

Warszawa, 13 września 2019 roku

Do:

**Prezesa 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

Odwołujący:

Althea Polska Sp. z o.o.
ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów

reprezentowany przez pełnomocnika:

apl. adw. Michała Gajdka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: michal.gajdek@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Usługa serwisowa rezonansu magnetycznego, PET/CT, SPECT/CT wraz ze stacjami opisowymi dla Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie przy ul. Władysława Truchana 7”*, nr sprawy SP ZOZ ZSM/ZP/40/2019, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 169-413251 w dniu 3 września 2019 roku („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 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 substytucyjne z 12 września 2019 roku, które załączam do niniejszego odwołania, niniejszym **zaskarżam czynność** podjętą przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie („**Zamawiający**”) **polegającą na:**

- **określeniu warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Pakietu nr 1 w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję** poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym uprawnienia (rozumiane jako odbycie szkolenia lub upoważnienie do wykonywania czynności serwisowych) autoryzowane przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowanego sprzętu,

- **opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 w sposób nieprecyzyjny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, a także bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych** poprzez wymaganie aby personel wykonujący usługi objęte niniejszym zamówieniem posiadał uprawnienia autoryzowane przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowanego sprzętu, a wykonawca przedłożył certyfikaty imienne dla inżynierów serwisu w tym zakresie,

- **wymaganiu przedłożenia przez wykonawców w zakresie Pakietu nr 1 dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania** w postaci upoważnienia lub innego dokumentu wydanego przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzającego możliwość wykonania czynności serwisowych dla serwisowanego sprzętu,

- **opisaniu przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 w sposób nieprecyzyjny oraz utrudniający uczciwą konkurencję** poprzez brak sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich na wszystkich podzespołach objętych przeglądem.

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

1. **art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez określenie warunków udziału w Pakiecie nr 1 Postępowania w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji **poprzez** wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym uprawnienia (rozumiane jako odbycie szkolenia lub upoważnienie do wykonywania czynności serwisowych) autoryzowane przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowanego sprzętu, **podczas gdy** żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości świadczenia obsługi serwisowej Rezonansu od posiadania jakichkolwiek uprawnień autoryzowanych przez wytwórcę, a na rynku istnieją podmioty, które dają rękojmię

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.).

należytego wykonania zamówienia objętego Pakietem nr 1 Postępowania mimo braku spełniania przez personel wymagań określonych przez Zamawiającego,

2. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności a także w sposób uniemożliwiający rzetelne sporządzenie i wycenę oferty wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie obowiązku posiadania przez osoby realizujące przedmiot zamówienia uprawnień autoryzowanych przez producenta sprzętu oraz certyfikatów imiennych dla inżynierów serwisu, podczas gdy są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do producenta serwisowanych aparatów i faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,
3. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że bezpośredni producent serwisowanych aparatów (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ tylko oni będą w stanie rzetelnie wycenić ofertę w zakresie kosztów zdobycia stosownych uprawnień oraz certyfikatów przez inżynierów serwisujących urządzenia Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanych aparatów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego,
4. **art. 29 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania w sposób wskazujący konkretnie podmiot (tj. wytwórcę aparatów - Siemens), który będzie nadawał uprawnienia (wydawał certyfikaty imienne) dla osób wykonujących czynności serwisowe w imieniu wykonawcy w ramach realizacji umowy z Zamawiającym bez zapewnienia jakiegokolwiek równoważności w tym zakresie i dopuszczenia także innych podmiotów uprawnionych do przeszkolenia tych osób, co dodatkowo stanowi wymaganie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien zezwolić na to, aby osoby serwisujące aparaty Zamawiającego mogły być równie dobrze certyfikowane przez inne podmioty (niekoniecznie tylko przez producenta serwisowanych aparatów) posiadające doświadczenie w szkoleniu osób serwisujących te aparaty lub w świadczeniu obsługi serwisowej wskazanych aparatów,
5. **art. 25 ust. 1 i 2 PZP w zw. z § 2 ust. 1 w zw. z § 13 ust. 1 Rozporządzenia o Dokumentach²** poprzez wymaganie od wykonawców przedłożenia w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania upoważnienia lub innego dokumentu wydanego przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzającego możliwość wykonania czynności serwisowych dla urządzeń wskazanych w niniejszym postępowaniu, podczas gdy dokument ten mógłby co najwyżej być wymagany w celu

² Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 ze zm).

potwierdzenia spełniania warunku w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności, zaś Zamawiający nie sformułował w tym zakresie żadnego warunku udziału, a ponadto (nie)posiadanie upoważnienia wytwórcy sprzętu czy też jego autoryzowanego przedstawiciela nie ma znaczenia dla możliwości prawidłowego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem,

6. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania w sposób nieprecyzyjny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności a także w sposób uniemożliwiający rzetelne sporządzenie i wycenę oferty wskutek braku jednoznacznej informacji odnośnie aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich na wszystkich podzespołach objętych przeglądem, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów), podczas gdy są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do wymagań oraz zaleceń producenta Rezonansu, czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,
7. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu w ten sposób, że producent serwisowanego Rezonansu (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ tylko oni będą w stanie rzetelnie wycenić ofertę w zakresie uwzględnienia w oferowanej cenie kosztów wymaganych (zalecanych) przez producenta aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich na wszystkich podzespołach objętych przeglądem, podczas gdy Zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurowania z producentem serwisowanych aparatów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnoszę o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości.
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** warunku udziału określonego w pkt. 4.4 lit. c) I SIWZ w odniesieniu do Pakietu nr 1 Postępowania

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu **zmiany** warunku udziału w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania określonego w pkt. 4.4 lit. c) I SIWZ poprzez dopuszczenie legitymowania się przez personel, którym dysponuje wykonawca uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Rezonansu, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w

serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Rezonansu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

4. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** pkt. 2.14 SIWZ (*Zamawiający zastrzega, iż przez cały okres trwania umowy, wszelkie czynności związane z serwisem aparatu będą wykonywane wyłącznie przez osoby, które posiadają stosowne uprawnienia autoryzowane przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowanego sprzętu*) w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania oraz pkt. 5.13 lit. b) SIWZ (*certyfikat imienny wystawiony dla inżynierów serwisowych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela producenta przedmiotowego urządzenia na wykonanie opisanych w niniejszym postępowaniu czynności - dotyczy pakietu – dotyczy pakietu 1*)

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu **zmiany** pkt. 2.14 SIWZ oraz pkt. 5.13 lit. b) SIWZ poprzez dopuszczenie legitymowania się przez osoby realizujące zamówienie w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania uprawnieniami (certyfikatami) potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Rezonansu, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Rezonansu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

5. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** pkt. 5.13 lit. a) SIWZ (*upoważnienie lub inny dokument wydany przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzający możliwość wykonania czynności serwisowych dla urządzeń wskazanych w niniejszym postępowaniu – dotyczy pakietu 1*).
6. nakazanie Zamawiającemu **wykreślenia** pkt. 2 tiret 6 załącznika nr 2 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (Oprogramowanie) w zakresie Pakietu nr 1

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu **zmiany** pkt. 2 tiret 6 załącznika nr 2 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (Oprogramowanie) w zakresie Pakietu nr 1 poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich na wszystkich podzespołach objętych przeglądem, do których zobowiązany będzie wykonawca w okresie obowiązywania umowy (tj. ich liczby, zakresu oraz kosztów) wraz ze szczegółowym harmonogramem ich dokonywania oraz zakresu tych aktualizacji, które wykonawcy powinni przyjąć na potrzeby kalkulacji cen ofertowych.

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

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów wydanym na podstawie dyspozycji

art. 11 ust. 8 PZP³, a Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 182 ust. 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 169-413251 w dniu 3 września 2019 roku. 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. 1 PZP.

Jednocześnie, Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 5** do niniejszego odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w ramach Pakietu nr 1 Postępowania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w zakresie świadczenia usługi serwisowej rezonansu magnetycznego wraz ze stacjami opisowymi, może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Pakiecie nr 1 Postępowania. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w Postępowaniu oraz innych dokumentów Postępowania, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości zaoferowania swoich usług w ramach niniejszego zamówienia. Dopiero uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu w ramach Postępowania.

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

³ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2479).

UZASADNIENIE:

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie („**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Usługa serwisowa rezonansu magnetycznego, PET/CT, SPECT/CT wraz ze stacjami opisowymi dla Zespołu Szpitali Miejskich w Chorzowie przy ul. Władysława Truchana 7*” („**Postępowanie**”).
- 1.2. Przedmiotem zamówienia w ramach Pakietu nr 1 Postępowania jest świadczenie usługi zabezpieczenia serwisowego obejmującego przeglądy techniczne okresowe oraz interwencje w przypadku awarii rezonansu magnetycznego Magnetom Avanto wraz z dwoma stacjami opisowymi (dalej zwanych łącznie „**Rezonansem**”). Rezonans został wyprodukowany przez spółkę Siemens.

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

Opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 1 w Postępowaniu (***Załącznik nr 7** do niniejszego odwołania*).

- 1.3. W dokumentacji Postępowania Zamawiający umieścił szereg zapisów uzależniających możliwość złożenia oferty w Pakiecie nr 1, a następnie realizacji zamówienia, od posiadania bezpośrednio przez samego wykonawcę lub jego personel określonych uprawnień nadawanych przez spółkę Siemens lub jej autoryzowanego przedstawiciela. Zostaną one szczegółowo omówione w dalszej części niniejszego odwołania.

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

- 2.1 W kolejnych punktach uzasadnienia niniejszego odwołania, Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą poszczególnych zarzutów.

3. ZARZUTY DOTYCZĄCE KONIECZNOŚCI POSIADANIA PRZEZ PERSONEL REALIZUJĄCY ZAMÓWIENIE UPRAWNIEŃ NADAWANYCH PRZEZ SIEMENS LUB JEGO AUTORYZOWANEGO PRZEDSTAWICIELA

- 3.1 Zgodnie z pkt. 4.4 lit. c) I. SIWZ, Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymaga od wykonawców dysponowania *co najmniej jedną osobą zdolną do wykonania zamówienia, która posiada uprawnienia (odbyła szkolenie/szkolenia) autoryzowane przez*

wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowanego sprzętu lub została zgodnie z art. 90 ust. 4 ustawy z dnia 20 maja 2010r. o wyrobach medycznych (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 175 z późn. zm.) upoważniona przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania okresowych przeglądów/konserwacji/napraw urządzeń. W celu potwierdzenia spełniania wskazanego warunku udziału, Zamawiający oczekuje przedłożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia zawierającego informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień (odbytych szkoleń) i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia (pkt. 5.1 lit. b SIWZ).

- 3.2 Jednocześnie, zgodnie z pkt. 2.14 SIWZ Zamawiający zastrzega, iż przez cały okres trwania umowy, wszelkie czynności związane z serwisem aparatu będą wykonywane wyłącznie przez osoby, które posiadają stosowne uprawnienia autoryzowane przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela serwisowanego sprzętu. W tym celu, Zamawiający wymaga przedłożenia certyfikatu imiennego wystawionego dla inżynierów serwisowych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela producenta przedmiotowego urządzenia na wykonanie opisanych w niniejszym postępowaniu czynności (pkt. 5.13 lit. b) SIWZ).
- 3.3 Z uwagi na tożsamy charakter niniejszych zapisów, sprowadzających się do **uzależnienia możliwości złożenia oferty w Postępowaniu (a następnie wykonywania zamówienia) od posiadania przez personel wykonawcy rozmaitych uprawnień nadawanych wyłącznie przez producenta sprzętu (jego autoryzowanego przedstawiciela)**, Odwołujący przedstawi wspólną argumentację w tym zakresie.

Naruszenie art. 22 ust. 1a PZP

- 3.4 W świetle art. 22 ust. 1a PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
- 3.5 W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - **warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu** (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 roku).
- 3.6 Ponadto, w ocenie Izby, **przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego**

pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. **Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego.** Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 20/18 z 5 czerwca 2018 roku).

- 3.7 W kontekście powyższego, kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu należy uznać za sprzeczny z dyspozycją art. 22 ust. 1a PZP. **Za nieuzasadnione należy bowiem uznać wymaganie Zamawiającego aby personel skierowany do realizacji zamówienia miał być przeszkolony lub upoważniony wyłącznie przez wytwórcę lub jego autoryzowanego przedstawiciela.**
- 3.8 Jak bowiem zaznaczyła KIO w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13, „przepisy art. 90 ust. 3-5 [Ustawy o wyrobach medycznych – przypis Odwołującego] skierowane są do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności”. Ponadto, w przywołanej uchwale podkreślono, iż przepis Ustawy o wyrobach medycznych wskazuje na możliwość wykonania usług serwisowania aparatury medycznej nie tylko przez wytwórcę (podmiot przez niego autoryzowany), ale też **przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami.**
- 3.9 Podobnie w wyroku KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1073/12 wskazano wprost, że Ustawa o wyrobach medycznych „nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę”.
- 3.10 Skoro zaś nie jest zasadne wymaganie posiadania uprawnień nadawanych przez wytwórcę (jego autoryzowanego przedstawiciela) od wykonawcy, to z tych samych względów nie jest zasadne wymaganie analogicznych uprawnień od jego personelu.
- 3.11 Warto przy tym zauważyć, że **Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego wymaga od wykonawców dysponowania personelem przeszkolonem wyłącznie przez wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela) Rezonansu, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w Pakiecie nr 1 Postępowania jest uzasadnione.**
- 3.12 Okoliczność ta jest zaś kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze bowiem, nie istnieje żaden przepis prawa uzależniający możliwość wykonywania usług serwisowych aparatury medycznej od posiadania jakichkolwiek uprawnień wydawanych przez jej wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela).
- 3.13 Po drugie – na rynku obsługi serwisowej aparatury medycznej działają liczni serwisanci, którzy z powodzeniem świadczą usługi tożsame do objętych niniejszym zamówieniem, mimo braku posiadania wymaganych przez Zamawiającego uprawnień. W szczególności, usługi takie

świadczy Odwołujący, ale również inni wykonawcy, tacy jak TQMS Sp. z o.o. z siedzibą w Radzynie Podlaskim, Medikol Solution Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu czy inmed Medizintechnik GmbH z siedzibą w Mainhausen.

Dowód: Listy referencyjne wystawione na rzecz Odwołującego (*Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania*).

Dokumentacja postępowania prowadzonego przez Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie – zadanie 44 (*Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania*).

- 3.14 Powyższe świadczy wprost o tym, że rękojmia należytego wykonania zamówienia nie zależy od posiadania jakichkolwiek uprawnień nadawanych przez wytwórcę Rezonansu (jego autoryzowanego przedstawiciela).
- 3.15 W świetle powyższego, sformułowane przez Zamawiającego wymaganie należy uznać za nadmierne. W związku z tym, Odwołujący postuluje wykreślenie wskazanego warunku udziału w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 3.16 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o zmianę warunku udziału w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia (przy jednoczesnym dopuszczeniu do niego wyłącznie wykonawców dających należyłą rękojmię jego wykonania), poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Rezonansu, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do Rezonansu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

- 3.17 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy SIWZ dotyczące wykonywania usługi przez osoby posiadające *stosowne uprawnienia autoryzowane przez wytwórcę*, a w celu wykazania spełnienia tego obowiązku – przedłożenia *certyfikatu imiennego wystawionego dla inżynierów serwisowych przez wytwórcę są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej*.
- 3.18 Po pierwsze, Zamawiający nie precyzuje **o jakie konkretnie uprawnienia oraz certyfikaty chodzi**. Innymi słowy, aby w ogóle móc złożyć ofertę w Postępowaniu, konieczne jest **uprzednie zwrócenie się do producenta sprzętu** z prośbą o przekazanie wyczerpującej informacji dotyczącej wszystkich wydawanych przez niego uprawnień oraz certyfikatów w zakresie serwisowania Rezonansu.

- 3.19 Tym samym, Zamawiający wbrew obowiązkowi nałożonemu na niego z mocy art. 29 ust. 1 PZP (*przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*) odsyła zainteresowanych wykonawców, tak naprawdę, do producenta Rezonansu (jego autoryzowanego przedstawiciela).
- 3.20 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 opisanie przedmiotu zamówienia**.
- 3.21 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień SIWZ stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 PZP. Zamawiający wymaga bowiem faktycznie od każdego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wystąpienia (przed złożeniem oferty w Postępowaniu) ze stosownym pismem do producenta serwisowanego Rezonansu z prośbą o wskazanie możliwych do uzyskania przez inżynierów uprawnień oraz certyfikatów (a także ich kosztów).
- 3.22 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych aparatów nie będzie miało przy tym charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym, **ryzyko np. konieczności uzyskania dodatkowych uprawnień i certyfikatów dla inżynierów będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń**.
- 3.23 Przy obecnym zatem brzmieniu SIWZ wykonawca taki jak Odwołujący (którego intencją jest złożenie oferty w Postępowaniu) stawiany jest przed dylematem: (i) założyć margines dodatkowych kosztów w zakresie w którym Zamawiający w zasadzie nie sprecyzował przedmiotu zamówienia (wtedy jego szansa na uzyskanie zamówienia znacząco się obniża, ponieważ oferta traci na swojej konkurencyjności), (ii) nie uwzględniać jakichkolwiek ryzyk w powyższym zakresie i złożyć konkurencyjną cenową ofertę (wtedy jednak ryzyko niedoszacowania kosztów realizacji umowy z Zamawiającym znacząco wzrasta). **Co oczywiste, żadne z powyższych nie stanowi równego traktowania wykonawców, wymaganego zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP.**
- 3.24 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*.

Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP

- 3.25 Ponadto, w ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ **stawiają w uprzywilejowanej sytuacji producenta Rezonansu oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane (np. Siemens Healthcare Sp. z o.o.)**.
- 3.26 Co oczywiste bowiem, podmioty te będą posiadały nieograniczony wręcz dostęp do personelu „uprawnionego” i „certyfikowanego” przez wytwórcę Rezonansu.
- 3.27 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**).
- 3.28 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) inżynierów będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 3.29 Wreszcie, nawet jeżeli jakimkolwiek innemu wykonawcy uda się uzyskać przedmiotowe zamówienia (pomimo istnienia oczywistej przewagi dla producenta serwisowanych aparatów), to już na etapie realizacji umowy z Zamawiającym, przy obecnym brzmieniu OPZ, wykonawca ten i tak narażony będzie na ryzyko poniesienia większych (nieplanowanych) kosztów, gdyż każdorazowo to wyłącznie od producenta 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**).
- 3.30 W tym miejscu warto dodatkowo wskazać, że formułując przedmiotowe wymaganie **Zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł wykonywać na jego rzecz usługę, producentowi aparatu**.
- 3.31 Zgodnie z wyrokiem KIO z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17: *takie ukształtowanie wymagań przez Zamawiającego dotyczące zarówno wymagania posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia oświadczenia producenta określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejęciu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której to producent sprzętu będzie decydował o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Prowadzi to do wniosku, na co również wskazywał Odwołujący, że to nie Zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów*

udziela stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

- 3.32 Co istotne, Zamawiający w żaden sposób nie precyzuje o jakie konkretnie uprawnienia oraz certyfikaty mu chodzi – co prowadzi do wniosku, że **producent sprzętu będzie uprawniony do wymagania od inżynierów wykonawcy** posiadania coraz to nowych uprawnień oraz legitymowania się kolejnymi certyfikatami, a wykonawca będzie zmuszony się temu podporządkować.
- 3.33 Nie bez znaczenia pozostaje też sam koszt uzyskania stosownych „uprawnień”, których wartość nie jest znana i jest w pełni uzależniona od **dyskrecjonalnej decyzji producenta aparatów**. W tym zakresie nie można też wykluczyć, że producent aparatów będzie, przykładowo, prowadził szkolenia poza granicami Polski, co może stanowić istotny czynnik wpływający na koszty przeszkolenia inżynierów.
- 3.34 Co istotne, wymóg posiadania *uprawnień autoryzowanych przez wytwórcę sprzętu* obowiązuje przez cały czas trwania umowy serwisowej, tj. przez okres 12 miesięcy. Tymczasem, szkolenia przeprowadzane przez producenta 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 producent w ogóle przeprowadza takie szkolenia dla pracowników konkurencyjnych podmiotów.**
- 3.35 Powyższe oznacza, że **producent Rezonansu będzie miał decydujący wpływ w zakresie możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia**. Wystarczy bowiem, że szkolenie (certyfikat, zaświadczenie) inżyniera wykonawcy „wygaśnie” (bądź nawet nigdy nie zostanie wydane) aby stwierdzić nienależyte wykonywanie przez niego umowy zawartej w wyniku Postępowania.
- 3.36 W ocenie Odwołującego taka sytuacja jest niedopuszczalna - **możliwość należytego wykonania zamówienia nie powinna bowiem zależeć od decyzji podmiotu trzeciego niezainteresowanego realizacją zamówienia** zwłaszcza, że z powyższym mogą wiązać się dla wykonawcy istotne konsekwencje **daleko wykraczające poza tę konkretną umowę zawartą w trybie PZP** (przesłanki fakultatywne wykluczenia związane z nienależytym wykonaniem umów z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 PZP).
- 3.37 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień SIWZ stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 PZP a zapewnienie realnej konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez uwzględnienie żądań Odwołującego i **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń.**

Naruszenie art. 29 ust. 3 PZP

- 3.38 Co więcej, zaskarżone zapisy SIWZ naruszają dodatkowo 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.
- 3.39 Skoro więc Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że konieczne jest **posiadanie uprawnień (certyfikatów imiennych) wydawanych przez określony podmiot - producenta aparatu**, to powinien również zezwolić na legitymowanie się stosownymi uprawnieniami (certyfikatami) nadawanymi przez inne podmioty posiadające odpowiednie doświadczenie (np. 2 letnie) w szkoleniu osób serwisujących omawiane aparaty.
- 3.40 Z uwagi na wszystkie przywołane powyżej okoliczności, Odwołujący postuluje wykreślenie wskazanych zapisów SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 3.41 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o zmianę kwestionowanych zapisów SIWZ poprzez dopuszczenie legitymowania się uprawnieniami (certyfikatami) potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Rezonansu, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamych do Rezonansu od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

4. ZARZUT DOTYCZĄCY KONIECZNOŚCI PRZEDŁOŻENIA DOKUMENTU POTWIERDZAJĄCEGO MOŻLIWOŚĆ WYKONANIA PRZEZ WYKONAWCĘ CZYNNOŚCI SERWISOWYCH REZONANSU

- 4.1 Niezależnie od opisanych powyżej dokumentów w zakresie uprawnień wymaganych od personelu skierowanego do realizacji zamówienia, zgodnie z pkt. 5.13 lit. a) SIWZ Zamawiający wymaga przedłożenia również *upoważnienia lub innego dokumentu wydanego przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela producenta potwierdzającego możliwość wykonania czynności serwisowych dla urządzeń wskazanych w niniejszym postępowaniu*.
- 4.2 Co przy tym istotne, Zamawiający wyraźnie odróżnia wskazany dokument od certyfikatów wystawionych dla inżynierów serwisowych (opisanych w pkt. 5.13 lit. b) SIWZ). Jak się więc wydaje, przedmiotowy dokument ma dotyczyć uprawnień posiadanych przez samego wykonawcę, a nie przez jego personel.
- 4.3 Zamawiający jednak **nie wskazał o jaki dokładnie dokument chodzi** ani też w jakim celu wymaga jego złożenia.
- 4.4 W odniesieniu do powyższego, należy przede wszystkim wskazać, że **upoważnienie wydawane przez wytwórcę Rezonansu lub jego autoryzowanego przedstawiciela niewątpliwie stanowi dokument podmiotowy** (potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności, a nie przedmiotowy (potwierdzający spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zamawiającego).

- 4.5 Zważywszy zaś na fakt, że **Zamawiający nie sformułował w tym zakresie żadnego warunku udziału, już tylko z tego powodu żądanie przez niego przedłożenia wskazanego dokumentu jest bezzasadne.**
- 4.6 Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, w ślad za uzasadnieniem zawartym w pkt. 3. niniejszego odwołania, że Zamawiający po raz kolejny w sposób nieuprawniony zrzeka się roli gospodarza Postępowania i pozostawia istotne decyzje o jego kształcie wytwórcy Rezonansu. To bowiem wytwórca (jego autoryzowany przedstawiciel) będzie wyłącznie uprawniony do wydania upoważnienia lub innego dokumentu dla wszystkich wykonawców chcących złożyć ofertę w Postępowaniu.
- 4.7 Ponadto, Odwołujący ponownie wskazuje, że **(nie)posiadanie upoważnienia wytwórcy sprzętu czy też jego autoryzowanego przedstawiciela nie ma znaczenia dla możliwości prawidłowego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem.**
- 4.8 Z uwagi na powyższe, nawet gdyby uznać, że legitymowanie się bliżej nieokreślonym *upoważnieniem* wystawionym przez wytwórcę sprzętu ma świadczyć o spełnianiu bliżej nieokreślonych *wymagań* Zamawiającego co do świadczonej na jego rzecz usługi (z czym Odwołujący oczywiście się nie zgadza), to i tak byłoby to oczekiwanie bezcelowe i niezwiązane z przedmiotem zamówienia objętym Pakietem nr 1 Postępowania.
- 4.9 Z powyższych względów, żądanie przez Zamawiającego złożenia wskazanego dokumentu należy uznać za sprzeczne z art. 25 ust. 1 oraz 2 PZP a także z zapisami Rozporządzenia o Dokumentach. Z tego względu, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wskazanego zapisu SIWZ.

5. ZARZUTY DOTYCZĄCE OBOWIĄZKU WYKONYWANIA AKTUALIZACJI SYSTEMU OPERACYJNEGO ORAZ APLIKACJI KLIENCKICH NA WSZYSTKICH PODZESPOŁACH OBJĘTYCH PRZEGLĄDEM

- 5.1 Zgodnie z pkt. 2 tiret 6 załącznika nr 2 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (Oprogramowanie), w zakresie Pakietu nr 1 Zamawiający oczekuje od wykonawców wykonania *wymaganych aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich na wszystkich podzespołach objętych przeglądem, a w razie konieczności reinstalacji systemu operacyjnego i aplikacji klienckich oraz bazy danych.*
- 5.2 W pierwszej kolejności, należy zaznaczyć, że sam zakres powyższej definicji może budzić pewne wątpliwości, ze względu na swoją niejednoznaczność. **Zamawiający nie sprecyzował bowiem w wyraźny sposób przez kogo i z uwagi na jakie względy mają być *wymagane* aktualizacje, do wykonania których zobowiązany będzie serwisant.** Można jedynie domniemywać (biorąc pod uwagę brzmienie kolejnego tiretu), że chodzi o **aktualizacje *wymagane i zalecane* przez producenta Rezonansu.**
- 5.3 Tymczasem, powyższe jest niezwykle istotne, bowiem aktualizacje oprogramowania można podzielić na dwie grupy: (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz (ii) aktualizacje służące rozwojowi sprzętu (dodanie nowych funkcji, itp).

- 5.4 Zgodnie zaś z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych⁴, to wytwórca (a nie serwisant) jest obowiązany zapewnić, że autoryzowany przedstawiciel oraz każdy inny podmiot upoważniony przez wytwórcę do działania w jego imieniu w sprawach incydentów medycznych i w sprawach dotyczących bezpieczeństwa wyrobu będą realizowali zewnętrzne działania korygujące dotyczące bezpieczeństwa - Field Safety Corrective Action.
- 5.5 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Rezonansu) jest ustawowo **zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji (w tym aktualizacji systemu operacyjnego oraz aplikacji klienckich)**. *A contrario*, można stwierdzić, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie dokonywanie i zainstalowanie **wyłącznie innych aktualizacji, o nieokreślonym bliżej zakresie. Jediną wskazówką pozostaje bowiem bliżej nieokreślone wymaganie [producenta sprzętu]**.
- 5.6 Tym samym, **aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanego Rezonansu mogą nie mieć żadnego znaczenia z punktu widzenia bezpieczeństwa jego użytkowania** a mimo to, mogą (zgodnie z brzmieniem SIWZ) okazać się konieczne do wykonania nawet jeżeli będą dotyczyły zupełnie błałych zagadnień.
- 5.7 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanych zapisów OPZ z art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP.

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

- 5.8 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy OPZ dla Pakietu nr 1 **są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej**.
- 5.9 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat **liczby płatnych aktualizacji urządzenia** wymaganych (zalecanych) przez producenta Rezonansu, 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 serwisowanych aparatów).
- 5.10 **Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiekolwiek dane dotyczące tego ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w tym czasie i jakie zostaną wobec nich sformułowane wymagania (zalecenia) producenta.**

⁴ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz 211, ze zm.).

- 5.11 Tym samym, Zamawiający po raz kolejny w istocie odsyła zainteresowanych wykonawców do producenta serwisowanych urządzeń (jego wymagań oraz zaleceń). W odniesieniu do powyższego, Odwołujący pragnie powołać się na o argumentację przedstawioną w pkt. 3.16-3.23 niniejszego odwołania.

Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP

- 5.12 Ponadto, w ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ w sposób wyraźny utrudniają uczciwą konkurencję w Postępowaniu, ponieważ po raz kolejny w **uprzywilejowanej sytuacji stawiają producenta serwisowanych urządzeń oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane**. Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji oraz ich kosztu.
- 5.13 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 Rezonansu). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców** (zgodnie z argumentacją zaprezentowaną w pkt. 3.24 – 3.36 niniejszego odwołania).
- 5.14 Podsumowując, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia poza samym producentem serwisowanych urządzeń (lub spółkami z nim powiązanymi) **żaden z innych wykonawców nie jest w stanie precyzyjnie ustalić zatem zakresu swojego świadczenia, ani tym bardziej go wycenić** (art. 29 ust. 1 PZP). Jedynymi podmiotami faworyzowanymi przez takie ukształtowanie zapisów SIWZ pozostają zatem podmioty z grupy kapitałowej Siemens (art. 29 ust. 2 PZP).
- 5.15 W związku z powyższym, z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia ile i jakie aktualizacje będą niezbędne w okresie 12 miesięcy realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkowania serwisowanego Rezonansu, Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 5.16 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

6. WNIOSEK KOŃCOWY

- 6.1 Wnoszę jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego

apl. adw. Michał Gajdek

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla p. Agnieszki Weiner.
- 3) Pełnomocnictwo od Odwołującego dla apl. adw. Michała Gajdka.
- 4) Dowód uiszczenia opłat skarbowych od pełnomocnictw.
- 5) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 6) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
- 7) Opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr 1 w Postępowaniu.
- 8) Listy referencyjne wystawione na rzecz Odwołującego.
- 9) Dokumentacja postępowania prowadzonego przez Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie – zadanie 44
- 10) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.