

Wyrok

z dnia 3 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 roku przez wykonawcę **Radiometer Sp. z o.o. z Warszawy (01-217)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu (50-556)**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Radiometer Sp. z o.o. z Warszawy (01-217)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Radiometer Sp. z o.o. z Warszawy (01-217)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Radiometer Sp. z o.o. z Warszawy (01-217)** na rzecz **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawca Radiometer Sp. z o., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu w ramach doposażenia w aparaturę medyczną ośrodków transplantacyjnych – dogrywka”, prowadzonego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213, 50-556 Wrocław (dalej „zamawiający”) [data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych: 17.09.2018 r. nr 618120-N-2018).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez nałożenie na wykonawców obowiązków przekazania wraz ze sprzętem będącym przedmiotem zamówienia instrukcji serwisowej i kodów dostępowych, co nie ma uzasadnienia w rzeczywistych i obiektywnych potrzebach zamawiającego i jednocześnie uniemożliwia podmiotom niebędącym bezpośrednimi producentami sprzętu, w tym odwołującemu, złożenie ważnej oferty i tym samym uzyskania zamówienia, pomimo, iż mają one obiektywną zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia, a co najmniej utrudnia złożeniem oferty racjonalnej ekonomicznie.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SiWZ, poprzez wykreślenie z treści pkt 20 Załącznika nr 5 SIWZ Pakiet 2 – Aparat do pomiaru podstawowych badań laboratoryjnych (Ht, Hb, glukoza, gazometria, jonogram, Ca) – 1 szt. zapisu o obowiązku przekazania przez wykonawcę wraz z dostarczonym sprzętem instrukcji serwisowej i kodów serwisowych wraz z definicją ww. pojęć,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej modyfikacji treści załącznika nr 4 SIWZ – Umowa nr USK/DZP/PN-278/18, poprzez wykreślenie obowiązku przekazania przez wykonawcę instrukcji serwisowej i kodów serwisowych (§ 3 ust. 8 i 11) oraz przeprowadzenia szkoleń serwisowych (§ 3 ust. 10),
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w wysokości 3 600,00 zł

Odwołujący wyjaśnił, że – jak wskazuje sama nazwa – jest to postępowanie powtórzone. Podał, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia dla pakietów m.in. 1 i 2 w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia złożenie ofert.

Oświadczył, że był to opis analogiczny do zaskarżonego niniejszym odwołaniem.

Uzupełnił, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu wpłynęło odwołanie wykonawcy Olympus Polska Sp. z o.o. z dnia 10 lipca 2018 r. dotyczące kwestionowanych zapisów w pakiecie 1. Oświadczył, że nie przystąpił do tego odwołania gdyż zarzuty i żądania dotyczyły wyłącznie Pakietu nr 1 tj. asortymentu, którego odwołujący nie oferuje oraz, że zbyt późno dowiedział się o wszczęciu poprzedniego postępowania by wnieść samodzielnie odwołanie.

Podał także, że w poprzednim postępowaniu, wskutek wniesionego odwołania zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem wykonawcy Olympus jednak jedynie w zakresie Pakietu 1, co umożliwiło temu wykonawcy złożenie oferty w poprzednim postępowaniu.

Wyjaśnił, że nie złożył oferty na Pakiet 2 w poprzednim postępowaniu gdyż uniemożliwiały to kwestionowane zapisy; w pakiecie 2 nie złożyli ofert również inni wykonawcy stąd zamawiający powtórzył postępowanie, podtrzymując sporny zapis (pkt 20 załącznika nr 5 do SIWZ).

Odwołujący stwierdził, że takie działanie zamawiającego narusza jego uzasadniony interes, jest zdolny do wykonania zamówienia jednak kwestionowany zapis uniemożliwia mu złożenie oferty.

W ocenie odwołującego zamawiający w rażąco sposób narusza także uczciwą konkurencję, uniemożliwiając złożenie oferty w pakiecie 2 wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, niebędącym producentami oferowanego sprzętu – takie różnicowanie sytuacji wykonawców jest w świetle obowiązujących przepisów niedopuszczalne.

Stanął na stanowisku, że żądanie dostarczania aktualnych kodów, haseł serwisowych, w tym wszelkiego rodzaju zabezpieczeń, „kluczy” softwarowych, hardwarowych, umożliwiających przeprowadzenie pełnej obsługi serwisowej, tj. między innymi kalibrację, diagnostykę serwisową wszystkich podzespołów i elementów wykonanie upgrade'ow, firmware'ow, software'ow, wgląd do logów zdarzeń; możliwość zmiany funkcji urządzenia i wykonania testów diagnostycznych nie jest uzasadnione interesem zamawiającego i jego rzeczywistymi potrzebami.

Wskazał, że zgodnie z art. 7 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazał również, że dyspozycja 29 ust. 1-2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Podniósł, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Oświadczył, że jest zainteresowany złożeniem oferty w Pakiecie 2, w przypadku którego zamawiający, w pkt. 20 Załącznika nr 5, określił następujący wymóg: *„Wraz z przekazaniem sprzętu, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu wszystkie dokumenty związane z urządzeniem, w tym m. in. (...) harmonogram (częstotliwość) poszczególnych przeglądów oraz prac konserwacyjnych wraz ze szczegółowym wykazem czynności wykonywanych podczas przeglądów urządzenia, zgodnych z zaleceniami producenta, w tym wykaz części serwisowych zalecanych przez Producenta sprzętu do wymiany podczas przeglądu okresowego, instrukcji serwisowej oraz kodów serwisowych. Zamawiający, jako hasła umożliwiające serwisowanie rozumie aktualne kody, hasła serwisowe, w tym wszelkiego rodzaju zabezpieczenia, „klucze” softwarowe, hardwarowe, umożliwiające przeprowadzenie pełnej obsługi serwisowej tj. między innymi kalibrację, diagnostykę serwisową wszystkich podzespołów i elementów wykonanie upgrade'ów, firmware'ów, software'ów, wgląd do logów zdarzeń; możliwość zmiany funkcji urządzenia i wykonania testów diagnostycznych. Zamawiający jako instrukcję serwisową rozumie jako instrukcję dla dostarczanego urządzenia w zakresie: transportu, instalacji, dezinstalacji, dekontaminacji, kalibracji, napraw, przeglądów wykazu toofów serwisowych, przyrządów pomiarowych, które są wymagane do wykonania napraw i przeglądów technicznych schematów, rysunków technicznych, mechanizmów i podzespołów, z których składa się urządzenie, w tym schematy elektryczne, pneumatyczne, hydrauliczne”.*

Oświadczył, że warunek zamieszczony w pkt 20 uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty, a z całą pewnością oferty o charakterze konkurencyjnym.

Podkreślił, iż nie jest producentem sprzętu, a jedynie autoryzowanym przedstawicielem firmy Radiometer Medical ApS siedzibą w Danii oraz, iż wykonuje również czynności serwisowe dotyczące oferowanego sprzętu – w takim zakresie wybrani pracownicy odwołującego wykonujący czynności serwisowe posiadają dostęp do kodów serwisowych w rozumieniu pkt 20 załącznika nr 5 do SIWZ, nie są jednak uprawnieni do ich przekazywania osobom trzecim, jak i nie są uprawnieni do przeprowadzania szkoleń serwisowych.

Uzupełnił, że szkolenia są przeprowadzane wyłącznie przez producenta sprzętu po uprzedniej weryfikacji uprawnień, posiadania specjalistycznej wiedzy oraz pozytywnym przejściu przez kandydatów odpowiednich szkoleń umożliwiających podejmowanie bezpiecznych napraw i w konsekwencji bezpieczne użytkowanie sprzętu.

Podał, że zgodnie z zasadami przyjętymi przez producenta, tj. Radiometer Medical ApS siedzibą w Danii nie udostępnia on kodów dostępowych ani też nie prowadzi szkoleń

serwisowych i nie nadaje uprawnień do serwisowania sprzętu podmiotom innym niż autoryzowani przedstawiciele, którzy przeszli pozytywnie opisaną wyżej procedurę jednak bez prawa dalszego ich udostępniania.

W ocenie odwołującego ma to kluczowe znaczenie z punktu widzenia funkcjonowania oferowanego sprzętu – gwarantuje je tylko prawidłowe, zgodne z instrukcjami producenta jego użytkowanie oraz serwisowanie przez autoryzowanych serwisantów.

Oświadczył, że jako podmiot posiadający status autoryzowanego przedstawicielstwa (i jednocześnie serwisanta) jest zaopatrywany w części zamienne oraz dokumentację serwisową wraz z kodami serwisowymi przez producenta z Danii, nie ma jednak (podobnie jak i pozostałe autoryzowane przedstawicielstwa i organizacje serwisowe) prawa do dalszego przekazywania ww. dokumentacji wraz z kodami, jak również nie ma prawa dokonywania szkoleń serwisowych.

Podkreślił, że wyłączną kompetencję w tym zakresie ma Radiometer Medical ApS siedzibą w Danii.

Powyższe oznacza, że odwołujący, nie łamiąc obowiązujących go procedur, nie może złożyć oferty spełniającej ww. warunek; z kolei przekazując ww. dokumentację serwisową wraz z kodami które pozwalają na niczym nieograniczona ingerencję w urządzenie i to podmiotowi, który zgodnie z instrukcją obsługi nie jest uprawniony do dokonywania czynności serwisowych złamałby nie tylko ciężące na niej zobowiązania kontraktowe, narażając się przy tym na ryzyko utraty autoryzacji, lecz również obowiązki ustawowe, narażając się na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu czynów niedozwolonych, w tym odpowiedzialność za produkt niebezpieczny.

Zdaniem odwołującego w kalkulowanie przedmiotowych ryzyk w cenę ofertową skutkowałoby zwiększeniem ww. ceny ponad akceptowalne granice, co czyniłoby przedmiotową ofertę całkowicie niekonkurencyjną zaś z punktu widzenia odpowiedzialności zamawiającego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przyjęcie takiej oferty oznaczałoby wydatkowanie środków publicznych w sposób zdecydowanie niecelowy i nieoszczędny.

Uznał wobec powyższego, że kwestionowane postanowienia SIWZ ograniczają w sposób rażący dostęp do zamówienia.

Podkreślił, że również inni producenci sprzętu medycznego posiadają analogiczne procedury dotyczące dostawy części zamiennych i dokumentacji serwisowej wobec czego de facto jedynie dostawcy będący bezpośrednimi producentami sprzętu mają realną możliwość złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Uzupełnił, że pozostałe podmioty bądź w ogóle nie zdecydują się na złożenie oferty, bądź będą zmuszone do złożenia oferty niespełniającej ww. warunków i tym samym podlegającej odrzuceniu.

Wskazał, że na fakt ten zwracał uwagę Olympus Polska Sp. z o.o. opierając na nim uzasadnienie zarzutów i żądań odwołania w poprzednim postępowaniu; argumentacja ta najwyraźniej trafiła do zamawiającego, o czym świadczy dokonana modyfikacja SIWZ dla zakresu oferowanego przez Olympus.

Stwierdził, że argumenty nie znalazły zrozumienia zamawiającego w odniesieniu do asortymentu w pozostałych pakietach i sytuacji wykonawców zdolnych do ich realizacji, nie znalazły go także w aktualnie prowadzonym postępowaniu. Uznał, że takie zróżnicowanie per se stanowi rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego.

Uznał, iż warunek dotyczący przekazania instrukcji serwisowej i kodów serwisowych jest zbędny i nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego – zamawiającemu dla prawidłowej eksploatacji urządzenia nie jest potrzebna dokumentacja serwisowa lecz instrukcja obsługi, ponieważ to na jej podstawie użytkownik poznaje charakter urządzenia (parametry i funkcje - „możliwości” urządzenia), czynności związane z uruchomieniem, prawidłową pracą i zakończeniem pracy urządzenia, zasady konserwacji czy postępowania w razie wystąpienia awarii (powołał się na wyrok KIO z 12.10.2017 r., sygn. KIO 2043/17).

Stwierdził, że dla prawidłowej eksploatacji sprzętu określonego w poz. 1-19 Załącznika nr 5 Pakiet nr 2 wystarczającym jest więc przekazanie instrukcji obsługi i użytkownika.

W ocenie odwołującego dla zabezpieczenia interesów zamawiającego w zakresie konserwacji i ewentualnej naprawy ww. sprzętu wystarczającym jest przekazanie zamawiającemu wykazu dostawców części zamiennych oraz podmiotów uprawnionych przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela zgodnie z art. 90 ust 3 - 5 ustawy o wyrobach medycznych. Uzupełnił, że jeżeli zaś zamawiający nie chce korzystać z autoryzowanych serwisów i woli wykonywać serwis we własnym zakresie powinien wystąpić do producenta o przeprowadzenie w stosunku do niego procedury autoryzacji, brak jest natomiast podstaw do żądania dokumentacji serwisowej wraz z kodami serwisowymi w ramach zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu od dostawcy sprzętu.

Zwrócił uwagę na regulacje art. 90 ust. 4 i 5 ustawy o wyrobach medycznych zgodnie z którą wytwórca, importer i dystrybutor wprowadzający do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub sprowadzający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu używania na tym terytorium wyrób, który dla prawidłowego i bezpiecznego działania wymaga fachowej instalacji, okresowej konserwacji okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa – które zgodnie z instrukcją używania wyrobu nie mogą być wykonane przez użytkownika – załącza do wyrobu wykaz podmiotów

upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności, (art. 90 ust. 4).

Wskazał, że podmiot zamieszczony w wykazie, o którym mowa w ust. 4 powinien:

1. dysponować określonym przez wytwórcę zapleczem technicznym, częściami zamiennymi, częściami zużywalnymi i materiałami eksploatacyjnymi,
2. posiadać określone przez wytwórcę instrukcje serwisowe wyrobu sporządzone w sposób zrozumiały dla zatrudnionych osób oraz odpowiednie procedury i instrukcje wykonywania czynności, o których mowa w ust. 4,
3. zatrudniać osoby posiadające określone przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenie zawodowe (art. 90 ust.5).

Podsumował, że z powołanego wyżej przepisu jednoznacznie wynika, że jeżeli wyroby medyczne dla swojego prawidłowego działania i bezpieczeństwa wymagają czynności serwisowych itp., które zgodnie z instrukcją używania nie mogą być wykonywane przez użytkownika wytwórca powinien wyznaczyć (upoważnić) określone podmioty do wykonywania tych czynności, zagwarantować posiadanie przez nie odpowiedniego zaplecza technicznego i osobowego oraz udostępnić im instrukcje serwisowe, a także załączyć do wyrobu wykaz ww. podmiotów.

Uzupełnił, że ten ostatni obowiązek ciąży również na importerach oraz dystrybutorach. Podniósł, że choć przepis wprost odnosi się jedynie do obowiązku wytwórcy (importera/dystrybutora), to nie powinno budzić wątpliwości, że przyznaje on określonym podmiotom uprawnienie będące korelatem ww. obowiązków, ponieważ z przepisu tego wynika, iż podmioty upoważnione przez wytwórcę do wykonywania czynności serwisowych mają prawo żądać dostawy części zamiennych i udostępnienia instrukcji serwisowych w celu umożliwienia im prawidłowej realizacji przedmiotowych czynności, a pozostałe podmioty (np. dostawcy sprzętu, użytkownicy) przekazania wraz z wyrobem wykazu takich upoważnionych serwisantów. Podkreślił, że z pozostałych postanowień art. 90 ustawy o wyrobach medycznych wynika, iż każdy użytkownik wyrobu ma obowiązek przestrzegania instrukcji używania, w tym także w zakresie w jakim zastrzega określone czynności dla autoryzowanych serwisów (art 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 4). Dodatkowo użytkownik będący świadczeniodawcą ma obowiązek posiadania przechowywania i udostępniania dokumentacji dotyczącej konserwacji i serwisowania wyrobu, z czego można wywieść jego prawo do żądania takiej dokumentacji, przy czym ustawa nie wymienia wśród niej instrukcji i kodów serwisowych (art. 90 ust. 6-9).

Uznał, że powyższa regulacja przesądza, iż użytkownik nie ma interesu w żądaniu instrukcji serwisowej w zakresie czynności, które zgodnie z instrukcją używania zastrzeżone są dla autoryzowanych serwisów; co do tych czynności użytkownik ma prawo żądania od dostawcy przekazania wraz z wyrobem wykazu autoryzowanych serwisów, a od

autoryzowanych serwisów dokumentów potwierdzających dokonane przez nich czynności i zaleceń co do przyszłych czynności – uprawnieniu temu odpowiada obowiązek wytwórcy zapewnienia takich serwisów i przekazania ich wykazu użytkownikowi.

Oświadczył, że oferowany przez niego analizator służy do oznaczania parametrów krytycznych i serwisowanie go przez podmiot nie posiadający autoryzacji producenta może wpłynąć na jakość i wyniki analiz i doprowadzić do zagrożenia życia i zdrowia pacjenta, za co odwołujący jako autoryzowany przedstawiciel producenta jak i producent nie wezmą odpowiedzialności.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 1 października 2018 r. (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2018 r.) w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami oraz Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN) (dalej „Protokół”), Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 2 października 2018 r., złożonych na rozprawie przez odwołującego: oświadczenia producenta Radiometer Medical ApS z Danii z dnia 2 października 2018 r. w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, informacji zamawiającego z dnia 31 lipca 2018 r. o modyfikacji treści SIWZ (Załącznik nr 5 poz. 54) w postępowaniu na dostawę sprzętu w ramach doposażenia w aparaturę medyczną ośrodków transplantacyjnych (USK/DZP/PN-186/2018), a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzenie naruszeń w zakresie nieprawidłowego opisu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia dawałoby odwołującemu szansę na złożenie oferty, a w dalszej kolejności szansę uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonanie zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawców obowiązków przekazania wraz ze sprzętem będącym przedmiotem zamówienia instrukcji serwisowej i kodów dostępowych, co nie ma uzasadnienia w rzeczywistych i obiektywnych potrzebach zamawiającego i jednocześnie uniemożliwia podmiotom niebędącym bezpośrednimi producentami sprzętu, w tym odwołującemu, złożenie ważnej oferty i tym samym uzyskania zamówienia, pomimo, iż mają one obiektywną zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia, a co najmniej utrudnia złożeniem oferty racjonalnej ekonomicznie nie potwierdzi się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt 2 ppkt 2 Protokołu oraz Załącznikiem nr 5 do SIWZ przedmiotem zamówienia w Pakiecie 2, w odniesieniu do którego złożono odwołanie, jest dostawa 1 szt. aparatu do pomiaru podstawowych badań laboratoryjnych (Ht, Hb, glukoza, Gazometria, jonogram, Ca).

W pkt. 20 załącznika nr 5 do SIWZ zamawiający zażądał: *„Wraz z przekazaniem sprzętu, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu wszystkie dokumenty związane z urządzeniem, w tym m. in. instrukcję obsługi i użytkowania w języku polskim w formie papierowej i elektronicznej, skróconą wersję instrukcji obsługi i BHP w formie zalaminowanej (jeżeli Wykonawca posiada), karty gwarancyjne, paszport techniczny, wykaz punktów serwisowych oraz wykaz dostawców części zamiennych zgodnie z art. 90 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 211) – jeżeli dotyczy, kopie dokumentów wraz z tłumaczeniem w przypadku oryginału w języku obcym: Certyfikat CE (jeżeli dotyczy), Deklarację Zgodności – wystawioną przez producenta, kopię zgłoszenia/powiadomienia dokonania zgłoszenia/powiadomienia o wyrobie do Prezesa Urzędu na podstawie art. 58 ustawy o wyrobach medycznych (jeśli dotyczy) oraz harmonogram (częstotliwość) poszczególnych przeglądów oraz prac konserwacyjnych wraz ze szczegółowym wykazem czynności wykonywanych podczas przeglądów urządzenia, zgodnych z zaleceniami producenta, w tym wykaz części serwisowych zalecanych przez Producenta sprzętu do wymiany podczas przeglądu okresowego, instrukcji serwisowej oraz kodów serwisowych. Zamawiający jako hasła umożliwiające serwisowanie rozumie aktualne kody, hasła serwisowe, w tym wszelkiego rodzaju zabezpieczenia, „klucze” softwarowe, hardwarowe, umożliwiające przeprowadzenie pełnej obsługi serwisowej tj. między innymi kalibrację, diagnostykę serwisową wszystkich podzespołów i elementów wykonanie upgrade’ów, firmware’ów, software’ów, wgląd do logów zdarzeń; możliwość zmiany funkcji urządzenia i wykonania testów diagnostycznych. Zamawiający jako instrukcję serwisową rozumie instrukcję dla dostarczanego urządzenia w zakresie:*

- transportu, instalacji, dezinstalacji, dekontaminacji, kalibracji, napraw, przeglądów

- wykazu toolsów serwisowych, przyrządów pomiarowych, które są wymagane do wykonania napraw i przeglądów technicznych
- schematów, rysunków technicznych, mechanizmów i podzespołów, z których składa się urządzenie, w tym schematy elektryczne, pneumatyczne, hydrauliczne
- wykazów elementów, z których składa się urządzenie wraz z numerami katalogowymi.”

W poz. 21 załącznika nr 5 zamawiający wskazał, jako minimalny okres gwarancji, 60 miesięcy.

W załączniku nr 3 do SIWZ – Wzór umowy w § 3 ust. 8 zamawiający określił następujący obowiązek wykonawcy: „Wraz z przekazaniem sprzętu, Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu wszystkie dokumenty związane z urządzeniem, jeżeli go dotyczą, w tym m. in. instrukcję obsługi i użytkowania w języku polskim w formie papierowej i elektronicznej, skróconą wersję instrukcji obsługi i BHP w formie zalaminowanej (jeżeli Wykonawca posiada), karty gwarancyjne, paszport techniczny, wykaz punktów serwisowych oraz wykaz dostawców części zamiennych zgodnie z art. 90 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 211), kopie dokumentów wraz z tłumaczeniem w przypadku oryginału w języku obcym: Certyfikat CE (jeżeli dotyczy), Deklarację Zgodności – wystawioną przez producenta, kopię zgłoszenia/powiadomienia dokonania zgłoszenia/powiadomienia o wyrobie do Prezesa Urzędu na podstawie art. 58 ustawy o wyrobach medycznych (jeśli dotyczy) oraz pozostałe dokumenty wyszczególnione w załączniku nr 5.”

Zgodnie z § 3 ust. 10 wzoru umowy: „Wykonawca (na wezwanie Zamawiającego) zobowiązuje się przeprowadzić szkolenie pracowników Działu Logistyki wskazanych przez Zamawiającego w zakresie:

- obsługi technicznej aparatu,
- technicznego przeglądu bezpieczeństwa
- procedur kalibracyjnych, testowych, pomiarowych
- procedur okresowych czynności konserwacyjnych

Szkolenie personelu technicznego - 3 osoby, w terminie ustalonym przez Zamawiającego, szkolenia mogą odbywać się sukcesywnie- jednak nie później niż do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Szkolenie musi być zakończone certyfikatem potwierdzającym uzyskanie dostępu do powyższych procedur.”

Zgodnie z § 3 ust. 10, 11 i 12 wzoru:

„Wykonawca ma obowiązek przekazania Zamawiającemu instrukcji serwisowej oraz kodów serwisowych wszystkich urządzeń wchodzących w zakres zamówienia, w tym również po każdej aktualizacji oprogramowania. Obowiązek ten trwa przez okres 10 lat od daty/ dostawy sprzętu.”

„Wykonawca ma obowiązek przekazania Zamawiającemu instrukcji serwisowej oraz kodów serwisowych wszystkich urządzeń wchodzących w zakres zamówienia, w tym również po każdej aktualizacji oprogramowania. Obowiązek ten trwa przez okres 10 lat od daty/dostawy sprzętu (...).”

„Po upływie okresów gwarancji/rękojmi, Wykonawca zapewnia odpłatny dostęp do wszystkich części zamiennych i materiałów zapewniających prawidłowe funkcjonowanie sprzętu przez okres nie krótszy niż 10 lat od daty dostawy sprzętu.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że fakt uwzględnienia przez zamawiającego odwołania wykonawcy Olympus Polska Sp. z o.o. z Warszawy (Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 13373/18), przyjmując tożsamość kwestionowanych postanowień SIWZ, nie przesądza o zasadności zarzutu. Oznacza tyle tylko, że zamawiający podzielił wówczas stanowisko (i argumentację Olympus Polska Sp. z o.o.), które jednak obecnie – wobec zmiany stanowiska zamawiającego – wymaga udowodnienia przed Izbą. Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że zmiana stanowiska zamawiającego (w odniesieniu do kwestionowanych postanowień SIWZ) nastąpiła już w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1763/18, w przypadku którego odwołanie wykonawcy Olympus Polska z Warszawy zostało oddalone.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy 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.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”

Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Odwołujący, pomimo podniesienia w petitum odwołania zarzutu w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 (w zw. a art. 7 ust. 1) ustawy Pzp, który – jak wynika z zacytowanego powyżej brzmienia tegoż artykułu – ustanawia obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i zrozumiały – nie wskazał w odwołaniu, które z postanowień SIWZ nie jest jednoznaczne, nie jest KIO 1913/18

wyczerpujące, nie jest zrozumiałe. Nie zaprezentował także żadnej argumentacji w tym zakresie. Przesądza to o bezzasadności zarzutu dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał, że zakwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, tj. pkt 20 załącznika nr 5 i wzoru umowy ani nie ograniczają, ani nie utrudniają w sposób nieuprawniony konkurencji w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska odwołującego sprowadzającego się do tego, iż wystarczającym dla zabezpieczenia interesów zamawiającego jest przekazanie dokumentacji niezbędnej dla prawidłowej eksploatacji urządzenia oraz przekazanie wykazu dostawców części zamiennych oraz podmiotów uprawnionych przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania czynności serwisowych (konserwacji i naprawy) w sytuacji, gdy zamawiający – kierując się względami ekonomicznymi – nie chce, już w momencie zakupu urządzenia ograniczyć swoich możliwości co do zlecenia serwisu pogwarancyjnego do autoryzowanych przedstawicieli – autoryzowanych serwisantów producenta urządzenia.

Fakt, że instrukcja serwisowa i kody serwisowe są niezbędne do świadczenia pełnej obsługi serwisowej urządzenia również po zakończeniu okresu gwarancji nie był sporny.

Biorąc pod uwagę minimalny okres gwarancji, jaki mogą zaoferować wykonawcy na urządzenie w ramach pakietu 2 (60 miesięcy – pkt 21 załącznika nr 5 do SIWZ) oraz wskazaną przez odwołującego na rozprawie żywotność urządzenia (10 lat) stwierdzić należy, że zamawiający, w przypadku gdy wykonawca zaoferuje 60-cio miesięczny okres gwarancji, będzie musiał – w przypadku dalszej eksploatacji urządzenia – wykupić usługę serwisu pogwarancyjnego na dalsze miesiące (łącznie co najmniej 60 kolejnych miesięcy, przyjmując jako minimalną żywotność urządzenia 10 lat).

Możliwość zakupu serwisu pogwarancyjnego po jak najniższej cenie leży niewątpliwie w interesie zamawiającego (i finansów publicznych), a kwestia skali oszczędności jest na obecną chwilę nie do ustalenia – będzie to możliwe dopiero po przeprowadzeniu przez zamawiającego postępowania na serwis pogwarancyjny, co zamawiający – zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie – zamierza zrobić, a do czego niezbędne jest zapewnienie innym profesjonalnym podmiotom niż autoryzowani serwisanci producenta urządzenia dostępu do kodów i instrukcji serwisowej.

Skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska zamawiającego, iż autoryzowany przedstawiciel producenta, będący jednocześnie autoryzowanym serwisantem producenta urządzenia mógłby w sposób dowolny kształtować ceny serwisu urządzenia, pozbawiając zamawiającego możliwości weryfikacji tych cen w drodze konkurencyjnego postępowania

o zamówienie publiczne. Jednocześnie – co warto podkreślić – autoryzowany serwisant producenta nie byłby pozbawiony możliwości uczciwego konkurencyjnego z innymi podmiotami świadczącymi usługi serwisowe i pozyskania zamówienia.

W ocenie Izby, zamawiający wykazał, że postanowienia SIWZ w kształcie nadanym przez zamawiającego znajdują uzasadnienie w usprawiedliwionych potrzebach zamawiającego, a przez to nie są nadmierne. Wewnętrzne regulacje obowiązujące u producenta, którego autoryzowanym dystrybutorem i serwisantem jest odwołujący, nie powinny mieć wpływu na treść postanowień SIWZ, określonych przez zamawiającego. Co więcej, na co wskazywał sam odwołujący – sytuacja odwołującego nie różni się od sytuacji innych autoryzowanych przedstawicieli innych producentów (*„inni producenci sprzętu medycznego, posiadają analogiczne procedury dotyczące dostawy części zamiennych i dokumentacji serwisowej”* – str. 7 odwołania, drugi akapit).

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że pomimo przyjętego przez producentów sprzętu medycznego sposobu sprzedaży urządzeń, tj. poprzez autoryzowanych przedstawicieli, jakikolwiek producent byłby zainteresowany złożeniem oferty samodzielnie (i to na 1 szt. urządzenia).

Powoływany przez obie strony art. 90 ustawy z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.) w żaden sposób nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez producenta.

Przepis art. 90 ust. 4 tej ustawy stanowi jedynie, że wytwórca, importer i dystrybutor wprowadzający do obrotu na terytorium RP lub sprowadzający na terytorium RP w celu używania wyrób medyczny załącza wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania czynności określonych w tym przepisie. Należy też zauważyć, iż jest to przepis adresowany do podmiotów dokonujących wprowadzenia wyrobów medycznych do obrotu i nie jest zasadne rozszerzanie adresatów tego przepisu.

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nie podnosił braku uregulowania przez zamawiającego w SIWZ kwestii dotyczącej zabezpieczenia przekazanych przez wykonawcę instrukcji serwisowej i kodów, czy braku wystarczającego uregulowania przeprowadzenia szkoleń serwisowych.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby oczekiwania zamawiającego znajdują swoje uzasadnienie w jego rzeczywistych i usprawiedliwionych potrzebach. Ewentualne ograniczenia w złożeniu oferty w przypadku odwołującego (utrzymanie braku zgody producenta na udostępnienie instrukcji serwisowej i kodów) nie stanowią o tym, że

zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem dyspozycji art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: