Sygn. akt: KIO 203/20

WYROK

z dnia 14 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2020 r. przez wykonawcę Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie,

przy udziale wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2.4

   i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z SIWZ kryterium oceny ofert dotyczącego autoryzacji lub upoważnienia wystawionego przez wytwórcę;

2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;

3. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie i:

   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego

   tytułem wpisu od odwołania;

   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

   uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz

   wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Stefana Kardynała

Wyszyńskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pogwarancyjną obsługę urządzeń do diagnostyki obrazowej. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 014-028577.

W dniu 31 stycznia 2020 r. wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu:

1. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez:

    1.1. wprowadzenie wymogu w ramach świadczonej obsługi serwisowej dokonania wymiany podzespołów oraz oprogramowania w celu unowocześnienia serwisowego opisowej stacji roboczej dla tomografu Lightspeed do najnowszej dostępnej na rynku;

    1.2. wprowadzenie wymogu, aby dostarczane przez wykonawcę oryginalne, zalecane przez producenta, fabrycznie nowe części zamienne zarówno dla przeglądów jak i napraw urządzeń były wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy lub dla lampy 3 miesiące wcześniej;

    1.3. wprowadzenie wymogu do wykonywania diagnostyki zdalnej urządzeń polegającej min. na dostępie do pulpitu użytkownika, dostępie do oprogramowania serwisowego, dostępie do danych surowych, pobieraniu obrazów do analizy artefaktów;

2. określeniu kryterium oceny ofert w Postępowaniu w sposób w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia a także w odniesieniu do właściwości wykonawcy poprzez premiowanie wykonawców posiadających autoryzację lub upoważnienie od wytwórcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 91 ust. 2 oraz 3 ustawy Pzp.

<u>Zarzut dotyczący upgrade stacji AW do tomografu</u>

Odwołujący wskazał, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia (rozdział lll,

punkt 2, str. 3 SIWZ) pozostaje wymiana podzespołów oraz oprogramowania w celu unowocześnienia serwisowego opisowej stacji roboczej dla tomografu Lightspeed do najnowszej dostępnej na rynku wersji tak, aby możliwe było wykonywanie m.in. analizy trójwymiarowej danych z badań tomograficznych w tym obecność zwężeń, skrzeplin, dane sprzed zabiegu założenia stentu i po nim oraz wizualizować kierunek krętości naczyń. Odpowiedni zapis znajduje się także w § 2 pkt 7 wzoru umowy.

Odwołujący podniósł, że powyższe uniemożliwia mu złożenie oferty, ponieważ jego zakres eliminuje z udziału w postępowaniu wszystkie podmioty poza producentem serwisowanych urządzeń, ewentualnie poza podmiotami przez niego wskazanymi. Zakres wymagany przez Zamawiającego wiąże się bowiem de facto z zakupem zupełnie nowego urządzenia (a więc stanowi bardziej modernizację niż aktualizację stacji opisowej). A zatem, dokonanie ww. wymiany podzespołów oraz oprogramowania jest możliwe tylko i wyłącznie

przez producenta sprzętu. Ponadto udzielenie Odwołującemu licencji w tym zakresie przez producenta pozostaje w sferze jego dyskrecjonalnych uprawnień. Producent sprzętu nie ma żadnego interesu w tym, aby udzielać licencji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to - tak jak Odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego, bądź oferuje jej udzielenie po cenie tak wysokiej, że w konsekwencji realnie uniemożliwia to Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, formułując takie wymaganie Zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę, producentowi aparatu.

Odwołujący wskazał, że aktualizacje oprogramowania można podzielić na dwie grupy: aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz aktualizacje służące rozwojowi sprzętu, np. poprzez dodanie nowych funkcji. Zgodnie z powyżej przywołanymi zapisami SIWZ, Zamawiający wymaga od serwisanta wykonania aktualizacji należących do

drugiej ze wskazanych grup. Zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych, to

wytwórca (a nie serwisant) jest obowiązany zapewnić, że autoryzowany przedstawiciel oraz każdy inny podmiot upoważniony przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu będą realizowali zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa - Field Safety Corrective Action. Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu jest ustawowo zobowiązany do dokonywania aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji. Z tego powodu wymagane przez Zamawiającego dostosowanie podzespołów oraz oprogramowania do najnowocześniejszej wersji funkcjonującej na rynku nie jest w żaden sposób związane z bezpieczeństwem i prawidłowym działaniem urządzenia, gdyż te są bezpłatnie wykonywane przez producenta sprzętu. Tym samym unowocześnienia, o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanego tomografu, a które nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkowania (te bowiem będzie wykonywał sam wytwórca lub jego autoryzowany przedstawiciel) wedle Zamawiającego są tak istotne, że chce ograniczyć konkurencję do tylko jednego podmiotu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał, iż żądane funkcjonalności są niezbędnym elementem przedmiotu zamówienia, jakim jest serwisowanie tomografu (a zatem naprawa lub konserwacja sprzętu, nie zaś jego ulepszanie bądź wymienianie na nowszą wersję). Zgodnie natomiast z orzecznictwem Izby to na Zamawiającym leży ciężar wykazania powyższego. Gdyby natomiast ten niewielki zakres przedmiotu zamówienia wydzielić do odrębnej części zamówienia, wówczas owo „wydzielenie" nie naruszałoby uczciwej konkurencji dla pozostałego zakresu zamówienia i pozwoliłoby na ubieganie się o nie na równych zasadach wszystkim zainteresowanym podmiotom, w tym Odwołującemu.

W ocenie Odwołującego brak wydzielenia wskazanego powyżej zobowiązania wykonawcy do oddzielnej części zamówienia stanowi naruszenie art. 36aa ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 oraz 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący podniósł, że zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które uzasadniają brak takiego podziału. Wskazał, że ocenie przez pryzmat zachowania konkurencyjności w postępowaniu podlega nie tylko sama decyzja zamawiającego, co do podziału przedmiotu zamówienia na części, ale także zakres poszczególnych pakietów. Podział zamówienia na części nie jest bowiem celem samym w sobie, ale służy umożliwieniu udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów, tak aby zamawiający mógł uzyskać jak najbardziej konkurencyjną ofertę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wydzielenia przedmiotowego zobowiązania wykonawcy z przedmiotu zamówienia do odrębnej części zamówienia.

<u>Zarzut dotyczący dostarczenia części wyprodukowanych w określonym w SIWZ terminie</u>

Odwołujący wskazał, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia (rozdział III, punkt 4, str. 3 SIWZ) jest dysponowanie określonym przez producenta serwisowanych urządzeń zapleczem technicznym oraz dostarczanie oryginalnych, zalecanych przez producenta, fabrycznie nowych części zamiennych zarówno dla przeglądów jak i napraw urządzeń. Dostarczone w opisany powyżej sposób części muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy, a dla lampy nie wcześniej niż 3 miesiące od instalacji.

W ocenie Odwołującego nie istnieje jakiegokolwiek uzasadnienie dla wymogu, aby

dostarczane części były wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy lub dla lampy nie

wcześniej niż 3 miesiące od instalacji, nie są to bowiem produkty, które mają określoną datę ważności. Jeżeli produkt jest produktem nowym, to żadnego znaczenia nie ma to, kiedy faktycznie został on wyprodukowany. Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że podmiotem, który będzie miał najlepszy dostęp do „świeżo" wyprodukowanych części zamiennych będzie w pierwszej kolejności producent tych części. Tym samym, omawiany zapis SIWZ stawia producenta w bardzo uprzywilejowanej pozycji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający i tak wymaga gwarancji jakości i ta jest kluczowa i wystarczająca dla zabezpieczenia jego interesu m.in. zapis § 2 punkty 16 i 17 wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego, nawet jeżeli uznać by (z czym Odwołujący się nie zgadza), że omawiany zapis nie narusza w sposób nieuzasadniony uczciwej konkurencji i znajduje oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, to warto byłoby postawić pytanie

o zasadność tego wymagania z punktu widzenia zasad wydatkowania środków publicznych.

Odwołujący stwierdził, że w praktyce można zaobserwować, że większość odbiorców jego usług (tj. szpitale) nie wprowadza tego typu zapisów do umów, zdając sobie doskonale sprawę z tego, że generują one dodatkowe koszty realizacji zamówienia (przy bardzo wątpliwym wpływie na jakość świadczenia). W tym sensie, trudno byłoby wykazać realną korzyść z faktu zapewnienia sobie fabrycznie nowej części zamiennej nie starszej niż 12 miesięcy nad zapewnieniem tej samej części (również fabrycznie nowej) z tym, że z datą produkcji powyżej 12 miesięcy.

Odwołujący podniósł, że zaskarżone postanowienie narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymogu, nowe części muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy a dla lampy nie wcześniej niż 3 miesiące od instalacji.

Zarzut dotyczący diagnostyki zdalnej

Odwołujący wskazał, że §1 pkt 2 ppkt 4 wzoru umowy określa zobowiązanie wykonawcy do wykonywania diagnostyki zdalnej urządzeń polegającej m.in. na dostępie do pulpitu użytkownika, dostępie do oprogramowania serwisowego, dostępie do danych surowych, pobieraniu obrazów do analizy artefaktów oraz innych czynności wykonywanych bez konieczności wizyty w siedzibie Zamawiającego i bez angażowania pracowników Zamawiającego, niezbędnych do szybkiej i rzetelnej diagnostyki oraz naprawy uszkodzeń (tożsamy zapis znajduje się w rozdziale III punkt 2 str. 2 SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia).

Odwołujący stwierdził, że przywołany powyżej zapis wzoru umowy skutkujący zapewnieniem sobie przez Zamawiającego zdalnej diagnostyki serwisowanych urządzeń służy głównie możliwości zidentyfikowania problemu przed fizycznym pojawieniem się na miejscu inżyniera serwisu. Innymi słowy, chodzi 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). Zdaniem Odwołującego powyższy 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 urządzenie w szpitalu. Odwołujący podniósł, że z powodzeniem świadczy od wielu lat usługi serwisowe urządzeń tożsamych do tych będących przedmiotem zamówienia, w skład których wchodzi ich zdalna diagnostyka, bez dokonywania czynności opisanych w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego. Powyższe jest szczególnie istotne, biorąc pod uwagę, że do wykonania czynności wyliczonych przez Zamawiającego (np. pobieraniu obrazów do analizy artefaktów) konieczna jest instalacja na urządzeniu specjalistycznego oprogramowania, wydawanego wyłącznie przez jego producenta. 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 ofertę do producenta serwisowanych urządzeń lub podmiotów z nim powiązanych.

W ocenie Odwołującego, zaskarżone postanowienie wzoru umowy w sposób wyraźny utrudnia uczciwą konkurencję i stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w uprzywilejowanej sytuacji stawia producenta serwisowanych urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim powiązane. Co istotne, sformułowane przez Zamawiającego wymagania w żaden sposób nie przekładają się na jakość świadczonej

przez niego usługi (nie mają żadnej dodanej wartości dla Zamawiającego, ani nie znajdują potwierdzenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia omawianego wymagania zarówno z SIWZ jak i ze wzoru umowy. Ewentualnie, w celu zapewnienia Zamawiającemu wszelkich wymaganych przez niego funkcjonalności, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji wskazanego zapisu wzoru umowy (i odpowiadającego mu zapisowi SIWZ) w następujący sposób: „wykonywania diagnostyki zdalnej poprzez sieć komputerową oraz naprawy oprogramowania".

Zarzut dotyczący kryterium autoryzacji

Odwołujący wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest autoryzacja lub upoważnienie wystawione przez wytwórcę. Wykonawca, który zaoferuje świadczenie usług wraz z autoryzacją lub upoważnieniem od wytwórcy otrzyma 40 punktów (tj. 40% możliwych do uzyskania punktów), natomiast wykonawca nieoferujący takiej autoryzacji - 0 punktów.

Zdaniem Odwołującego wskazane kryterium oceny ofert stanowi w istocie posiadanie przez wykonawcę aktualnej autoryzacji producenta na wykonywanie czynności objętych zamówieniem. Tym samym, to wytwórca (producent) serwisowanych urządzeń będzie decydował o przyznaniu (lub nieprzyznaniu) ofertom 40% możliwych do zdobycia punktów. Tylko bowiem podmioty, którym udzieli on swojej autoryzacji do wykonywania czynności serwisowych, otrzymają punkty w omawianym kryterium.

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 producenta serwisowanych urządzeń. W konsekwencji mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem znajdujących zastosowanie art. 91 ust. 2 oraz 3 ustawy Pzp. Odwołujący przyznał, że zamawiający ma swobodę w ustalaniu kryteriów oceny ofert, jednakże nie jest to swoboda nieograniczona. Zgodnie bowiem z 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.

Zdaniem Odwołującego, 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, że kryteria te nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, zgodnie z którym przyznanie punktacji za posiadanie lub wdrażanie certyfikatów ISO 9001 i 14000 jest w rzeczywistości przyznaniem punktów za właściwość ekonomiczną wykonawcy, gdyż zarządzanie jakością jest własnością ekonomicznie wymierną danego przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego analogiczna sytuacja ma miejsce w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym. 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.

Odwołujący zaznaczył, 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). Autoryzacja w rzeczywistości opisuje wyłącznie sposób współpracy między producentem a podmiotami chcącymi prowadzić działalność w jego imieniu. Podobnie zatem jak w przypadku 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, 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, a weryfikacja posiadania przez wykonawców autoryzacji producenta będzie dokonywana w momencie upływu terminu składania ofert, a nie w momencie rozpoczęcia realizacji umowy. Możliwa jest więc 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 Odwołujący podkreślił, że 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. Odwołujący powołał się na uchwałę Izby o sygn. akt KIO/KD 119/13, w której stwierdzono, że ustawa 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.

Zdaniem Odwołującego zaskarżone kryterium oceny ofert jest niedozwolonym

kryterium podmiotowym w rozumieniu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tego kryterium i zaproponował wprowadzenie w jego miejsce np. następujących kryteriów:

- Czas reakcji na miejscu - kryterium o wadze 10% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: czas reakcji > 3h - 5 pkt, czas reakcji <3-10 pkt.

- Utrzymanie aparatów w sprawności (procentowa liczba roboczogodzin pracy aparatów w skali roku) - kryterium o wadze 20% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: > 95% - 20 pkt, > 94% -15 pkt, > 93% - 10pkt, > 92% - 5 pkt.

- Gwarancja na wymienione części - 10% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: 12 miesięcy-10 pkt, 9-11 miesięcy-5pkt, 6-9 miesięcy-0 pkt.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy

Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 2.1, 2.2 i 2.3, w związku ze złożeniem przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu tych zarzutów.

W zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie XIII.1 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1) Cena [C] - 50%

2) Szybkość reakcji serwisu [S] - 10%

3) Autoryzacja lub upoważnienie wystawione przez wytwórcę [A] - 40% .

Ocena ofert wg kryterium nr 3 prowadzona będzie z zastosowanie punktacji i zasad jak niżej: Wykonawca oferujący autoryzację lub upoważnienie przez wytwórcę - 40 pkt. (dołączyć do oferty) Wykonawca nie posiadający autoryzacji lub upoważnienia - 0 pkt.

Pismem z 6 lutego 2020 r. Zamawiający, odpowiadając na wniosek wykonawcy o wykreślenie kryterium autoryzacji, udzielił następujących wyjaśnień do SIWZ: Kryterium oceny oferty, w postaci autoryzacji, nie ma charakteru podmiotowego odnoszącego się do właściwości wykonawcy. Autoryzacja wskazuje na sposób, organizację i kwalifikację personelu do realizowania usługi. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP kryterium oceny ofert może być np. organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia co w tym przypadku niewątpliwie ma miejsce. Autoryzacja producenta wskazuje właśnie określony sposób organizacji wykonywania usługi, kwalifikację i doświadczenie personelu wskazanego do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami ustawy o wyrobach medycznych. Określenie wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych w postaci warunków w udziału w postępowaniu ogranicza konkurencyjność postępowania, natomiast poprzez przyjęte kryteria, Zamawiający określa jedynie kryteria punktowe uzasadnione wysoce specjalistycznym charakterem zamówienia. Ponadto Zamawiający uważa, że niedopuszczalne jest nakazywanie Zamawiającemu przez Wykonawców takiego określania kryteriów oceny, aby uzyskać najwyższą ocenę własnej oferty, nie biorąc pod uwagę potrzeb Zamawiającego uwarunkowanymi specyfiką jego działalności. Intencją Zamawiającego jest uzyskanie oferty stanowiącej najkorzystniejszy bilans przy zastosowanych kryteriach, a tym samym udzielenie zamówienia z najwyższa gwarancją prawidłowej i starannej realizacji usługi.

Jednocześnie Zamawiający dokonał zmiany kryteriów oceny ofert, określając je następująco:

1) Cena [C] - 50%

2) Szybkość reakcji serwisu [S] - 10%

3) Autoryzacja lub upoważnienie wystawione przez wytwórcę [A] - 30%

4) Zdalna diagnostyka - 10%.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp:

- ust. 2: Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

- ust. 2c: Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

- ust. 3: Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W rozpoznawanej sprawie kwestią wymagającą rozstrzygnięcia była przede wszystkim dopuszczalność zastosowania kryterium Autoryzacja lub upoważnienie wystawione przez wytwórcę w świetle zakazu określonego w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego przepisu stwierdzić należy, że zawiera on bezwzględny zakaz określenia kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy. Podkreślić przy tym należy, że dotyczy to wszelkich aspektów związanych z sytuacją podmiotową wykonawcy, a takie aspekty jak wiarygodność ekonomiczna, techniczna lub finansowa, zostały wskazane jedynie przykładowo. Jedynym dopuszczalnym kryterium, które w pewnym sensie odnosi się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, jest kryterium określone w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, tj. kryterium związane z organizacją, kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zauważenia wymaga jednak, że kryterium to nie służy ocenie właściwości samego wykonawcy (taka ocena może być dokonywana jedynie w ramach warunków udziału w postępowaniu), ale ocenie potencjału i kwalifikacji personelu dedykowanego do wykonania zamówienia, a możliwość jego zastosowania warunkowana jest istnieniem znaczącego wpływu właściwości osób, którymi wykonawca dysponuje na jakość wykonania zamówienia. Jest więc istotna różnica pomiędzy kryteriami odnoszącymi się do właściwości wykonawcy a kryterium określonym w art. 91 ust.

2 pkt 5 ustawy Pzp.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zaskarżone kryterium oceny ofert należało uznać za niezgodne z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Po pierwsze wskazać należy 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.

Zauważenia wymaga, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali, że sporne kryterium nie ma charakteru podmiotowego. Próbowali oni przede wszystkim wykazać wpływ posiadania przez wykonawcę autoryzacji na jakość wykonania zamówienia. Odnosząc się do tego stanowiska należy stwierdzić, że kwestia wpływu kryterium oceny ofert na jakość realizacji zamówienia mogłaby podlegać dowodzeniu i ocenie pod warunkiem, że byłoby to kryterium określone w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, tj. dotyczące organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Tymczasem w ocenie Izby nie ma podstaw, aby zaskarżone kryterium oceny ofert powiązać z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy. Wskazać bowiem należy, że nie przewiduje ono punktacji za dysponowanie pracownikami posiadającymi określone kwalifikacje, certyfikaty, szkolenia czy umiejętności, ale za cechę wykonawcy, którą jest posiadanie autoryzacji producenta. Nie ma bowiem wątpliwości, że chodzi tu o autoryzację, którą legitymuje się wykonawca, nie zaś o posiadanie określonych poświadczeń kwalifikacji przez pracowników wykonawcy.

W ocenie Izby, gdyby Zamawiający zamierzał punktować cechy personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, to kryterium oceny ofert zostałoby sformułowane inaczej. Dobry przykład takiego sfomułowania kryterium zawiera przedłożona przez Przystępującego dokumentacja z postępowania prowadzonego przez Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 3 lutego 2020 r. oraz wyciąg z SIWZ). Przystępujący przedłożył te dowody na potwierdzenie swoich tez o dopuszczalności zaskarżonego kryterium, w celu wykazania, że Odwołujący jest w stanie uzyskać zamówienia nawet w przypadku zastosowania przez Zamawiającego kryterium odnoszącego się do autoryzacji, o wadze 30%. Uszła jednak uwadze Przystępującego zasadnicza różnica pomiędzy kryterium zastosowanym w niniejszym postępowaniu a kryterium przewidzianym w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy. W tym drugim przypadku kryterium oceny ofert nie dotyczyło posiadania autoryzacji przez wykonawcę, ale właśnie wprost odnosiło się do kwalifikacji osób, które będą wykonywać zamówienie. Zostało ono opisane w następujący sposób:

- min. 1 osoba posiadająca certyfikat/dyplom/zaświadczenie potwierdzające odbycie szkolenia o którym mowa w rozdz. IX pkt 3 ppkt b SIWZ wystawione przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela - 30 pkt

- min. 1 osoba posiadająca certyfikat/dyplom/zaświadczenie potwierdzające odbycie szkolenia o którym mowa w rozdz. IX pkt 3 ppkt b wystawione przez inny podmiot określny w rozdz. IX pkt 3 ppkt b SIWZ - 0 pkt.

Należy więc stwierdzić, że ww. kryterium dotyczyło aspektów wskazanych w przepisie art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, punktacja została bowiem przewidziana za dysponowanie osobami posiadającymi określone certyfikaty, dyplomy lub zaświadczenia wystawione przez producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela. W ocenie Izby nie było przeszkód prawnych, aby analogiczne kryterium zastosować w niniejszym postępowaniu. Tymczasem, nawet jeśli intencją Zamawiającego było promowanie ofert wykonawców dysponujących lepiej wykwalifikowanym zespołem, to intencja ta nie została w SIWZ wyrażona, a przyjęto kryterium niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Za niezasadnością zarzutu odwołania nie może przemawiać podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego argumentacja, że prawem Zamawiającego jest określenie takich kryteriów, które zapewnią lepszą jakość wykonania zamówienia. Odnosząc się do tych twierdzeń podkreślić należy, że deklarowane kierowanie się jakością realizacji zamówienia nie może usprawiedliwiać ustalania kryteriów oceny ofert w sposób naruszający ustawowy zakaz. Ponadto, Zamawiający ma wszelkie możliwości, aby bez naruszania tego zakazu promować oferty, które gwarantują lepszy sposób wykonania zamówienia. Skoro Zamawiający chciał zapewnić wykonanie zamówienia przez osoby mające aktualną wiedzę czy przeszkolenie przez producenta urządzeń, nic nie stało na przeszkodzie, aby takie kryteria zastosować. Tymczasem Zamawiający zastosował kryterium, które nie przewidywało punktacji za dysponowanie osobami z odpowiednią wiedzą czy kwalifikacjami, ale za cechę wykonawcy, jaką jest posiadanie autoryzacji producenta. Podobnie Zamawiający ma możliwość zapewnienia punktowania realizacji zamówienia przy użyciu części zamiennych pochodzących od producenta i może to zrobić bez stosowania kryterium odnoszącego się do sytuacji podmiotowej wykonawcy. Należy więc stwierdzić, że zastosowanie kryterium dotyczącego autoryzacji nie może być usprawiedliwione dbałością o należytą jakość zamówienia, Zamawiający ma bowiem dopuszczalne prawnie narzędzia, aby taką należytą jakość zapewnić w sposób zgodny z ustawą.

Z uwagi na powyższe, wszelkie twierdzenia i dowody złożone na okoliczność istnienia lub braku wpływu autoryzacji na jakość wykonania usługi należy uznać za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowody te miałyby znaczenie, gdyby dotyczyły kryterium oceny oferty, o którym mowa w art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Ponieważ jednak sporne kryterium nie mieści się w normie określonej tym przepisem, a odwołuje się do cech podmiotowych wykonawcy, należy je uznać za niedopuszczalne.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynika postępowania, w związku z czym odwołanie - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

2018
r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: .....