

WYROK

z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie, ul. Dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin

przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 4 w Lublinie dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w następujący sposób:

- wykreślenie z Rozdziału 2, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. e) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 fragmentu „(przeprowadzenie) obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu”

- wykreślenie z Rozdziału 2, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. e) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 fragmentu „[przeprowadzenie] aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność. Wymaga się, aby aparat miał zainstalowane każde najnowsze dostępne na rynku oryginalne oprogramowanie” oraz wykreślenia Rozdziału 2, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 5) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. f) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 w całości

- zmianę treści Rozdziału 2, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 7) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. h) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 poprzez nadanie im brzmienia: „diagnostyka zdalna uszkodzeń tomografu poprzez sieć komputerową oraz naprawy oprogramowania”

- zmianę treści § 2 ust. 9 lit. i) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 poprzez wykreślenie fragmentu: „certyfikat powinien być podpisany przez osobę posiadającą stosowne uprawnienia wytwórcy aparatu”

- wykreślenie postanowienia Rozdziału 5 lit. B) pkt. 12) SIWZ oraz wykreślenie postanowienia Rozdziału 5 lit. B) pkt. 13) SIWZ

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa na rzecz Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący : .....

Sygn. akt: KIO 1817/19

#### Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługa serwisowania urządzeń medycznych - 8 zadań”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 września 2019 r. Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 172-420140.

W dniu 16 września 2019 r. wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zaskarżając czynność podjętą przez Zamawiającego polegającą na:

- opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez wymaganie w ramach świadczonej obsługi serwisowej przeprowadzania wszelkich możliwych aktualizacji oprogramowania (softwarowego i aplikacyjnego) oraz sprzętu, tj. zarówno aktualizacji obowiązkowych, jak i zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografu

- opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez (i) wymaganie w ramach świadczonej obsługi serwisowej przeprowadzania diagnostyki zdalnej Tomografu oraz (ii) wymaganie, aby certyfikaty sprawności Tomografu były podpisywane przez osoby posiadające stosowne uprawnienia wytwórcy aparatu

- określeniu kryteriów oceny ofert w zakresie Zadania nr 2 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji oraz wbrew zakazowi formułowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert dotyczącego dysponowania personelem posiadającym certyfikaty wytwórcy Tomografu potwierdzające przeszkolenie w zakresie wykonywania czynności serwisowych

- określeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie od wykonawców doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch usług tożsamyh do objętego Zadaniem nr 2 postępowania o wartości co

najmniej 900.000 PLN brutto

- wymaganiu przedłożenia przez wykonawców w zakresie Zadania nr 2 dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania w postaci (i) dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego oraz (ii) dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 postępowania w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności wskutek wymagania przeprowadzania przez wybranego w wyniku postępowania wykonawcę obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu [Tomografu], podczas gdy to wytwórca Tomografu (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),

2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 postępowania w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności a także w sposób uniemożliwiający rzetelne sporządzenie i wycenę oferty wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie aktualizacji oprogramowania (softwarowego i aplikacyjnego) zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografu (tj. ich maksymalnej liczby, zakresu oraz kosztów), podczas gdy są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do zaleceń producenta Tomografu czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w postępowaniu ceny,

3. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanego Tomografu lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane będą miały korzystniejszą pozycję w postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ tylko oni będą w stanie rzetelnie wycenić ofertę w zakresie uwzględnienia w oferowanej cenie kosztów aktualizacji oprogramowania (softwarowego i aplikacyjnego) zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografu, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurencji z producentem serwisowanych aparatów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

4. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 2 postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanego Tomografu lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane będą miały korzystniejszą pozycję w postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ tylko oni będą w stanie złożyć konkurencyjną ofertę w zakresie zaoferowania Zamawiającemu (i) diagnostyki zdalnej Tomografu oraz (ii) wystawiania certyfikatów sprawności Tomografu podpisywanych przez osoby posiadające stosowne uprawnienia wytwórcy aparatu, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurencji z producentem serwisowanych aparatów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert w zakresie Zadania nr 2 postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności przejawiające się w spowodowaniu, iż producent serwisowanego Tomografu lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane będą miały bezzasadnie korzystniejszą pozycję w postępowaniu w stosunku do innych wykonawców wskutek wprowadzenia kryterium oceny ofert dotyczącego dysponowania personelem posiadającym

przeszkolenie wytwórcy aparatu (jego autoryzowanego przedstawiciela) na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego, uczciwego konkurowania z producentem serwisowanego tomografu komputerowego (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

6. art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w zakresie Zadania nr 2 postępowania, tj. kryterium „Jakość świadczonych usług - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, tj. dysponowania personelem posiadającym przeszkolenie wytwórcy aparatu (jego autoryzowanego przedstawiciela) na wykonywanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w postępowaniu producenta serwisowanego Tomografu (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,

7. art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w Zadaniu nr 2 postępowania w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, tj. wymaganie od wykonawców doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch usług serwisowania urządzeń tożsamych do Tomografu o wartości co najmniej 900 000 PLN brutto, podczas gdy wartość ta jest zawyżona w stosunku do wartości rynkowej wskazanych usług, jak również w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia objętej Zadaniem nr 2 postępowania, przez co premiuje wykonawców oferujących wyższe ceny w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług serwisowych, tj. w szczególności producenta serwisowanego Tomografu (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane),

8. art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach poprzez wymaganie od wykonawców przedłożenia w zakresie Zadania nr 2 postępowania (i) dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego oraz (ii) dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy, podczas gdy dokumenty te nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, bowiem do należytego wykonania obsługi serwisowej Tomografu nie jest konieczne dysponowanie kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego, gdyż Zamawiający posiada do niego pełny dostęp, zaś dokumentacja techniczna wytwórcy jest publicznie dostępna na jego stronie internetowej.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe postępowanie nie jest pierwszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego o tożsamym przedmiocie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego w ostatnim czasie. Odwołujący podał, że w dniu 15 lipca 2019 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące obsługi serwisowej urządzeń medycznych, podzielone na 10 zadań (nr referencyjny postępowania EDZ.242-82/19). W toku poprzedniego postępowania Odwołujący zwracał się do Zamawiającego z prośbą o modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), wskazując na fakt, że przy nadanym jej brzmieniu, ofertę w zakresie obsługi serwisowej Tomografu będzie mógł złożyć wyłącznie wykonawca powiązany z jego producentem, tj. GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 26 sierpnia 2019 r., w zakresie 8 z 10 części wydzielonych przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu, jedyna oferta w istocie została złożona przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Zamawiający był jednak zmuszony unieważnić poprzednie postępowanie w zakresie wszystkich 8 części, w których oferta wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. była jedyna, bowiem nie została ona w sposób należyty zabezpieczona wadium. W konsekwencji, Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie, z podziałem na 8 części, o zakresie tożsamym do poprzedniego postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający ukształtował zapisy specyfikacji w sposób tożsamy do poprzedniego postępowania. W ocenie Odwołującego, już sama powyższa okoliczność świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający posiada bowiem wiedzę,

ze jedynym podmiotem mogącym złożyć ofertę w każdym z zadań (w tym również w Zadaniu nr 2 objętym odwołaniem) pozostaje wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Zamawiający w pełni akceptuje taką sytuację, o czym świadczy brak modyfikacji zapisów SIWZ.

I. Zarzuty dotyczące objęcia zamówieniem wykonywania wszelkich aktualizacji oprogramowania (softwarowego i aplikacyjnego) oraz sprzętu, tj. zarówno aktualizacji obowiązkowych, jak i zwiększających produktywność i funkcjonalność tomografu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) SIWZ, Zamawiający wymaga w ramach Zadania nr 2 przeprowadzenia obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu oraz aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność. Co przy tym istotne, Zamawiający wymaga, aby aparat miał zainstalowane każde najnowsze dostępne na rynku oryginalne oprogramowanie.

Jednocześnie, zgodnie z Rozdziałem II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 5) SIWZ, Zamawiający oczekuje od wykonawcy również wykonania aktualizacji oprogramowania softwarowego i aplikacyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta podczas obowiązywania umowy zarówno w tomografie jak i na stacjach roboczych AW posiadanych przez Zamawiającego i stanowiących wyposażenie peryferyjne tomografu.

W odniesieniu do powyższego, Odwołujący stwierdził, że aktualizacje oprogramowania można podzielić na dwie grupy:

(i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu (zwane powyżej przez Zamawiającego obowiązkowymi aktualizacjami oprogramowania i sprzętu) oraz

(ii) aktualizacje służące rozwojowi sprzętu, np. poprzez dodanie nowych funkcji (zwane powyżej przez Zamawiającego aktualizacjami oprogramowania zwiększającymi produktywność i funkcjonalność [sprzętu]).

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z powyżej przywołanymi postanowieniami SIWZ, Zamawiający wymaga od serwisanta Tomografu wykonania aktualizacji należących do obu wskazanych grup.

Jak zauważył Odwołujący, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175 ze zm.), 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. Odwołujący podkreślił, że to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Tomografu) jest ustawowo zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji (tj. w zakresie określonym przez Zamawiającego jako obowiązkowe aktualizacje oprogramowania i sprzętu).

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, za bezzasadną należy uznać próbę przeniesienia przez Zamawiającego tego obowiązku na serwisanta Tomografu, zwłaszcza że bieżące aktualizacje są dokonywane przez wytwórcę bezpłatnie (zaś zlecenie tych czynności serwisantowi Tomografu będzie wiązać się z określonymi kosztami po stronie Zamawiającego).

Odwołujący wniósł o wykreślenie niniejszego zapisu OPZ, jako bezprzedmiotowego.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający wskazał także, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku postępowania leżeć będzie przeprowadzanie innych aktualizacji oprogramowania, o nieokreślonym bliżej zakresie. Jediną wskazówką pozostaje bowiem cel, jaki mają one spełnić (zwiększenie produktywności i funkcjonalności Tomografu) oraz źródło, z którego Zamawiający poweźmie informację o zasadności ich wykonania (zalecenie producenta sprzętu). Tym samym, jak zauważył Odwołujący, aktualizacje,

o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanego Tomografu, a które mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkownika (te bowiem będzie wykonywał sam wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel) mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania, nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy 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, jak stwierdził Odwołujący, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat liczby płatnych aktualizacji oprogramowania zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń, ani nie wiedzą, jaki byłby ich ewentualny koszt (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter). Odwołujący podkreślił, że w obydwu przypadkach, niezbędne dane będą determinowane wyłącznie stanowiskiem podmiotu trzeciego (tj. zaleceniami producenta serwisowanych aparatów). Odwołujący zwrócił uwagę, że nie są dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego, ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w czasie obowiązywania umowy serwisowej (24 miesiące) i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.

Za niewystarczające należy uznać, w opinii Odwołującego, wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ, że Zamawiający wymaga w ciągu trwania umowy co najmniej dwóch aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego. Jest to bowiem wyłącznie zakres minimalny - nie wprowadzono zaś żadnego limitu w tym zakresie. Ma to tym większe znaczenie, jak zauważył Odwołujący, że Zamawiający wymaga, aby aparat miał zainstalowane każde najnowsze dostępne na rynku oryginalne oprogramowanie.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wbrew obowiązкови nałożonemu na niego z mocy art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, odsyła zainteresowanych wykonawców do producenta serwisowanych urządzeń (jego zaleceń). Opisane powyżej podejście Zamawiającego nie zasługuje, w ocenie Odwołującego, na aprobatę, co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17. Odwołujący zaznaczył, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał przy tym, że na powyższe w żaden sposób nie rzutuje przyjęty przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie może braku precyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia uzasadniać ryczałtowym wynagrodzeniem wykonawcy. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt VIII GC 124/13: zwykle ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru świadczenia lub kosztów obciąża wykonawcę (jak np. przy umowie o dzieło - art. 632 § 1 k.c.), jednakże rozkład ten doznaje modyfikacji na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem niepełności czy niedokładności opisu przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego art. 29 powołanej ustawy. Innymi słowy, ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2012 roku, sygn. akt KIO 809/12).

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wymaga bowiem 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 sprzętu (oraz ich kosztów). Odwołujący zaznaczył przy tym, że stanowisko producenta serwisowanych aparatów nie będzie miało charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym, ryzyko wystąpienia większej liczby aktualizacji będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń. W szczególności, sprecyzowanie przez Zamawiającego, że konieczne będzie wykonanie co najmniej dwóch aktualizacji ma charakter wyłącznie iluzoryczny. Jeżeli bowiem producent sprzętu wyda w toku obowiązywania umowy serwisowej 5 (10, 15 etc.) kolejnych wersji jakiegokolwiek oprogramowania, to niezależnie od zakresu dokonywanych zmian, serwisant i tak będzie zobowiązany do zainstalowania każdej z nich (będą one bowiem stanowiły każdorazowo najnowsze dostępne na rynku oryginalne

oprogramowanie).

Odwołujący podniósł, że przy obecnym 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). Odwołujący zauważył, że żadne z powyższych nie stanowi równego traktowania wykonawców, wymaganego zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak zauważył Odwołujący, 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. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17. Powyższe, jak podał Odwołujący, oznaczałoby konieczność unieważnienia postępowania i dalszego, zbędnego przedłużenia procesu wyboru serwisanta Tomografu.

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. wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.). Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji oraz ich kosztu. Tym samym, jak zauważył Odwołujący, 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).

Co więcej, zdaniem Odwołującego, nie można wykluczyć, że także na etapie oceny ofert złożonych w postępowaniu, podmioty te (ponownie) znajdują się w lepszej pozycji niż inni wykonawcy, ponieważ na podstawie przyjętych (i znanych wyłącznie im) kosztów związanych z aktualizacjami będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (przewaga na etapie oceny ofert).

Wreszcie, jak stwierdził Odwołujący, nawet jeżeli jakimkolwiek innemu wykonawcy uda się uzyskać przedmiotowe zamówienia (pomimo istnienia oczywistej przewagi dla producenta serwisowanych aparatów), to już no 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 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). Odwołujący stwierdził, że jeżeli tak jest, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców.

W świetle powyższego, Odwołujący stwierdził, że obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy 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, Odwołujący uznał, że 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 zakresu swojego świadczenia, ani tym bardziej go wycenić (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Jedynymi podmiotami faworyzowanymi przez takie ukształtowanie zapisów SIWZ pozostają zatem podmioty z grupy kapitałowej GE, w tym w szczególności wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia ile i jakie aktualizacje będą niezbędne w okresie 24 miesięcy realizacji umowy, a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkownika serwisowanego Tomografu (jak wskazał Zamawiający, mają one służyć wyłącznie zwiększeniu jego produktywności i funkcjonalności), Odwołujący postulował wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści odwołania.

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

II. Zarzuty dotyczące objęcia zamówieniem wykonywania diagnostyki zdalnej tomografu oraz podpisywania certyfikatów sprawności tomografu przez osoby posiadające stosowne uprawnienia wytwórcy

Odwołujący podniósł, że objęte zarzutem postanowienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sprowadzają się do preferowania przez Zamawiającego podmiotów z grupy kapitałowej GE (w tym w szczególności wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.), mimo braku obiektywnych okoliczności uzasadniających ograniczenie konkurencji w tym zakresie.

Odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 7) SIWZ, Zamawiający wymaga w ramach Zadania nr 2 przeprowadzania „diagnostyki zdalnej zawierającej m.in. widzenie pulpitu użytkownika, dostęp do oprogramowania serwisowego, dostęp do danych surowych, możliwość wyzwolenia promieniowania, wykonanie zdalnej kalibracji lampy czy innych elementów systemu, pobieranie obrazów do analizy artefaktów (dane są zanonimizowane dla bezpieczeństwa pacjentów), wykorzystywanie skryptów do wirtualnej analizy danych z aparatu”.

Odwołujący zwrócił uwagę na cel, któremu przyświeca wskazany zapis. Wskazał, że w praktyce serwisowania aparatury medycznej (w tym Tomografu), zdalna diagnostyka służy głównie możliwości zidentyfikowania problemu przed fizycznym pojawieniem się na miejscu inżyniera serwisu. Odwołujący wyjaśnił, że chodzi o ograniczenie liczby wizyt inżynierów w placówce zamawiającego - po przeprowadzeniu diagnostyki zdalnej, inżynier powinien posiadać wiedzę na temat zaistniałego problemu i odpowiednio przygotować się do wykonania naprawy (np. zabierając ze sobą odpowiednie części zamienne).

Odwołujący stwierdził, że wskazany cel może zostać osiągnięty równie dobrze bez przeprowadzania czynności wskazanych przez Zamawiającego. W szczególności, możliwe jest jego osiągnięcie w ramach zdalnej diagnostyki realizowanej poprzez sieć komputerową oraz telefonicznie przy współpracy z technikiem obsługującym system Tomografu w szpitalu.

Odwołujący oświadczył, że z powodzeniem świadczy od wielu lat usługi serwisowe urządzeń tożsamyh do Tomografu, w skład których wchodzi ich zdalna diagnostyka, bez dokonywania czynności opisanych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, powyższe jest szczególnie istotne z uwagi na to, że do wykonania czynności wyliczonych przez Zamawiającego (np. pobieranie obrazów do analizy artefaktów) konieczna jest instalacja na Tomografie specjalistycznego oprogramowania, wydawanego wyłącznie przez jego producenta (tj. GE). Z uwagi zaś na ograniczone możliwości pozyskania wskazanego oprogramowania przez podmioty niezależne od producenta, takie opisanie przedmiotu zamówienia oznacza w istocie ograniczenie kręgu podmiotów mogących złożyć konkurencyjną ofertę do podmiotów powiązane z wytwórcą

sprzętu - w tym zwłaszcza do wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.

W opinii Odwołującego, takie ograniczenie konkurencji nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie opisał ich w żadnym miejscu specyfikacji (mimo iż, jak zostało wykazane powyżej, jest w pełni świadomy tego, że jedynym podmiotem mogącym złożyć konkurencyjną ofertę w postępowaniu pozostaje przy obecnym brzmieniu zapisów SIWZ wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.).

Odwołujący podkreślił, że w pełni możliwe jest świadczenie usługi diagnostyki zdalnej Tomografu (w wymaganym przez Zamawiającego celu - tj. ograniczenia liczby wizyt inżynierów w placówce Zamawiającego) bez wykonywania wszystkich wskazanych przez Zamawiającego czynności. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że przypadki wymagające zastosowania opisanych przez Zamawiającego funkcji występują bardzo rzadko, zaś problemy te mogą być równie dobrze rozwiązane poprzez kontakt telefoniczny z obsługą techniczną szpitala.

W ocenie Odwołującego, zaskarżone zapisy OPZ w sposób wyraźny utrudniają uczciwą konkurencję w postępowaniu, ponieważ w uprzywilejowanej sytuacji stawiają producenta serwisowanych urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane (np. wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.). Zdaniem Odwołującego, sformułowane przez Zamawiającego wymagania w żaden sposób nie przekładają się na jakość świadczonej przez niego usługi (nie mają żadnej dodanej wartości dla Zamawiającego).

Odwołujący wniósł o wyeliminowanie przedmiotowego wymagania. Ewentualnie, w celu zapewnienia Zamawiającemu wszelkich wymaganych przez niego funkcjonalności, Odwołujący wniósł o modyfikację wskazanego zapisu OPZ w następujący sposób: „diagnostyka zdalna uszkodzeń tomografu poprzez sieć komputerową oraz naprawy oprogramowania”.

Odwołujący stwierdził, że przedstawiona powyżej argumentacja znajduje w pełni uzasadnienie również w stosunku do treści § 1 ust. 9 lit. i) wzoru umowy (załącznik nr 14 do SIWZ), zgodnie z którym certyfikat potwierdzający sprawność Tomografu po wykonanym przeglądzie powinien być podpisany przez osobę posiadającą stosowne uprawnienia wytwórcy aparatu. Po raz kolejny dochodzi bowiem, w ocenie Odwołującego, do bezzasadnego postawienia w uprzywilejowanej sytuacji producenta serwisowanych urządzeń oraz wszelkich podmiotów z nim bezpośrednio powiązanych (np. wykonawcy GE

Medical Systems Polska Sp. z o.o.), bowiem wyłącznie one będą posiadały nieograniczony wręcz dostęp do personelu „uprawnionego” przez wytwórcę Tomografu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zaskarżone postanowienie wzoru umowy nie znajduje poparcia w pozostałej części dokumentacji postępowania. W szczególności, Zamawiający nie sformułował warunku udziału w zakresie dysponowania przez wykonawców personelem „uprawnionym” przez wytwórcę Tomografu (cecha ta jest premiowana wyłącznie w ramach kryteriów oceny ofert). Z jednej strony zatem, Zamawiający pozornie dopuszcza (nie stawia w tym zakresie warunków udziału) do postępowania wszystkich wykonawców, a z drugiej - uzależnia możliwość prawidłowej realizacji zamówienia od dysponowania personelem powiązany z wytwórcą Tomografu (tj. GE).

Jak stwierdził Odwołujący, interes Zamawiającego w zakresie utrzymania Tomografu w sprawności został należycie zabezpieczony w oparciu o inne postanowienia specyfikacji, takie jak w szczególności:

a) wymaganie aby przegląd techniczny został zakończony wpisem do paszportu technicznego, wraz z przedłożeniem certyfikatu potwierdzającego sprawność danego urządzenia (Rozdział II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) - Wymogi wspólne dla wszystkich zadań wykonywanych przeglądów technicznych i konserwacji, ppkt. 4 oraz 5),

b) zastrzeżenie, że podejmowane przez wykonawcę czynności serwisowe nie mogą być przyczyną utraty certyfikatów, świadectw technicznych i innych dokumentów danego aparatu, dopuszczających go do użytkowania (Rozdział II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 6) - Informacje dodatkowe, lit. a)),

c) obowiązek zapewnienia przez wykonawcę, że usługa przeglądów technicznych urządzeń medycznych będzie realizowana przez osoby posiadające udokumentowane kwalifikacje lub uprawnienia do ich wykonania. Jednocześnie, wykonawca przejmuje odpowiedzialność za szkody wyrządzone podczas wykonywania przeglądu technicznego aparatu {Rozdział II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 6) - Informacje dodatkowe, lit. g}).

Odwołujący stwierdził, że zupełnie niezrozumiałe jest wprowadzenie dodatkowego wymagania wyłącznie we wzorze umowy, w świetle którego prawidłowa realizacja jej przedmiotu jest możliwa wyłącznie z udziałem personelu „uprawnionego” przez GE. W ten sposób, zdaniem Odwołującego, po raz kolejny Zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę, producentowi aparatu.

Co więcej, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie precyzuje, o jakie konkretnie uprawnienia mu chodzi, co prowadzi do wniosku, że producent sprzętu będzie uprawniony do wymagania od inżynierów wykonawcy posiadania coraz to nowych uprawnień, a wykonawca będzie zmuszony się temu podporządkować.

Odwołujący podniósł, że nie bez znaczenia pozostaje sam koszt uzyskania stosownych „uprawnień”, których wartość nie jest znana i jest w pełni uzależniona od dyskrecyjnej decyzji producenta aparatów. W tym zakresie nie można też wykluczyć, że producent aparatów będzie, przykładowo, prowadził szkolenia poza granicami Polski, co może stanowić istotny czynnik wpływający na koszty przeszkolenia inżynierów.

Co równie istotne, zdaniem Odwołującego, wymóg posiadania uprawnień obowiązuje przez cały czas trwania umowy serwisowej, tj. przez okres 24 miesięcy. Tymczasem, uprawnienia nadawane przez producenta mogą mieć określony, krótszy termin ważności. Jak zauważył Odwołujący, takiej informacji na próżno szukać w SIWZ. Nie jest nawet pewne, czy producent w ogóle nadaje takie uprawnienia dla pracowników konkurencyjnych podmiotów. Powyższe oznacza, jak podkreślił Odwołujący, że to producent Tomografu będzie miał decydujący wpływ w zakresie możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia. Wystarczy bowiem, że uprawnienie inżyniera wykonawcy „wygaśnie” (bądź nawet nigdy nie zostanie wydane), aby stwierdzić nienależyte wykonywanie przez niego umowy zawartej w wyniku postępowania.

W ocenie Odwołującego, taka sytuacja jest niedopuszczalna - możliwość należytego wykonania zamówienia nie powinna zależeć od decyzji podmiotu trzeciego niezainteresowanego realizacją zamówienia, zwłaszcza że z powyższym mogą wiązać się dla wykonawcy istotne konsekwencje daleko wykraczające poza tę konkretną umowę zawartą w trybie ustawy Pzp (przesłanki fakultatywne wykluczenia związane z nienależytym wykonaniem umów z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp).

Z powyższych względów Odwołujący zwrócił się o zmianę przedmiotowego zapisu wzoru umowy poprzez usunięcie wymagania, aby certyfikaty sprawności Tomografu były podpisywane wyłącznie przez osoby posiadające „stosowne uprawnienia” nadane przez jego wytwórcę.

III. Zarzuty dotyczące kryterium oceny ofert „Jakość świadczonych usług” sprowadzającego się do dysponowania przez personel uprawnieniami nadanymi przez wytwórcę tomografu (lub jego autoryzowanego przedstawiciela)

Odwołujący podał, że w zakresie Zadania nr 2 przewidziane zostały następujące kryteria oceny ofert: cena - 60%, okres gwarancji - 5%, jakość świadczonych usług (posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia) - 25% oraz termin płatności - 10%.

W ramach kryterium „Jakość świadczonych usług”, Zamawiający przyzna punkty wyłącznie wykonawcy, który wskaże, iż dysponuje i skieruje do realizacji zamówienia co najmniej jedną osobę posiadającą certyfikat/zaświadczenie wytwórcy aparatów (lub jego oddziału lub autoryzowanego partnera) objętych danym zadaniem, potwierdzające przeszkolenie w zakresie wykonywania czynności serwisowych dotyczących tych aparatów.

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, które dysponować będą „certyfikowanym” przez niego personelem, otrzymają punkty w kryterium „Jakość świadczonej usługi”. Powyższe powoduje, jak zauważył Odwołujący, że sytuacja Odwołującego w postępowaniu (i innych podmiotów niebędących bezpośrednio powiązanych z GE) 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 przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17. Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe ograniczenie konkurencji w postępowaniu mogłoby czysto teoretycznie zostać uznane za zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych o tyle, o ile znalazłoby ono oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego (które musiałyby w takim przypadku zostać wyczerpująco wskazane w SIWZ). Odwołujący zaznaczył, że taka sytuacja w żadnym wypadku nie zachodzi w przedmiotowym stanie faktycznym.

Odwołujący stwierdził, że powyższego dowodzi w szczególności fakt, że Odwołujący, pomimo braku dysponowania personelem przeszkolonym przez producenta, z powodzeniem realizował w przeszłości usługi analogiczne do tych objętych Zadaniem nr 2 niniejszego postępowania.

Odwołujący zauważył także, 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 (zob. Rozdział 4 pkt. 2 lit. c. 1 SIWZ). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający i tak zabezpieczył już należycie swój interes, pozwalając wziąć udział w postępowaniu wyłącznie tym wykonawcom, którzy posiadają stosowne doświadczenie w realizacji analogicznych usług. W tym zakresie Odwołujący przywołał zapisy specyfikacji dotyczące jakości świadczonych przez personel wykonawcy usług (niezależnie od tego czy został on przeszkolony przez wytwórcę Tomografu).

Powyższe, w ocenie Odwołującego, nakazuje przyjąć, że kryterium oceny ofert w zakresie „certyfikowania” personelu skierowanego do realizacji zamówienia w rzeczywistości nie ma jakiegokolwiek praktycznego znaczenia dla Zamawiającego. Przeciwnie, stanowi ono wyłącznie sztuczną barierę, mającą uniemożliwić złożenie konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez innych niż producent Tomografu wykonawców.

Co więcej, jak wskazał Odwołujący, premiowanie przez Zamawiającego personelu skierowanego do realizacji zamówienia przeszkolonego wyłącznie przez wytwórcę lub jego autoryzowanego przedstawiciela, nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa. Odwołujący powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13, a także na wyrok Izby z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1073/12. 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.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego wymaga od wykonawców dysponowania personelem przeszkolonym wyłącznie przez wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela) Tomografu, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w Zadaniu nr 2 postępowania jest uzasadnione.

Odwołujący stwierdził ponadto, 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.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przejawem ścisłego związania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a nie podmiotami biorącymi udział w postępowaniu, jest art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje wprost, iż kryteria te nic mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Odwołujący powołał się na opinię opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych, w której zaznaczono, 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". Odwołujący zauważył, że Krajowa Izba Odwoławcza także wypowiedziała się na ww. temat. Odwołujący przywołał wyrok z 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1362/08. Odwołujący wywiódł z ww. orzeczenia Izby, że o ile posiadanie certyfikatu (nawet wydawanego przez niezależny podmiot) dotyczy sposobu, w jaki wykonawca prowadzi działalność na rynku, to należy uznać je za niedozwolone kryterium oceny ofert odnoszące się do jego właściwości.

Odwołujący stwierdził, że analogiczna sytuacja ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. W ocenie Odwołującego, kryterium „Jakość świadczonej usługi - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia”, rozumiane jako posiadanie przez personel skierowany do realizacji zamówienia uprawnień nadanych przez producenta na wykonywanie usługi serwisowej Tomografu, nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a do właściwości wykonawcy, tj. jego wiarygodności technicznej.

Jak zauważył Odwołujący, mimo iż kryterium odnosi się do personelu wykonawcy, a nie do samego wykonawcy, to na rynku obsługi serwisowej aparatury medycznej jest to różnica wyłącznie pozorna. W praktyce rynkowej realizacja zamówienia następuje bowiem przy użyciu zatrudnianych przez samego wykonawcę inżynierów (najczęściej stanowiących jego pracowników), a nie przez podwykonawców czy podmioty trzecie.

Za istotną Odwołujący uznał także okoliczność, że raz wydane certyfikaty nie są bezterminowe, lecz mogą utracić swoją ważność. Odwołujący podniósł ponadto, że weryfikacja posiadania przez personel wykonawcy certyfikatów wydanych przez producenta będzie dokonywana w momencie upływu terminu składania ofert w postępowaniu, a nie w momencie rozpoczęcia realizacji umowy. Wobec powyższego, jak zauważył Odwołujący, możliwa jest sytuacja, w której wykonawca, który otrzymał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, realizując umowę nie będzie już certyfikowany przez wytwórcę. W ocenie Odwołującego, dowodzi to wprost, że kwestionowane kryterium nie jest związane z przedmiotem zamówienia.

Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe kryterium powinno zostać przez Zamawiającego zmodyfikowane (poprzez dopuszczenie legitymowania się certyfikatami wystawionymi również przez inne podmioty niż tylko wytwórca Tomografu i jego autoryzowany przedstawiciel) lub zastąpione innym kryterium, które będzie miało bezpośrednie przełożenie na jakość usługi uzyskanej przez Zamawiającego,

Powyższe ma tym większe znaczenie, jak podał Odwołujący, że przedmiotowemu kryterium została nadana waga 25%, co w istocie sprowadza się do konieczności złożenia przez Odwołującego oferty o co najmniej 40% niższej niż producent serwisowanego Tomografu (podmioty z nim powiązane).

IV. Zarzut dotyczący warunku udziału dotyczącego doświadczenia w świadczeniu usług serwisowych sprzętu tożsameso do tomografu

Za nadmierny w zakresie wymaganej kwoty zrealizowanych zamówień nie niższej niż 900 000,00 zł brutto Odwołujący uznał warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale 4 pkt. 2 lit. c. 1 SIWZ dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę na dyspozycję art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, a także wskazał na sposób rozumienia proporcjonalności w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt 1380/18. Odwołujący zwrócił uwagę, że ustalając wymagania w zakresie warunków udziału Zamawiający powinien mieć na uwadze nie tylko sam przedmiot zamówienia tj. jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności (wyrok KIO z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2219/17), ale również ocenę sytuacji rynkowej (wyrok KIO z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt 857/18). W przedmiotowej sprawie zarówno sam przedmiot zamówienia, jak i jego wartość, ale i sytuacja rynkowa przesądza o nadmierności postawionego przez Zamawiającego w Rozdziale 4 pkt 2 lit. c. 1 SIWZ warunku udziału w zakresie Zadania nr 2 postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ nie została wskazana szacunkowa wartość zamówień, jednak zgodnie z rozdziałem 6 pkt 1 SIWZ wymagane dla Zadania nr 2 wadium ma wynieść 18000 zł.

Odwołujący rozważał, że skoro zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp wysokość wadium nie może wynieść więcej niż 3% wartości zamówienia, to Zamawiający oszacował wartość zamówienia dla Zadania nr 2 na kwotę maksymalnie 600 000 zł. Jak uznał Odwołujący, już tylko z tego powodu wymóg wykazania się realizacją usług, których przedmiotem była naprawa i/lub przegląd urządzeń stanowiących przedmiot postępowania o wartości nie niższej niż 900 000 PLN brutto jest nadmierny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę sytuację na rynku usług serwisowania aparatury medycznej, Odwołujący wskazał, że wartości takich usług również są znacząco niższe od wymaganych przez Zamawiającego w ramach kwestionowanego warunku udziału. Przykładowo, Odwołujący podał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na serwis urządzenia tożsamego do Tomografu ogłoszonym w 2018 r. przez Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Świdnicy (nr sprawy EA/32/2018) zostały złożone 2 oferty, opiewające na 399 888,00 zł brutto oraz 350 000,00 zł brutto/ (oferta wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.) oraz 350 000,00 PLN brutto (oferta Odwołującego). Odwołujący zwrócił uwagę, że jedyna oferta złożona w poprzednim postępowaniu w zakresie Zadania nr 2 opiewała na kwotę niższą niż wymagana obecnie w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia, tj. 775 421,52 PLN brutto.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący stwierdził, że sam przedmiot zamówienia, jak i wartości podobnych (bądź tożsamy) usług realizowanych na rynku, są znacząco niższe od wartości, którą Zamawiający wymaga dla referencyjnych usług, realizacją których ma się wykazać wykonawca w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 4 pkt. 2 lit. c.1 SIWZ. W ocenie Odwołującego, nie istnieją też żadne postawy, które uzasadniałyby zaostrożenie przedmiotowych wymagań w przypadku przedmiotowego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że postawienie takiego warunku przez Zamawiającego godzi w zasadę konkurencyjności i otwartości rynku dla wykonawców, bowiem preferuje wykonawców, którzy ze względu na specyfikę swojej działalności najczęściej składają oferty wyższe cenowo, tj. podmioty posiadające autoryzację producenta (takie jak wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.).

V. Zarzuty dotyczące obowiązku przedłożenia dokumentów w zakresie posiadania uprawnień do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego oraz posiadania uprawnień do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymagania od wykonawców przedłożenia w zakresie Zadania nr 2 postępowania (i) dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego (Rozdział 5 lit. B pkt 1 ppkt. 12) SIWZ) oraz (ii) dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy (Rozdział 5 lit. B pkt 1 ppkt. 13 SIWZ) Odwołujący stwierdził, że wyżej wskazane dokumenty nie są dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, a zatem, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz w świetle rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, brak jest podstaw do żądania ich od wykonawców.

W odniesieniu do pierwszego ze wskazanych dokumentów Odwołujący wskazał, że zgodnie z jego wiedzą, dostęp do Tomografu jest otwarty, co oznacza, że w celu należytej realizacji usługi jego serwisowania nie jest wymagane dysponowanie kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego. Odwołujący zwrócił uwagę, że z załącznika nr 2 do SIWZ - Kosztorys ofertowy dla Zadania nr 2, gdzie w tabeli podano datę przyjęcia Tomografu jako środka trwałego do użytku, Tomograf został nabyty przez Zamawiającego w roku 2006, zaś jego gwarancja wygasa w roku 2010. Odwołujący stwierdził, że w zakresie sprzętów produkowanych w tym okresie, możliwe jest świadczenie usługi serwisowej bez kluczy serwisowych.

W zakresie zaś wymagania przez Zamawiającego przedstawienia dokumentu

o posiadaniu uprawnień do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy, Odwołujący zauważył, że dokumentacja ta jest dostępna bezpłatnie na stronie wytwórcy Tomografu, tj. GE ().

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, brak jest konieczności zawierania odrębnych umów licencyjnych na dysponowanie wskazaną dokumentacją, a zatem bezzasadne jest żądanie od wykonawców przedstawienia dokumentu o posiadaniu uprawnień w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie
3. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z Rozdziału II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. e) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 fragmentu „[przeprowadzenie] obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu”
4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z Rozdziału II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. e) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 fragmentu „[przeprowadzenie] aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność. Wymaga się, aby aparat miał zainstalowane każde najnowsze dostępne na rynku oryginalne oprogramowanie” oraz wykreślenia Rozdziału II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 5) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. f) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 w całości

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 4) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. e) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 oraz dokonania zmiany w treści Rozdziału II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 5) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. f) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie aktualizacji oprogramowania (softwarowego i aplikacyjnego) zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografu, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów) wraz ze szczegółowym harmonogramem ich dokonywania oraz zakresu tych aktualizacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału II, ust. 11 - Opis przedmiotu zamówienia - pkt 7) SIWZ oraz § 2 ust. 9 lit. h) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 poprzez nadanie im następującego brzmienia: „diagnostyka zdalna uszkodzeń tomografu poprzez sieć komputerową oraz naprawy oprogramowania”

6. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści § 2 ust. 9 lit. i) wzoru umowy w ramach Zadania nr 2 poprzez wykreślenie następującego fragmentu: „certyfikat powinien być podpisany przez osobę posiadającą stosowne uprawnienia wytwórcy aparatu”

7. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału 12 SIWZ zakresie Zadania nr 2 kryterium „Jakość świadczonej usługi - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia” o wadze 25% możliwych do zdobycia punktów poprzez punktowanie legitymowania się przez osoby realizujące zamówienie w zakresie Zadania nr 2 postępowania uprawnieniami (certyfikatami) potwierdzonymi

również przez podmiot niezależny od wytwórcy Tomografu, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Tomografu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w postępowaniu

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału 12 SIWZ poprzez wykreślenie w zakresie Zadania nr 2 kryterium „Jakość świadczonej usługi - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia” o wadze 25% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian wprowadzenie kryterium „Utrzymanie sprzętu w sprawności” (procentowa liczba roboczogodzin pracy tomografu w skali roku) o wadze 25%, punktowanego w następujący sposób:

25 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

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału 12 SIWZ poprzez wykreślenie w zakresie Zadania nr 2 kryterium „Jakość świadczonej usługi - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia” o wadze 25% możliwych do zdobycia punktów, a w zamian wprowadzenie kryterium „Doświadczenie personelu serwisującego tomografy komputerowe GE LightSpeed” o wadze 25%, punktowanego w następujący sposób:

- > 5 lat doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia - 25 pkt,
- > 3-4 lata doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia - 10 pkt,
- > 1 - 2 lata doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia - 0 pkt

8. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału 4 pkt. 2 lit. c.1 SIWZ poprzez wykreślenie minimalnej wartości brutto wymaganych przez Zamawiającego usług na potwierdzenie posiadanego doświadczenia w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Tomografu

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Rozdziału 4 pkt. 2 lit. c.1 SIWZ poprzez obniżenie minimalnej wartości brutto wymaganych przez Zamawiającego usług na potwierdzenie posiadanego doświadczenia w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Tomografu z 900.000 PLN na 350.000 PLN

9. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu Rozdziału 5 lit. B) pkt. 12) SIWZ oraz wykreślenia zapisu Rozdziału 5 lit. B) pkt. 13) SIWZ

10. 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.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”).

W dniu 27 września 2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron Przystępujący oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia w części.

Na wstępie należy wskazać, że opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i zarazem uprawnieniem zamawiającego. Treść opisu przedmiotu zamówienia decyduje o przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Na jego podstawie wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu podejmują decyzję o złożeniu oferty oraz o jej kształcie. Z tego względu ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawcy składający ofertę muszą być świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację. Ww. czynniki stanowią podstawę do kalkulacji ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia przez jego jednoznaczne i wyczerpujące określenie. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien pozwalać wykonawcy na pozbawione wątpliwości przekonanie, jaki produkt i na jakich warunkach może zaoferować, aby spełniał wymagania zamawiającego. Ustawodawca zastrzegł w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić konkurencję. W tym miejscu należy zauważyć, że każdy opis przedmiotu zamówienia będzie w pewnym stopniu prowadził do ograniczenia konkurencji. Nie jest możliwe takie określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom działającym na rynku złożenie ofert. Zamawiający formułując przedmiot zamówienia bierze pod uwagę własne, obiektywne, uzasadnione potrzeby. Owe uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący wymogu przeprowadzania przez wykonawcę obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu, jak też aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność. W Rozdziale 2 ust. 11 pkt 4 SIWZ Zamawiający opisując zakres usługi wymienił m.in. „Przeprowadzenie obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu oraz aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność. Wymaga się, aby aparat miał zainstalowane każde najnowsze dostępne na rynku oryginalne oprogramowanie.”. W Rozdziale 2 ust. 11 pkt 5 SIWZ Zamawiający wymagał wykonania „aktualizacji oprogramowania softwarowego i aplikacyjnego, zgodnie z zaleceniami producenta podczas obowiązywania umowy zarówno w tomografii jak i stacjach roboczych AW posiadanych przez Zamawiającego i stanowiących wyposażenie peryferyjne tomografu.”. Analogiczne wymogi zostały zawarte w § 2 ust. 9 lit. e) i f) wzoru umowy.

Izba wzięła pod uwagę, że obowiązkowe aktualizacje oprogramowania i sprzętu, służące jego prawidłowemu funkcjonowaniu, z mocy prawa zapewnia wytwórca (art. 75 ust.

1 ustawy o wyrobach medycznych). To wytwórca jest zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym do zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji. Okoliczność tę przyznał Przystępujący wskazując w piśmie z dnia 30 września 2019 r., że część aktualizacji wykonuje sam producent sprzętu i za te aktualizacje wykonawca nie odpowiada. Z tego względu, pozostawienie w treści SIWZ ww. wymagania co do obowiązkowych aktualizacji, w sposób nieuzasadniony przenosi na wykonawcę obowiązki wytwórcy.

Analizując zarzut dotyczący zgodności wymogu przeprowadzania przez wykonawcę aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność ze wskazanymi przez Odwołującego przepisami ustawy Pzp Izba stwierdziła, że brak możliwości określenia liczby i zakresu ww. aktualizacji, do których przeprowadzenia zobowiązany byłby wykonawca w okresie realizacji umowy, stanowi o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Brak wyczerpującego wskazania przez Zamawiającego okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty uniemożliwia rzetelne oszacowanie zamówienia przez wykonawcę. O nierównym dostępie do przedmiotowego oprogramowania świadczy fakt, że Odwołujący w celu zbadania możliwości złożenia oferty i jej wyceny zwrócił się do Przystępującego pismem z dnia 11 września 2019 r. z zapytaniem ofertowym dotyczącym aktualizacji do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo kilkakrotnych zapytań kierowanych do Przystępującego (wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 11 września 2019 r., 16 września 2019 r. i 27 września 2019 r.), do dnia rozprawy Przystępujący nie udzielił odpowiedzi Odwołującemu. Ponadto, Odwołujący złożył oświadczenie, że od maja 2019 r. stara się pozyskać od Przystępującego ofertę na aktualizację dla innego szpitala i do dnia rozprawy przed Izbą nie otrzymał odpowiedzi na zadane pytania (wydruk korespondencji elektronicznej z okresu 13 maja 2019 r. - 16 września 2019 r.). Powyższe stawia pod znakiem zapytania twierdzenie Przystępującego o gotowości Przystępującego do sprzedania Odwołującemu oprogramowania za cenę rynkową, oraz o braku przewagi konkurencyjnej Przystępującego. Okoliczność, że udział Odwołującego w postępowaniu, skalkulowanie i złożenie przez Odwołującego oferty, uzależnione są od wiedzy i woli Przystępującego, ewentualnie wytwórcy, stanowi o braku równowagi konkurencyjnej pomiędzy tymi podmiotami. W tym miejscu warto wskazać na stanowisko Sądu Okręgowego Warszawa-Prawa w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 1 czerwca 2017 r., sygn. akt IV Ca 487/17, który stwierdził, że „sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego i ma wpływ na złożenie oferty. Zaniechanie wystarczającego opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności odsyłanie do informacji posiadanych przez inne podmioty, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Ww. dokumenty są wiążące dla wykonawców, dlatego powinny być wyczerpujące, precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji do złożenia oferty.”. Bez wątpienia, dokumentacja postępowania opracowana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie spełnia ww. wymagań.

Izba zważyła, że brak aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność nie uniemożliwia użytkowania urządzenia. Izba miała także na uwadze stanowisko Zamawiającego, który nie podjął próby wykazania, że sporne aktualizacje to niezbędny element przedmiotu zamówienia, że wymogi te są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Jak wskazano powyżej, na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania, że pomimo określonych trudności, z jakimi wiąże się dla poszczególnych wykonawców złożenie oferty czy realizacja przedmiotu zamówienia, stawiane przez Zamawiającego wymagania są konieczne dla uzyskania celu zamówienia. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający uwzględnił odwołanie, a zatem zgodził się z postawionymi zarzutami. Z uwagi na powyższe, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych przez wprowadzenie wymogu przeprowadzenia przez wykonawcę obowiązkowych aktualizacji oprogramowania i sprzętu, jak również zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp na skutek braku jednoznacznych wymagań co do aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografu oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Potwierdził się także zarzut opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez sformułowanie w Rozdziale 2 ust. 11 pkt 7) SIWZ wymogu dotyczącego przeprowadzania diagnostyki zdalnej. Zgodnie z ww. wymogiem Zamawiającego, diagnostyka zdalna ma zawierać m.in. widzenie pulpitu użytkownika, dostęp do oprogramowania serwisowego, dostęp do danych surowych, możliwość wyzwolenia promieniowania, wykonanie zdalnej kalibracji lampy czy innych elementów systemu, pobieranie obrazów do analizy artefaktów (dane są zanonimizowane

dla bezpieczeństwa pacjentów), wykorzystywanie skryptów do wirtualnej analizy danych z aparatu. Odwołujący stwierdził, że do wykonywania czynności wyliczonych przez Zamawiającego, np. pobieranie obrazów do analizy artefaktów, konieczna jest instalacja na Tomografie specjalistycznego oprogramowania, wydawanego wyłącznie przez jego producenta (GE). Izba dostrzega, że tego typu usługa jest potrzebna Zamawiającemu. Izba wzięła pod uwagę argumentację Przystępującego dotyczącą celu, jakiemu służy zdalna diagnostyka. Izba miała jednak na względzie, że Zamawiający i Przystępujący w toku postępowania odwoławczego w żaden sposób nie bronili wymogu prowadzenia zdalnej diagnostyki w sposób opisany w SIWZ. Odwołujący złożył oświadczenie, że świadczy taką usługę w wielu szpitalach w sposób prawidłowy, nie naruszając oprogramowania aparatu. Odwołujący wyjaśnił, że świadcząc zdalną diagnostykę ma dostęp do historii logów, może wydawać polecenia poprzez interfejs LINUX, bez dostępu do danych osobowych pacjenta. Odwołujący oświadczył, że w toku świadczenia przez Odwołującego zdalnej diagnostyki użytkownik, poza zgłoszeniem awarii, nie bierze udziału w jej usunięciu. W tych okolicznościach Izba uznała, że ograniczenie konkurencji przez konieczność zakupu oprogramowania wydawanego przez producenta aparatu nie znajduje uzasadnienia. Co za tym idzie, za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w sposób opisany powyżej.

Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie w § 1 ust. 9 lit. i) wzoru umowy zobowiązania wykonawcy do wystawienia certyfikatu po wykonanym przeglądzie, potwierdzającego sprawność aparatu, podpisanego przez osobę posiadającą stosowne uprawnienia wytwórcy aparatu. Izba uznała, że interes Zamawiającego został w sposób wystarczający zabezpieczony przez inne postanowienia SIWZ, jak np. wymóg zakończenia przeglądu technicznego wpisem do paszportu technicznego wraz z przedłożeniem certyfikatu potwierdzającego sprawność urządzenia (Rozdział 2, Wymagania wspólne dla wszystkich zadań dotyczące wykonywanych przeglądów technicznych i konserwacji, pkt 4 SIWZ), zastrzeżenie, że czynności serwisowe nie mogą być przyczyną utraty certyfikatów, świadectw technicznych i innych dokumentów danego aparatu dopuszczających aparat do użytkowania (Rozdział 2 Informacje dodatkowe, lit. a) SIWZ), jak też wymóg realizacji przeglądów technicznych przez osoby posiadające udokumentowane kwalifikacje lub uprawnienia do ich wykonywania. Wykonawca zobowiązany został do przejęcia odpowiedzialności za szkody wyrządzone podczas wykonywania przeglądu technicznego aparatu (Rozdział 2 Informacje dodatkowe, lit. g) SIWZ). Także w zakresie przedmiotowego zarzutu Izba miała na względzie stanowisko Zamawiającego, który uwzględnił odwołanie, nie podejmując próby wykazania zasadności postawionego w SIWZ wymagania. Zasadności tej nie wykazał też, w ocenie Izby Przystępujący, wskazując jedynie na charakter działalności Zamawiającego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie kryterium oceny ofert w Zadaniu nr 2 w taki sposób, że producent serwisowanego Tomografu lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane będą miały korzystniejszą pozycję w postępowaniu w stosunku do innych wykonawców wskutek wprowadzenia kryterium dotyczącego dysponowania personelem posiadającym przeszkolenie wytwórcy aparatu (jego autoryzowanego przedstawiciela) na wykonanie usługi serwisowej urządzenia będącego przedmiotem zamówienia. Izba stwierdziła, że naruszeniu ww. przepisów ustawy Pzp przeczy okoliczność, że szkolenia w zakresie obsługi tomografów komputerowych są powszechnie dostępne, co wykazał Przystępujący w piśmie z dnia 30 września 2019 r. składając wydruki ze strony internetowej producenta. Jednocześnie,

Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe wzięcie udziału w stosownym szkoleniu przez osobę nie związaną z firmą GE, bądź też pozyskanie osoby, która odbyła wymagane szkolenia. Dowodu na powyższe nie może stanowić złożona na rozprawie korespondencja pomiędzy MVS Sp. z o.o. a Przystępującym z 2015 r., oraz pismo Przystępującego z dnia 30 listopada 2011 r. skierowane do MVS Sp. z o.o., bowiem dotyczą okresu sprzed kilku lat. Odwołujący nie wykazał, że problem ujawniony w ww. korespondencji jest nadal aktualny. Izba miała przy tym na uwadze, że przedmiotowy wymóg nie jest warunkiem bezwzględny do pozyskania zamówienia. Co również istotne, dla uzyskania punktów w przedmiotowym kryterium wystarczające jest dysponowanie jedną osobą posiadającą stosowne przeszkolenie. Kryterium tego wydawał się również bronić Zamawiający wskazując na rozprawie, że odwołuje się ono do certyfikatów pozyskiwanych indywidualnie przez osoby fizyczne.

Sformułowanie przez Zamawiającego kryterium „Jakość świadczonych usług - posiadanie uprawnień przez osoby skierowane do realizacji zamówienia” nie stanowi również naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba miała na uwadze przedmiot

zamówienia, tj. usługę serwisową Tomografu producenta GE, która świadczona będzie przez personel skierowany przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia. Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że przedmiotowe kryterium bez wątpienia odnosi się do przedmiotu zamówienia. Jego istotą jest ocena osób dedykowanych do realizacji zamówienia w kontekście, w jakim przekłada się to na jakość realizowanych prac. W ocenie Izby, kryterium ustanowione przez Zamawiającego jest w pełni zgodne z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który wskazuje na możliwość określenia kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, dotyczących m.in. kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wymaganie od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch usług serwisowania urządzeń tożsamy do Tomografu o wartości co najmniej 900 000 PLN brutto. Przedmiotowy zarzut Odwołujący oparł na przypuszczeniach co do szacunkowej wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego, jak też na ofertach złożonych w innych postępowaniach. Izba oddaliła przedmiotowy zarzut opierając się przede wszystkim na oświadczeniu Zamawiającego złożonym na rozprawie o szacunkowej wartości Zadania nr 2, jak też na treści dokumentu przekazanego Izbie przez Zamawiającego „Wycena szacunkowa EDZ.242-104/19”, z których wynika, że Zamawiający oszacował wartość

Zadania nr 2 na ok 1 000 000 PLN. W tych okolicznościach, brak jest podstaw do uznania, że kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny.

Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wymaganie od wykonawców przedłożenia w zakresie Zadania nr 2 dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania kluczami i kodami do oprogramowania serwisowego oraz dokumentu o posiadaniu uprawnień do dysponowania dokumentacją techniczną wytwórcy. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze stanowisko Zamawiającego, który zgodził się z Odwołującym uwzględniając odwołanie, co wskazuje na okoliczność, że sporne dokumenty nie są niezbędne do wykonania zamówienia. Braku zasadności przedmiotowego zarzutu nie dowiódł Przystępujący, na którym, wobec wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, spoczywał ciężar dowodu. Dowodu takiego nie mogą stanowić załączone do pisma Przystępującego z dnia 30 września 2019 r. Warunki sprzedaży, jako że są one datowane na styczeń 2017 r., a zatem nie mogą dotyczyć tomografu dostarczonego w 2006 r.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący : .....