

Warszawa, dnia 9 grudnia 2024 r.

Do:

Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

nazwa: „Agfa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

siedziba: Warszawa, adres: ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa, Polska

numer telefonu: 532 339 030, adres poczty elektronicznej: joanna.adamiec@agfa.com

numer w Krajowym Rejestrze Sądowym: 0000072212

Przedstawiciel (pełnomocnik – pracownik osoby prawnej): imię i nazwisko: Joanna Adamiec

Zamawiający:

nazwa: Regionalny Szpital Specjalistyczny im. dr. Władysława Biegańskiego

siedziba: Grudziądz, adres: ul. L. Rydygiera 15/17, 86-300 Grudziądz

numer telefonu: 56 641 34 00, adres poczty elektronicznej: przetargi@bieganski.org

Określenie przedmiotu zamówienia: wymiana zintegrowanego systemu PACS wraz z migracją danych, dostawa stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego i oprogramowania towarzyszącego, numer postępowania: Z/101/PN/24

Numer publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: S 233/2024 z 29.11.2024, 730725-2024

ODWOŁANIE

Działając w oparciu o załączone pełnomocnictwo, w imieniu „Agfa” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”), na podstawie art. 513 punkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „**pzp**”), niniejszym:

- I. wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz wobec treści dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wymiana zintegrowanego systemu PACS wraz z migracją danych, dostawa stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego i oprogramowania towarzyszącego, numer postępowania: Z/101/PN/244 (dalej również „**Postępowanie**”), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, z zastosowaniem przepisów dla zamówień o

wartości równej lub przekraczającej progi unijne, na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, polegającą na opublikowaniu ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz dokumentów zamówienia o treści niezgodnej z przepisami ustawy;

II. powyższej czynności zarzucam:

- 1) naruszenie art. 17 ust. 1 punkt 1) pzp, w zw. z art. 44 ust. 3 punkt 1) lit. a) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (dalej „**ufp**”), w zw. z art. 7 punkt 32) pzp, w zw. z art. 255 punkt 6) pzp i art. 457 ust. 1 punkt 1) pzp, polegające na opublikowaniu ogłoszenia oraz dokumentów zamówienia, z których treści wynika, że Zamawiający przewiduje, iż na moment zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale także na moment już po wykonaniu zamówienia przez wykonawcę, może nie dysponować środkami na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy, a zapłata wynagrodzenia wykonawcy uzależniona ma być od uprzedniego otrzymania przez Zamawiającego wypłaty środków od podmiotu trzeciego - Kujawsko-Pomorskiego Funduszu Rozwoju sp. z o. o. (co jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym); oznacza to, że Postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż umowa zawarta w takich warunkach stałaby w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego jaką jest odpłatność, a tym samym podlegałaby unieważnieniu (dalej „**Zarzut 1**”);
- 2) naruszenie art. 627 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej „**kc**”), w zw. z art. 89 kc, art. 353¹ kc, art. 58 §1 kc, w zw. z art. 8 ust. 1 pzp i art. 7 punkt 32) pzp polegające na opublikowaniu ogłoszenia oraz dokumentów zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, przewidujących uzależnienie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego w postaci otrzymania przez Zamawiającego środków od podmiotu trzeciego), co jest niedopuszczalne, gdyż zapłata wynagrodzenia należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy, jaką chce zawrzeć Zamawiający (która miałaby cechy umowy o dzieło), a nadto uzależnienie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego) stoi w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego, jaką jest odpłatność (dalej „**Zarzut 2**”);
- 3) naruszenie art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „**upnoth**”), w zw. z art. 8 ust. 1 pzp polegające na określeniu w §10 ust. 13 projektowanych postanowień umowy terminu zapłaty w sposób sprzeczny z wynikającą z art. 8 ust. 2 upnoth bezwzględnie obowiązującą normą przewidującą maksymalny termin zapłaty wynoszący 60 dni od dnia doręczenia faktury potwierdzającej dostawę lub wykonanie usługi (dalej „**Zarzut 3**”);
- 4) naruszenie art. 138 ust. 1 pzp, oraz art. 138 ust. 2 punkt 2) pzp polegające na wyznaczeniu terminu składania ofert krótszego niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, pomimo że nie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert nie jest uzasadnione (twierdzenie Zamawiającego o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią dokumentów zamówienia, z których wynika, że Zamawiający może nie pozyskać środków na zapłatę wykonawcy, co oznacza, iż nie można mówić o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia, gdyż zapłata wynagrodzenia wykonawcy należy do istoty zamówienia, Zamawiający nie jest gotów wykonawcy zapłacić) (dalej „**Zarzut 4**”);

- 5) naruszenie art. 16 punkt 1) – 3) pzp, art. 99 ust. 1 i 4 pzp, oraz art. 281 ust. 1 punkt 6) pzp, w zw. z art. 436 punkt 1) pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty (niejasny) i nieproporcjonalny, poprzez określenie terminów wykonania zamówienia w sposób nieadekwatny do specyfiki przedmiotu zamówienia, w szczególności przez określenie zbyt krótkiego terminu dostawy oprogramowania i licencji na oprogramowanie (do dnia 27 grudnia 2024 r.), określenie terminów wykonania zamówienia datami dziennymi (bez wskazania obiektywnej przyczyny) zamiast przez wskazanie okresów liczonych od dnia zawarcia umowy, a także przez ustalenie terminu dostawy oprogramowania i licencji na oprogramowanie przed terminem dostawy stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego, co jest rozwiązaniem sztucznym, nieodpowiadającym praktyce rynkowej i realnym potrzebom zamawiającego, a także mogącym prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy (Philips) (dalej „**Zarzut 5**”);
- 6) naruszenie art. 16 punkt 1) – 3) pzp, art. 99 ust. 1 i 4 pzp, oraz art. 281 ust. 1 punkt 5) pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty (niejasny) i nieproporcjonalny, poprzez umieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia:
- a) zakresu opisanego jako Platforma lub moduł do zarządzania i analizy badań kardiologicznych - tabela C w załączniku nr 6 opis przedmiotu zamówienia (dalej „**OPZ**”) do specyfikacji warunków zamówienia (dalej „**SWZ**”);
 - b) zakresu opisanego jako Platforma postprocessingowa do zaawansowanej analizy badań obrazowych wraz z aplikacjami bazującymi na AI - tabela F w OPZ wraz z punktami tabeli A.2.1 punkty 27-34 ściśle związanymi z zakresem z tabeli F;
- które to zakresy nie są integralnie związane z systemem PACS, oraz mogłyby (i powinny) być przedmiotem odrębnego postępowania (zgodnie z praktyką rynkową i praktyką samego Zamawiającego), a tym samym ujęcie ww. zakresów w OPZ bez dopuszczenia składania na ww. zakresy ofert częściowych ogranicza konkurencję i może prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy (Philips), który ma w swojej ofercie zarówno systemy PACS jak i produkty obejmujące ww. zakresy (dalej „**Zarzut 6**”);
- 7) naruszenie art. 16 punkt 1) – 3) pzp, art. 99 ust. 1 i 4 pzp, oraz art. 281 ust. 1 punkt 5) pzp polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty (niejasny) i nieproporcjonalny, poprzez zamieszczenie w tabeli A.2.1 punkt 35 OPZ wymogu „*Wszystkie aplikacje wymienione w punktach A.2.27-A.2.34 muszą być integralną częścią klienta diagnostycznego. Wykluczone jest zastosowanie aplikacji firm trzecich i jakichkolwiek mechanizmów ich integracji*” co ogranicza konkurencję, gdyż dopuszcza zaoferowanie wyłącznie rozwiązania, w którym zarówno system PACS jak i platforma postprocessingowa (aplikacje do postprocessingu) pochodzą tylko od jednego producenta, a co nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia i pozostaje w sprzeczności z brzmieniem tabeli A.2.1 punkt 37 OPZ, w którym Zamawiający przewiduje zintegrowanie kontekstowe klienta diagnostycznego PACS z serwerem postprocessingowym (dalej „**Zarzut 7**”);

III. wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie odwołania, oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania;
- 2) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu zmiany dokumentów zamówienia, poprzez:
 - a) zmianę w §1 ust. 2 projektowanych postanowień umowy słów „*zostanie zawarta*” na „*została zawarta*”;
 - b) skreślenie w §10 ust. 12 projektowanych postanowień umowy słów „*pod warunkiem wcześniejszego otrzymania przez Zamawiającego wypłaty środków przyznanych Zamawiającemu w ramach zawartej z Kujawsko-Pomorskim Funduszem Rozwoju sp. z o. o. Umowy, o której mowa w § 1 ust. 2*”;
 - c) w §10 projektowanych postanowień umowy skreślenie ust. 13;
 - d) w §15 ust. 1 projektowanych postanowień umowy skreślenie punktu 1) i 2);
 - e) określenie terminu składania ofert jako nie krótszego niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz z uwzględnieniem czasu niezbędnego ze względu na zmiany SWZ i ogłoszenia;
 - f) określenie w punkcie V SWZ, w §2 ust. 2 projektowanych postanowień umowy oraz w ogłoszeniu, terminów wykonania zamówienia w następujący sposób:
 - w terminie 8 tygodni od dnia podpisania Umowy:
 - dostawa stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego;
 - w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania Umowy:
 - dostawa oprogramowania i licencji na oprogramowanie;
 - instalacja i uruchomienie Sprzętu oraz przeprowadzenie szkoleń dla personelu Zamawiającego;
 - wymiana zintegrowanego systemu PACS i migracja danych na nowe środowisko oraz instalacja oprogramowania;
 - g) usunięcie z OPZ zakresów:
 - Platforma lub moduł do zarządzania i analizy badań kardiologicznych - tabela C w OPZ;
 - Platforma postprocessingowa do zaawansowanej analizy badań obrazowych wraz z aplikacjami bazującymi na AI - tabela F w OPZ, wraz z punktami tabeli A.2.1 punkty 27-34 ściśle związanymi z zakresem z tabeli F;

ewentualnie wydzielenie ww. zakresów jako części zamówienia, z dopuszczeniem składania ofert częściowych na te zakresy, oraz na pozostały przedmiot zamówienia;
 - h) usunięcie z OPZ w tabeli A.2.1 punktu 35 OPZ (wymogu „*Wszystkie aplikacje wymienione w punktach A.2.27-A.2.34 muszą być integralną częścią klienta diagnostycznego. Wykluczone jest zastosowanie aplikacji firm trzecich i jakichkolwiek mechanizmów ich integracji*”);
 - i) dostosowanie treści dokumentów zamówienia do powyższych zmian;

- IV. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;
- V. wnoszę o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, oraz dowodów wymienionych w uzasadnieniu.

UZASADNIENIE

1. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności

1.1. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy

1. Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy Postępowanie. Odwołujący w ramach swojej działalności oferuje produkty objęte opisem przedmiotu zamówienia sformułowanym w dokumentach zamówienia. Dokumenty zamówienia zostały jednak sformułowane z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa w sposób, który może uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a tym samym uzyskanie spodziewanego zarobku. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy
2. **Odwołujący jest więc uprawniony do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 pzp.**

1.2. Uzasadnienie zarzutów

1.2.1. Odnośnie Zarzutu 1

3. W projektowanych postanowieniach umowy, Zamawiający zawarł następujące postanowienia:
 - 1) **§1 ust. 2:** *Przedmiot Umowy jest realizowany w ramach wsparcia finansowego dla inwestycji w obszarze zdrowia, na podstawie umowy, która zostanie zawarta przez Zamawiającego z Kujawsko-Pomorskim Funduszem Rozwoju sp. z o. o., nr..... z dnia.....roku w ramach Uchwały nr 14/801/24 Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 21 sierpnia 2024 r. (dalej: jako Projekt). Źródłem finansowania wsparcia w ramach programu będą środki finansowe pochodzące z reużycia perspektywy finansowej 2014-2020 w ramach umowy nr ZW-I.273.8.2024 o powierzeniu zadania publicznego zawartej w dniu 31 stycznia 2024 r. między Województwem Kujawsko-Pomorskim a Kujawsko-Pomorskim Funduszem Rozwoju sp. z o. o. Wsparcie, o którym mowa powyżej będzie miało formę pożyczki z obowiązkiem częściowej spłaty pożyczonego kapitału, która finansować będzie w 100 % wydatków kwalifikowanych.*

(* postanowienie zostanie uzupełnione o nr i datę umowy po zawarciu przez Zamawiającego umowy z Kujawsko - Pomorskim Funduszem Rozwoju sp. z o. o.)
 - 2) **§10 ust. 12:** *Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, ust. 1 pkt 2, ust. 1 pkt 3 i ust. 1 pkt 4 płatne będzie każdorazowo w terminie 60 dni od daty doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT, pod warunkiem wcześniejszego otrzymania przez*

Zamawiającego wypłaty środków przyznanych Zamawiającemu w ramach zawartej z Kujawsko-Pomorskim Funduszem Rozwoju sp. z o. o. Umowy, o której mowa w § 1 ust. 2.

3) **§10 ust. 13:** *W celu uniknięcia wszelkich wątpliwości Strony zgodnie ustalają, że w przypadku nieotrzymania przez Zamawiającego opisanego w Umowie wsparcia finansowego w terminie pozwalającym na zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy w terminie 60 dni od dnia doręczenia przez Wykonawcę faktury VAT, wynagrodzenie Wykonawcy płatne będzie najpóźniej w terminie 5 dni od dnia wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego środków z Umowy, o której mowa w § 1 ust. 2.*

4) **§15 ust. 1 punkt 1) i 2):** *Poza przypadkami określonymi w kodeksie cywilnym Zamawiający może odstąpić od Umowy lub jej części w przypadku*

1) niezawarcia przez Kujawsko-Pomorski Fundusz Rozwoju sp. z o. o. z Zamawiającym umowy o, której mowa w § 1 ust. 2, w ramach której ma zostać zrealizowany przedmiot Umowy,

2) odstąpienia przez Kujawsko-Pomorski Fundusz Rozwoju sp. z o. o. od zawartej z Zamawiającym umowy, o której mowa w § 1 ust. 2, rozwiązania tej umowy lub jej zmiany wskutek czego Zamawiający nie otrzyma lub utraci w całości lub części wsparcie finansowe na realizację Przedmiotem Umowy

4. Z powyższych postanowień dokumentów zamówienia wynika, że Zamawiający na chwilę obecną nie zawarł z Kujawsko-Pomorskim Funduszem Rozwoju sp. z o.o. umowy, w oparciu o którą Zamawiający miałby uzyskać finansowanie na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy w ramach zamówienia objętego Postępowaniem.

5. Co więcej, z ww. postanowień dokumentów zamówienia wynika, że Zamawiający przewiduje, iż także na moment zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nawet na moment już po spełnieniu świadczenia przez wykonawcę, Zamawiający może nie uzyskać powyższego finansowania.

6. Dodatkowo, trzeba zwrócić uwagę, że z Uchwały nr 14/801/24 Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 21 sierpnia 2024 r. zmieniającej w sprawie wydatkowania środków wycofanych w ramach polityki wyjścia z instrumentów finansowych wdrażanych w perspektywie finansowej 2014-2020, w obszarze zdrowia, do której odwołuje się §1 ust. 2 projektowanych postanowień umowy, wynika, że warunki udzielenia wsparcia na podstawie ww. uchwały „powinny podlegać indywidualnym negocjacjom”, co oznacza, że wsparcie nie jest zagwarantowane.

Dowód: Uchwała nr 14/801/24 Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 21 sierpnia 2024 r. zmieniającej w sprawie wydatkowania środków wycofanych w ramach polityki wyjścia z instrumentów finansowych wdrażanych w perspektywie finansowej 2014-2020, w obszarze zdrowia (załącznik 1 A, załącznik 1 B, załącznik 1 C)

7. W tym kontekście, trzeba też podnieść, że trudno byłoby zakładać, iż Zamawiający dysponuje własnymi środkami na finansowanie przedmiotowego zamówienia, skoro jest wiedzą powszechną, że Zamawiający ma zadłużenie na poziomie kilkuset milionów złotych.

8. Wobec powyższego, trzeba podnieść, że zgodnie z art. 17 ust. 1 punkt 1) pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw lub usług, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. W sytuacji, gdy jak w przedmiotowym przypadku, Zamawiający z góry przewiduje, że może w ogóle nie dysponować środkami na realizację zamówienia, niezgodność z powyższym przepisem jest oczywista.

9. W tym kontekście trzeba też zauważyć, że z powyższym unormowaniem koresponduje art. 44 ust. 3 punkt 1) lit. a) ufp, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. W sytuacji, gdy jak w przedmiotowym przypadku, Zamawiający z góry przewiduje, że może w ogóle nie zapłacić wykonawcy, jeśli nie uzyska finansowania, nie sposób mówić o zaciąganiu zobowiązania z uwzględnieniem zasady dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny.
10. Dlatego też, Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku (które zostało sformułowane jeszcze na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych), że Zamawiający musi mieć zabezpieczone środki na realizację zamówienia publicznego najpóźniej „w chwili zawarcia umowy z wykonawcą wybranym w postępowaniu”¹.
11. Powyższe stanowisko jest aprobowane także w doktrynie (J. Andała-Sępkowska, W. Bereszek, 10. Unieważnienie postępowania [w:] J. Andała-Sępkowska, W. Bereszek, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2020), a także w praktyce Regionalnych Izb Obrachunkowych (Pismo z dnia 22 lipca 2011 r. Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu GP-WR-0730-016/11).
12. Tymczasem w przedmiotowym przypadku, z dokumentów zamówienia wynika, że intencją Zamawiającego jest udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający nie będzie mieć zabezpieczonych środków nie tylko na moment podpisania umowy, ale także na moment już po wykonaniu zamówienia przez wykonawcę (i wystawieniu faktury).
13. W powyższym kontekście trzeba więc zauważyć, że z punktu widzenia naruszenia interesu wykonawców (w tym Odwołującego), sformułowanie dokumentów zamówienia w powyższy sposób kłóci się z istotą zamówienia publicznego wynikającą wprost z art. 7 punkt 32) pzp, jaką jest odpłatność.
14. Oznacza to, że zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania z art. 255 punkt 6) pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowa zawarta w takich warunkach stałaby w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego jaką jest odpłatność (art. 7 punkt 32) pzp), a tym samym podlegałaby unieważnieniu zgodnie z art. 457 ust. 1 punkt 1) pzp.
15. Trzeba przy tym podkreślić, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż na gruncie art. 457 ust. 1 punkt 1) pzp naruszenie ustawy stanowi samodzielną przesłankę unieważnienia umowy, a tym samym przesłankę unieważnienia postępowania na gruncie art. 255 punkt 6) pzp, jeśli ma wpływ na sporządzenie ofert i wynik postępowania (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. **KIO 610/23**, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2023 r. **KIO 1188/23**).
16. Tymczasem w sytuacji, gdy intencją Zamawiającego jest udzielenie zamówienia publicznego bez zabezpieczenia środków na to zamówienie i z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie zapłaci wykonawcy za wykonane zamówienie, jeśli środków nie uzyska, to Postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą i podlega unieważnieniu, gdyż złożenie ofert w takim postępowaniu kłóciłoby się z zasadą odpłatności zamówienia.
17. **Zarzut 1 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 1) petitum.**

¹ EURO 2012 - Opracowane przez Urząd Zamówień Publicznych odpowiedzi na pytania, problemy i tematy zgłoszone przez uczestników seminarium z dnia 26 lipca 2007 r. dotyczącego problematyki zamówień publicznych dla Miast – organizatorów EURO 2012, www.uzp.gov.pl

1.2.2. Oдноśnie Zarzutu 2

18. Na gruncie projektowanych postanowień umowy przytoczonych w punkcie 3. powyżej, trzeba podnieść, że postanowienia te przewidują uzależnienie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego w postaci otrzymania przez Zamawiającego środków od podmiotu trzeciego).
19. W szczególności trzeba zauważyć, że §10 ust. 12 projektowanych postanowień umowy przewiduje wprost, iż wynagrodzenie wykonawcy będzie płatne pod warunkiem wcześniejszego otrzymania przez Zamawiającego wypłaty środków przez Kujawsko-Pomorski Fundusz Rozwoju sp. z o.o.
20. Co więcej, §10 ust. 13 projektowanych postanowień umowy przewiduje, że w przypadku nieotrzymania przez Zamawiającego wsparcia finansowego w terminie pozwalającym na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy w terminie 60 dni od dnia doręczenia przez wykonawcę faktury VAT, wynagrodzenie wykonawcy płatne będzie najpóźniej w terminie 5 dni od dnia wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego środków ze wsparcia. Wynika z tego, że termin zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy nie został ostatecznie określony (mógłby nigdy nie nadejść pomimo wykonania zamówienia i wystawienia faktury).
21. W praktyce, podobne znaczenie mają §15 ust. 1 punkt 1) i 2) projektowanych postanowień umowy, które zastrzegają dla Zamawiającego prawo odstąpienia od umowy, na wypadek nieotrzymania wsparcia finansowego.
22. W tym kontekście trzeba podnieść, że z treści dokumentów zamówienia wynika, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą Zamawiający chciałby zawrzeć w ramach Postępowania, na gruncie art. 627 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, miałyby cechy umowy o dzieło, gdyż wykonawca zgodnie z tą umową byłby zobowiązany do osiągnięcia określonego rezultatu (przede wszystkim dostarczenia i zainstalowania sprzętu i oprogramowania).
23. Tymczasem zgodnie z art. 627 kc, do *essentialia negotii* (elementów przedmiotowo istotnych) umowy o dzieło należy zapłata wynagrodzenia przez zamawiającego.
24. Trzeba więc zauważyć, że w odniesieniu do umowy rezultatu, do której *essentialia negotii* należy zapłata wynagrodzenia przez zamawiającego (zawartej w reżimie zamówień publicznych), Sąd Najwyższy przyjął jednoznacznie, że nie jest dopuszczalne uzależnienie zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku w rozumieniu art. 89 kc (zdarzenia przyszłego i niepewnego). Sąd Najwyższy podkreśla, że powiązanie zapłaty wynagrodzenia z warunkiem w rozumieniu art. 89 kc godziłoby w naturę stosunku prawnego (art. 353¹ kc) tego rodzaju umowy, skoro taka umowa byłaby tylko warunkowo wzajemna i tylko warunkowo odpłatna. Sąd Najwyższy trafnie zauważa także, że oczywiste jest, iż takie postanowienie zakłócałoby w istotny sposób równowagę kontraktową. Rodzi to konsekwencję w postaci nieważności takiego postanowienia zgodnie z art. 58 §1 kc (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2021 r. **II CSKP 7/21**).
25. W tym kontekście trzeba także podkreślić, że sformułowanie w dokumentach zamówienia projektowanych postanowień umowy przewidujących zapłatę wynagrodzenia wykonawcy zależną od warunku (zdarzenia przyszłego i niepewnego), jednoznacznie kłóciłoby się z zasadą odpłatności zamówienia publicznego, wprost wynikającą z art. 7 punkt 32) pzp.

26. Trzeba także zauważyć, że na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż naruszenie na etapie publikacji projektowanych postanowień umowy przepisów określających *essentialia negotii* danego typu umowy, musi skutkować zmianą takich postanowień (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. **KIO 3718/21**).
27. **Zarzut 2 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 2) lit. a) – d) petitum.**

1.2.3. Odnosnie Zarzutu 3

28. Na gruncie projektowanych postanowień umowy przytoczonych w punkcie 3. powyżej, trzeba podnieść, że z §10 ust. 13 projektowanych postanowień umowy wynika, iż w przypadku nieotrzymania przez Zamawiającego wsparcia finansowego w terminie pozwalającym na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy w terminie 60 dni od dnia doręczenia przez wykonawcę faktury VAT, wynagrodzenie wykonawcy płatne będzie najpóźniej w terminie 5 dni od dnia wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego środków ze wsparcia.
29. Jak już wyżej wspomniano, z powyższego postanowienia wynika, że termin zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w zasadzie nie został ostatecznie określony (mógłby nigdy nie nadejść pomimo wykonania zamówienia i wystawienia faktury).
30. Tymczasem art. 8 ust. 2 upnoth wyraźnie przewiduje, że termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym, termin ten nie może przekraczać 60 dni.
31. Naruszenie art. 8 ust. 2 upnoth oznacza sprzeczność z ustawą w rozumieniu art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp
32. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej słusznie przyjmuje się przy tym, że art. 8 ust. 2 upnoth ma charakter bezwzględnie obowiązujący a wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy sposobu określenia terminu zapłaty wynagrodzenia wykonawcy naruszającego maksymalny termin wynikający z powyższego przepisu, musi skutkować wyeliminowaniem takiego projektowanego postanowienia umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2021 r. **KIO 1066/21**, patrz także P. Dolniak [w:] *Przeciwdziałanie nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2023, art. 8, punkt 22).
33. **Zarzut 3 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 2) lit. b) – c) petitum.**

1.2.4. Oдноśnie Zarzutu 4

34. Z dokumentów zamówienia wynika jednoznacznie, że przedmiot zamówienia ma skomplikowany (wysoce specjalistyczny) charakter, co z natury rzeczy oznacza, iż Zamawiający winien wyznaczyć wykonawcom odpowiednio długi termin na przygotowanie prawidłowych ofert.
35. Jednocześnie, z dokumentów zamówienia wynika, że Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2024 r., wyznaczając termin składania ofert na dzień 16 grudnia 2024 r.
36. Wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert wyniósł zatem więcej niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jednak mniej 35 dni od przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Oznacza to, że Zamawiający zastosował tzw. procedurę przyspieszoną - art. 138 ust. 2 punkt 2) pzp.
37. Zamawiający wskazał w ogłoszeniu uzasadnienie zastosowania art. 138 ust. 2 punkt 2) pzp, podając, że *„Pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert wynika z konieczności zagwarantowania dostępności wspieranego oprogramowania. Najistotniejszym powodem skrócenia postępowania jest utrzymanie ciągłości badań oraz wywiązanie się z powiązanymi umowami dotyczącymi w/w badań Podstawa prawna: art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp”*.
38. Odnośnie powyższego uzasadnienia trzeba zauważyć, że twierdzenie Zamawiającego o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia pozostaje w sprzeczności z treścią dokumentów zamówienia, z których wynika, iż Zamawiający może nie pozyskać środków na zapłatę wykonawcy (zastrzega brak zapłaty na wypadek braku pozyskania wsparcia finansowego).
39. Tymczasem oczywiste jest, że o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia można mówić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający ma zarówno pilną potrzebę nabycia określonych dostaw, usług, lub robót budowlanych, jak i równocześnie gotów jest za wykonanie zamówienia zapłacić.
40. Również w tym kontekście trzeba bowiem podkreślić, że odpłatność należy do istoty zamówienia publicznego – art. 7 punkt 32) pzp.
41. Co za tym idzie, w sytuacji takiej, z jaką mamy do czynienia w Postępowaniu, gdy Zamawiający nie jest gotów zapłacić za zamówienie (zastrzega, że nie zapłaci, jeśli nie pozyska wsparcia finansowego) nie można mówić o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia.
42. Tymczasem zgodnie z art. 138 ust. 2 punkt 2) pzp, pilna potrzeba udzielenia zamówienia jest konieczną przesłanką zastosowania tzw. procedury przyspieszonej. W braku zaistnienia tej przesłanki, zastosowanie (jak w przedmiotowym przypadku) wbrew art. 138 ust. 1 pzp terminu składania ofert krótszego niż 35 dni od przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stanowi naruszenie ustawy, kluczowe z punktu widzenia wykonawców (w tym Odwołującego), istotnie utrudniające przygotowanie ofert i udział w Postępowaniu.
43. Trzeba więc zauważyć, że w orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, iż *„do powstania możliwości skrócenia terminu niezbędne jest wykazanie, że istnieje pilna potrzeba udzielenia zamówienia, a zaspokojeniu tej potrzeby w odpowiedni sposób służy skrócenie terminu składania ofert. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia powinna być uzasadniona obiektywnymi okolicznościami, nie zaś subiektywnym poczuciem pilności zamawiającego”* (tak: M. Stachowiak, w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2021). Ponadto, podkreśla się, że *„określając termin składania ofert (w tym również termin*

*skrócony) zamawiający powinien mieć również na względzie to, by potencjalni wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia mogli w tym czasie przygotować i złożyć ważną ofertę. Zamawiający powinien więc kierować się warunkami konkretnego postępowania, w szczególności opisem przedmiotu zamówienia, jego złożonością i skalą, przy uwzględnieniu interesów, których ochrona ma zostać zapewniona przez skrócenie terminu” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2023 r. **KIO 1844/23**).*

44. W przedmiotowym przypadku obiektywnie ani nie mamy do czynienia (jak wyżej wywiedziono) z pilną potrzebą udzielenia zamówienia, ani Zamawiający nie uwzględnił warunków Postępowania (w szczególności złożoności przedmiotu zamówienia), przy określaniu terminu składania ofert.
45. **Zarzut 4 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 2) lit. e) petitum.**

1.2.5. Odnosnie Zarzutu 5

46. W punkcie V SWZ, w §2 ust. 2 projektowanych postanowień umowy oraz w ogłoszeniu, Zamawiający określił terminy wykonania Zamówienia w następujący sposób:
- dostawa oprogramowania i licencji na oprogramowanie - w nieprzekraczalnym terminie do dnia 27.12.2024 roku,
 - dostawa stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego - w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31.01.2025 roku,
 - instalacja i uruchomienie Sprzętu oraz przeprowadzenie szkoleń dla personelu Zamawiającego – w nieprzekraczalnym w terminie do dnia 28.02.2025 roku,
 - wymiana zintegrowanego systemu PACS i migracja danych na nowe środowisko oraz instalacja oprogramowania – w nieprzekraczanym terminie do dnia 30.11.2025 roku.
47. Odnosnie powyższych terminów trzeba podnieść, że Zamawiający określił terminy wykonania zamówienia w sposób nieadekwatny do specyfiki przedmiotu zamówienia.
48. Po pierwsze, termin dostawy oprogramowania i licencji na oprogramowanie (do dnia 27 grudnia 2024 r.), jest rażąco krótki z punktu widzenia charakteru przedmiotu zamówienia, obejmującego oprogramowanie wysoce specjalistyczne. Przygotowanie takiego oprogramowania do dostarczenia wymaga odpowiedniego czasu, oraz przede wszystkim, jego dostarczenie ma sens wtedy, gdy najpierw dostarczony zostanie sprzęt, na którym oprogramowanie ma być zainstalowane (o czym szerzej poniżej).
49. Po drugie, Zamawiający określił terminy wykonania zamówienia datami dziennymi (bez wskazania obiektywnej przyczyny) zamiast przez wskazanie okresów liczonych od dnia zawarcia umowy. Tymczasem normalną praktyką rynkową przy tego rodzaju zamówieniach, zgodną również z obowiązującymi przepisami, jest określanie terminu dostarczenia sprzętu na kilka tygodni od dnia podpisania umowy, zaś terminu dostarczenia oprogramowania i licencji, a także instalacji oprogramowania, migracji i przeprowadzenia szkoleń na kilka miesięcy od dnia podpisania umowy.
50. Po trzecie, ustalenie terminu dostawy oprogramowania i licencji na oprogramowanie przed terminem dostawy stacji przeglądowych, stacji diagnostycznych oraz sprzętu serwerowego, jest rozwiązaniem sztucznym, nieodpowiadającym praktyce rynkowej i realnym potrzebom zamawiającego. Jest bowiem

oczywiste, że dostarczenie oprogramowania (oraz licencji) ma sens wtedy, gdy uprzednio dostarczone zostaną urządzenia, na których oprogramowanie ma być zainstalowane. Dostarczenie oprogramowania (np. na nośnikach/dyskach) bez uprzedniego dostarczenia sprzętu, na którym oprogramowanie miałyby być zainstalowane i uruchomione, z punktu widzenia Zamawiającego nie służyłoby zaspokojeniu żadnej realnej potrzeby. Wręcz stanowiłoby swego rodzaju fikcję (budzącą istotne wątpliwości z punktu widzenia gospodarności i dysponowania środkami publicznymi).

51. Po czwarte, zastosowanie powyższego, rażąco krótkiego terminu na dostarczenie oprogramowania, oraz sztucznego rozwiązania, polegającego na wymogu dostarczenia oprogramowania przed dostarczeniem sprzętu, mogłoby utrudniać konkurencję i skutkować uprzywilejowaniem konkretnego wykonawcy (Philips). Według wiedzy Odwołującego, Zamawiający na chwilę obecną korzysta już ze sprzętu dostarczonego przez Philips. Powyższy wykonawca może więc potencjalnie wykorzystywać ułatwienia wynikające z tego stanu rzeczy. Może to oznaczać, że dla ww. wykonawcy ww. krótki i sztuczny termin może nie stanowić uciążliwości, co oznaczałoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji w Postępowaniu.
52. Na gruncie powyższych okoliczności trzeba podnieść, że zgodnie z art. 16 punkt 1) – 3) pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.
53. Na gruncie powyższych zasad, w szczególności zasady proporcjonalności, przyjmuje się, że projektowane postanowienia umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia powinny być dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia, której Zamawiający w przedmiotowy wypadek nie uwzględnił (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. **KIO 935/23 KIO 946/23 KIO 954/23**).
54. Ponadto, w ww. wyroku trafnie zwrócono uwagę, że na gruncie art. 436 punkt 1) pzp, zamawiający ma „*obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. **KIO 935/23 KIO 946/23 KIO 954/23**).
55. Jednocześnie nie budzi także wątpliwości, że zgodnie z zasadą przejrzystości oraz wymogiem opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i precyzyjny, termin wykonania zamówienia nie może mieć charakteru sztucznego w stosunku do specyfiki przedmiotu zamówienia.
56. Wreszcie, jeśli chodzi o wspomniane powyżej utrudnienie uczciwej konkurencji, trzeba podkreślić, że na gruncie art. 99 ust. 4 pzp w orzecznictwie, w kontekście ustalania terminu wykonania zamówienia trafnie zauważa się, iż „*zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2023 r. **KIO 1797/23 KIO 1801/23**).
57. **Zarzut 5 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 2) lit. f) petitum.**

1.2.6. Oдноśnie Zarzutu 6

58. Zamawiający umieścił w OPZ:

- 1) zakres opisany jako Platforma lub moduł do zarządzania i analizy badań kardiologicznych - tabela C w OPZ;
- 2) zakres opisany jako Platforma postprocessingowa do zaawansowanej analizy badań obrazowych wraz z aplikacjami bazującymi na AI - tabela F w OPZ wraz z punktami tabeli A.2.1 punkty 27-34 ściśle związanymi z zakresem z tabeli F.

59. Jednocześnie, w rozdziale IV punkt 8 podpunkt 2) SWZ, Zamawiający wskazał: *Zamawiający nie dokonał podziału na części niniejszego postępowania (...) z uwagi na fakt, iż przedmiot zamówienia stanowi jedną niepodzielną całość. Ponadto podział zamówienia byłby nieuzasadniony faktycznie i ekonomicznie oraz mógłby wygenerować nadmierne koszty wykonania zamówienia lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.*

60. Tymczasem w rzeczywistości powyższe zakresy (Platforma lub moduł do zarządzania i analizy badań kardiologicznych - tabela C, oraz Platforma postprocessingowa - tabela F) obiektywnie nie stanowią niepodzielnej całości z systemem PACS – nie są integralnie związane z systemem PACS, oraz mogłyby (i powinny) być przedmiotem odrębnego postępowania.

61. W sprzeczności z ww. twierdzeniem o niepodzielności (integralności) przedmiotu zamówienia stoi praktyka rynkowa i praktyka samego Zamawiającego.

62. Przykładowo, w dniu 5 listopada 2024 r. sam Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na zakup tomografu komputerowego spektralnego (znak sprawy: Z/91/PN/24), z funkcjami określonymi w Zestawieniu wymaganych funkcji i parametrów technicznych stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia w tamtym postępowaniu. Z ww. załącznika wynika, że Zamawiający chce nabyć w ww. postępowaniu urządzenie z oprogramowaniem o funkcjonalnościach (opisanych w punktach 58 – 112 ww. załącznika) w znacznej mierze pokrywających się z funkcjonalnościami Platformy postprocessingowej - tabela F w OPZ w Postępowaniu, jednak bez jednoczesnego nabycia systemu PACS.

Dowód: załącznik nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia w ogłoszonym przez Zamawiającego przetargu nieograniczonym na zakup tomografu komputerowego spektralnego (znak sprawy: Z/91/PN/24) (załącznik 2)

63. Jako inny przykład z praktyki rynkowej potwierdzający, że tego rodzaju funkcjonalności jak moduł do zarządzania i analizy badań kardiologicznych lub oprogramowanie do postprocessingu nie są integralnie związane z systemami typu PACS, można wskazać dwa ogłoszone niedawno przez Szpital Specjalistyczny im. J. K. Łukowicza w Chojnicach odrębne przetargi nieograniczone, których przedmiotem była:

- 1) Dostawa i wdrożenie systemu archiwizacji obrazów PACS wraz ze szkoleniami, nadzorem autorskim i wsparciem serwisowym oraz dostawa sprzętu informatycznego niezbędnego do uruchomienia i prawidłowej pracy wdrożonego systemu nr postępowania: FZAP-380-18/24.

- 2) Modernizacja i doposażenie szpitalnego oddziału ratunkowego oraz zakładu diagnostyki obrazowej współpracującego z SOR nr postępowania: FZAP-380-14/24, z zadaniem obejmującym postprocessing opisany w załączniku nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia w tamtym postępowaniu, ZADANIE nr 1, punkty 79-104.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia w postępowaniu Szpitala Specjalistycznego im. J. K. Łukowicza w Chojnicach nr postępowania: FZAP-380-18/24 (załącznik 3)

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia w postępowaniu Szpitala Specjalistycznego im. J. K. Łukowicza w Chojnicach nr postępowania: FZAP-380-14/24 (załącznik 4)

Dowód: załącznik nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu Szpitala Specjalistycznego im. J. K. Łukowicza w Chojnicach nr postępowania: FZAP-380-14/24 (załącznik 5)

64. Powyższe dowodzi jednoznacznie, że tego rodzaju dodatkowe funkcjonalności, jak oprogramowanie do analizy badań kardiologicznych czy oprogramowanie postprocessingowe nie są integralnie związane z systemem PACS i mogą być przedmiotem odrębnego postępowania.
65. Jednocześnie trzeba podnieść, że połączenie ww. funkcjonalności w jednym postępowaniu z zamówieniem na system PACS może prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy (Philips), który ma w swojej ofercie zarówno systemy PACS, jak i produkty obejmujące ww. dodatkowe zakresy.
66. Zresztą, samo ujęcie ww. zakresów w OPZ bez dopuszczenia składania na ww. zakresy ofert częściowych ogranicza konkurencję.
67. Wynika to stąd, że jak już wyżej wskazano, zgodnie z art. 16 punkt 1) – 3) pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.
68. Zgodnie z art. 99 ust. 4 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 pzp, jeśli zamawiający nie dokonuje podziału zamówienia na części, wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zgodnie z zasadą przejrzystości, muszą być to powody prawdziwe.
69. Jednocześnie istotne jest, że w tym kontekście w orzecznictwie słusznie zauważa się, iż „*podział zamówienia na części ze swojej istoty sprzyja realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz pozytywnie wpływa na rozwój konkurencyjności*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2022 r. **KIO 717/22**).
70. Co więcej, jak przyjmuje się w orzecznictwie, brak podzielenia zamówienia na części, czy innymi słowy sztuczne łączenie w jednym postępowaniu elementów przedmiotu zamówienia, które obiektywnie nie są ze sobą związane, stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, wbrew art. 99 ust. 4 pzp (patrz np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2021 r. **KIO 2074/21**).
71. **Zarzut 6 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 2) lit. g) petitum.**

1.2.7. Oдноśnie Zarzutu 7

72. Zamawiający zamieścił w tabeli A.2.1 punkt 35 OPZ wymóg: „*Wszystkie aplikacje wymienione w punktach A.2.27-A.2.34 muszą być integralną częścią klienta diagnostycznego. Wykluczone jest zastosowanie aplikacji firm trzecich i jakichkolwiek mechanizmów ich integracji*”.
73. Powyższy wymóg w sposób oczywisty ogranicza konkurencję, gdyż dopuszcza zaoferowanie wyłącznie rozwiązania, w którym zarówno system PACS jak i platforma postprocessingowa (aplikacje do postprocessingu) pochodzą tylko od jednego producenta.
74. Powyższe nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia i w szczególności może prowadzić do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy (Philips), który jak już wyżej wspomniano, ma w ofercie zarówno systemy PACS, jak i oprogramowanie do postprocessingu.
75. Wymóg ten wprost narusza więc zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania - art. 16 punkt 1) pzp, zasadę proporcjonalności – art. 16 punkt 3) pzp, oraz zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję z art. 99 ust. 4 pzp.
76. W orzecznictwie podkreśla się bowiem, że „*niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2023 r. **KIO 759/23**).
77. W tym kontekście trzeba zauważyć, że wynikające z tabeli A.2.1 punkt 35 OPZ niedopuszczenie zastosowania aplikacji firm trzecich i jakichkolwiek mechanizmów ich integracji jest nie tylko nieuzasadnione w żaden sposób obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, ale wręcz pozostaje w sprzeczności z brzmieniem tabeli A.2.1 punkt 37 OPZ, w którym Zamawiający przewiduje zintegrowanie kontekstowe klienta diagnostycznego PACS z serwerem postprocessingowym.
78. Tego rodzaju sprzeczność, poza tym, że dowodzi braku obiektywnego uzasadnienia wymogu z tabeli A.2.1 punkt 35 OPZ, sama w sobie kłóci się także z zasadą przejrzystości z art. 16 punkt 2) pzp, oraz wymogiem opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jasny i precyzyjny.
79. **Zarzut 7 jest więc zasadny i winien skutkować uwzględnieniem odwołania, oraz rozstrzygnięciem wskazanym w punkcie III podpunkt 2) lit. h) – i) petitum.**

2. Żądanie co do rozstrzygnięcia (pkt III na wstępie)

80. Żądania co do rozstrzygnięcia z punktu III petitum znajdują oparcie w art. 554 ust. 3 punkt 1) lit. a) i c) pzp.

3. Kwestie formalne

81. Wobec publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2024 r., niniejsze odwołanie jest składane w terminie, o którym mowa w art. 515 ust. 2 punkt 1) pzp.
82. Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu stosownie do art. 514 ust. 2 pzp.

W załączeniu:

- 1) załączniki 1- 5 wymienione powyżej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania (**załącznik 6**);
- 3) dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania Odwołującego (informacja odpowiadająca odpisowi z KRS – **załącznik 7**, pełnomocnictwo – **załącznik 8**, dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa – **załącznik 9**),

Do oryginału dla Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dołączono:

- 4) dowody przekazania odwołania Zamawiającemu – **załącznik 10 A, załącznik 10 B**;

Joanna Adamiec

pełnomocnik