosząc się do dowodów i argumentacji Odwołującego w zakresie porównania innych postępowań gdzie podział miał miejsce i gdzie takiego podziału nie było, Izba wskazuje, że każdy Zamawiający ma swoje indywidualne potrzeby w tym zakresie i to one wyznaczają kształt danego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym postępowaniu priorytetem i potrzebą Zamawiającego jest zapewnienie niezakłóconego procesu diagnostycznego i w ocenie Izby jest to okoliczność uzasadniająca brak podziału tego zakresu zamówienia na części.

W zakresie zarzutów dotyczących braku jednoznacznej informacji odnośnie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów) oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób skutkujący tym, że producent serwisowanego aparatu (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 zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia, Izba wskazuje, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba orzekając jest zobowiązana brać pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Jak wynika natomiast z odpowiedzi na odwołanie i czego Odwołujący nie kwestionuje, w dniu 3 czerwca 2019 r. doszło do zmiany treści SIWZ w wyniku której Zamawiający zmienił treść SIWZ w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2, stanowiącego załącznik nr 1.2 do SIWZ w ten sposób, że w pkt IV (Modyfikacje) nadał ppkt 2) i 3) następujące brzmienie:

„2) Wykonywanie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia odbywać się będzie co najmniej raz, w 12 miesiącu trwania umowy, a jeżeli okres obowiązywania umowy zostanie przedłużony przez strony - co najmniej raz na 12 miesięcy;

3) Niezależnie od obowiązków, o których mowa w ppkt 2) powyżej, wykonawca każdorazowo zobowiązany będzie do dokonania aktualizacji i modyfikacji krytycznych dla bezpiecznego działania sprzętu, które będą wykonywane zgodnie z terminami ich wprowadzenia wymaganymi przez producenta sprzętu lub bez zbędnej zwłoki.”.

W treści odwołania Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany w zakresie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (załącznik nr 1.2 do SIWZ) oraz w treści projektu umowy dla Zadania nr 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) poprzez wykreślenie odpowiednio następujących zapisów:

w załączniku nr 1.2 do SIWZ. Rozdział IV Modyfikacje:

1. Wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji softwearu systemowego i aplikacyjnego.

2. Wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia
w załączniku nr 1.2. do SIWZ. Rozdział V Części zamienne:

1. Dostarczenie materiałów niezbędnych do przeprowadzenia modyfikacji.
w załączniku nr 4 do SIWZ, § 2 Świadczenie usług Materiały i części zamienne:

2. Wykonawca obowiązany jest do wprowadzenia zalecanych przez producenta

Modyfikacji Sprzętu, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (załącznik nr 1.2 do SIWZ) oraz w treści projektu umowy dla Zadania nr 2 (załącznik nr 4 do SIWZ) poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta, w szczególności poprzez określenie liczby aktualizacji i modyfikacji urządzenia w okresie trwania umowy (bądź liczby aktualizacji i modyfikacji urządzenia w ciągu roku kalendarzowego) wraz ze szczegółowym harmonogramem ich dokonywania oraz zakresu tych aktualizacji i modyfikacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

Ponadto w uzasadnieniu omawianego zarzutu Odwołujący wskazywał, że 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 Tomografu odwołanie jest zasadne.

Rozpoznając omawiany zarzut przez pryzmat żądania odwołania wskazać należy, iż dokonując zmiany treści SIWZ w omawianym zakresie Zamawiający w ocenie Izby doprecyzował postanowienia SIWZ o ilość i rodzaj aktualizacji i modyfikacji niezbędnych w okresie 12 miesięcy trwania umowy oraz opisał sposób dokonania aktualizacji i modyfikacji krytycznych dla bezpiecznego działania sprzętu. Mając na uwadze stanowisko prezentowane przez Odwołującego podczas rozprawy Izba doszła do przekonania, że postanowienie w nowym brzmieniu jest dla Odwołującego wystarczająco precyzyjne aby wiedział on jakie aktualizacje i modyfikacje ma Zamawiający potrzebę nabyć.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: