

Warszawa, 28 grudnia 2020 roku

**Do:**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej  
im. św. Jana z Dukli w Lublinie  
ul. Dr K. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin  
e-mail: [zampub@cozl.eu](mailto:zampub@cozl.eu)

**Odwołujący:**

Althea Polska Sp. z o.o.  
ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów  
reprezentowany przez pełnomocnika:  
adwokata Michała Wojciechowskiego  
z kancelarii prawnej  
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.  
adres do doręczeń:  
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa  
faks: +48 22 557 76 01  
e-mail: [michal.wojciechowski@dzp.pl](mailto:michal.wojciechowski@dzp.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Usługa przeprowadzania przeglądów okresowych, kontroli bezpieczeństwa elektrycznego, konserwacji oraz naprawy urządzeń będących na wyposażeniu COZL”*, o numerze referencyjnym: COZL/DZP/AW/3411/PN-202/20, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 245-607872 w dniu 16 grudnia 2020 r. („**Postępowanie**”).

## ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> („PZP”) w imieniu Althea Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie (adres: ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów) („**Odwołujący**”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 21 grudnia 2020 roku, które załączam do niniejszego odwołania, niniejszym **zaskarżam czynność podjętą przez** Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie (adres: Ul. Dr K. Jaczewskiego 7, 20-090 Lublin) („**Zamawiający**”) w Postępowaniu polegającą 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.
2. Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**
  - 2.1. W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1. petitum – **art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym kwalifikacje 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;

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).

- 2.2. W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.2. petitum - **art. 91 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie kryterium oceny ofert, tj. kryterium „*Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta*”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w Postępowaniu producentów serwisowanych Urzędzeń (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 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności, a także w sposób uniemożliwiający rzetelne sporządzenie i wycenę oferty wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie 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 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu 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 powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w SIWZ w następujący sposób:
  - a. 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 Urzędzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Urzędzeń od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

- b. 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  $\geq 3$ h - 0 pkt,
- czas reakcji  $< 3$  - 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:

- $\geq 95\%$  - 10 pkt,
- $\geq 94\%$  - 8 pkt,
- $\geq 93\%$  - 6 pkt,
- $\geq 92\%$  - 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.

- c. 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.

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

### **Wymagania formalne odwołania**

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP<sup>2</sup>, a Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 245-607872 w dniu 16 grudnia 2020 r. Tego samego dnia dokumentacja Postępowania została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego.

W związku z powyższym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 2 PZP.

Jednocześnie, Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 3** do niniejszego odwołania).

### **Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 PZP.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje w pierwszej kolejności fakt, że Odwołujący zamierzał 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.

---

<sup>2</sup> Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2019 r., poz. 2450).

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 powiązаныmi).

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

## UZASADNIENIE

### 1. WPROWADZENIE (STAN FAKTYCZNY)

1.1. Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę przeprowadzania przeglądów okresowych, kontroli bezpieczeństwa elektrycznego, konserwacji oraz naprawy urządzeń będących na wyposażeniu COZL, nr referencyjny: COZL/DZP/AW/3411/PN-202/20 („**Postępowanie**”).

1.2. Postępowanie obejmuje łącznie 65 części, z których dla niniejszego odwołania istotne są dwie z nich, tj.:

a) 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/n 49693, SOMATOM Definition AS, s/n 95721) („**Tomografy**”),

b) 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.) („**Rezonans**”),

(Tomografy oraz Rezonans są dalej łącznie zwane „**Urządzeniami**”).

**Dowód:** SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (*Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania*).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu (*Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania*).

1.3. Dla lepszej czytelności zarzutów odwołania dalsze elementy stanu faktycznego (tj. podlegające zaskarżeniu elementy SIWZ) zostaną omówione w kolejnych punktach treści niniejszego uzasadnienia wraz z dotyczącymi ich zarzutami.

## 2. ZARZUT DOTYCZĄCY DYSPONOWANIA PERSONELEM POSIADAJĄCYM OKREŚLONE PRZEZ PRODUCENTA KWALIFIKACJE (WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU)

- 2.1 Zgodnie z rozdziałem VI, pkt. 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ, wykonawcy mają dysponować personelem posiadającym *aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji wydane przez producenta urzędzeń lub uprawnionego przedstawiciela.*
- 2.2 W odniesieniu do powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, że w świetle art. 22 ust. 1a PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
- 2.3 W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że określenie „*proporcjonalny*” oznacza tyle co „*zachowujący właściwą proporcję*”. *Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 roku).
- 2.4 Ponadto, w ocenie Izby, ***przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności Zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez Zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję*** (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 20/18 z 5 czerwca 2018 roku).
- 2.5 W kontekście powyższego, kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu należy uznać za sprzeczny z dyspozycją art. 22 ust. 1a PZP. **Za nieuzasadnione należy bowiem uznać wymaganie Zamawiającego, aby personel skierowany do realizacji zamówienia miał posiadać kwalifikacje potwierdzone wyłącznie przez producentów Urzędzeń (tj., odpowiednio, Siemens lub Phillips) lub ich uprawnionych przedstawicieli.**
- 2.6 Jak bowiem zaznaczyła KIO w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13, „*przepisy art. 90 ust. 3-5 [Ustawy o wyrobach medycznych – przypis Odwołującego] skierowane*

są do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności”. Ponadto, w przywołanej uchwale podkreślono, iż przepis Ustawy o wyrobach medycznych wskazuje na możliwość wykonania usług serwisowania aparatury medycznej nie tylko przez wytwórcę (podmiot przez niego autoryzowany), ale też **przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami.**

- 2.7 Podobnie w wyroku KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1073/12 wskazano wprost, że Ustawa o wyrobach medycznych „nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę”.
- 2.8 Skoro zaś nie jest zasadne wymaganie posiadania uprawnień nadawanych przez wytwórcę (jego autoryzowanego przedstawiciela) od wykonawcy, to z tych samych względów nie jest zasadne wymaganie analogicznych uprawnień od jego personelu.
- 2.9 **Taki tok rozumowania przedstawiła również Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznej sprawie z udziałem Odwołującego,** tj. w wyroku z 4 października 2019 roku, 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.
- 2.10 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) Urzędzeń, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w Postępowaniu jest uzasadnione.**
- 2.11 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).**
- 2.12 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.**

**Dowód:** Zestawienie z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej - pakiet 41 (**Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania**).



Zestawienie z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Sosnowiecki Szpital Miejski – pakiet 10 (**Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania**).

- 2.13 Powyższe świadczy wprost o tym, że rękojmia należytego wykonania zamówienia nie zależy od posiadania jakichkolwiek uprawnień nadawanych przez wytwórcę Urzędzeń (jego autoryzowanego przedstawiciela).
- 2.14 Wreszcie, należy zauważyć, 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 dotyczącą tego, kto będzie mógł złożyć w nim ofertę producentom Urzędzeń.**
- 2.15 Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17 „*takie ukształtowanie wymagań przez Zamawiającego dotyczące zarówno wymagania posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia oświadczenia producenta określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejęciu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której to **producent sprzętu będzie decydował o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Prowadzi to do wniosku, na co również wskazywał Odwołujący, że to nie Zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów udziela stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.***
- 2.16 W świetle powyższego, sformułowane przez Zamawiającego wymaganie należy uznać nie tylko za nadmierne, ale również naruszające zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. W związku z tym, Odwołujący postuluje wykreślenie wskazanego warunku udziału w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 2.17 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o zmianę warunku udziału w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia (przy jednoczesnym dopuszczeniu do niego wyłącznie wykonawców dających należyłą rękojmię jego wykonania), poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od producentów Urzędzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urzędzeń tożsamych do Urzędzeń od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

### 3. ZARZUT DOTYCZĄCY POSIADANIA AUTORYZACJI PRODUCENTA URZĄDZEŃ (KRYTERIUM OCENY OFERT)

- 3.1 Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ, jednym z kryteriów oceny ofert w Postępowaniu pozostaje 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.
- 3.2 Tym samym, to **wytwórca (producent) serwisowanych Urządzeń będzie decydował o przyznaniu (lub nieprzyznaniu) ofertom 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.).
- 3.3 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 3 PZP.
- 3.4 W kontekście powyższego należy wskazać, 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.
- 3.5 Przejawem ścisłego związania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a nie podmiotami biorącymi udział w postępowaniu, jest art. 91 ust. 3 PZP, który wskazuje wprost, iż *kryteria te nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*
- 3.6 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 i 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, ale do właściwości samego przedsiębiorstwa i jego wizerunku na danym rynku.*
- 3.7 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 (w ocenie Zamawiającego).

- 3.8 Warto przy tym wskazać, że "autoryzacja" nie jest pojęciem prawnym i nie ma definicji legalnej. Według Słownika Języka Polskiego jest to wyłącznie *"zezwozenie 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.
- 3.9 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.
- 3.10 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).
- 3.11 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.
- 3.12 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 dyskrejonalnych uprawnień podmiotu jej udzielającego. Producent sprzętu nie ma przy tym żadnego interesu w tym, aby udzielać autoryzacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, zwłaszcza jeżeli jest to - tak jak Odwołujący - podmiot konkurencyjny wobec niego.
- 3.13 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**.
- 3.14 Niezależnie od powyższego, warto podkreślić, że jak zostało wskazane powyżej, **posiadanie autoryzacji producenta nie ma wpływu na faktyczną zdolność należytego wykonania danego zamówienia**. Możliwa jest bowiem należyta realizacja zamówienia we własnym imieniu, a nie w imieniu producenta.
- 3.15 Co więcej, także w przepisach prawa próżno szukać jakiegokolwiek obowiązku posiadania autoryzacji do serwisowania sprzętu medycznego.

- 3.16 Jak wskazała z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13, *"przepisy art. 90 ust. 3-5 [Ustawy o wyrobach medycznych - przypis Odwołującego] skierowane są do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności". Ponadto, w przywołanej uchwale podkreślono, iż przepis Ustawy o wyrobach medycznych wskazuje na możliwość wykonania usług serwisowania aparatury medycznej nie tylko przez producenta (podmiot przez niego autoryzowany), ale też przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami".*
- 3.17 Powyższe tym bardziej uwypukla, że autoryzacja nie wpływa na techniczną możliwość wykonania zamówienia, a odnosi się jedynie do strategii działalności danego podmiotu i jego wizerunku na rynku. Wobec powyższego jako kryterium podmiotowe w rozumieniu art. 91 ust. 3 PZP powinno zostać ono wyeliminowane z Postępowania.
- 3.18 **Taki tok rozumowania przedstawiła również Krajowa Izba Odwoławcza w analogicznej sprawie z udziałem Odwołującego.** W wyroku z 14 lutego 2020 roku, sygn. akt KIO 203/20 skład orzekający wskazał, że **„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.**
- 3.19 Z powyższych względów, Odwołujący wnosi o usunięcie tego kryterium i proponuje zwiększenie wagi kryterium „Wykonanie przeglądów urządzeń medycznych w siedzibie Zamawiającego” do 40% lub wprowadzenie w miejsce zakwestionowanego kryterium np. następujących kryteriów:
- 3.19.1 Czas reakcji na miejscu – kryterium o wadze 5% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że:
- czas reakcji ≥ 3h - 0 pkt,
  - czas reakcji < 3 - 5 pkt.
- 3.19.2 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.

3.19.3 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.

#### **4. ZARZUTY DOTYCZĄCE OBJĘCIA ZAMÓWIENIEM DOSTAWY I WYKONYWANIA WSZELKICH AKTUALIZACJI SOFTWARE’U SYSTEMOWEGO I APLIKACYJNEGO ORAZ MODYFIKACJI TOMOGRAFÓW (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA)**

- 4.1 Na wstępie należy zaznaczyć, że o ile poprzednie zarzuty odwołania dotyczyły łącznie Urządzeń (tj. zarówno Tomografów – Część 1 Postępowania, jak i Rezonansu – Część 3 Postępowania), tak niniejszy zarzut odnosi się wyłącznie do Tomografów produkcji Siemens.
- 4.2 Odwołujący wskazuje po pierwsze, że sam zakres określenia „*wykonanie zleconych przez producenta aktualizacji software’u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzenia*” może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją niejednoznaczność.
- 4.3 Co do zasady bowiem, aktualizacje oprogramowania można podzielić na dwie grupy: (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz (ii) aktualizacje i modyfikacji służące rozwojowi sprzętu (dodanie nowych funkcji, itp). **Zamawiający nie sprecyzował do wykonania których aktualizacji będzie zobowiązany wykonawca.**
- 4.4 Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych<sup>3</sup>, 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 (nieodpłatnie dla zamawiającego) zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa - Field Safety Corrective Action.
- 4.5 **Powyższe potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowane w analogicznych sprawach z udziałem Odwołującego.** W wyroku z 1 października 2019 roku, sygn. akt KIO 1817/19 Izba wskazała, 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*”.
- 4.6 Co za tym idzie, nie ulega wątpliwości, że to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Tomografów) jest ustawowo **zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji.** A *contrario*, można stwierdzić, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie

---

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz 211, ze zm.).

dokonywanie i zainstalowanie **wyłącznie innych aktualizacji oraz modyfikacji, o nieokreślonym bliżej zakresie. Jedyną wskazówką pozostaje bowiem zalecenie producenta sprzętu.**

- 4.7 Tym samym, **aktualizacje i modyfikacje, o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanych Tomografów mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkowania** (tych bowiem będzie dokonywał sam producent) a mimo to, mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.
- 4.8 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanych zapisów OPZ z art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP.

***Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP***

- 4.9 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy SIWZ oraz wzoru umowy w Postępowaniu, a także OPZ **są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**
- 4.10 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat **liczby płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji urządzenia** zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń, ani nie wiedzą jaki byłby **ich ewentualny koszt** (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter). W obydwu przypadkach, **niezbędne dane będą determinowane wyłącznie stanowiskiem podmiotu trzeciego** (tj. zaleceniami producenta serwisowanych Tomografów).
- 4.11 **Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego, ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta.**
- 4.12 Tym samym, Zamawiający wbrew obowiązkowi nałożonemu na niego z mocy art. 29 ust. 1 PZP (*przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*) odsyła zainteresowanych wykonawców, tak naprawdę, do producenta serwisowanych Tomografów (jego zaleceń).
- 4.13 Opisane powyżej podejście Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, co potwierdza chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17: **zamawiający nie może odsyłać wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty do podmiotów trzecich, [...] o uzyskiwanie danych dotyczących tego zamówienia, w tym danych niezbędnych do przyjęcia założeń integracji systemów komputerowych**". Innymi słowy, biorąc pod uwagę, że to Zamawiający prowadzi Postępowanie, to na nim ciąży **obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.**
- 4.14 Warto wskazać, że na powyższe w żaden sposób nie rzutuje przyjęty przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia. W tym sensie, **Zamawiający nie może braku precyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia uzasadniać ryczałtowym wynagrodzeniem wykonawcy.** Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt VIII GC

124/13: zwykle ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru świadczenia lub kosztów obciąża wykonawcę (jak np. przy umowie o dzieło - art. 632 § 1 k.c.), jednakże rozkład ten doznaje modyfikacji na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. **Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem niepełności czy niedokładności opisu przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego art. 29 powołanej ustawy.** Innymi słowy, ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2012 roku, KIO 809/12).

- 4.15 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 PZP. Zamawiający wymaga bowiem faktycznie od każdego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wystąpienia (przed złożeniem oferty w Postępowaniu) ze stosownym pismem do producenta serwisowanych Tomografów z prośbą o wskazanie planowanej liczby płatnych aktualizacji i modyfikacji sprzętu (oraz ich kosztów).
- 4.16 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych urządzeń nie będzie miało przy tym charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym, **ryzyko wystąpienia większej liczby aktualizacji (modyfikacji) będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń.**
- 4.17 Przy obecnym zatem brzmieniu SIWZ wykonawca taki jak Odwołujący (którego intencją jest złożenie oferty w Postępowaniu) stawiany jest przed dylematem: (i) założyć margines dodatkowych kosztów w zakresie w którym Zamawiający w zasadzie nie sprecyzował przedmiotu zamówienia (wtedy jego szansa na uzyskanie zamówienia znacząco się obniża, ponieważ oferta traci na swojej konkurencyjności), (ii) nie uwzględniać jakichkolwiek ryzyk w powyższym zakresie i złożyć konkurencyjną cenową ofertę (wtedy jednak ryzyko niedoszacowania kosztów realizacji umowy z Zamawiającym znacząco wzrasta). **Co oczywiste, żadne z powyższych nie stanowi równego traktowania wykonawców, wymaganego zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP.**
- 4.18 **Powyższe rozumienie potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowane w analogicznych sprawach z udziałem Odwołującego.** W przywołanym już powyżej wyroku z 1 października 2019 roku, sygn. akt KIO 1817/19 Izba wskazała, że „*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*”.

- 4.19 Warto też zwrócić uwagę, że brak precyzji w ustalaniu zakresu świadczenia wykonawcy może skutkować **trudnościami także dla samego Zamawiającego**. Przy zachowaniu obecnego brzmienia SIWZ istnieje bowiem poważne ryzyko przyjęcia odmiennej kalkulacji przez każdego z wykonawców, a w konsekwencji - **złożenia w Postępowaniu ofert nieporównywalnych** - tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17, w którym czytamy, że *zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny*.
- 4.20 Na zakończenie należy także zwrócić szczególną uwagę na zakres ewentualnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Nie chodzi tu bowiem, o jakiegokolwiek minimalne doszczegółowienie kwestionowanego zapisu (które tylko pozornie uczyni zadość zasadzie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia), ale takie które zagwarantuje wykonawcy **realną możliwość rzetelnego przygotowania oferty oraz wyliczenia ceny** tj. musi wskazywać na liczbę płatnych aktualizacji oraz płatnych modyfikacji urządzenia zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń oraz ich ewentualny zakres i koszt (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter).

**Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP**

- 4.21 Ponadto, w ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ w sposób wyraźny utrudniają uczciwą konkurencję w Postępowaniu, ponieważ w **uprzywilejowanej sytuacji stawiają producenta serwisowanych Tomografów (tj. Siemens) oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane** (np. Siemens Healthcare Sp. z o.o.) . Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji (modyfikacji) oraz ich kosztu.
- 4.22 Tym samym, jedynie bezpośredni producent serwisowanych urządzeń lub też spółki z nim powiązane będą w stanie zaoferować Zamawiającemu konkurencyjne warunki wykonania umowy, czyli uwzględnić niezbędne koszty związane z realizacją umowy (**przewaga na etapie ofertowania przedmiotu zamówienia**).
- 4.23 Co więcej, 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 (modyfikacjami) będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 4.24 Wreszcie, nawet jeżeli jakimkolwiek innemu wykonawcy uda się uzyskać przedmiotowe zamówienia (pomimo istnienia oczywistej przewagi dla producenta serwisowanych aparatów), to już na etapie realizacji umowy z Zamawiającym, przy obecnym brzmieniu OPZ, wykonawca ten i tak narażony będzie na ryzyko poniesienia większych (nieplanowanych) kosztów, gdyż każdorazowo to wyłącznie od producenta i jego zaleceń będzie zależało (i nie będzie w tym zakresie w żaden sposób ograniczony) jakie koszty wykonawca poniesie z tytułu aktualizacji (modyfikacji) oprogramowania Urządzeń (**przewaga na etapie realizacji umowy**).



- 4.25 W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że przecież sam Zamawiający na potrzeby wyceny wartości zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, zobowiązany był ustalić jednoznacznie wartość zamówienia. Tym samym, Zamawiający musi być w posiadaniu informacji w zakresie niezbędnych kosztów realizacji zamówienia (zapewne pozyskanych od producenta Urządzeń). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców.**
- 4.26 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 PZP a zapewnienie realnej konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez uwzględnienie żądań Odwołującego i **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń.**
- 4.27 Podsumowując, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia, poza samym producentem serwisowanych Tomografów (lub spółkami z nim powiązanymi) **żaden z innych wykonawców nie jest w stanie precyzyjnie ustalić zatem zakresu swojego świadczenia, ani tym bardziej go wycenić** (art. 29 ust. 1 PZP). Jedynymi podmiotami faworyzowanymi przez takie ukształtowanie zapisów SIWZ pozostają zatem podmioty z grupy kapitałowej Siemens (art. 29 ust. 2 PZP).
- 4.28 W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia, ile i jakie aktualizacje i modyfikacje Tomografów będą niezbędne w okresie 36 miesięcy realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje i modyfikacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkowania serwisowanych Tomografów (za te bowiem odpowiada wyłącznie producent), Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 4.29 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia tj. poprzez wskazanie liczby, zakresu i kosztów aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji, zgodnie z zaleceniami producenta Tomografów.

## 5. WNIOSEK KOŃCOWY

- 5.1 Wnoszę jak na wstępie, z uwzględnieniem całości kształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego:

---

advokat Michał Wojciechowski

**Załączniki:**

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla adw. Michała Wojciechowskiego.
- 3) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 4) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 5) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu.
- 6) Zestawienie z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Medycyny Lotniczej.
- 7) Zestawienie z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Sosnowiecki Szpital Miejski.
- 8) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu za pomocą Platformy Zakupowej.
- 9) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu za pomocą poczty elektronicznej.