

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie
ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów
e-mail: zp@zsm.com.pl
Sszmigielski@zsm.com.pl
faks: +48 32 241 39 52

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
e-mail: michal.wojciechowski@dzp.pl
faks: +48 22 557 76 01

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej nieprzekraczającej w złotych równowartość kwoty 214 000 euro, prowadzonego w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych w trybie „przetargu nieograniczonego” na realizację zadania pod nazwą: **„Usługa serwisowa nad tomografami komputerowymi”**, nr sprawy: SP ZOZ ZSM ZP/11/2020.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr **522995-N-2020 z dnia 12.03.2020 r.**

Zamawiający w dniu 20.03.2020 r. poinformował Wykonawców chcących uczestniczyć w postępowaniu przetargowym o wniesieniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej przez firmę **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** poprzez publikację treści odwołania oraz informacji o jego wpłynięciu na stronie internetowej pod adresem <http://www.zsm.com.pl/usluga-serwisowa-nad-tomografami-komputerowymi,22,343> w miejscu udostępniania dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania.

Zamawiający zgodnie z przesłankami art. 186 ust. 1 i ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – „Prawo Zamówień Publicznych” z późn. zm. składa pisemną odpowiedź na odwołanie.

Treść odwołania:

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 2 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych1 (**„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 16 marca 2020 roku, które załączam do niniejszego odwołania, niniejszym **zaskarżam czynność podjętą przez** Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie (adres: ul. Strzelców Bytomskich 11, 41-500 Chorzów) (**„Zamawiający”**) w Postępowaniu polegającą na: 1.1. **opisaniu przedmiotu zamówienia** w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz w sposób uniemożliwiający wykonawcom ustalenie rzeczywistego zakresu świadczenia, co dodatkowo narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie wymogu w ramach świadczonej obsługi serwisowej dokonania bliżej nieokreślonych, a zgodnych z zaleceniami producenta, **aktualizacji oprogramowania stacji opisowej AW 4.5,**

1.2. **opisaniu przedmiotu zamówienia** w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz w sposób uniemożliwiający wykonawcom ustalenie rzeczywistego zakresu świadczenia, co dodatkowo narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie wymogu, aby przez cały okres trwania umowy wszelkie czynności związane z serwisem aparatu były wykonywane wyłącznie przez osoby, które posiadają **stosowne uprawnienia (np. certyfikaty) potwierdzone przez** wytwórcę wyrobu medycznego, jego autoryzowanego

przedstawiciela lub inny podmiot szkolący posiadający min. 2-letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu serwisowania urządzeń tomografu komputerowego, **który nie może być w żaden sposób powiązany z wykonawcą,**

1.3. **ustaleniu warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej** w sposób niezwiązany z oceną zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie wymogu, aby wykonawca dysponował co najmniej jednym pracownikiem posiadającym **stosowne uprawnienia (np. certyfikaty) potwierdzone przez** wytwórcę wyrobu medycznego, jego autoryzowanego przedstawiciela lub inny podmiot szkolący posiadający min. 2-letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu serwisowania urządzeń tomografu komputerowego, **który nie może być w żaden sposób powiązany z wykonawcą.**

2. Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

2.1. **W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1 *petitum* – art. 29 ust. 1 PZP w związku z art. 29 ust. 2 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz uniemożliwiający wykonawcom ustalenie rzeczywistego zakresu świadczenia, co dodatkowo narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, **podczas gdy** Zamawiający powinien umożliwić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia (a nie tylko producentowi serwisowanych urządzeń lub podmiotom z nim powiązanych) informacji niezbędnych na potrzeby dokonania wyceny swojego świadczenia także w zakresie obowiązku wykonania aktualizacji oprogramowania stacji opisowej AW 4.5.

2.2. **W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.2 *petitum* – art. 29 ust. 1 PZP w związku z art. 29 ust. 2 PZP w związku z art. 29 ust. 3 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz uniemożliwiający wykonawcom ustalenie rzeczywistego zakresu świadczenia, co dodatkowo narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji oraz nie zapewnia możliwości wykazania przez wykonawcę równoważności oferowanych świadczeń do tych preferowanych treścią SIWZ, **podczas gdy** Zamawiający powinien umożliwić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia (a nie tylko producentowi serwisowanych urządzeń lub podmiotom z nim powiązanych) informacji niezbędnych na potrzeby dokonania wyceny swojego świadczenia także w zakresie obowiązku posiadania niezbędnych uprawnień dla swojego personelu na etapie realizacji przedmiotu umowy, a w ostateczności dopuścić możliwość spełnienia wymaganego SIWZ świadczenia w równoważny i możliwy do wykazania przez wykonawcę sposób.

2.3. **W odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.3 *petitum* – art. 22 ust. 1a PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez ustalenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezwiązany z oceną zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, nadmiarowy i nieproporcjonalny a dodatkowo w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, **podczas gdy** warunek udziału w Postępowaniu powinien być związany z oceną realnej zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo nie powinien ustalać jakichkolwiek preferencji na rzecz producenta serwisowanych urządzeń lub podmiotów z nim powiązanych.

3. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

aktualizacji stacji AW oraz określenie wersji oprogramowania do jakiej wskazana stacja AW powinna zostać zaktualizowana w okresie trwania umowy, a jeżeli doprecyzowanie zakresu aktualizacji stacji opisowej w sposób opisany powyżej okazałoby się niemożliwe - usunięcie kwestionowanego zapisu ze SIWZ;

3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

3.2. 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,

3.3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ w następujący sposób:

a. **w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.1 *petitum*** – doprecyzowanie zakresu wymaganych przez Zamawiającego aktualizacji stacji AW, tj. wskazanie ilości i zakresu wskazanych

b. **w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.2 oraz 2.3 *petitum*** – zmianę kwestionowanych zapisów SIWZ poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami (certyfikatami) potwierdzonymi przez podmiot prowadzący szkolenia dla osób serwisujących urządzenia tożsame do tomografu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu, czyli usunięcie sformułowania *niezwiązany w żaden sposób z Wykonawcą;*

3.4. 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 niższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP2, a Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 PZP odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 522995-N-2020 w dniu 12 marca 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 2 PZP. Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 7.500 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, ponieważ 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 opisem przedmiotu zamówienia, a także warunków udziału w Postępowaniu, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony w ogóle możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie albo przynajmniej szanse na uzyskanie zamówienia zostały istotnie obniżone.

Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na udział w niniejszym postępowaniu na równych warunkach z innymi podmiotami, w szczególności z producentem serwisowanych tomografów (lub podmiotami z nim powiązanymi).

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

UZASADNIENIE:

1. WPROWADZENIE (STAN FAKTYCZNY)

1.1 Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę serwisową nad tomografami komputerowymi, numer referencyjny: SP ZOZ ZSM/ZP/11/2020, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 522995-N-2020 w dniu 12 marca 2020 r.

1.2 Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi serwisowej nad tomografami komputerowymi.

1.3 Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części (pakiety), tj. pakiet nr 1 - usługa serwisowa nad tomografem komputerowym Aquilion Prime TSX-303A/AC firmy Toshiba wraz z wyposażeniem („**Pakiet nr 1**”), oraz pakiet nr 2 - usługa serwisowa nad tomografem komputerowym BrightSpeed Elite 16 Select firmy GE wraz z wyposażeniem („**Pakiet nr 2**”).

1.4 W celu uniknięcia wątpliwości Odwołujący stwierdza, że **przedmiotem niniejszego odwołania są wyłącznie zapisy odnoszące się do Pakietu nr 2**, jednakże omawiane w dalszej części niniejszego odwołania postanowienia SIWZ są analogiczne także dla Pakietu nr 1.

1.5 Szczegółowy opis przedmioty zamówienia zarówno dla Pakietu nr 2 (jak i dla Pakietu nr 1) został zawarty w Załączniku nr 3 do SIWZ stanowiącym OPZ.

Dowód:

Ogłoszenie o zamówieniu (**Załącznik nr 5 do niniejszego odwołania**).

SIWZ obowiązująca w Postępowaniu (**Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania**).

Załącznik nr 3 do SIWZ (**Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania**).

1.6 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.

1.7 Na marginesie warto zaznaczyć, że **niniejsze odwołanie zostało złożone wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności Odwołującego**. Dość wspomnieć bowiem, że w dniu 16 marca 2020 r. Odwołujący działając w trybie art. 38 ust. 1 PZP wystosował do Zamawiającego szereg pytań, w szczególności dotyczących kwestii poruszanych niniejszym odwołaniem. Odwołujący liczy się zatem z koniecznością cofnięcia poszczególnych zarzutów niniejszego odwołania, a nawet cofnięcia go w całości, jeżeli Zamawiający wprowadzi do SIWZ zmiany prowadzące do zapewnienia zgodności wskazanych postanowień SIWZ z przepisami PZP.

Dowód: Pytania do SIWZ z dnia 16 marca 2020 r. (**Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania**).

2. ZARZUT DOTYCZĄCY AKTUALIZACJI STACJI AW DO TOMOGRAFU (OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA)

2.1 Jednym z elementów przedmioty zamówienia dla Pakietu nr 2 (punkt 1 ppkt I.12 Załącznika nr 3 do SIWZ) pozostaje świadczenie wykonawcy, zgodnie z zakresem którego wraz z tomografem na analogicznych zasadach przeglądów zgodnie z zaleceniami producenta i ewentualnym naprawom podlega również stacja opisowa AW 4.5, łącznie z dostawą i wymianą monitorów, jeżeli w trakcie trwania kontraktu przestaną one spełniać wymagania wynikające z przepisów prawa, wraz z aktualizacją oprogramowania stacji opisowej.

2.2 Według Odwołującego dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i jako taki narusza 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*).

2.3 Brak precyzji Zamawiającego w powyższym zakresie stawia **w uprzywilejowanej sytuacji producenta serwisowanego tomografu oraz podmioty z nim powiązane**, co z kolei prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 PZP (*przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*).

2.4 Przy obecnym brzmieniu przywołanego powyżej zapisu opisu przedmiotu zamówienia poza samym producentem tomografu (lub podmiotami z nim powiązanymi) **żaden z innych wykonawców nie jest w stanie precyzyjnie ustalić zakresu swojego świadczenia, ani tym bardziej go precyzyjnie wycenić**.

2.5 W tym sensie Zamawiający zaniechał wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i nie opisał go w sposób jednoznaczny w zakresie aktualizacji stacji opisowej AW 4.5, w szczególności poprzez **brak precyzyjnego określenia, jaką aktualizację ma Zamawiający na myśli, tj. wskazanie ilości i zakresu wskazanych aktualizacji stacji opisowej AW 4.5 oraz określenie wersji oprogramowania, do jakiej wskazana stacja powinna zostać zaktualizowana w okresie trwania umowy z Zamawiającym**.

2.6 W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował w wyraźny sposób, **z uwagi na jakie względy mają być wykonane aktualizacje**, do wykonania których zobowiązany będzie wykonawca. Można jedynie domniemywać (biorąc pod uwagę brzmienie przywołanego powyżej zapisu SIWZ), że chodzi o aktualizacje zgodne z zaleceniami producenta tomografu.

2.7 Tymczasem powyższe jest niezwykle istotne, bowiem aktualizacje oprogramowania, o których mowa powyżej, można podzielić na dwie grupy: (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu stacji oraz (ii) aktualizacje służące rozwojowi stacji (dodanie nowych funkcji, itp.).

2.8 Zgodnie zaś z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych³, to wytwórca wyrobu medycznego (a nie serwisant, czyli podmiot który zostanie wyłoniony w rezultacie Postępowania) jest obowiązany zapewnić, że autoryzowany przedstawiciel oraz każdy inny podmiot upoważniony przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu będą realizowali **zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa** - *Field Safety Corrective Action*.

2.9 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: tomografu) jest **ustawowo zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa** aparatu jego produkcji (w tym aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich).

2.10 *A contrario*, można stwierdzić, **że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie dokonywanie i zainstalowanie wyłącznie innych aktualizacji, o nieokreślonym bliżej zakresie** (a już na pewno niesprecyzowanym w ramach SIWZ). **Jedyną wskazówką pozostaje bowiem bliżej nieokreślone zgodnie z zaleceniami producenta**.

2.11 Tym samym aktualizacje, o których w praktyce **będzie decydował jedynie producent serwisowanego tomografu**, mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkownika, a mimo to mogą (zgodnie z obecnym brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania, nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błahych zagadnień.

2.12. W konsekwencji opisanej powyżej niejednoznaczności zapisów SIWZ wykonawcy inni niż producent serwisowanego tomografu nie mają podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.

2.13 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat liczby płatnych aktualizacji serwisowanego urządzenia wymaganych (zalecanych) przez producenta tomografu, 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. wymaganiami producenta serwisowanego tomografu).

2.14 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.

2.15 Tym samym **Zamawiający w istocie odsyła zainteresowanych wykonawców do producenta serwisowanych urządzeń (jego zaleceń)**.

2.16 Okoliczności opisane powyżej prowadzą do dalszych naruszeń przepisów PZP. Z uwagi bowiem na brak jednoznaczności omawianego zapisu OPZ, **w uprzywilejowanej sytuacji postawiony został producent serwisowanych urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim powiązane**. Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji oraz ich dokładnego kosztu.

2.17 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 serwisowanego tomografu).

2.18 W związku z powyższym Odwołujący wnosi o **doprecyzowanie zakresu wymaganych przez Zamawiającego aktualizacji stacji AW, tj. wskazanie ilości i zakresu wskazanych aktualizacji stacji AW oraz określenie wersji oprogramowania, do jakiej wskazana stacja AW powinna zostać zaktualizowana w okresie trwania umowy**.

2.19 Dopiero jeżeli doprecyzowanie zakresu aktualizacji stacji opisowej w sposób opisany powyżej okazałoby się niemożliwe, Odwołujący wnosi o usunięcie kwestionowanego zapisu ze SIWZ.

3. ZARZUTY DOTYCZĄCE POSIADANIA UPRAWNIENI PRZEZ OSOBY DEDYKOWANE DO WYKONYWANIA CZYNNOŚCI SERWISOWYCH (WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA)

3.1 Jednym z **warunków udziału w Postępowaniu** w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej pozostaje konieczność dysponowania co najmniej 1 pracownikiem serwisu uczestniczącym w realizacji umowy posiadającym określone SIWZ uprawnienia (punkt 4.4 SIWZ, punkt III pkt 2 Załącznika nr 3 do SIWZ oraz odpowiadający im wymóg z punktu 5.1 lit. b) SIWZ w zakresie niezbędnych dokumentów).

W myśl przywołanych powyżej zapisów SIWZ Zamawiający zastrzegł, że pracownik, którym ma dysponować wykonawca, ma posiadać *stosowne uprawnienia (np. certyfikaty) potwierdzone przez:*

(a) *wytwórcę wyrobu medycznego lub*

(b) *autoryzowanego przedstawiciela wytwórcy wyrobu medycznego lub*

(c) *inny podmiot szkolący niezwiązany w żaden sposób z Wykonawcą, posiadający min. 2-letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu serwisowania urządzeń tomografu komputerowego.*

3.3 Analogiczny zapis został zawarty w SIWZ w odniesieniu do **przedmiotu przyszłego świadczenia dla Pakietu nr 2 (punkt 2.11, 2.12 SIWZ):** *Zamawiający zastrzega, iż przez cały okres trwania umowy wszelkie czynności związane z serwisem aparatu będą wykonywane wyłącznie przez osoby, które posiadają stosowne uprawnienia (np. certyfikaty) potwierdzone przez:*

(a) *wytwórcę wyrobu medycznego, lub*

(b) *autoryzowanego przedstawiciela wytwórcy wyrobu medycznego, lub*

(c) *inny podmiot szkolący niezwiązany w żaden sposób z Wykonawcą, posiadający min. 2-letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu serwisowania urządzeń tomografu komputerowego.*

3.4 **Uprawnienia, o których mowa (...) powinny potwierdzać umiejętności inżyniera serwisu w zakresie prawidłowego i bezpiecznego wykonania usługi serwisowej dla Przedmiotu zamówienia w zakresie: przeglądów okresowych (zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ), umiejętności diagnozowania i usuwania awarii.**

3.5 Pomimo zatem, że **przywołane powyżej zapisy dotyczą dwóch różnych elementów SIWZ, tj. warunku udziału w Postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, zawierają one tę samą wadę, która zostanie łącznie dla obydwu zarzutów opisana poniżej.**

3.6 **Po pierwsze zatem,** z treści przywołanych zapisów SIWZ nie wynika jednoznacznie, o jakie konkretnie certyfikaty chodzi. 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 wytwórcy serwisowanego tomografu** (punkt a powyżej) lub autoryzowanego przedstawiciela tego wytwórcy (punkt b powyżej). Innymi słowy, aby w ogóle móc złożyć ofertę w Postępowaniu, konieczne jest uprzednie zwrócenie się do producenta serwisowanych urządzeń z prośbą o przekazanie wyczerpującej informacji dotyczącej wszystkich wydawanych przez niego uprawnień oraz certyfikatów w zakresie serwisowania tomografu.

3.7 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.**

3.8 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych tomografów nie będzie miało przy tym charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym **ryzyko np. konieczności uzyskania dodatkowych uprawnień i certyfikatów dla inżynierów serwisu będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń.**

3.9 Warto też zwrócić uwagę, że brak precyzji Zamawiającego 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.*

3.10 Za jednoznaczną informację w powyższym zakresie z pewnością nie można uznać informacji zawartej w OPZ wskazującej, że chodzi o uprawnienia w zakresie prawidłowego i bezpiecznego wykonania usługi serwisowej dla przedmiotu zamówienia w zakresie: przeglądów okresowych i umiejętności diagnozowania i usuwania awarii. Trudno bowiem byłoby się zgodzić z tym, że mogą istnieć jakieś inne uprawnienia np. w zakresie nieprawidłowego i niebezpiecznego wykonania usługi serwisowej. W tym sensie **dodatkowa informacja, o której mowa powyżej, ma charakter lakoniczny i w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości.**

3.11 W konsekwencji powyższego omawiane zapisy SIWZ stawiają (ponownie) w uprzywilejowanej pozycji producenta sprzętu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, zgodnie z którym *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

3.12 Co oczywiste bowiem, podmioty te będą posiadały nieograniczony wręcz dostęp do personelu „uprawnionego” i „certyfikowanego” przez wytwórcę serwisowanych tomografów.

3.13 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**).

3.14 Co więcej, (nie można wykluczyć, że także na etapie oceny ofert złożonych w Postępowaniu podmioty te (ponownie) znajdą się w lepszej pozycji niż inni wykonawcy, ponieważ na podstawie przyjętych (i znanych wyłącznie im) kosztów związanych z uprawnieniami (certyfikatami)

serwisantów będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).

3.15 Wreszcie, nawet jeżeli jakimkolwiek innemu wykonawcy uda się uzyskać przedmiotowe zamówienie (pomimo istnienia oczywistej przewagi dla producenta serwisowanych tomografów), to już na etapie realizacji umowy z Zamawiającym, przy obecnym brzmieniu SIWZ, wykonawca ten i tak narażony będzie na ryzyko poniesienia większych (nieplanowanych) kosztów, gdyż każdorazowo to wyłącznie od producenta aparatów będzie zależało (i nie będzie w tym zakresie w żaden sposób ograniczony), jakie koszty wykonawca poniesie z tytułu nadania nowych uprawnień czy konieczności odbycia dodatkowych szkoleń przez swoich inżynierów (**przewaga na etapie realizacji umowy**).

3.16 W tym miejscu warto dodatkowo wskazać, że formułując przedmiotowe wymaganie **Zamawiający w istocie zręka się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę, producentowi aparatu.**

3.17 Warto też w tym kontekście zwrócić uwagę na **praktykę prowadzenia tego typu szkoleń**. Powszechnie bowiem prowadzi się w tym zakresie szkolenia dla własnych pracowników i pracowników jednostek powiązanych. Pracownicy producenta tomografu GE są szkoleni przez inżynierów GE, a nie przez inne niezależne podmioty szkoleniowe. To samo dotyczy również innych wykonawców niezależnych od producenta, serwisujących tomografy komputerowe produkcji GE.

3.18 Warto też zauważyć, że **wymóg posiadania uprawnień (np. certyfikatów) został powiązany z okresem trwania umowy z Zamawiającym (36 lub 24 miesiące w zależności od części zamówienia)**. Tymczasem szkolenia przeprowadzane przez wytwórcę wyrobu medycznego lub autoryzowanego przedstawiciela wytwórcy wyrobu medycznego mogą mieć określony, krótszy termin ważności – podobnie jak wystawiane przez niego certyfikaty (zaświadczenia). Takiej informacji na próżno szukać w SIWZ. Nie jest nawet ogóle pewne, czy podmioty wskazane powyżej w ogóle przeprowadzają takie szkolenia dla pracowników konkurencyjnych podmiotów (takich jak wykonawca).

3.19 Nawet zakładając, że w SIWZ pojawiłyby się informacje odnośnie tego, o jakie konkretnie certyfikaty chodzi oraz gwarancja tego, że ich uzyskanie nie będzie nastęczało żadnych trudności wykonawcom konkurencyjnym do wytwórcy wyrobu medycznego (co w ocenie Odwoływającego jest praktycznie niemożliwe), **to i tak kluczowe może się okazać brzmienie punktu c) przywołanego powyżej uprawniającego wykonawcę do uzyskania omawianych certyfikatów od innego podmiotu szkolącego niezwiązanego w żaden sposób z Wykonawcą, posiadającego min. 2-letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu serwisowania urządzeń tomografu komputerowego.**

3.20 W związku z powyższym, obecne brzmienie przywołanych powyżej zapisów SIWZ ma istotny wpływ na uczciwą konkurencję w Postępowaniu. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że uzyskanie certyfikatów potwierdzających stosowne uprawnienia wydanych przez podmioty określone w punktach a) oraz b) powyżej będzie znacząco utrudnione dla wykonawców, którzy nie są powiązani z producentami serwisowanych tomografów. Tym samym **jedyną szansą na ubieganie się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie jest spełnienie omawianego wymogu za pomocą punktu c) powyżej.**

3.21 W przypadku jednak możliwości spełnienia wskazanych powyżej wymogów SIWZ (zarówno warunku udziału w Postępowaniu jak i dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia) za pomocą punktu c) powyżej **można mieć uzasadnione wątpliwości co do precyzyjności zapisu**, także z uwzględnieniem samej istoty omawianych certyfikatów.

3.22 Zawarty w SIWZ zapis jest bowiem **bardzo nieostry i może budzić uzasadnione wątpliwości w zakresie wymogu niezwiązania z Wykonawcą.**

3.23 Nie wiadomo, czy chodzi w tym konkretnym przypadku o powiązania osobowe, kapitałowe czy jakiegokolwiek inne. Odwoływający (ani jakiegokolwiek inny wykonawca inny niż wytwórca serwisowanego tomografu lub jego autoryzowany przedstawiciel) nie wie tym samym, do kogo poza wytwórcą wyrobu medycznego (punkt a) powyżej) czy autoryzowanym przedstawicielem wytwórcy (punkt b) powyżej) może się zwrócić. **Wykonawca narażony jest w takim przypadku na ryzyko, że uzyska stosowne dokumenty potwierdzające posiadane przez serwisantów uprawnienia od niewłaściwego podmiotu (punkt c) powyżej).**

3.24 Co więcej, niezależnie od nieostrości sformułowania *niezwiązany w żaden sposób z Wykonawcą*, uzasadnione wątpliwości może budzić fakt, że przecież podmioty z punktów a) oraz b) powyżej w naturalny sposób są przecież w pewnym zakresie związane z wykonawcą (relacja producent – autoryzowany wytwórca – autoryzowany dystrybutor). Trudno zatem uzasadnić, **dłaczego akurat w przypadku punktu c) takie bliżej niesprecyzowane powiązanie nie może mieć miejsca.**

3.25 Co więcej, zaskarżone zapisy SIWZ mogą stanowić dodatkowo naruszenie art. 29 ust. 3 PZP. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do dopuszczenia rozwiązań równoważnych, w przypadku, gdy odnosi się do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

3.26 Skoro więc Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że konieczne jest posiadanie uprawnień (certyfikatów) potwierdzonych przez określony podmiot – wytwórcę wyrobu medycznego lub autoryzowanego przedstawiciela wytwórcy wyrobu medycznego, to powinien również zezwolić na legitymowanie się stosownymi uprawnieniami nadawanymi przez inne uprawnione podmioty **na zasadzie równoważności**. Tymczasem **obecny zapis ze względu na brak precyzji w określeniu wymogu niezwiązania z Wykonawcą nie może stanowić jakiegokolwiek kryterium równoważności.**

3.27 Warto dodać, że wskutek całokształtu omawianych regulacji wykluczeniu podlegają w tym przypadku rzetelnie

wykonawcy (tacy jak Odwołujący), którzy od wielu lat (w przypadku Odwołującego mówimy o blisko 10-letnim okresie) serwisują urządzenia będące przedmiotem zamówienia (producenta tomografu będącego przedmiotem zamówienia w ramach Pakietu nr

2), a tym samym posiadają oni wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

3.28 Na marginesie, warto zwrócić uwagę, że dokładnie ten sam tomograf będący przedmiotem zamówienia Odwołujący serwisował w latach 2012-2013, nr ref. umowy ZP/146/2012. Trudno zatem byłoby mówić o tym, że wykonawca ten nie daje rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w obecnym Postępowaniu.

3.29 Tym samym omawiany wymóg stanowi także zatem naruszenie art. 22 ust. 1a PZP w zakresie, w jakim ustalony na podstawie przywołanych powyżej okoliczności warunek udziału w Postępowaniu **nie ma żadnego przełożenia na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.**

3.30 Co więcej, warunek ten wydaje się zupełnie nie pełnić swojej roli wynikającej z przywołanego powyżej przepisu PZP, w odniesieniu, do którego mówi się przecież o konieczności zachowania proporcji warunku udziału do przedmiotu zamówienia oraz w szczególności wyrażeniu tego warunku jako **minimalnego poziomu zdolności gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.** Na tę kwestię zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o zbliżonym stanie faktyczny, rozstrzygniętej wyrokiem z 4 października 2019 r., sygn. KIO 1859/19: *w stosunku do warunków udziału w postępowaniu zamawiający przy ich opracowaniu powinien kierować się minimalnym poziomem zdolności tj. umożliwić ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy mogliby je należyście wykonać, ponieważ to warunki stanowią barierę wyznaczającą możliwość złożenia przez wykonawcę oferty w ogóle.*

3.31 Ponownie zatem przywołany zapis SIWZ stawia w uprzywilejowanej sytuacji producenta serwisowanego tomografu i jego autoryzowanego przedstawiciela, a jednocześnie wyklucza wykonawców niezależnych od producenta, którzy z powodzeniem świadczą usługi tożsame dla tych będących przedmiotem zamówienia.

3.32 Przykładem potwierdzającym powyższe jest Odwołujący i jego wybrane doświadczenie udokumentowane za pomocą załączników do niniejszego odwołania. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że **usługę będącą przedmiotem zamówienia mogą świadczyć podmioty nie legitymujące się uprawnieniami (certyfikatami) potwierdzonymi przez podmioty wskazane w treści SIWZ.**

Dowód: Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia z 24 lipca 2013 r. wydane przez Zamawiającego (**Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania**).

Poświadczenie z 18 lipca 2016 r. wydane przez 108 Szpital Wojskowy z Przychodnią Sp ZOZ w Ełku (**Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania**).

Poświadczenie należytego wykonania umowy wydane przez Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie (**Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania**).

Poświadczenie należytego wykonania umowy z 11 czerwca 2018 r. wydane przez Mazowiecki Szpital Bródnowski (**Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania**).

Referencje z 11 lutego 2019 r. wydane przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowym Tomysku (**Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania**).

3.33 Z uwagi na powyższe Odwołujący wnioskuje o zmianę kwestionowanych zapisów SIWZ poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami (certyfikatami) potwierdzonymi przez podmiot prowadzący szkolenia dla osób serwisujących urządzenia tożsame do tomografu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu, czyli o usunięcie sformułowania *niezwiązany w żaden sposób z Wykonawcą*. Wykreślenie tego zapisu otworzy Postępowanie na uczciwą konkurencję i pozwoli Zamawiającemu na uzyskanie konkurencyjnych ofert.

3.34 W świetle powyższego, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP (warunki udziału w Postępowaniu) oraz zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 PZP w związku z art. 29 ust. 2 PZP w związku z art. 29 ust. 3 PZP w związku z art. 7 ust. 1 PZP (opis przedmiotu zamówienia) jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie Wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów:

1. Zamawiający przyjmuje zarzuty postawione w odwołaniu i **uznaje odwołanie w całości.**
2. Zamawiający postanawia zmodyfikować zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pakiecie nr 2 – „Usługa serwisowa nad tomografami komputerowymi” z uwzględnieniem zarzutów postanowionych przez firmę Althea Polska Sp. z o.o..
3. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie **wnioskuje o umorzenie postępowania odwoławczego przed KIO** w związku z przyjęciem odwołania w całości.

DYREKTOR
SP ZOZ Zespół Szpitali Miejskich

dr n. ekon. Jerzy Szafranowicz

Gajdoska