



**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny
im. J. Gromkowskiego**

51-149 Wrocław, ul. Koszarowa 5

NIP: 895-16-31-106, Regon: 000290469

tel. cent. 71/325-03-56 do 59; 71/326-13-27 do 31; sekretariat 71/395-74-26; fax 71/326-06-22



**DOLNY
ŚLĄSK**

Wrocław, dnia 18.03.2021r.

Dotyczy: PN 55/20 Dostawa kompletnego urządzenia do badań TK wraz z niezbędnym wyposażeniem pokoju techników oraz wykonaniem projektu osłon radiologicznych i wykonaniem zaprojektowanych osłon

KOREKTA ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 poz. 1843), Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji we Wrocławiu udziela wyjaśnień – koryguje odpowiedź na pytanie nr 4.1. udzielone w dniu 16.03.2021 r :

Pytanie 4.1 Zwracam się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga dostarczenia tomografu wraz z pełnym oprogramowaniem oraz wszelkimi kodami serwisowymi oraz danymi umożliwiającymi pełne i swobodne serwisowanie urządzeń po wygaśnięciu okresu gwarancyjnego przez podmiot wybrany przez Zamawiającego w konkurencyjnej procedurze.

Wykonawca wskazuje, że tylko takie zapisy SIWZ zagwarantują Zamawiającemu nabycie pełnoprawnego urządzenia, którym będzie mógł następnie swobodnie dysponować.

Powyższa okoliczność będzie miała szczególne znaczenie po wygaśnięciu okresu gwarancyjnego. Wówczas, Zamawiający będzie zobowiązany wszcząć postępowanie na obsługę serwisową sprzętu w kolejnych latach. W celu należytego świadczenia tej usługi, wybrany wykonawca będzie musiał uzyskać pełny dostęp do urządzenia. W przypadku więc gdy Zamawiający nie będzie dysponentem niezbędnego oprogramowania oraz kodów serwisowych, na zdecydowanie uprzywilejowanej pozycji znajdzie się dostawca sprzętu wyłoniony w przedmiotowym Postępowaniu. Tylko on bowiem będzie posiadał wszelkie niezbędne oprogramowanie, kody i dostępy serwisowe. To zaś w istocie uniemożliwi przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania na pogwarancyjną obsługę serwisową sprzętu – w szczególności, w sytuacji, w której od wykonawców będzie wymagane zawieranie dodatkowo odrębnych umów licencyjnych z producentem sprzętu.

W ocenie Wykonawcy, taką sytuację należałoby uznać za niedopuszczalne uzależnienie się Zamawiającego od podmiotu prywatnego, który dostarczy tomograf w przedmiotowym Postępowaniu. Należy przy tym wskazać, że problem ten, zwany *vendor lock-in*, nie jest obcy rynkowi zamówień publicznych w Polsce. Wręcz przeciwnie, jego powszechność na rynku usług informatycznych spowodowała wydanie przez Urząd Zamówień Publicznych Rekomendacji dla Zamawiających¹, w której czytamy, że „*przyczyną opisanego tu zjawiska jest powstanie „uzależnienia” zamawiającego od pierwotnego wykonawcy systemu lub producenta sprzętu lub oprogramowania gotowego uniemożliwiającego nabycie niezbędnych usług lub dostaw w trybach konkurencyjnych. Uzależnienie to jest w dużej mierze konsekwencją niewłaściwego przygotowania postępowania i udzielenia zamówienia publicznego*”.

Jako receptę na rozwiązanie tego problemu, UZP rekomenduje m.in. zobowiązanie wykonawców w umowie do wydania kodów oraz pełnej dokumentacji technicznej systemu (urządzenia), jak również wyczerpujące uregulowanie kwestii ewentualnego przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do dostarczanego systemu lub praw do licencji (sublicencji) oprogramowania niezbędnych do prawidłowego

¹ Rekomendacje udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne wydane w 2009 roku dostępne są na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/27574/Rekomendacje_UZP20ws_zamowiec584_na_systemy_informatyczne.pdf



Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego

51-149 Wrocław, ul. Koszarowa 5

NIP: 895-16-31-106, Regon: 000290469

tel. cent. 71/325-03-56 do 59; 71/326-13-27 do 31; sekretariat 71/395-74-26; fax 71/326-06-22



DOLNY ŚLĄSK

funkcjonowania systemu (urządzenia). Warto przy tym zaznaczyć, że problematyka ta była już poruszana również w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12 grudnia 2017 roku, sygn. akt KIO 2506/17, Izba stwierdziła, że „nabywanie praw autorskich majątkowych do specyfikacji interfejsów nie prowadzi do wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym, wręcz przeciwnie stanowi możliwość dla innych podmiotów zaistnienia na tym rynku. Izba podziela także pogląd Zamawiającego, że niezagwarantowanie sobie korzystania z utworów w określony sposób niewątpliwie może utrudnić udzielenie w przyszłości zamówień innym wykonawcom niż dotychczasowemu”.

Jednocześnie, Wykonawca zwraca uwagę, że choć na pierwszy rzut oka może wydawać się, że pozyskanie wraz z tomografem pełnego oprogramowania oraz wszelkich kodów i dostępu serwisowych może rodzić dodatkowe, znaczące koszty po stronie Zamawiającego, to byłoby to nieuprawnione uproszczenie tej kwestii.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w sytuacji, w której Zamawiający nie będzie dysponował niezbędnym oprogramowaniem w chwili wygaśnięcia gwarancji, to wszyscy wykonawcy zainteresowani świadczeniem usługi serwisowej tomografu, będą zmuszeni nabyć je od producenta we własnym zakresie. Wydatki te (w szczególności koszt zawarcia odrębnej umowy licencyjnej) znajdą oczywiście odbicie w cenach zaoferowanych przez wykonawców w postępowaniu na świadczenie usług serwisowych, których koszt znacząco wzrośnie.

Innymi słowy, wydatki Zamawiającego związane z utrzymaniem tomografu w całym cyklu życia urządzenia będą dużo wyższe.

W tym kontekście, należy zaś zwrócić uwagę, że Zamawiający, jako dysponent środków publicznych, podlega ustawie o finansach publicznych². Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, przy zachowaniu zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 3 października 2018 r., sygn. akt KIO 1913/18 dotyczącym właśnie obsługi serwisowej aparatury medycznej, „możliwość zakupu serwisu pogwarancyjnego po jak najniższej cenie leży niewątpliwie w interesie zamawiającego (i finansów publicznych)”.

Podsumowując, w ocenie Wykonawcy, jedynie nabycie przez Zamawiającego urządzenia wraz z pełnym oprogramowaniem oraz wszelkimi kodami i dostęпами serwisowymi, a następnie dzięki temu przeprowadzenie konkurencyjnej procedury na pogwarancyjny jego serwis, można uznać za wyraz zastosowania wskazanej reguły w praktyce.

Na marginesie, Wykonawca wskazuje, że dalsze oszczędności dla Zamawiającego może przynieść również m.in. stosowanie części zamiennych innych niż te produkowane przez producenta. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 lutego 2011 roku, sygn. akt KIO 153/11, z przepisów ustawy o wyrobach medycznych nie wynika utrata certyfikatu zgodności CE dla całego produktu w wypadku użycia części zamiennych innej niż producenta, zwłaszcza jeśli niniejsza część ma także certyfikat zgodności CE, do tego jest dedykowana dla tomografu komputerowego danego producenta.

Uzyskanie informacji w powyższym zakresie ma dla Wykonawcy szczególnie istotne znaczenie – umożliwi mu bowiem złożenie oferty lepiej dostosowanej do potrzeb i wymagań Zamawiającego.

Podsumowując, Zamawiający może wymagać aby aparat oraz wszystkie oferowane urządzenia pozbawione były haseł, kodów, blokad serwisowych, itp., które po upływie gwarancji utrudniałyby właścicielowi dostęp do opcji serwisowych lub naprawę aparatu i urządzeń przez inny niż Wykonawca umowy podmiot, w przypadku nie korzystania przez zamawiającego z serwisu pogwarancyjnego Wykonawcy lub udostępnienie haseł, kodów serwisowych, itp., załączonych najpóźniej w ostatnim dniu gwarancji – dotyczy kompletnego przedmiotu zamówienia.

Poniżej przedstawiamy przykładowy zapis w SIWZ, stosowany przez Zamawiających w projektach umowy:

Sprzedawca bezwzględnie gwarantuje (art. 473 § 1 kodeksu cywilnego) że Sprzęt, o którym mowa w § 1 ust. 1 Umowy, po upływie okresu gwarancji, o którym mowa w § ... ust. ... jest lub będzie pozbawiony wszelkich blokad itp., w tym w szczególności kodów serwisowych które po upływie gwarancji uniemożliwiałyby lub

² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity: (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.).



**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny
im. J. Gromkowskiego**

51-149 Wrocław, ul. Koszarowa 5

NIP: 895-16-31-106, Regon: 000290469

tel. cent. 71/325-03-56 do 59; 71/326-13-27 do 31; sekretariat 71/395-74-26; fax 71/326-06-22



**DOLNY
ŚLĄSK**

utrudniałyby Nabywcy dostęp do opcji serwisowych lub naprawę Sprzętu przez inny niż Sprzedawca podmiot w przypadku niekorzystania przez Nabywcę z serwisu pogwarancyjnego Sprzedawcy - na ryzyko Sprzedawcy. Sprzedawca najpóźniej w ostatnim dniu okresu gwarancji udostępni Nabywcy wszelkie kody serwisowe lub odblokuje urządzenie umożliwiając Nabywcy dostęp do opcji serwisowych i naprawę. Powyższe dotyczy również aktualizacji oprogramowania i zmiany kodów serwisowych.

ODPOWIEDŹ: Przedmiotem przetargu jest zakup tomografu a nie pogwarancyjnej usługi serwisowej. Postępowanie dotyczące usługi serwisowej zostanie przeprowadzone po wygaśnięciu okresu gwarancji.

Według najlepszej wiedzy zamawiającego żaden z producentów systemu tomografu nie ogranicza dostępu do zdobycia uprawnień serwisowych. Jedynym ograniczeniem stawianym przez producentów jest, aby serwis urządzeń był dokonywany wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie przeszkolenie przez producenta. Kody serwisowe i inne zabezpieczenia informatyczne służą zapewnieniu, by czynności serwisowe (naprawcze, przeglądowe, konserwacyjne, kalibracyjne itd.) były prowadzone wyłącznie przez inżynierów serwisu posiadających aktualną wiedzę, przeszkolenie i doświadczenie w tego rodzaju czynnościach, czyli osoby dające rękojmię bezpiecznego użytkownika urządzenia medycznego przez personel i zapewnienie bezpieczeństwa pacjentowi. Producenci oświadczyli, że nie mogą w sensie fizycznym "pozbawić urządzenia kodów serwisowych i innych zabezpieczeń", gdyż oznaczałoby to ingerencję w oprogramowanie wbudowane w urządzenie o trudnych do przewidzenia skutkach.

Wprowadzając wymóg zaofiarowania kodów serwisowych Zamawiający godzi się z tym, że "pozbawienie kodów serwisowych i innych zabezpieczeń" może wpłynąć na modyfikację oprogramowania w urządzeniu o trudnych do przewidzenia skutkach dla bezpiecznego używania sprzętu medycznego (doświadczalnego), za które producent (wykonawca) nie będzie ponosił odpowiedzialności. Producenci oświadczyli także, że klucze serwisowe często wykraczają poza część użytkową i diagnostyczną systemu, zapewniając dostęp do know-how producenta i z tego powodu nie mogą zostać przekazane, ani ujawnione jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego wprowadzenie wymogu zaofiarowania kodów serwisowych utrudni uczciwą konkurencję poprzez uniemożliwienie zaofiarowania aparatury niektórych producentów, którzy nie udostępniają licencji kodów serwisowych osobom przez nich nieprzeszkolonym. W przypadku Jednostek Publicznych, zakup usług serwisowych pogwarancyjnych odbywa się na drodze postępowania przetargowego zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych. Analiza przeprowadzonych postępowań dostępnych w internecie wskazuje, że działające na rynku firmy serwisujące sprzęt medyczny, aktywnie biorą udział i wygrywają w postępowaniach przetargowych na serwis pogwarancyjny MRI, CT, RTG, znanych producentów aparatury w ośrodkach, które nie wprowadziły wymogu zaofiarowania kluczy wraz z urządzeniem. Z drugiej strony posiadanie licencji na klucze z góry nie gwarantuje, że koszt usługi serwisowej pogwarancyjnej będzie niższy w przyszłości - a to on jest z reguły najważniejszym czynnikiem wpływającym na wybór oferty.

Dowodzi to, że wykonawca, poprzez wprowadzenie sugerowanego wymogu chce przenieść na Zamawiającego koszty licencji kluczy, w tym szkolenia inżynierów swojej firmy. Koszt kodu usługi powinni w przyszłości ponosić usługodawcy. Jeśli nawet usługodawcy zdecydują się przenieść koszty kodów usług na Zamawiającego w ramach ich opłaty za usługę, koszt ten będzie nadal rozłożony w czasie. Daje to Zamawiającemu lepszą kontrolę finansów, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty cenowej w oddzielnym postępowaniu na zakup pogwarancyjnych usług serwisowych.

Producenci urządzeń zapewnili nas, że wymóg dostarczenia instrukcji serwisowej urządzeń wchodzących w zakres zamówienia jest bezzasadny, ponieważ niezbędne informacje do prawidłowej eksploatacji urządzenia znajdują się w instrukcji obsługi sprzętu. Natomiast techniczna dokumentacja serwisowa urządzenia tomografu zawiera treści chronione prawami autorskimi, patentami i innymi prawami własności przemysłowej, przez co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, i z tych względów nie podlega ujawnieniu Zamawiającemu. Dokumentacja ta jest dostępna jedynie dla uprawnionych inżynierów serwisu, posiadających odpowiednie przeszkolenie i przygotowanie do korzystania z zawartych w niej danych. Producenci oświadczyli, że przekazanie serwisowej dokumentacji technicznej nie jest niezbędne do wykonywania usług serwisu.



**Wojewódzki Szpital Specjalistyczny
im. J. Gromkowskiego**

51-149 Wrocław, ul. Koszarowa 5

NIP: 895-16-31-106, Regon: 000290469

tel. cent. 71/325-03-56 do 59; 71/326-13-27 do 31; sekretariat 71/395-74-26; fax 71/326-06-22



**DOLNY
ŚLĄSK**

W tej sytuacji zamawiający nie może zgodzić się, aby w momencie zakupu aparatu na niego zostały przerzucone wszelkie koszty dotyczące licencji, kluczy serwisowych lub/i likwidacji wszelkich zabezpieczeń urządzenia lub szkoleń inżynierów serwisantów.

POWYŻSZE ODPOWIEDZI (JAK I WYNIKAJĄCE Z NICH ZMIANY) SĄ INTEGRALNĄ CZĘŚCIĄ SIWZ I DOTYCZĄ WSZYSTKICH WYKONAWCÓW BIORĄCYCH UDZIAŁ W NINIEJSZYM POSTĘPOWANIU.

WYKONAWCA JEST ZOBOWIĄZANY ZŁOŻYĆ OFERTĘ Z UWZGLĘDNIENIEM POWYŻSZEGO