Sygn. akt KIO 3489/20

WYROK
z dnia 29 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie**;
przy udziale wykonawcy:
A. **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
B. **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **umarza postępowanie** w zakresie zarzutu polegającego na opisaniu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w zakresie części nr 1 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez objęcie zamówieniem aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta, z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego;
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia
11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)
w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r., poz. 2020) na niniejszy wyrok
- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt KIO 3489/20

UZASADNIENIE

Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie
- dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa przeprowadzania przeglądów okresowych, kontroli bezpieczeństwa elektrycznego, konserwacji oraz naprawy urządzeń będących
na wyposażeniu Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej";numer referencyjny: COZL/DZP/AW/3411/PN-202/20 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie
o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 16 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 245-607872.

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawca: **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** (dalej „odwołujący"), działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1
w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1.1. określeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie Części nr 1 i 3 w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wymaganie
od wykonawców dysponowania personelem posiadającym kwalifikacje potwierdzone dokumentami wydanymi przez producentów urządzeń lub ich uprawnionych przedstawicieli;
1.2. określeniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu w zakresie Części nr 1 i 3 w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także w odniesieniu do właściwości wykonawcy poprzez premiowanie wykonawców posiadających autoryzację producenta serwisowanych urządzeń medycznych;
1.3. opisaniu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w zakresie Części nr 1 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez objęcie zamówieniem aktualizacji software'u

systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1.w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1. petitum - art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału
w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym kwalifikacje potwierdzone dokumentami wydanymi przez producentów urządzeń lub ich uprawnionych przedstawicieli, podczas gdy żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości świadczenia obsługi serwisowej przedmiotowych urządzeń od posiadania jakichkolwiek dokumentów wydanych przez producentów urządzeń lub ich uprawnionych przedstawicieli, a na rynku istnieją podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego postępowaniem mimo braku spełniania przez personel wymagań określonych przez zamawiającego;

2.2.w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.2. petitum - art. 91 ust. 2
i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert: „Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta", odnoszącego się
do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, które ponadto stawia bezzasadnie
w korzystniejszej sytuacji w postępowaniu producentów serwisowanych urządzeń (lub podmioty bezpośrednio z nimi 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;

2.3.w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.3. petitum - art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy 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 do aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji tomografów (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 tomografów, czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w postępowaniu ceny;

2.4.w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.3. petitum - art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia
w postępowaniu w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w ten sposób,
że producent serwisowanych tomografów (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 software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji tomografów, podczas gdy zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanych tomografów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") w następujący sposób:

1.w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.1.- poprzez wykreślenie z rozdziału VI, pkt. 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ fragmentu „wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela", ewentualnie: poprzez dopuszczenie legitymowania się przez personel wykonawcy uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od producentów urządzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamych do urządzeń od co najmniej 2 lat, liczonych od terminu składania ofert w postępowaniu;

2.w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.2. - poprzez wykreślenie z rozdziału XIII, pkt. 1 SIWZ kryterium„Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta i zwiększenie wagi kryterium „Wykonanie przeglądów urządzeń medycznych w siedzibie zamawiającego" do 40%, ewentualnie: poprzez wprowadzenie w miejsce kryterium „Posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta" np. następujących kryteriów: czas reakcji na miejscu - kryterium o wadze 5% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: czas reakcji > 3h - 0 pkt, czas reakcji < 3h - 5 pkt. Utrzymanie aparatów w sprawności (procentowa liczba roboczogodzin pracy aparatów w skali roku) - kryterium o wadze 10% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: > 95% -10 pkt, > 94% - 8 pkt, > 93% - 6 pkt, > 92% - 4 pkt. Gwarancja na wymienione części - 5% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: 12 miesięcy - 5 pkt, 9 -11 miesięcy - 3 pkt, 6-9 miesięcy - 0 pkt.;

3.w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.3., 2.4. - poprzez wykreślenie z Załącznika nr 2.1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Części 1 postępowania pkt. 5.3 (Wykonanie zleconych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego) oraz 5.4 (Wykonanie zleconych przez producenta modyfikacji urządzenia) ewentualnie: poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie poprzez wskazanie liczby, zakresu i kosztów aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji, zgodnie z zaleceniami producenta tomografów;

a także 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.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzut dotyczący dysponowania personelem posiadającym określone przez producenta kwalifikacje (warunek udziału w postępowaniu) opisany w rozdziale VI, pkt 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ w pierwszej kolejności wskazał, że w świetle art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że określenie „proporcjonalny" oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję". Miarą owej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek

proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (tak w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 r.). Ponadto w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 20/18 z 5 czerwca 2018 r. zwrócono uwagę, że przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje" przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego.

W kontekście powyższego, kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, w ocenie odwołującego, należy uznać za sprzeczny z dyspozycją art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Za nieuzasadnione należy bowiem uznać wymaganie zamawiającego, aby personel skierowany do realizacji zamówienia miał posiadać kwalifikacje potwierdzone wyłącznie przez producentów urządzeń (tj. odpowiednio Siemens lub Phillips) lub ich uprawnionych przedstawicieli. Jak bowiem zaznaczyła KIO w uchwale z 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13: „przepisy art. 90 ust. 3-5 [Ustawy o wyrobach medycznych - przypis odwołującego] skierowane są do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności. Ponadto, w przywołanej uchwale podkreślono, iż przepis Ustawy o wyrobach medycznych wskazuje na możliwość wykonania usług serwisowania aparatury medycznej nie tylko przez wytwórcę (podmiot przez niego autoryzowany), ale też przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami. Podobnie w wyroku KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1073/12 wskazano wprost, że Ustawa o wyrobach medycznych „nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę". 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. Taki tok rozumowania przedstawiła również Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznej sprawie z udziałem odwołującego tj. w wyroku z 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19. W cytowanym orzeczeniu Izba potwierdziła, iż w sytuacji, gdy na rynku funkcjonuje kilku wykonawców serwisujących z powodzeniem aparaty medyczne danego producenta, to wymóg posiadania certyfikatów wystawionych przez wytwórcę aparatu może stanowić bezzasadne ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Ponadto Izba wskazała, iż art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych nie stanowi ograniczenia w serwisowaniu urządzeń medycznych jedynie do podmiotów autoryzowanych. Analogiczna sytuacja zachodzi również w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił bowiem, dlaczego wymaga od wykonawców dysponowania personelem przeszkolonym wyłącznie przez producentów (uprawnionych przedstawicieli) urządzeń, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w postępowaniu jest uzasadnione. Okoliczność ta, jak zostało wskazane powyżej, jest zaś kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze bowiem, nie istnieje żaden przepis prawa uzależniający możliwość wykonywania usług serwisowych aparatury medycznej od posiadania jakichkolwiek uprawnień wydawanych przez jej wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela). Po drugie - na rynku obsługi serwisowej aparatury medycznej poza autoryzowanymi przedstawicielami producentów działają także inni serwisanci (w tym również odwołujący), którzy z powodzeniem świadczą usługi tożsame do objętych niniejszym zamówieniem, mimo braku posiadania wymaganych przez zamawiającego uprawnień. Powyższe świadczy wprost o tym, że rękojmia należytego wykonania zamówienia nie zależy od posiadania jakichkolwiek uprawnień nadawanych przez wytwórcę urządzeń (jego autoryzowanego przedstawiciela). Zwrócił uwagę także, że warunek udziału w postępowaniu odnosi się wprost do kwalifikacji nadanych przez producenta (uprawnionych przedstawicieli). Innymi słowy, formułując przedmiotowe wymaganie, zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza postępowania, pozostawiając decyzję dotycząca tego, kto będzie mógł złożyć w nim ofertę producentom urządzeń. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17 ukształtowanie wymagań przez zamawiającego dotyczących zarówno wymagania posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia oświadczenia producenta określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejęciu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której to producent sprzętu będzie decydował o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Prowadzi to do wniosku, na co również wskazywał odwołujący, że to nie zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów udzielą stosowanych, wymaganych oświadczeń, określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. W świetle powyższego, sformułowane przez zamawiającego wymaganie należy uznać nie tylko za nadmierne, ale również naruszające zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

W związku z tym, odwołujący postulował wykreślenie wskazanego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania. Ewentualnie, wnioskował o zmianę warunku udziału w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia (przy jednoczesnym dopuszczeniu do niego wyłącznie wykonawców dających należytą rękojmie jego wykonania), poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od producentów urządzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamych do urządzeń od co najmniej 2 lat, liczonych od terminu składania ofert w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego posiadania autoryzacji producenta urządzeń (kryterium oceny ofert) przypomniał, że zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ, jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu jest: posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta urządzeń (tj., odpowiednio, Siemens oraz Phillips) na wykonywanie usług serwisowych w zakresie określonym przedmiotem zamówienia. Wykonawca, który posiada taką autoryzację otrzyma 20 punktów (tj. 20% możliwych do uzyskania punktów), natomiast wykonawca nieposiadający takiej autoryzacji - 0 punktów. Tym samym, to wytwórca (producent) serwisowanych urządzeń będzie decydował o przyznaniu (lub nieprzyznaniu) 20% możliwych do zdobycia punktów. Tylko bowiem podmioty, którym udzieli on swojej autoryzacji do wykonywania czynności serwisowych, otrzymają punkty w omawianym kryterium. Według najlepszej wiedzy odwołującego obecnie na rynku polskim działa zaś wyłącznie jeden podmiot mający autoryzację producenta tomografów (Siemens Healthcare Sp. z

o.o.), jak i wyłącznie jeden podmiot mający autoryzację producenta rezonansu (Philips Polska Sp. z o.o.). W ocenie odwołującego, taka sytuacja jest niedopuszczalna i stanowi ona wyłącznie sztuczną barierę, mającą uniemożliwić w praktyce uzyskanie zamówienia przez wykonawców innych niż ci, wskazani przez producentów serwisowanych urządzeń. W konsekwencji mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem znajdujących zastosowanie art. 91 ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego wskazał również, że zamawiający ma wprawdzie swobodę w ustalaniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu, jednakże nie jest to swoboda nieograniczona. Zgodnie bowiem ze znajdującymi zastosowanie przepisami prawa a także orzecznictwem, 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 ustawy Pzp, który wskazuje wprost, iż kryteria te nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej tub finansowej. Wskazany przepis doczekał się bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu, można w tym miejscu przywołać wyrok z 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1362/08), w którym stwierdzono, że przyznanie punktacji za posiadanie lub wdrażanie certyfikatów ISO 9001 / 14000 jest w rzeczywistości przyznaniem punktów za właściwość ekonomiczną wykonawcy, gdyż zarządzanie jakością jest własnością ekonomicznie wymierną danego przedsiębiorstwa. Normy te w żaden sposób nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, tj. wywozu i utylizacji odpadów, aie do właściwości samego przedsiębiorstwa i jego wizerunku na danym rynku. Analogiczna sytuacja ma miejsce w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym. W ocenie odwołującego, omawiane kryterium, rozumiane jako posiadanie autoryzacji producenta na wykonywanie usługi serwisowej, nie odnosi się bowiem do przedmiotu zamówienia, a do właściwości wykonawcy, tj. jego wiarygodności technicznej.

Dalej odwołujący wskazał, że „autoryzacja" nie jest pojęciem prawnym i nie ma definicji legalnej. Według Słownika Języka Polskiego jest to wyłącznie "zezwolenie producenta na prowadzenie działalności w jego imieniu". Innymi słowy, ubieganie się o autoryzację jest wyrazem pewnej decyzji biznesowej, którą dany podmiot podejmuje w zakresie współpracy z producentem określonego sprzętu. Z jednej bowiem strony, możliwość prowadzenia działalności w imieniu producenta bowiem wiąże się z pewnymi korzyściami, takimi jak umieszczanie informacji o autoryzowanym podmiocie na stronie internetowej producenta czy możliwość korzystania z jego marki. Z drugiej zaś, autoryzacja powoduje także określone ograniczenia dla podmiotu, który ją uzyskuje, a które są związane głównie z obowiązkiem niedziałania na szkodę firmy podmiotu jej udzielającego, w tym przede wszystkim - zaprzestania prowadzenia wobec niego działalności konkurencyjnej. Innymi słowy, uzyskanie autoryzacji wiąże się z przejściem z relacji horyzontalnej z producentem (konkurencja) na relację wertykalną (podporządkowanie). 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.

Co więcej, jak zostało wskazane powyżej, uzyskanie autoryzacji jest procesem o dalej idących konsekwencjach niż otrzymanie potwierdzenia zgodności procedur z normą ISO. O ile bowiem instytucje certyfikujące w zakresie ISO wydają zaświadczenia na rzecz podmiotów po spełnieniu przez nie określonych, znanych wcześniej warunków (swoista decyzja związana), to udzielenie autoryzacji pozostaje w sferze dyskrecjonalnych uprawnień podmiotu jej udzielającego. Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym, aby udzielać autoryzacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to - tak jak odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego. 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 podkreślił, 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 z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 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 ustawy Pzp powinno zostać ono wyeliminowane z postępowania. Taki tok rozumowania przedstawiła również Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznej sprawie z udziałem odwołującego. W wyroku z 14 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 203/20 skład orzekający wskazał, że zaskarżone kryterium oceny ofert należało uznać za niezgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już samo literalne brzmienie postanowień SIWZ określających to kryterium wskazuje, że zamawiający odwołuje się w nim do właściwości wykonawcy. Jak bowiem podał zamawiający w SIWZ, wykonawca oferujący autoryzację lub upoważnienie przez wytwórcę otrzyma dodatkowe punkty, a wykonawca nie posiadający autoryzacji lub upoważnienia nie otrzyma punktów. Zatem kryterium dotyczące autoryzacji odnosi się wprost do cech wykonawcy - to wykonawca posiada autoryzację producenta lub jej nie posiada.

Z powyższych względów, odwołujący wniósł o usunięcie tego kryterium i zaproponował zwiększenie wagi kryterium „Wykonanie przeglądów urządzeń medycznych w siedzibie zamawiającego" do 40% lub wprowadzenie w miejsce zakwestionowanego kryterium innych kryteriów, przedstawiając własne propozycje w tym zakresie.

Zamawiający, w dniu 30 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania
do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: (A) **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „przystępujący Philips") w dniu 30 grudnia 2020 r.; (B) **Siemens Healthcare Sp. z o.o.**

z siedzibą w Warszawie w dniu 4 stycznia 2021 r. (dalej „przystępujący Siemens").

Zamawiający, na posiedzeniu w dniu 26 stycznia 2021 r. poinformował, że pismem z 13 stycznia 2021 r. dokonał zmian w treści SIWZ w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia w Części nr 1 - objęcie zamówieniem aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta (zarzut opisany w pkt 1.3 petitum odwołania).

W związku z dokonaniem zmian w treści SIWZ - odwołujący złożył oświadczenie, iż cofa zarzut w powyższym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym przystępującego Siemens zawartym w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i chciałby złożyć ofertę w postępowaniu. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu zakwestionowanych wymagań przewidzianych SIWZ, odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony w ogóle możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie albo przynajmniej, jak w przypadku zakwestionowanego kryterium oceny ofert, jego szanse na uzyskanie zamówienia zostały istotnie obniżone. Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli odwołującemu na udział w niniejszym postępowaniu na równych warunkach z innymi podmiotami, w szczególności z producentami serwisowanych urządzeń (lub podmiotami z nimi powiązanymi).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone na rozprawie przez odwołującego i uczestników postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV jest usługa przeprowadzania przeglądów okresowych, kontroli bezpieczeństwa elektrycznego, konserwacji oraz naprawy urządzeń będących na wyposażeniu COZL. Zamówienie zostało podzielone na 65 części, przedmiotem niniejszego odwołania są:Część nr 1 obejmująca świadczenie usług serwisowych tomografów komputerowych produkcji Siemens - 4 szt. (SOMATOM Definition AS, s/n 64997, SOMATOM Sensation OPEN, s/n 49692, SOMATOM Sensation OPEN sliding gantry, s/ 49693, SOMATOM Definition AS, s/n 95721) ("Tomografy") oraz Część nr 3 obejmująca świadczenie usług serwisowych rezonansu magnetycznego produkcji Phillips - 1 szt. (Achieva 1, 5T, s/n 32721) wraz z dwumonitorowymi stacjami lekarskimi do MRI (2 szt.).

Przedmiotem zamówienia jest zatem usługa serwisowa w zakresie napraw i konserwacji sprzętu medycznego. Jak zwrócił uwagę zamawiający posiadany przez niego sprzęt jest drogi i skomplikowany co ma znaczenie o tyle, że wykonawca świadczący przedmiotowe usługi musi posiadać specjalistyczną wiedzę na temat jego budowy i sposobu funkcjonowania. Zwrócił też uwagę, że jakość świedaczonej usługi oraz sposób jej wykonywania ma bezpośredni związek z prawidłowym i bezpiecznym funkcjonowaniem wyrobów medycznych, z kolei nieprawidłowe serwisowanie może stanowić zagrożenie dla zdrowia czy nawet życia pacjenta, bądź personelu medycznego. Na powyższe kwestie zwrócił również uwagę przystępujący Philips, składając jako dowód zdjęcia prezentujące z jak specjalistycznymi i precyzyjnymi urządzeniami mamy do czynienia, w konsekwencji jak ważna jest między innymi dbałość o jego prawidłowe serwisowanie. Nieprawidłowa kalibracja sprzętu, zdarzenia w postaci wybuchów helu w przypadku rezonansu magnetycznego czy też w przypadku tomografów awarie kolimatorów, które decydują o właściwej dawce promieniowania - skutkują możliwością powstania błędów medycznych, a nawet mogą powodować utratę zdrowia i życia pacjenta. Przykłady takich zdarzeń wskazano również w opracowaniu przygotowanym przez Ogólnopolską Izbę Gospodarczą Wyrobów Medycznych POLMED pt. „Przetarg na usługi serwisowania sprzętu medycznego, Wskazówki prawne i praktyczne dla szpitali" (dowód przystępującego Philips).

Powyższe ma znaczenie w kontekście stawianego zarzutu, dotyczącego sposobu opisania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Warunki określane przez zamawiającego muszą być z jednej strony ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, co oznacza także, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do jego realizacji.

Z drugiej strony oceniając zasadność warunku bierze się pod uwagę zakres, charakterystykę, stopień złożoności, specyfikę lub też sposób realizacji danego zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy należało zatem rozważyć, czy opisany przez zamawiającego w rozdziale VI, pkt 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do dysponowania osobami, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, został ustalony przez zamawiającego na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanego w częściach 1 i 3 zamówienia. Zamawiający oczekiwał, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia spełaniały następujące wymagania: minimum 3 osoby (serwisant, inżynier serwisowy itp.) biorące udział bezpośrednio w wykonywaniu usługi posiadające kwalifikacje, świadectwa kwalifikacje „E" lub „D" do 1kV, uprawnienia

do wykonywania pomiarów ochronnych i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń stanowiący przedmiot zamówienia danej części oraz posiadające aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela.

Odwołujący kwestionował wymaganie dotyczące tego, że personel wykonujący zamówienie musi posiadać aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji, wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela. Argumentował, że nie istnieje żaden przepis prawa uzależniający możliwość świadczenia usług serwisowanych aparatury medycznej od posiadania jakichkolwiek uprawnień wydawanych przez producentów urządzeń. Uważał ponadto, że na rynku obsługi serwisowej działają inni serwisanci, którzy z powodzeniem świadczą usługi tożsame do objętych przedmiotowym zamówieniem, a nie posiadający takich uprawnień. Tym samym, w jego ocenie, waunek opisany przez zamawiającego należy uznać za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie mogą znaleźć akceptacji z tego powodu,
że w przypadku jeśli kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia - uzadadnione jest sprecyzowanie takich właśnie wymagań w odniesieniu do personelu. Przypomnieć należy, że każdy warunek udziału w postępowaniu w mniejszym lub większym stopniu ogranicza konkurencję, ma on bowiem na celu wyłonienie w postępowaniu tylko takich podmiotów, którzy będą zdolni do wykonania zamówienia.

Kluczowe dla oceny czy warunek został określony w sposób proporcjonalny jest po pierwsze udzielenie odpowiedzi czy stopień ograniczenia konkurencji jest uzasadniony potrzebami zamawiającego. W niniejszym wypadku należy uznać, że takie przesłanki istnieją. Jak wcześniej zauważono przedmiotem zamówienie jest serwis specjalistycznego sprzętu, wysokiej jakości, w przypadku którego ryzyko niewłaściwego działania ma wpływ na zdrowie i życie pacjentów oraz bezpieczeństwo personelu medycznego. Zamawiającym jest szpital onkologiczny, w którym na co dzień diagnozuje się ciężkie przypadki, a własciwa diagnostyka ma wpływ na dobór najbardziej odpowiednich dla pacjenta metod leczenia, co decyzduje niekiedy nawet o życiu pacjenta. Aby zatem zapewnić prawidłowe serwisowanie urządzeń ważnym jest, aby wykonywały taki serwis osoby posiadające stosowne doświadczenie i przeszkolone na odpowiednim poziomie. Poziom taki zapewnić może jedynie producent urządzeń lub upoważniony przedstawiciel.

Po drugie należało odpowiedzieć na pytanie czy warunek w brzmieniu opisanym przez zamawiającego można uznać za proporcjonalny. Na to również należało odpowiedzieć twierdząco. Odnosił się on bowiem do zapewnienia przez wykonawcę dostępu, w trakcie realizacji zamówienia, do odpowiednio wykwalifikowanego personelu serwisowego tj. takiego, którego kwalifikacje potwierdził producent.

Izba zgadza się z odwołującym, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego
nie określają jakie uprawnienia winny posiadać osoby serwisujące sprzęt, nie stoi to jednak
na przeszkodzie, aby zamawiający poprzez stawianie innych wymagań, adekwatnych
do zakupionych i użytkowanych przez niego urządzeń - określił minimalne oczekiwania
w zakresie kadry, którą dysponuje wykonawca, a która to będzie takim serwisem się zajmowała. Powyższe ma na celu ustalenie czy posiadany przez te osoby poziom kompetencji odpowiada wymaganiom producenta sprzętu. Ponieważ poszczególni producenci stosują różne rozwiązania konstrukcyjne i funkcjonalne w swoich wyrobach, wprowadzają stale udoskonalenia, których zakres jest znany wyłącznie tym podmiotom - tylko osoby posiadające dostęp do tej unikalnej wiedzy, a zatem przeszkolone przez producenta sprzętu, są zdolne do realizacji takich zadań serwisowych. Znaczenie ma w tym przypadku również jakość i aktualność szkolenia, które odbywa serwisant. Jak wynika z wyjasnień przystępujących złożonych na rozprawie, szkolenia przez nich prowadzone dotyczą konkretnego modelu sprzętu, który jest serwisowany. Ponadto zwraca się uwagę na aktualność posiadanej przez te osoby wiedzy serwisowej, w konsekwencji ogranizuje się również szkolenia w zakresie nowych wiadomości dotyczących budowy danego urządzenia, w szczególności w przypadku gdy na rynek wprowadzane są nowe modyfikacje odnoszące się do tego modelu.

Po trzecie Izba wzięła również pod uwagę jaki wpływ ma postawiony warunek
na potencjalną konkurencję. Tu Izba stwierdziła, że samo wymaganie odnoszące się
do odpowiednio wykwalifikowanego personelu - takiego wpływu nie wywiera. Mamy
do czynienia z warunkiem, który może być z uwagi na jego charakter, spełniony tak przez samego wykonawcę jak i ewentualnie podmiot użyczający potencjał osobowy w trybie art. 22a ustawy Pzp, w przypadku dysponowania pośredniego personelem podmiotu trzeciego. Dodatkowo wykonawca może posłużyć się, w celu spełnienia warunku udziału, także dysponowaniem bezpośrednim osób o koniecznych kwalifikacjach. Jak wykazał ponadto przystępujący Philips, przedkładając dowód w postaci wydruków ze strony internetowej,
na rynku znaleźć można osoby, które zamieszczają swoje profile na portalu LinkedIn, które nie są już pracownikami tego wykonawcy, a posiadają uprawnienia wymagane przez zamawiającego. Ponadto z dowodów przedłożonych przez przystępującego Philips w postaci wykazów osób oraz certyfikatów szkoleń przeprowadzonych u producenta, które zostały złożone przez TDZ Technika dla Zdrowia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na wezwanie dwóch zamawiających, w postępowaniach na wykonanie przeglądów okresowych i napraw sprzętu wynika, że wymaganie odnośnie kadry, która została przeszkolona przez producenta nie stanowi dla innych podmiotów bariery w ubieganiu się o zamówienie. Również w przypadku odwołującego możliwym jest więc pozyskanie do realizacji zamówienia osób o wymaganych kwalifikacjach.

Izba zwróciła jednocześnie uwagę, że odwołujący nie wykazał, ani też nawet nie złożył w treści odwołania takiego oświadczenia, z którego wynikałoby, że dysponowanie przez niego takimi osobami jest niemożliwe, a w konsekwencji, że nie ma szansy jego spełnienia. Twierdził jedynie, że posiada swoich serwisantów, którzy w jego ocenie, są w równym stopniu zdolni do realizacji tego zadania. Potwierdzeniem tego, że odwołuący ubiegał się o zamówienia, w których formułowane były analogiczne warunki i pozyskiwał do realizacji tych zadań osoby posoadające przeszkolenie przez producenta sprzętu jest dowód złożonych przez przystępującego Siemens. Wykazał on, że odwołujący ubiegając się o zamówienie dla SP ZOZ w Sosnowcu (termin składania ofert 12 stycznia 2018 r.) przedłożył w tym postępowaniu certyfikat wraz z tłumaczeniem na język polski dla osoby, którą dysponował dla potrzeb realizacji tego zamówienia, posiadającą certyfikat szkolenia wystawiony przez firmę Siemens, w zakresie aparatów rezonasu magnetycznego Magnetom.

Z kolei w zakresie dowodu przedstawionego przez odwołującego na okoliczność,
że ten zwracał się do firmy Siemens Polska z prośbą o przedstawienie oferty na certyfikowane szkolenia serwisowe i otrzymał odpowiedź negatywną, Izba wzięła pod uwagę, że sam odwołujący przyznał, że był świadomy, że ten podmiot szkoleń w tym zakresie nie przeprowadza, a robi to Siemens Healthare Gmbh. Twierdził wprawdzie, że zwracał się i do tego podmiotu z analogiczną prośbą i został odesłany do firmy Siemens Polska, nie przedłożył jednak na tą okoliczność

żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że również ten podmiot odmówił przeszkolenia jego pracowników. Tym samym nie wykazał, że niemożliwe jest zorganizowanie takich szkoleń dla pracowników samego odwołującego.

Mając zatem na uwadze powyższe wyjaśnienia i dowody przedłożone na rozprawie Izba uznała, że wbrew twierdzeniom odwołującego warunku powyższego nie można uznać
za nieproporcjonalny. Nie ulega wątpliwości, że ma on ścisły związek z przedmiotem zamówienia, albowiem dotyczy kwalifikacji osób, które będą wykonywały usługi serwisowe
w trakcie realizacji zamówienia. Jak wykazano dowodami warunek taki nie powoduje,
że dochodzi do wyeliminowania konkurencji w postępowaniu ale stanowi gwarancję,
że czynności serwisowe zostaną zrealizowane przez osoby które posiadają udokumentowane kwalifikacje. Zamawiający ma prawo wymagać, aby serwis wyrobów medycznych był powierzany osobom, które poza uprawnieniami wynikającymi z przepisów, posiadają także konieczną wiedzę i doświadczenie w zakresie czynności serwisowych, które jest potwierdzone przez producenta aparatów lub jego uprawnionego przedstawiciela.

Z kolei żądania odwołującego zmierzają w istocie do dopuszczenia do świadczenia usług osób, które w istocie nie posiadają żadnych kwalifikacji. Nie sposób bowiem inaczej ocenić żadania, aby z treści warunku wykreślić część dotyczącą potwierdzenia kwalifikacji personelu w zakresie serwisowania aparatów przez producenta lub upoważnionego przedstawiciela. Taki warunek nie spełniłby swojej roli, albowiem umożliwił realizację zamówenia przez osoby, dysponujące jakimkolwiek dokumentem, wystawionym przez dowolny podmiot, którego kompetencje do oceny kwalifikacji byłyby nieznane. Alternatywa, jaką sugeruje odwołujący tj. dopuszczenie legitymowaniem się jakimiś bliżej nieokreślonymi uprawnieniami, nadawanymi przez podmiot o bliżej niesprecyzowanych kompetencjach, również prowadziłaby do wypaczenia sensu takiego wymagania.

Z powyższych powodów Izba uznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp
w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - za niepotwierdzony.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie w Rozdziale XIII jako kryterium oceny ofert: posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta, na poziomie 20% w pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie sposób podzielić oceny odwołującego co do tego, że tak opisane kryterium odnosi się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy.

Należy zauważyć, że w tym przypadku kryterium takie ma charakter przedmiotowy, gdyż jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia albowiem odnosi się do usług serwisowych, jakie będzie wykonywał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca. Ma ono również niewątpliwie odniesienie jakościowe, albowiem serwis taki daje gwarancję, że odbywa się pod nadzorem lub za aprobatą jakościową producenta takiego sprzętu.
Co najistotniejesze, tylko w takim przypadku, bo zapewnia to wyłacznie serwis autoryzowany, zamawiający ma gwarancję, że świadczona usługa wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość usług. Tylko taki ma bowiem dostęp do najnowszych informacji i danych na temat serwisowanego sprzętu medycznego. Kryterium to jest zatem dopuszczalne.

Ponadto należy zauważyć, że kryterium oceny ofert stanowi jedynie wyraz preferencji zamawiającego, nie jest natomiast warunkiem który trzeba spełnić aby móc ubiegać się
o przedmiotowe zamówienie. Przy tak specjalistycznym sprzęcie i ryzyku, jakie jest ponoszone w związku z nieprawidłowym jego działaniem za pomocą tego kryterium zamawiający wartościuje i wyżej ocenia usługi serwisowe, realizowane przez podmiot posiadający autoryzację serwisową producenta.

Ponieważ autoryzacja w sposób bezpośredni przekłada się na poziom jakości realizowanych usług, bowiem posiadając ją podmiot pozyskuje dostęp do bazy wiedzy producenta (dokumentacji, narzędzi, kodów oprogramowania serwisowego), jego wsparcia, ma dostęp do najnowszej, pełnej i oficjalnej dokumentacji technicznej - musi w związku z tym ponosić z tego tytułu dodatkowe koszty. Z tych też powodów przyznanie punktów w kryterium oceny ofert w przypadku, gdy o zamówienie ubiegał się będzie podmiot, który taką autoryzcję posiada - rekompensuje raczej kwestie owych dodatkowych kosztów ponoszonych w związku z tym przez wykonawcę. W tym kontekście wyliczenia odwołującego, który przedstawił kalkulację z której wynikać miało, że musi obniżyć cenę swojej oferty w stosunku do wykonawcy posiadającego autoryzację aż o 32% (przy założeniu, że budżet wynosił będzie 1 mln zł.) należy uznać jedynie za orientacyjne i nie poparte szczegółową analizą. Odwołujący nie ma bowiem wiedzy jaki wpływ na cenę (jej wzrost) ma okoliczność związana z koniecznością uzyskania autoryzacji producenta.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972),
w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:……