

Warszawa, 20 września 2019 roku

Do:

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

Zamawiający:

Centrum Onkologii-Instytut
im. Marii Skłodowskiej-Curie
ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa
e-mail: danuta.filipiak@coi.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 na „*Świadczenie pogwarancyjnych usług serwisowych aparatury firmy GE i Philips z wyposażeniem dla Centrum Onkologii – Instytutu*”, znak PN-198/19/DF, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 174-424385 w dniu 10 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 19 września 2019 roku, które załączam do niniejszego odwołania, **zaskarżam czynność podjętą przez** Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie (adres: ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa) („**Zamawiający**”) **polegającą na:**

- **opisaniu przedmiotu zamówienia w ramach Pakietu nr 1 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji** poprzez objęcie jednym pakietem świadczenia usług serwisowania pogwarancyjnego (i) tomografu komputerowego z wyposażeniem Revolution Evo, (ii) tomografu do planowania radioterapii Discovery RT, (iii) tomografu komputerowego z wyposażeniem Hispeed DXI/PLUS oraz (iv) tomografu/symulatora z wyposażeniem Discovery CT590 RT (dalej łącznie „**Tomografy**”), a także oprogramowania DoseWatch oraz 139 innych urządzeń (dalej łącznie jako „**Pozostałe Urządzenia**”)

a w konsekwencji również na sformułowaniu w sposób nieproporcjonalny w stosunku do prawidłowo opisanego przedmiotu zamówienia wymagań w zakresie (i) wysokości wadium, (ii) sumy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz (ii) warunku udziału w zakresie doświadczenia w realizacji podobnych do objętych przedmiotem zamówienia usług,

- **opisaniu przedmiotu zamówienia w ramach Pakietu nr 1 w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji** poprzez wymaganie w ramach świadczenia usług serwisowania pogwarancyjnego Tomografów przeprowadzania aktualizacji oprogramowania zwiększających ich produktywność i funkcjonalność,

- **określeniu warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Pakietu nr 1 w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję** poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym określone przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenie zawodowe (rozumiane jako stałe szkolenie w zakresie najnowszych rozwiązań, modyfikacji, zmian oprogramowania, potwierdzone przez producenta sprzętu medycznego certyfikatem z okresu ostatnich 2 lat),

- **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 określone przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenie zawodowe (rozumiane jako stałe szkolenie w zakresie najnowszych rozwiązań, modyfikacji, zmian oprogramowania, potwierdzone przez producenta sprzętu medycznego certyfikatem z okresu ostatnich 2 lat),

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

- wymaganiu złożenia przez wykonawców w zakresie Pakietu nr 1 oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia Postępowania w postaci (i) oświadczenia o posiadaniu określonych przez producenta sprzętu medycznego kodów dostępu oraz kluczy serwisowych najnowszych oprogramowań serwisowych oraz (ii) oświadczenia o posiadaniu umowy licencyjnej uprawniającej do dysponowania kluczami oraz kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia.

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36aa ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty w Pakiecie nr 1 wykonawcom innym niż podmioty świadczące usługi serwisowania wszystkich urządzeń nim objętych, **podczas gdy** w przypadku gdyby usługa serwisowania Tomografów została wydzielona do odrębnego pakietu (pakietów), to ofertę na tę usługę mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący), zaś nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące łączne udzielenie zamówienia na serwisowanie Tomografów oraz Pozostałych Urządzeń,
2. **art. 29 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36aa ust. 1 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty w Pakiecie nr 1 wykonawcom innym niż producent serwisowanych Tomografów (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) wskutek objęcia wskazanym Pakietem również serwisowania oprogramowania do kontroli dawki promieniowania DoseWatch, **podczas gdy** w przypadku gdyby usługa serwisowania Tomografów została wydzielona do odrębnego pakietu (pakietów), to ofertę na tę usługę mogliby złożyć również inni wykonawcy (w tym również Odwołujący), zaś nie istnieją uzasadnione względy techniczne nakazujące łączne udzielenie zamówienia na serwisowanie Tomografów oraz oprogramowania do kontroli dawki promieniowania DoseWatch,
3. **art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 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 oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografów (tj. ich maksymalnej liczby, zakresu oraz kosztów), **podczas gdy** są to okoliczności mające istotny wpływ na sporządzenie oferty a Zamawiający nie przedstawił żadnej informacji w powyższym zakresie, odsyłając wykonawców do zaleceń producenta Tomografów czym faktycznie przekazał mu pełną swobodę w zakresie ustalenia istotnych okoliczności mających wpływ na zaoferowane w Postępowaniu ceny,
4. **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 serwisowanych Tomografów (lub podmioty bezpośrednio z nim powiązane) będą miały korzystniejszą pozycję w Postępowaniu w stosunku do innych wykonawców, ponieważ

tylko oni będą w stanie rzetelnie wycenić ofertę w zakresie uwzględnienia w oferowanej cenie kosztów aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografów, **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,

5. **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 określone przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenie zawodowe (rozumiane jako stałe szkolenie w zakresie najnowszych rozwiązań, modyfikacji, zmian oprogramowania, potwierdzone przez producenta sprzętu medycznego certyfikatu z okresu ostatnich 2 lat), **podczas gdy** żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości świadczenia obsługi serwisowej Tomografów od posiadania kwalifikacji i doświadczenia zawodowego określonych przez wytwórcę i bycia przeszkolonym wyłącznie przez niego, a na rynku istnieją podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia w zakresie świadczenia obsługi serwisowej Tomografów mimo braku spełniania przez personel wymagań określonych przez Zamawiającego,
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 obowiązku posiadania przez osoby realizujące przedmiot zamówienia określonych przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenia zawodowego (rozumiane jako stałe szkolenie w zakresie najnowszych rozwiązań, modyfikacji, zmian oprogramowania), **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,
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 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 przeszkoleń 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,
8. **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 - GE), który będzie nadawał uprawnienia (wydawał certyfikaty przeszkolenia) dla osób wykonujących czynności serwisowe w imieniu wykonawcy w ramach realizacji umowy z

Zamawiającym bez zapewnienia jakiejkolwiek 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,

9. **art. 25 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z § 13 ust. 1 Rozporządzenia o Dokumentach**² poprzez wymaganie od wykonawców złożenia w formularzu ofertowym w zakresie Pakietu nr 1 Postępowania (i) oświadczenia o posiadaniu określonych przez producenta sprzętu medycznego kodów dostępu oraz kluczy serwisowych najnowszych oprogramowań serwisowych oraz (ii) oświadczenia o posiadaniu umowy licencyjnej uprawniającej do dysponowania kluczami oraz kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia, **podczas gdy** dysponowanie kodami dostępu oraz kluczami serwisowania jest konieczne dopiero na etapie realizacji umowy, zaś wcześniejsze ich nabycie jest bezcelowe, bowiem są one przeznaczone do urządzenia medycznego o konkretnym numerze seryjnym, co powoduje niemożność ich wykorzystania w przypadku braku uzyskania przez wykonawcę realizacji zamówienia objętego Pakietem nr 1 Postępowania.

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

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości.
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** zakresu zamówienia objętego Pakietem nr 1 poprzez wydzielenie usług serwisowania pogwarancyjnego Tomografów (bez oprogramowania DoseWatch) do odrębnego pakietu

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** zakresu zamówienia objętego Pakietem nr 1 poprzez wydzielenie usług serwisowania pogwarancyjnego każdego z Tomografów do odrębnego pakietu

i w każdym przypadku:

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).

nakazanie Zamawiającemu dokonania **zmiany** w zakresie pakietu obejmującego usługę serwisowania Tomografów (lub wszystkich pakietów obejmujących usługę serwisowania każdego z Tomografów) poprzez stosowne dostosowanie wymagań w zakresie:

- (i) wysokości wadium określonej w Rozdziale XVII ust. 1 SIWZ – ograniczając je do maksymalnego możliwego poziomu wynikającego z art. 45 ust. 4 PZP,
- (ii) sumy wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej określonej w Rozdziale XXIV ust. 4 SIWZ oraz w pkt. 24 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – ograniczając ją do poziomu 2 mln zł oraz
- (iii) warunku udziału określonego w Rozdziale IX ust. 3 lit. a) SIWZ – nadając mu następujące brzmienie: *„Warunek powyższy zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał minimum dwie usługi serwisowe tomografów komputerowych produkcji GE o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 500 000 PLN.*

4. nakazanie Zamawiającemu w zakresie Pakietu nr 1 **wykreślenia** z pkt. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia następującego fragmentu: „[wykonywanie] *aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność*” oraz **wykreślenia** z § 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – Wzór umowy następującego fragmentu: *„uaktualnianie oprogramowania”*

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu w zakresie Pakietu nr 1 dokonania **zmiany** w treści pkt. 2 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu oraz § 3 Załącznika nr 7 do SIWZ – Wzór umowy poprzez doprecyzowanie wymagań w zakresie aktualizacji oprogramowania zwiększających produktywność i funkcjonalność Tomografów, 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.

5. nakazanie Zamawiającemu w zakresie Pakietu nr 1 **wykreślenia** z Rozdziału IX ust. 3 lit. b) SIWZ następującego fragmentu: [osoby wskazane w wykazie osób (min. 1 osoba) *posiadają określone przez wytwórcę sprzętu kwalifikacje i doświadczenie zawodowe (personel serwisowy stale szkolony w zakresie najnowszych rozwiązań, modyfikacji, zmian oprogramowania, potwierdzone przez producenta sprzętu medycznego certyfikatem z ostatnich 2 lat)*] oraz **wykreślenia** pkt. 22 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu w zakresie Pakietu nr 1 dokonania **zmiany** treści Rozdziału IX ust. 3 lit. b) SIWZ oraz pkt. 22 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie legitymowania się przez osoby realizujące zamówienie certyfikatami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od wytwórcy Tomografów, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu tomografów komputerowych produkcji GE od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

6. nakazanie Zamawiającemu w zakresie Pakietu nr 1 dokonania **zmiany** treści Załącznika nr 6 do SIWZ – Formularz ofertowy w zakresie pkt. 7 (*Oświadczamy, że posiadamy określone przez producenta sprzętu medycznego instrukcje serwisowe, procedur, kodów dostępu w tym klucze serwisowe najnowszych oprogramowań serwisowych, zestawy narzędzi zalecanych przez producenta aparatury do wykonywania czynności, które zgodnie z instrukcją używania sprzętu medycznego nie mogą być wykonane przez użytkownika sprzętu*) oraz pkt. 7 (*Oświadczamy, że posiadamy umowę licencyjną uprawniającą nas do dysponowania kluczami oraz kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia na okres: (podać okres obowiązywania umowy) oraz zobowiązujemy się do przedstawienia dokumentów potwierdzający legalność nabycia kluczy i kodów serwisowych najpóźniej w dniu zawarcia z nami umowy o zamówienie publiczne.*) **poprzez** odniesienie treści obu oświadczeń do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie do momentu złożenia oferty w Pakiecie nr 1 Postępowania.
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 174-424385 w dniu 10 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).

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).

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, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w zakresie usługi serwisowej Tomografów, może doznać uszczerbku.

Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący zamierzał złożyć ofertę w Postępowaniu w zakresie świadczenia usługi serwisowej Tomografów. Tymczasem, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu nr 1, Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości zaoferowania swoich usług w tym zakresie. Dopiero uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu w zakresie świadczenia usługi serwisowej Tomografów.

Ponadto, również obecne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy w świadczenia usługi obsługi serwisowej Tomografów, a także sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału powoduje, że Odwołujący został w sposób niezasadny pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

Dopiero więc uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie konkurencyjnej wobec producenta sprzętu (podmiotów z nim bezpośrednio powiązanych) oferty w ramach obsługi serwisowej Tomografów.

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

UZASADNIENIE:

1. STAN FAKTYCZNY

- 1.1 Centrum Onkologii-Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie („Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie pogwarancyjnych usług serwisowych aparatury firmy GE i Philips z wyposażeniem dla Centrum Onkologii –Instytutu” („Postępowanie”).
- 1.2 Przedmiotem zamówienia w ramach Pakietu nr 1 Postępowania jest świadczenie przez okres 36 miesięcy obsługi serwisowej (i) tomografu komputerowego z wyposażeniem Revolution Evo (poz. 122), (ii) tomografu do planowania radioterapii Discovery RT (poz. 123), (iii) tomografu komputerowego z wyposażeniem Hispeed DXI/PLUS (poz. 124) oraz (iv) tomografu/symulatora z wyposażeniem Discovery CT590 RT (poz. 126) (dalej łącznie „Tomografy”), a także oprogramowania DoseWatch oraz 139 innych urządzeń (dalej łącznie jako „Pozostałe Urządzenia”) będących w posiadaniu Zamawiającego.

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

Załącznik nr 1.1A do SIWZ – Formularz ofertowy w zakresie Pakietu nr 1 (*Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania*).

2. ZARZUTY DOTYCZĄCE NIEPRAWIDŁOWEGO OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA WSKUTEK BRAKU PODZIAŁU ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI

- 2.1 Na wstępie należy zauważyć, że podział zamówienia na części sugeruje art. 46 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE⁴. Stanowi on, że zamawiający mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić wielkość i przedmiot takich części. Co istotne, jeżeli zamawiający nie dokonają takiego podziału, winni są wskazać najważniejsze powody takiej decyzji, które zamieszczają w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu.
- 2.2 Podobnie, art. 36aa ust. 1 PZP wskazuje, że zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, określając zakres i przedmiot tych części. Regulacji tej nie należy jednak odczytywać w oderwaniu od innych przepisów PZP. Uprawnienie zamawiającego w tym zakresie będzie bowiem niejednokrotnie przekształcało się w obowiązek podziału zamówienia na części, w sytuacji w której brak takiego podziału będzie naruszał konkurencję między wykonawcami zainteresowanymi danym zamówieniem.
- 2.3 Z uwagi na powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 1022/18) jednoznacznie wskazała, iż zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części, o ile nie wystąpią szczególne okoliczności, które uzasadniają brak takiego podziału.
- 2.4 Warto przy tym podkreślić, iż **ocenie przez pryzmat zachowania konkurencyjności w postępowaniu podlega nie tylko sama decyzja zamawiającego, co do podziału przedmiotu zamówienia na części, ale także zakres poszczególnych pakietów**. Podział zamówienia na części nie jest bowiem celem samym w sobie, ale służy umożliwieniu udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów, tak aby zamawiający mógł uzyskać jak najbardziej konkurencyjną ofertę.
- 2.5 Jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2165/11) naruszenie zasady uczciwej konkurencji może być wynikiem takiej konfiguracji przedmiotów np. w ramach danego pakietu, że ich łączne zaoferowanie jest możliwe przez jednego wykonawcę, dla pozostałych zaś wykonawców jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.
- 2.6 Należy zatem zaznaczyć, iż każdorazowo zamawiający powinien podzielić zamówienie na tyle części, na ile będzie to uzasadnione z uwagi na specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Co

⁴ Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze. zm.

przy tym istotne, decyzja co do zakresu wydzielonych części nie może być arbitralna, a wręcz przeciwnie – musi być uzasadniona uwarunkowaniami technicznymi, bądź innymi okolicznościami, które wskazywałyby, iż inne ukształtowanie poszczególnych pakietów wiązałoby się ze znacznymi trudnościami w realizacji zamówienia lub ponoszeniem dodatkowych kosztów.

2.7 **W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że w niniejszym Postępowaniu, zakres wydzielonego przez Zamawiającego Pakietu nr 1 nie znajduje żadnego racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.**

2.8 W jednym pakiecie zostały bowiem zawarte urządzenia:

- a) o zupełnie innym charakterze oraz przeznaczeniu – począwszy od stosunkowo nieskomplikowanych urządzeń takich jak drukarka klisz laserowa czy klimatyzator aż po zaawansowaną aparaturę medyczną jak rezonanse magnetyczne czy tomografy komputerowe,
- b) umieszczone w różnych lokalizacjach i będące wyposażeniem różnych oddziałów – począwszy od placówki Zamawiającego przy ulicy Wawelskiej aż do Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii na Ursynowie,
- c) wyprodukowane przez różnych producentów - nie tylko przez spółkę GE, lecz również również produkcji firm takich jak Eaton, Fujitsu czy Kodak/Carestre,
- d) mające być serwisowane w innym czasie - nie tylko od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale również począwszy od grudnia 2019 (poz. 103-114) czy wręcz od września 2020 (poz. 115-116)

2.9 Powyższe powoduje, że istnieje wiele wykonawców, którzy z uwagi na wadliwie sformułowany zakres pakietów określonych przez Zamawiającego, nie będą mogli złożyć oferty w Postępowaniu.

2.10 **Przechodząc do okoliczności objętych bezpośrednio niniejszym odwołaniem, należy wskazać, że gdyby Zamawiający dokonał wydzielenia obsługi serwisowej Tomografów (lub każdego z Tomografów z osobna) do odrębnego pakietu, to Odwołujący mógłby złożyć ofertę w tym zakresie, a później należycie realizować zawartą umowę – w czym posiada bogate doświadczenie.**

Dowód: Listy referencyjne w zakresie serwisowania tomografów komputerowych produkcji GE wystawione na rzecz Odwołującego (*Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania*)

2.11 Pozostawiając zapisy SIWZ dotyczące zakresu Pakietu nr 1 w obecnym kształcie, zamyka się natomiast dostęp do uzyskania zamówienia na obsługę Tomografów wykonawcom, którzy nie świadczą usług serwisowych w zakresie Pozostałych Urządzeń (w tym Odwołującemu). Co

równie istotne, pozbawia się również szansy na serwisowanie Pozostałych Urządzeń tych wykonawców, którzy nie świadczą obsługi serwisowej Tomografów.

- 2.12 **Zwrócić należy przy tym uwagę na fakt, że inni zamawiający dokonywali już zakupu tożsamych usług, wydzielając usługę serwisowania poszczególnych urządzeń medycznych lub ich grup (np. Tomografów) do odrębnego postępowania bądź pakietu.** Jako przykład można podać postępowania, w których to przy zbliżonym przedmiocie zamówienia, postępowania zostały podzielone na liczne części (rekordowo – aż 179 części), co pozwoliło zamawiającym otrzymać konkurencyjne oferty dotyczące serwisowania poszczególnych urządzeń.

Dowód: Formularz cenowy obejmujący 179 części zamówienia w postępowaniu na obsługę serwisową sprzętu medycznego prowadzonym przez Szpital im. Dr. Jurasza w Bydgoszczy (znak postępowania NLZ.2018.271.42) (*Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania*)

Informacja z otwarcia ofert obejmujących 62 części zamówienia w postępowaniu na obsługę serwisową sprzętu medycznego prowadzonym przez SZOZ nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu (znak postępowania ADZP-381-55/18) (*Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania*)

- 2.13 **Należy więc podkreślić, iż decyzja Zamawiającego dotycząca braku wydzielenia usługi dot. Tomografów do odrębnego pakietu (pakietów) nie odnosi się w żaden sposób do kosztów, trudności technicznych czy też koordynacji działań wykonawców** – skoro inni zamawiający mogą dokonać i dokonują wydzielenia tożsamego zamówienia do odrębnego postępowania bądź pakietu, to uczynić może to również Zamawiający. Jak się wydaje, Zamawiający w tym zakresie kierował się wyłącznie opacznie rozumianą własną wygodą, chcąc zawrzeć umowę na obsługę serwisową wszystkich 143 urządzeń z jednym wykonawcą.
- 2.14 Dlatego też, za niezasadne należy uznać stworzenie opisu przedmiotu zamówienia, który poprzez brak rozdzielenia świadczenia obsługi serwisowej Tomografów oraz Pozostałych Urządzeń, utrudnia uczciwą konkurencję i niezasadnie blokuje dostęp do zamówienia Odwołującemu.
- 2.15 **Na marginesie, nie sposób nie zauważyć, że każdy Tomograf oraz Pozostałe Urządzenia stanowią odrębne aparaty, które mogą działać (oraz być serwisowane) zupełnie niezależnie od siebie.** Stanowi to wprost o tym, że przedmiot Pakietu nr 1 jest podzielny, co w istocie zobowiązuje Zamawiającego do dalszego podziału tego pakietu na części i sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie czynił zadość wszystkim zasadom wynikającym z przepisów PZP, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.
- 2.16 Prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest przy tym jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wyrażona w art. 29 ust. 2 PZP zasada, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można

opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ma chronić ową uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia na równych i uczciwych zasadach dla wszystkich zainteresowanych.

- 2.17 Warto przy tym wskazać, że w analogicznym stanie faktycznym, w wyroku z dnia 22 września 2017 roku (sygn. akt KIO 1910/17) **Izba nakazała wydzielenie konkretnych pozycji z jednego pakietu do osobnej części**, wskazując, że *brak możliwości składania ofert częściowych uniemożliwił innym wykonawcom, posiadającym w ofercie produkty wskazane w tych pozycjach, ubieganie się udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakresie dotyczącym tych produktów.*
- 2.18 Podobnie, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2018/16), pomimo iż przedmiotem zamówienia była wręcz dostawa tego samego rodzaju urządzeń – defibratorów, Izba nakazała wydzielenie każdego typu defibratora do odrębnego postępowania. Jak wskazała Izba *argument Zamawiającego o chęci osiągnięcia efektu skali i w jej efekcie korzystniejszej ceny należy uznać za chybiony, wobec potwierdzenia przez Odwołującego dowodami z rozprawy, że tak pierwotnie, jak i po zmianie z 04.11.2016 r., w kontekście poprzedniego zarzutu, tylko jeden podmiot byłby w stanie złożyć ofertę w postępowaniu, co nie prowadziłoby w żadnym wypadku do uzyskania dogodnych warunków finansowych wbrew oczekiwaniom Zamawiającego.*
- 2.19 Powyższe wskazuje, iż dopóki istnieje podmiot mogący zaoferować świadczenie usług w ramach jednego konkretnego urządzenia (lub wręcz ich grupy, jak w przypadku Tomografów), jednak nie może zaoferować tożsamego w ramach całego pakietu urządzeń medycznych, co do zasady nie mogą istnieć przesłanki uzasadniające ekonomicznie utrzymanie tak szerokiego zakresu pakietu.
- 2.20 Należy również podkreślić, iż podział zamówienia na części nie tylko pozwoli Zamawiającemu przestrzegać zasad wyrażonych w PZP (w szczególności dotyczących uczciwej konkurencji), ale również może pozwolić na zakup usługi po jak najniższej cenie. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 3 października 2018 r. (sygn. akt KIO 1913/18) dotyczącym właśnie obsługi serwisowej aparatury medycznej, **możliwość zakupu serwisu pogwarancyjnego leży niewątpliwie w interesie zamawiającego (i finansów publicznych).**
- 2.21 Warto również zauważyć, że jeżeli Zamawiający dokona podziału zgodnie z żądaniem niniejszego odwołania, to automatycznie **zwiększy się liczba podmiotów zainteresowanych nie tylko świadczeniem obsługi serwisowej Tomografów, lecz również Pozostałych Urządzeń** (możliwe będzie złożenie oferty przez wykonawców mających doświadczenie w ich serwisowaniu, jednak nieposiadających doświadczenia w serwisowaniu Tomografów) co bezpośrednio przełoży się na ceny zaoferowane w Postępowaniu.
- 2.22 Nie sposób zatem nie dostrzec, że dokonanie wyodrębnienia usługi serwisowej Tomografów jest prawidłowe i korzystne nie tylko dla samego rynku zamówień publicznych (otwarcie na uczciwą konkurencję), ale również dla samego Zamawiającego. **Połączenie obsługi serwisowej Tomografów oraz Pozostałych Urządzeń w jeden pakiet w istocie uniemożliwia bowiem złożenie oferty wykonawcom działającym na rynku (w tym Odwołującemu), bez racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.**

- 2.23 Odwołujący wskazuje również, że uwzględnienie jego żądania w powyższym zakresie powinno wiązać się z adekwatnym dostosowaniem następujących wymagań zawartych obecnie w SIWZ do nowo ustalonego przedmiotu zamówienia (obsługa serwisowa Tomografów):
- 2.23.1 wysokość wadium określona obecnie w Pakiecie nr 1 na 190.000 PLN – poprzez ograniczenie jej do maksymalnego możliwego poziomu wynikającego z art. 45 ust. 4 PZP wskutek obniżenia szacunkowej wartości zamówienia w zakresie nowo wydzielonego pakietu obejmującego serwisowanie Tomografów,
 - 2.23.2 suma wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej określona obecnie w Pakiecie nr 1 na 4 mln zł – poprzez ograniczanie jej do poziomu 2 mln zł wskutek obniżenia wartości usługi świadczonej na rzecz Zamawiającego w zakresie nowo wydzielonego pakietu obejmującego serwisowanie Tomografów,
 - 2.23.3 warunek udziału dotyczący doświadczenia w realizacji podobnych do objętych Pakietem nr 1 usług na łączną kwotę 1 900 000 PLN brutto - poprzez ograniczenie łącznej kwoty świadczonych w przeszłości usług do 500 000 PLN brutto, z jednoczesnym zawężeniem posiadanego doświadczenia do tomografów komputerowych produkcji GE.

Oprogramowanie DoseWatch

- 2.24 Na odrębną uwagę zasługuje objęcie przez Zamawiającego Pakietem nr 1 serwisowania również internetowego oprogramowania do monitorowania dawek promieniowania DoseWatch produkcji spółki GE (pozycje nr 123 oraz nr 126 Opisu przedmiotu zamówienia – formularza cenowego).
- 2.25 Odwołujący zwraca uwagę, że w konsekwencji powyższego, **krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w Pakiecie nr 1 (w zakresie wszystkich 143 urządzeń) został ograniczony w istocie wyłącznie do spółki GE** (jej autoryzowanego przedstawiciela).
- 2.26 Jak bowiem dowodził w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 2046/18 **autoryzowany przedstawiciel GE, tylko on posiada prawa do tego oprogramowania, którego jest właścicielem.** Innymi słowy, tylko on jest w stanie pobrać z niego niezbędne dane, a w konsekwencji zrealizować zamówienie zgodnie z OPZ.

Dowód: Odwołanie GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z 5 października 2018 roku (***Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania***).

- 2.27 Aby należycie zobrazować konsekwencje działań Zamawiającego, warto w tym zakresie posłużyć się następującym przykładem: przy obecnym ukształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia, podmiot zajmujący się zawodowo serwisowaniem drukarek marki Kodak nie może złożyć oferty

w Postępowaniu, bowiem nie posiada uprawnień do oprogramowania DoseWatch produkcji GE połączonych z tomografem komputerowym, znajdującym się w innej lokalizacji.

- 2.28 **Należy przy tym wskazać, że objęcie Pakietem nr 1 serwisowania oprogramowania DoseWatch nie znajduje żadnego racjonalnego, w szczególności technicznego uzasadnienia.** Jak bowiem wskazuje producent oprogramowania na stronie internetowej, *oprogramowanie DoseWatch obsługuje wiele metod badań i urządzeń różnych producentów.* Innymi słowy, nie jest zasadne jego serwisowanie z żadnym konkretnym Tomografem ani z żadnym innym urządzeniem objętym Pakietem nr 1.

Dowód: Zrzut ekranu ze strony internetowej GE Healthcare (*Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania*).

- 2.29 Podsumowując, **skoro według deklaracji producenta oprogramowania DoseWatch, tylko on może je serwisować, to Zamawiający powinien rozważyć w tym zakresie udzielenie mu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) lub b) PZP. Nie można zaś uznać za zasadne faktycznego wyeliminowania przez Zamawiającego konkurencji w zakresie serwisowania 4 Tomografów ani 139 Pozostałych Urządzeń, które mogą być obsługiwane należycie przez inne podmioty.**
- 2.30 Z tego względu, Odwołujący wnosi o dokonanie podziału przedmiotu zamówienia objętego Pakietem nr 1 Postępowania w taki sposób aby umożliwić mu złożenie oferty w zakresie świadczenia obsługi serwisowej wszystkich Tomografów, w czym posiada należyte doświadczenie (tj. poprzez wydzielenie wszystkich Tomografów do odrębnego pakietu, bez oprogramowania DoseWatch).
- 2.31 Jedynie z ostrożności, w przypadku uznania, że oprogramowanie DoseWatch powinno być serwisowane razem z Tomografem, do którego jest podłączone, Odwołujący wnosi natomiast o dokonanie podziału przedmiotu zamówienia objętego Pakietem nr 1 Postępowania w taki sposób aby umożliwić mu złożenie oferty w zakresie świadczenia obsługi serwisowej tych Tomografów, które nie są połączone z oprogramowaniem DoseWatch (tj. poprzez wydzielenie każdego z Tomografów do odrębnego pakietu).

3. ZARZUTY DOTYCZĄCE OBJĘCIA ZAMÓWIENIEM WYKONYWANIA AKTUALIZACJI OPROGRAMOWANIA TOMOGRAFÓW ZWIĘKSZAJĄCYCH ICH PRODUKTYWNOŚĆ I FUNKCJONALNOŚĆ

- 3.1 W pierwszej kolejności należy wskazać, że aktualizacje oprogramowania Tomografów można podzielić na dwie grupy:
- (i) aktualizacje służące prawidłowemu funkcjonowaniu sprzętu oraz

- (ii) aktualizacje służące rozwojowi sprzętu, np. poprzez dodanie nowych funkcji (zwane powyżej przez Zamawiającego *aktualizacjami oprogramowania zwiększającymi produktywność i funkcjonalność [sprzętu]*).
- 3.2 Tymczasem, zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych⁵, **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**.
- 3.3 Innymi słowy, to wytwórca (producent) sprzętu (w tym przypadku: Tomografów) jest ustawowo **zobowiązany do dokonywania bieżących aktualizacji w zakresie koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa aparatu jego produkcji**. *A contrario*, można stwierdzić, że po stronie wykonawcy wybranego w wyniku Postępowania leżeć będzie dokonywanie i zainstalowanie **wyłącznie innych aktualizacji, o nieokreślonym bliżej zakresie. Jediną wskazówką pozostaje bowiem zwiększenie produktywności i funkcjonalności Tomografów**.
- 3.4 Tym samym, **aktualizacje o których w praktyce będzie decydował jedynie producent serwisowanych Tomografów 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 błahych zagadnień.
- 3.5 W dalszej kolejności Odwołujący przedstawi szczegółową argumentację dotyczącą niezgodności wskazanych zapisów OPZ (a w konsekwencji również projektu umowy) z art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP.

Naruszenie art. 29 ust. 1 PZP

- 3.6 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy OPZ oraz projektu umowy dla Pakietu nr 1 **są niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej**.
- 3.7 Po pierwsze, wykonawcy, którzy chcieliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ani nie mają wystarczającej wiedzy na temat **liczby płatnych aktualizacji oprogramowania** zalecanych przez producenta serwisowanych urządzeń, ani nie wiedzą jaki byłby **ich ewentualny koszt** (i na jak długi okres zapewniałyby one „aktualny” charakter). W obydwu przypadkach, **niezbędne dane będą determinowane wyłącznie stanowiskiem podmiotu trzeciego** (tj. zaleceniami producenta serwisowanych aparatów).
- 3.8 **Należy bowiem wskazać, że nie są dostępne jakiegokolwiek dane dotyczące tego ile nowych wersji oprogramowania ukaże się na rynku w czasie obowiązywania umowy serwisowej (36 miesięcy) i jakie zostaną wobec nich sformułowane zalecenia producenta**.

⁵ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (tekst jednolity: (Dz.U. z 2019 r. poz. 175).

- 3.9 Tym samym, Zamawiający wbrew obowiązkowi nałożonemu na niego z mocy art. 29 ust. 1 PZP (*przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*) odsyła zainteresowanych wykonawców, tak naprawdę, do producenta serwisowanych urządzeń (jego zaleceń).
- 3.10 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**.
- 3.11 Warto wskazać, że na powyższe w żaden sposób nie rzutuje przyjęty przez Zamawiającego charakter wynagrodzenia. W tym sensie, **Zamawiający nie może braku precyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia uzasadniać ryczałtowym wynagrodzeniem wykonawcy**. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 29 listopada 2013 r., sygn. akt VIII GC 124/13: *zwykle ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru świadczenia lub kosztów obciąża wykonawcę (jak np. przy umowie o dzieło - art. 632 § 1 k.c.), jednakże rozkład ten doznaje modyfikacji na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem niepełności czy niedokładności opisu przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego art. 29 powołanej ustawy*. Innymi słowy, ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2012 roku, KIO 809/12).
- 3.12 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 PZP. Zamawiający wymaga bowiem faktycznie od każdego wykonawcy potencjalnie zainteresowanego uzyskaniem zamówienia wystąpienia (przed złożeniem oferty w Postępowaniu) ze stosownym pismem do producenta serwisowanego Tomografów z prośbą o wskazanie planowanej liczby płatnych aktualizacji sprzętu (oraz ich kosztów).
- 3.13 Co istotne, jakiegokolwiek stanowisko producenta serwisowanych aparatów nie będzie miało przy tym charakteru wiążącego wobec wykonawcy. Tym samym, **ryzyko wystąpienia większej liczby aktualizacji będzie w całości obciążało wykonawcę niebędącego producentem serwisowanych urządzeń**.
- 3.14 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.**

- 3.15 Warto też zwrócić uwagę, że brak precyzji w ustalaniu zakresu świadczenia wykonawcy może skutkować **trudnościami także dla samego Zamawiającego**. Przy zachowaniu obecnego brzmienia SIWZ istnieje bowiem poważne ryzyko przyjęcia odmiennej kalkulacji przez każdego z wykonawców, a w konsekwencji - **złożenia w Postępowaniu ofert nieporównywalnych** - tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 269/17, w którym czytamy, że *zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.*

Naruszenie art. 29 ust. 2 PZP

- 3.16 Ponadto, w ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ w sposób wyraźny utrudniają uczciwą konkurencję w Postępowaniu, ponieważ w **uprzywilejowanej sytuacji stawiają producenta serwisowanych Tomografów, tj. spółkę GE oraz wszelkie podmioty z nią bezpośrednio powiązane**. Co oczywiste bowiem, to te podmioty będą ewentualnie mogły posiadać wiedzę w zakresie liczby zalecanych aktualizacji oraz ich kosztu.
- 3.17 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**).
- 3.18 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 aktualizacjami będą mogły z łatwością kwestionować oferty innych wykonawców (**przewaga na etapie oceny ofert**).
- 3.19 Wreszcie, nawet jeżeli jakimkolwiek innemu wykonawcy uda się uzyskać przedmiotowe zamówienia (pomimo istnienia oczywistej przewagi dla producenta serwisowanych aparatów), to już na etapie realizacji umowy z Zamawiającym, przy obecnym brzmieniu OPZ, wykonawca ten i tak narażony będzie na ryzyko poniesienia większych (nieplanowanych) kosztów, gdyż każdorazowo to wyłącznie od producenta i jego zaleceń będzie zależało (i nie będzie w tym zakresie w żaden sposób ograniczony) jakie koszty wykonawca poniesie z tytułu aktualizacji oprogramowania Tomografów (**przewaga na etapie realizacji umowy**).
- 3.20 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 Tomografów). Jeżeli tak, to Odwołujący wnosi jedynie o zapewnienie w powyższym zakresie **równych szans dla także innych potencjalnych wykonawców.**

- 3.21 W świetle powyższego, obecne brzmienie skarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia stanowi także naruszenie art. 29 ust. 2 PZP a zapewnienie realnej konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez uwzględnienie żądań Odwołującego i **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń.**
- 3.22 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 GE, w tym w szczególności Wykonawca GE (art. 29 ust. 2 PZP).
- 3.23 W związku z powyższym, **z uwagi na brak możliwości wiążącego ustalenia ile i jakie aktualizacje będą niezbędne w okresie 36 miesięcy realizacji umowy a także biorąc pod uwagę, że aktualizacje te nie będą niezbędne z punktu widzenia bezpiecznego użytkowania serwisowanych Tomografów** (jak wskazał Zamawiający, mają one służyć wyłącznie jego ulepszeniu – tj. *zwiększeniu jego produktywności i funkcjonalności*), Odwołujący postuluje wykreślenie tego obowiązku z OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 3.24 Ewentualnie, Odwołujący wnioskuje o doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, tak aby zapewnić równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

4. ZARZUTY DOTYCZĄCE KONIECZNOŚCI POSIADANIA PRZEZ PERSONEL REALIZUJĄCY ZAMÓWIENIE KWALIFIKACJI I DOŚWIADCZENIA ZAWODOWEGO OKREŚLONEGO PRZEZ WYTWÓRCĘ TOMOGRAFÓW

- 4.1 Z uwagi na tożsamy charakter zapisów SIWZ oraz OPZ, prowadzących się do **uzależnienia możliwości złożenia oferty w Postępowaniu (a następnie wykonywania zamówienia) od posiadania przez personel wykonawcy przeszkoleń i certyfikatów nadawanych wyłącznie przez producenta sprzętu (jego autoryzowanego przedstawiciela)**, Odwołujący przedstawi poniżej łączną argumentację w tym zakresie.

Naruszenie art. 22 ust. 1a PZP

- 4.2 W świetle art. 22 ust. 1a PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- 4.3 W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu 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).
- 4.4 Ponadto, w ocenie Izby, **przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. **Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego**. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO/KU 20/18 z 5 czerwca 2018 roku).
- 4.5 W kontekście powyższego, kwestionowany warunek udziału w Postępowaniu należy uznać za sprzeczny z dyspozycją art. 22 ust. 1a PZP. **Za nieuzasadnione należy bowiem uznać wymaganie Zamawiającego aby personel skierowany do realizacji zamówienia miał być przeszkolony lub upoważniony wyłącznie przez producenta Tomografów**.
- 4.6 Jak bowiem zaznaczyła KIO w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 119/13, „przepisy art. 90 ust. 3-5 [Ustawy o wyrobach medycznych – przypis Odwołującego] skierowane są do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności”. Ponadto, w przywołanej uchwale podkreślono, iż przepis Ustawy o wyrobach medycznych wskazuje na możliwość wykonania usług serwisowania aparatury medycznej nie tylko przez wytwórcę (podmiot przez niego autoryzowany), ale też **przez innych wykonawców legitymujących się stosownymi kwalifikacjami**.
- 4.7 Podobnie w wyroku KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1073/12 wskazano wprost, że Ustawa o wyrobach medycznych „nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę”.

- 4.8 Skoro zaś nie jest zasadne wymaganie posiadania uprawnień nadawanych przez wytwórcę (jego autoryzowanego przedstawiciela) od wykonawcy, to z tych samych względów nie jest zasadne wymaganie analogicznych uprawnień od jego personelu.
- 4.9 Warto przy tym zauważyć, że **Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego wymaga od wykonawców dysponowania personelem przeszkolonym wyłącznie przez wytwórcę (autoryzowanego przedstawiciela) Tomografów, tj. z jakich względów w jego ocenie ograniczenie konkurencji w Pakiecie nr 1 Postępowania jest uzasadnione.**
- 4.10 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).**
- 4.11 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., Medikol Solutions Sp. z o.o.

Dowód:

Listy referencyjne w zakresie serwisowania tomografów komputerowych produkcji GE wystawione na rzecz Odwołującego

Informacje z otwarcia ofert w zakresie innych postępowań dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia (**Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania**).

- 4.12 Powyższe świadczy wprost o tym, że rękojmia należytego wykonania zamówienia nie zależy od posiadania jakichkolwiek uprawnień nadawanych przez wytwórcę Tomografów (jego autoryzowanego przedstawiciela).
- 4.13 Wreszcie, należy zauważyć, że warunek udziału w Postępowaniu odnosi się wprost do **określonych przez wytwórcę kwalifikacji i doświadczenia zawodowego.** Innymi słowy, **formułując przedmiotowe wymagania Zamawiający w istocie zrzeka się roli gospodarza Postępowania, pozostawiając decyzję dotyczącą tego, kto będzie mógł złożyć w nim ofertę producentowi Tomografów.**
- 4.14 Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 812/17: *takie ukształtowanie wymagań przez Zamawiającego dotyczące zarówno wymagania posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia oświadczenia producenta określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejęciu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której to **producent sprzętu będzie decydował***

o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Prowadzi to do wniosku, na co również wskazywał Odwołujący, że to nie Zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów udziału stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

- 4.15 W świetle powyższego, sformułowane przez Zamawiającego wymaganie należy uznać nie tylko za nadmierne, ale również naruszające zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji. W związku z tym, Odwołujący postuluje wykreślenie wskazanego warunku udziału w Postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w treści niniejszego odwołania.
- 4.16 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 Tomografów, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu tomografów komputerowych produkcji GE od co najmniej 2 lat liczonych od terminu składania ofert w Postępowaniu.

Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 PZP

- 4.17 W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 PZP, przede wszystkim należy wskazać, że zaskarżone zapisy OPZ dotyczące wykonywania usługi przez osoby posiadające przeszkolenie z zakresu serwisowania/przeглядów aparatury medycznej tożsamej lub zbliżonej co do rodzaju aparatury będącej przedmiotem przeglądów potwierdzone przez wytwórcę urządzenia aktualnym, imiennym certyfikatem są **niejednoznaczne, ponieważ nie dają wykonawcy podstaw do rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.**
- 4.18 Nawet bowiem odnosząc je do odpowiadającego im warunku udziału w Postępowaniu, Zamawiający sprecyzował jedynie, że osoby skierowane do realizacji zamówienia powinny być przeszkolone w zakresie *najnowszych rozwiązań, modyfikacji, zmian oprogramowania*, co należy uznać za niewystarczające.
- 4.19 W tym zakresie, w pełni pozostaje więc argumentacja przedstawiona w pkt. 3.16 – 3.24 niniejszego odwołania.
- 4.20 Ponadto, w ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ **stawiają w uprzywilejowanej sytuacji producenta Tomografów oraz wszelkie podmioty z nim bezpośrednio powiązane (np. GE Medical Systems Polska sp. z o.o.).**
- 4.21 Co oczywiste bowiem, podmioty te będą posiadały nieograniczony wręcz dostęp do personelu „stale szkolonego” i „certyfikowanego” przez wytwórcę Tomografów.
- 4.22 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.

- 4.23 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.
- 4.24 Co istotne, wymóg dysponowania *personalem posiadającym przeszkolenie potwierdzone przez wytwórcę* obowiązuje przez cały czas trwania umowy serwisowej, tj. przez okres 36 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.**
- 4.25 Powyższe oznacza, że **producent Tomografów będzie miał decydujący wpływ w zakresie możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia**. Wystarczy bowiem, że szkolenie (certyfikat) inżyniera wykonawcy „wygaśnie” (bądź nawet nigdy nie zostanie wydane) aby stwierdzić nienależyte wykonywanie przez niego umowy zawartej w wyniku Postępowania.
- 4.26 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).
- 4.27 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 po raz kolejny - **oderwanie świadczenia wykonawcy realizującego zamówienie od woli (a w zasadzie od samowoli) producenta serwisowanych urządzeń.**

Naruszenie art. 29 ust. 3 PZP

- 4.28 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.
- 4.29 Skoro więc Zamawiający wprost wskazał w SIWZ oraz w OPZ, że konieczne jest **posiadanie uprawnień (certyfikatów imiennych) wydawanych przez określony podmiot - producenta**

Tomografów, 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 lub w świadczeniu usług serwisowych w tym zakresie.

5. ZARZUT DOTYCZĄCY ZŁOŻENIA DYSPONOWANIA KODAMI DOSTĘPU ORAZ KLUCZAMI SERWISOWYMI NAJNOWSZYCH OPROGRAMOWAŃ NA MOMENT ZŁOŻENIA OFERTY W POSTĘPOWANIU

- 5.1 Zamawiający wymaga złożenia od wykonawców deklaracji w zakresie posiadania (i) określonych przez producenta sprzętu medycznego kodów dostępu oraz kluczy serwisowych najnowszych oprogramowań serwisowych oraz (ii) posiadania umowy licencyjnej uprawniającej do dysponowania kluczami oraz kodami do oprogramowania serwisowego w zakresie umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia.
- 5.2 Co przy tym istotne, złożenie przedmiotowych oświadczeń wymagane jest już w formularzu ofertowym. Brak jest przy tym w ich treści odniesienia do spełnienia wskazanych wymagań dopiero przy zawarciu umowy z Zamawiającym.
- 5.3 Z tego względu, z ostrożności procesowej **Odwołujący wskazuje, że to dopiero na moment zawarcia umowy o zamówienie publiczne – a nie już na moment złożenia oferty w Postępowaniu – powinno być oceniane spełnienie przez wykonawców stosownych wymagań.**
- 5.4 O powyższym świadczy w szczególności fakt, że kody dostępu oraz klucze serwisowe są przeznaczone do urządzenia medycznego o konkretnym numerze seryjnym. Innymi słowy, w przypadku nabycia przez Odwołującego stosownych uprawnień jeszcze przed złożeniem oferty w Postępowaniu, a następnie nieuzyskania zamówienia na obsługę serwisową Tomografów, poniesie on zbyteczne koszty. **Znajdujące się w jego posiadaniu kody dostępu oraz klucze serwisowe nie będą mogły bowiem być wykorzystane w żadnym zakresie, chociażby przy obsłudze serwisowej innych tomografów tego samego modelu.**
- 5.5 Kwestię tę zdaje się dostrzegać również sam Zamawiający, wymagając przedłożenia stosownych dokumentów (umowy licencyjnej) potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień dopiero przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Zupełnie niezrozumiałe jest więc jednoczesne wymaganie zawarcia umowy licencyjnej już przed wzięciem udziału w Postępowaniu, na co zdaje się wskazywać treść formularza ofertowego.
- 5.6 Na marginesie, warto zaznaczyć, że w stosunku do innych oświadczeń (oświadczenie w zakresie spełnienia obowiązku z art. 29 ust. 3a PZP - § 2 ust. 13 wzoru umowy) i dokumentów (uwiarytelniona kopia polisy ubezpieczeniowej) koniecznych dopiero na etapie realizacji umowy, Zamawiający słusznie odstąpił od momentu ich przekazywania już w momencie składania oferty.
- 5.7 Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści formularza ofertowego w Pakiecie nr 1 Postępowania, poprzez wyraźne odniesienie treści obu kwestionowanych oświadczeń do

momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie do momentu złożenia oferty (np. „*Oświadczamy, że w momencie zawarcia umowy o zamówienie publiczne będziemy posiadać...*”).

6. WNIOSEK KOŃCOWY

6.1 Wnoszę jak na wstępie, z uwzględnieniem całości kształtu 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) Załącznik nr 1.1A do SIWZ – Formularz ofertowy w zakresie Pakietu nr 1.
- 8) Listy referencyjne w zakresie serwisowania tomografów komputerowych produkcji GE wystawione na rzecz Odwołującego.
- 9) Formularz cenowy postępowania prowadzonego przez Szpital im. Dr. Jurasza w Bydgoszcy.
- 10) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu prowadzonym przez SZOZ nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu.
- 11) Odwołanie GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z 5 października 2018 roku.
- 12) Zrzut z ekranu strony internetowej GE Healthcare.
- 13) Informacje z otwarcia ofert w zakresie innych postępowań dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia.
- 14) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.