

Sygn. akt: KIO 1500/17

WYROK

z dnia 31 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 lipca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lipca 2017 r.** przez wykonawcę **MVS sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez **WOJEWÓDZKI SZPITAL ZESPOLONY IM. L. R. W TORUNIU, ul. ŚW. JÓZEFA 53-59, 87-100 TORUŃ**

przy udziale **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1500/17 w części dotyczącej zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 Prawa Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Pzp” w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie obu Zadań polegające na wprowadzeniu wymogu posiadania kwalifikacji, uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty oraz polegające na niejasnym i nieprecyzyjnym opisanie tego wymagania poprzez użycie niedookreślonych pojęć oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia**

poprzez żądanie przedłożenia dokumentów [oświadczenia wykonawcy o posiadaniu uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty], które nie zostały umieszczone w katalogu dokumentów jakich może żądać Zamawiający, a ponadto żądane dokumenty nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia lecz cech Wykonawcy oraz zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 polegające na wprowadzeniu do tego zadania w zakresie przedmiotu zamówienia usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania 1 w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę oferty, z uwagi na wycofanie zarzutów względem treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” wskazanych na str. od 2 do 4 odwołania (od ii do xi), jako konsekwencje, jak oświadczył Odwołujący, ich uwzględnienie przez Zamawiającego,

2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1500/17, w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności tj. poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. art. 36aa ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych/nieudzielenie zamówienia w częściach i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 polegające na wprowadzeniu do tego zadania w zakresie przedmiotu zamówienia usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu, bez podziału tego zamówienia na części/pakiety i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu i nakazuje podział zamówienia na pięć części – w ten sposób, iż każde z czterech urządzeń załącznika nr 2/1 do SIWZ (zadanie 1) stanowiłby

odrębną część zamówienia, zaś cały załącznik nr 2/2 do SIWZ (zadanie 2) byłby ostatnią (piątą) odrębną częścią zamówienia. Jednocześnie, Izba nakazuje stosowne dostosowania jeśli jest to konieczne w treści ogłoszenia o zamówieniu i w innych miejscach SIWZ.

3. kosztami postępowania obciąża **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **MVS sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **MVS sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 w Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług serwisowych aparatury RTG, TK, MRI wraz z serwerem aplikacyjnym” oznaczenie postępowania: W.Sz.Z: TZ-280-71/17, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 551448-N-2017 z 14.07.2017 r., przez WOJEWÓDZKI SZPITAL ZESPOLONY IM. L. RYDYGIERA W TORUNIU, ul. ŚW. JÓZEFA 53-59, 87-100 TORUŃ zwany dalej: „Zamawiającym”. W dniu 14.07.2017 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ”.

W dniu 19.07.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MVS sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów zwana dalej: „MVS sp. z o.o.” albo „Odwolującym” wniosło odwołanie na w/w postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.07.2017 r. (e-mailem). Dotyczące braku podzielenia zamówienia na osobne części/pakiety oraz wymogu posiadania przez wykonawcę aktualnych uprawnień wynikających ze statusu autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty, a także wymogu, aby wszystkie czynności w odniesieniu do aparatury medycznej wymienionej w Załącznikach nr 2/1 oraz 2/2 do SIWZ były wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych, w tym w szczególności na:

- i. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zawarte w sekcji II.3) Informacja o możliwości składania ofert częściowych, w której Zamawiający wskazał, że zamówienie podzielone jest na części, a równocześnie, że oferty w postępowaniu można składać w odniesieniu do wszystkich części w zw. z postanowieniami zawartymi w Części I SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty, pkt 8 o treści: „*Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, w której musi być zaoferowana tylko jedna cena.*” oraz pkt 10 o treści: „*Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych z podziałem na 2 zadania.*”
- ii. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zawarte w sekcji III.6) pt. Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp o treści: „*W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów: a) oświadczenie wykonawcy*”

o posiadaniu przez wykonawcę aktualnych uprawnień wynikających ze statusu autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty - wymóg dotyczy obydwu zadań.”

iii. Postanowienia zawarte w Części II SIWZ pt.: Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania Wykaz wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp tj. nie podleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wymagane dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, pkt 17 o treści: „17. W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia n/w dokumentów: **a) oświadczenie wykonawcy o posiadaniu przez wykonawcę aktualnych uprawnień wynikających ze statusu autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty - wymóg dotyczy obydwu zadań.**”

iv. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część I pt. Zakres obsługi serwisowej aparatu mammograficznego Mammornat Inspiration oraz aparatu RTG Luminos dRF Max., punkt 4) o treści: „**Wszystkie czynności serwisowe, o których mowa powinny być wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych.**”

v. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część II pt. Zakres obsługi serwisowej aparatu RTG Mobiliett XP Hybrid, aparatów RTG Arcadis Varie oraz tomografu komputerowego Somatom Scope Power, punkt 7) o treści: „**Wszystkie czynności serwisowe, o których mowa powinny być wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych.**”

vi. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część III pt. Zakres obsługi serwisowej rezonansu magnetycznego

Magnetom Avanto Q-Engine punkt 8) o treści: **„Wszystkie czynności serwisowe, o których mowa powinny być wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych.”**

vii. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część V pt. Zakres obsługi serwisowej aparatu RTG Ysio oraz tomografu komputerowego Somatom Definition AS +, pkt 6) o treści: **„Wszystkie czynności serwisowe, o których mowa powinny być wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych.”**

viii. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 6 do SIWZ pt. Wzór Umowy, § 3 ust. 7 o treści: **„7. Wszystkie czynności serwisowe, o których mowa muszą być wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych.”**

ix. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część II pt. Zakres obsługi serwisowej aparatu RTG Mobiliett XP Hybrid, aparatów RTG Arcadis Varie oraz tomografu komputerowego Somatom Scope Power, pkt 3) tiret ostatnie o treści:

„ Wykonawca na własny koszt dokonywać będzie:

- wykonywanie zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego / aplikacyjnego.”

x. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część III pt. Zakres obsługi serwisowej rezonansu magnetycznego Magnetom Avanto Q-Engine, punkt 3) tiret ostatnie o treści:

„Wykonawca na własny koszt dokonywać będzie:

- wykonywanie zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego.”

xi. Postanowienia zawarte w Załączniku nr 3 do SIWZ pt. Szczegółowe wymagania dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia z opisem zakresu usług serwisowych (czynności) i standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia część IV pt. Zakres obsługi serwisowej serwera aplikacyjnego

syngo. via pkt 1) tiret pierwsze, drugie, siódme i ósme o treści: „1) Wykonawca na koszt własny dokonywać będzie:

- dostawa zalecanych uaktualnień oprogramowania wraz z telefonicznym wsparciem dla administratora IT i Klinicznego podczas instalacji uaktualnień,
- dostawa zalecanych modyfikacji oprogramowania do najnowszej wersji wraz z telefonicznym wsparciem dla administratora systemu podczas instalacji modyfikacji, [...]
- wykonanie zalecanych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego,
- wykonanie zalecanych przez producenta modyfikacji urządzenia, [...]

Poprzez sformułowanie wskazanych powyżej postanowień SIWZ Zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

a. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności tj. poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,

b. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. art. 36aa ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych/nieudzielenie zamówienia w częściach i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,

c. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 polegające na wprowadzeniu do tego zadania w zakresie przedmiotu zamówienia usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu, bez podziału tego zamówienia na części/pakiety i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,

d. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie obu Zadań polegające na wprowadzeniu wymogu posiadania kwalifikacji, uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty oraz polegające na niejasnym i nieprecyzyjnym opisanie tego wymagania poprzez użycie niedookreślonych pojęć,

e. art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postpowaniu o udzielenie zamówienia poprzez żądanie przedłożenia dokumentów [oświadczenia wykonawcy o posiadaniu uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty],

które nie zostały umieszczone w katalogu dokumentów jakich może żądać Zamawiający, a ponadto żądane dokumenty nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia lecz cech Wykonawcy,

f. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 polegające na wprowadzeniu do tego zadania w zakresie przedmiotu zamówienia usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania 1 w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę oferty oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania. W związku z powyższym w imieniu Odwołującego wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z przepisami Pzp, w tym podział zamówienia na części i dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych/udzielenie zamówienia w częściach w sposób zgodny z propozycjami odwołującego, tj. podział zamówienia na 11 (jedenaście) części poprzez wydzielenie usług serwisowych dotyczących każdego z urządzeń objętych przedmiotem zamówienia do osobnej części/pakietu, względnie podział zamówienia na 5 (pięć) części, z których jedna obejmowałaby zakres jak obecnie opisane Zadanie nr 2, a pozostałe 4 (cztery) obejmowałyby usługi serwisowe poszczególnych urządzeń wskazanych w Załączniku nr 2/1 do SIWZ,
- wykreślenie z ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ wszystkich zapisów nakazujących wykonawcy posiadanie kwalifikacji, uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty oraz wymogów, z których wynika, że wszystkie czynności serwisowe w zakresie poszczególnych urządzeń powinny być wykonywane przez jednostkę serwisową, która posiada autoryzację producenta na świadczenie usług serwisowych,
- wykreślenie z treści SIWZ wszystkich zapisów nakazujących, aby wykonawca na własny koszt:
 - i. dokonywał zalecanych przez producenta danego urządzenia aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego,
 - ii. dostarczał zalecane uaktualnienia oprogramowania wraz z telefonicznym wsparciem dla administratora IT i Klinicznego podczas instalacji uaktualnień,
 - iii. dostarczał zalecane modyfikacje oprogramowania do najnowszej wersji wraz z telefonicznym wsparciem dla administratora systemu podczas instalacji modyfikacji,

iv. wykonywał zalecane przez producenta modyfikacji urządzenia.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług serwisowych aparatury RTG, TK, MRÍ wraz z serwerem aplikacyjnym” oznaczenie postępowania: W.Sz.Z: TZ-280-71/17 w dniu 14 lipca 2017 roku. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Sformułowanie postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia bezzasadnie ogranicza krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający w sposób nieuprawniony i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia połączył w jedno zamówienie bez możliwości składania ofert częściowych, usługi serwisowe urządzeń opisanych w Załączniku nr 2/1 oraz Załączniku nr 2/2 do SIWZ. Zarówno połączenie dwóch Zadań w jedno zamówienie, jak i połączenie świadczenia usług serwisowych dla poszczególnych urządzeń w ramach każdego z dwóch Zadań stanowi naruszenie przepisów Pzp wskazane powyżej.

Już poprzez połączenie w Zadaniu nr 1 świadczenia usług serwisowych dla urządzeń: Tomograf komputerowy Somatom Definition AS + o numerze seryjnym 95490.

Tomograf komputerowy Somatom Scope Power o numerze seryjnym 92864.

Rezonans magnetyczny Magnetom Avanto Q-Engine I-class o numerze seryjnym 27292. Serwer aplikacyjny Syngo.Via o numerze seryjnym 102171.

Zamawiający w protokole postępowania (Odwołujący otrzymał kopię protokołu w formie elektronicznej w dniu 19 lipca br.) w pkt 2.2 wskazał, że zamówienie zostało podzielone na części oraz nie wskazał przyczyn braku podziału zamówienia na części. Równocześnie w pkt 2.3 protokołu Zamawiający wskazał, że oferty można składać w odniesieniu do wszystkich części.

Zapisy te budzą poważne wątpliwości Odwołującego z uwagi na ich rozbieżność z zapisami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, gdzie zostało wprost napisane, że nie dopuszcza się składania ofert częściowych z podziałem na 2 Zadania.

W ocenie Odwołującego, nie tylko brak podziału na części ale i brak uzasadnienia podziału na części jest poważnym naruszeniem przepisów Pzp, gdyż Zamawiający odstępując od podzielenia zamówienia na części jest zobligowany zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11) Pzp wskazać powody niedokonania podziału zamówienia na części. Nie chodzi tu tylko o brak podziału na Zadania 1 i 2 z możliwością składania ofert częściowych na te Zadania, ale również, brak podziału zakresu objętego obecnie Zadaniem nr 1 na cztery osobne pakiety dotyczące usług serwisowych poszczególnych urządzeń.

Zamawiający ograniczył możliwość złożenia oferty w Postępowaniu do jednego podmiotu funkcjonującego na rynku usług serwisowych tego rodzaju urządzeń, co zostało

jedynie wzmocnione poprzez wprowadzenie zapisów dotyczących wymogu posiadania uprawnień serwisowych producenta.

Natomiast połączenie usług serwisowych dla urządzeń opisanych w Zadaniu 1 oraz w Zadaniu 2 i wyłączenie możliwości złożenia ofert częściowych na te Zadania ogranicza w rażący sposób konkurencję.

Obecnie na rynku funkcjonuje wiele podmiotów mogących świadczyć usługi jedynie w zakresie określonym Zadaniem 2, jednak ich połączenie w całość wraz z Zadaniem 1 powoduje, że ci mniejsi przedsiębiorcy nie mają możliwości złożenia oferty w postępowaniu. Dla przykładu wskazujemy na następujące podmioty mogące świadczyć usługi w zakresie Zadania nr 1:

PPHU "PRAISTON"

M. P. ul. Górowska 32

MBZ MED J. B.

ul. Turystyczna 12 43-600 Jaworzno

Msoł W. K.

ul. Grzybowa 23 55-003 Chrzęstawa Mała

Odwołujący z kolei na chwilę obecną nie jest zainteresowany świadczeniem usług w zakresie Zadania nr 2, natomiast ma możliwość (po wykreśleniu zapisów dotyczących autoryzacji, które preferują jednego wykonawcę) świadczyć usługi w zakresie dwóch urządzeń objętych Zadaniem nr 2, tj. w zakresie urządzenia Rezonans magnetyczny Magnetom Avante Q-Engine I-class o numerze seryjnym 27292 (Załącznik nr 2/1 do SIWZ poz. nr 3) oraz urządzenia Serwer aplikacyjny Syngo. Via o numerze seryjnym 102171 (Załącznik nr 2/1 do SIWZ poz. nr 4). Obecne ukształtowanie treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zarówno poprzez połączenie obu Zadań w całość przedmiotu zamówienia bez możliwości składania ofert częściowych jak i połączenie w Zakresie Zadania nr 1 usług serwisowych czterech różnych urządzeń, uniemożliwia Odwołującemu, ale i innym wykonawcom, złożenie ofert w postępowaniu. Tego rodzaju zapisy eliminują wszystkich wykonawców z wyjątkiem podmiotu Siemens Healthcare sp. z o.o., który jako jedyny może spełnić wszystkie wymagania w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, iż wydzielenie do osobnych pakietów/części usług dotyczących poszczególnych urządzeń leży głównie w interesie Zamawiającego, gdyż racjonalnym wydaje się dopuszczenie jak największej liczby Wykonawców do złożenia ofert w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do uzyskania konkurencyjnej ceny produktów i obniżenia wysokości wydatkowanych środków publicznych.

Pomimo niewątpliwych korzyści ekonomicznych z dzielenia zamówienia na części i dopuszczenia do udziału w postępowaniu dużej liczby wykonawców, należy wskazać, iż

takie działanie w zakresie opisu i podziału przedmiotu zamówienia to przede wszystkim obowiązek Zamawiającego w świetle art.7 ust.1 Pzp, 29 ust.1.2 i 3 Pzp oraz art.36aa ust.1 Pzp z uwzględnieniem art. 96 ust.1 pkt.11 Pzp.

O słuszności podniesionych przez Odwołującego zarzutów świadczy również wyrok KIO wydany w dniu 02.01.2017 r. (sygn. akt KIO 2346/2016), w którym Izba uwzględniła odwołanie na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przywołanym postępowaniu Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie - tak jak Zamawiający - nie dokonał podziału zamówienia na części. Powyższe działanie Zamawiającego zostało uznane przez Izbę za naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych, w tym art.7 ust.1 Pzp oraz art.29 ust.1 i 2 Pzp, w związku z czym Izba nakazała podział zamówienia na części i wyłączenie wskazanych produktów do osobnego pakietu. Wyrok zapadł na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących po dacie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., która to nowelizacja przecież wprowadziła nakaz dla zamawiającego aby dzielić zamówienia na części w celu umożliwienia małym i średnim przedsiębiorcom udziału w postępowaniach i nie ograniczać konkurencji.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie naruszenia warunków uczciwej konkurencji poprzez zapis SIWZ jest bardzo jednoznaczne. Izba wielokrotnie wskazała na niedopuszczalność tego typu praktyk, ale także przyjęła bardzo szeroki zakres potencjalnego wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji. Tak oto w uchwale KIO z 17.06.2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 41/16 KIO stwierdza, że: *„Dla uznania niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadą wynikającą z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji.”*

W zakresie oznaczenia przedmiotu zamówienia, należy mieć również na uwadze pogląd wyrażony w uchwale KIO z 15.06.2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 42/16, w której Izba stwierdza, że: *„Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 p.z.p. może nastąpić w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.”* [w tym wypadku usługę].

Dodatkowym argumentem wskazującym na ograniczenie konkurencyjności przedmiotowego Postępowania jest wymaganie posiadania przez Wykonawcę aktualnych uprawnień wynikających ze statusu autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług

serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty. Wszystkie zapisy dotyczące posiadania ww. uprawnień oraz nakazujące, aby czynności serwisowe były wykonywane przez jednostkę posiadającą autoryzację producenta wskazują na jeden podmiot mogący wykonać przedmiotowe usługi, tj. Siemens Healthcare sp. z o.o.

Przywołał wyrok KIO z 26.04.2011 r., sygn. akt: KIO 752/11, z 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 2/09 oraz wyrok KIO z 21.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 434/09.

Odwołujący zwrócił także uwagę na niejednoznaczność warunku postawionego Wykonawcy w Części II SIWZ pkt 17. Zamawiający wymaga złożenia przez wykonawcę oświadczenia o **posiadaniu przez wykonawcę aktualnych uprawnień wynikających ze statusu autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty - wymóg dotyczy obydwu zadań**. Nie precyzuje jednak o jaki dokładnie uprawnienia chodzi, nie określa w sposób jednoznaczny i precyzyjny ich zakresu. Wykonawca mając do dyspozycji jedynie zapisy SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie ma możliwości złożenia przedmiotowego oświadczenia. Ponadto, oświadczenie to jest oświadczeniem dotyczącym właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w której podmiotem świadczącym usługi może być jedynie autoryzowany przedstawiciel producenta (do tego według rozumienia Odwołującego praktycznie sprowadza się wymaganie Zamawiającego) to producent urządzenia decyduje de facto o tym, kto może złożyć ofertę w Postępowaniu, jako, że decyduje o tym, które podmioty będą posiadały autoryzację. Producent nie ma ani obowiązku ani interesu biznesowego w porozumieniu się z wykonawcami (np. takimi jak MVS sp, z o.o.) co do udzielenia autoryzacji w zakresie świadczonych usług serwisowych. To z kolei sprowadza się do wyjściowego wniosku, iż w przy takiej treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ jak obecnie jedynie jeden podmiot może złożyć ofertę w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy przy tym wyjaśnić, że można wyróżnić dwa rodzaje dokumentów:

- dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp, potwierdzające, że oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i
- dokumenty podmiotowe tj. potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust 1 pkt 1 Pzp), o których mowa w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 Pzp.

Oświadczenia jakich przedstawienia żąda Zamawiający nie jest dokumentacją przedmiotową [jak to zostało nazwane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ] lecz stricte podmiotową, a przez ograniczony zakres możliwej do żądania przez Zamawiającego dokumentacji wedle przepisów Pzp, jest to żądanie całkowicie bezpodstawne

i nieuprawnione. Przywołał wyrok KIO z 09.05.2017 r., sygn. akt: KIO 812/17, wyrok KIO z 11.06.2012r., sygn. akt: KIO 1073/12 oraz wyrok KIO z 16.11.2010 r., sygn. akt KIO 2376/10.

Fakt możliwości świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia w postępowaniu potwierdza przede wszystkim stanowisko Siemens Healthcare sp. z o. o. przekazane Odwołującemu w innym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Białej Podlaskiej usług serwisowych w zakresie okresowych przeglądów techniczno - eksploatacyjnych oraz napraw rezonansu magnetycznego wraz z wyposażeniem, nr sprawy ZP.3521/1/17. Pismo przedkładamy w załączeniu. Odwołujący otrzymał stanowisko Siemens Healthcare sp. z o.o. od Zamawiającego w toku ww. postępowania.

Odnośnie kwestionowanych przez Odwołującego zapisów treści SIWZ w zakresie Załącznika nr 3 do SIWZ, cz. II pkt 3) tiret ostatnie, cz. III pkt 3) tiret ostatnie, cz. IV pkt 1) tiret pierwsze, drugie, siódme i ósme należy wskazać na poniższe kwestie.

Po pierwsze dokonywanie jakichkolwiek modyfikacji czy to software'u systemowego czy też aplikacyjnego danego urządzenia, a także dokonywanie modyfikacji urządzenia jest możliwe tylko i wyłącznie przez producenta danego oprogramowania bądź jego autoryzowanego przedstawiciela, a w przypadku modyfikacji urządzenia jest ona również możliwa do dokonania tylko przez producenta danego urządzenia.

Wykonawca nie będący producentem czy autoryzowanym przedstawicielem producenta oprogramowania i/lub sprzętu nie ma możliwości prawnych ingerowania w oprogramowanie, którego nie jest autorem, jako, że byłaby to w ocenie Odwołującego nieuprawniona ingerencja w utwór jakim jest oprogramowanie komputerowe. Zamawiający nie podał w SIWZ żadnych informacji, w jaki sposób (poza tym, że na koszt wykonawcy) ma następować taka ingerencja i czy Zamawiający pozyskał na takie modyfikacje i uaktualnienia zgodę producentów urządzeń i oprogramowania.

Zapisy SIWZ, których prawidłowość Odwołujący podważa nie wypełniają także obowiązku ciążącego na Zamawiającym, a wynikającego wprost z art. 29 Pzp, co do kompletnego, wyczerpującego i uwzględniającego wszystkie możliwe okoliczności opisanie przedmiotu zamówienia. Urządzenia, których właścicielem jest Zamawiający posiadają na chwilę obecną określoną konfigurację i opcje systemu. Na etapie postępowania wykonawcy nie mają możliwości dokonania wyceny wszystkich możliwych modyfikacji urządzenia, oprogramowania czy uaktualnień oprogramowania producenta, ponieważ nie jest wiadome, czy w ogóle producent przewiduje jakieś uaktualnienia, jeśli planuje to ile i z jaką częstotliwością w okresie trwania umowy będą one miały miejsce. Nie mając takiej wiedzy,

tym bardziej wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ceny takiej modyfikacji czy uaktualnienia, a tym samym nie jest w stanie w sposób prawidłowy wycenić swojej oferty. W ocenie Odwołującego Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawców koszty niemożliwe do oszacowania ani na etapie składania oferty, ani nawet w trakcie wykonywania umowy. Aktualizacje oprogramowania, jego modyfikacje i modyfikacje urządzeń są okolicznościami, które powinny być każdorazowo, odrębnie wyceniane w zależności od ich ilości i zakresu (według naszej wiedzy w grę mogą wchodzić aktualizacje niezbędne do prawidłowego funkcjonowania urządzeń, które albo są udostępniane bezpłatnie ale tylko i wyłącznie przez producenta bądź jego autoryzowanych przedstawicieli, albo w grę mogą wchodzić uaktualnienia i modyfikacje umożliwiające pewne dodatkowe funkcje, które z pewnością są odpłatne, natomiast wiedzę w tym zakresie mogą posiadać jedynie, choć i to nie jest pewne, producent lub jego autoryzowani przedstawiciele). Możliwe jest, że nawet producent czy jego autoryzowani przedstawiciele nie będą w stanie określić, czy w przyszłości zostaną przygotowane jakieś aktualizacje i modyfikacje, a tym bardziej wycenić je na przyszłość, w tym dla innych podmiotów celem przygotowania przez nich oferty w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 20.07.2017 r. (opublikował na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.07.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa zwany dalej: „*Siemens Healthcare Sp. z o.o.*” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.07.2017 r. (faxem), a 28.07.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. *Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.*

W dniu 27.07.2017 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z 27.07.2017 r. wezwał Siemens Healthcare Sp. z o.o. - na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 31.07.2017 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 25.07.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron.

Na posiedzeniu Przystępujący wniósł na piśmie sprzeciw - jedynie wobec zarzutów dotyczących braku podzielenia zamówienia na osobne pakiety, tj. zarzutu opisanego w pkt i) na str. 2 odwołania. Jednocześnie stwierdził, że odwołanie w tym zakresie winno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp z powodu braku tego typu czynności w katalogu ujętym w przepisie art. 180 ust. 1 pkt 1- Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego braku podzielenia zamówienia na osobne pakiety, Izba oddaliła wniosek.

Izba stoi na stanowisku, iż kwestia ta mieści się w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w ramach art. 180 ust 2 pkt. 5 Pzp, gdyż de facto stanowi o tym, w jakim zakresie przedmiotu zamówienia będzie stanowił element zamówienia, tzn. jako całość, czy też w kilku pakietach. Ma to istotne reperkusje, utożsamianie art. 36aa Pzp jedynie ze złożeniem oferty, a nie sposobem realizacji zadania byłoby zbyt daleko idącym uproszczeniem.

Izba dopuściła zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego – Siemens Healthcare Sp. z o.o. – oddalając opozycje. Odwołujący stwierdził, że po pierwsze – Przystępujący może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, tak zgodnie z postanowieniami SIWZ w dacie publikowania ogłoszenia i SIWZ jak również po ew. uwzględnieniu odwołania i zawartych tam zarzutów i żądań Odwołującego. Są one obojętne dla Przystępującego. W żaden sposób nie wpływają na sferę praw i obowiązków Przystępującego. Po drugie, informacja, że Przystępujący może złożyć ofertę zgodnie z postanowieniami SIWZ obowiązującymi przepisami jest bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Po trzecie, jak wskazał Odwołujący, wszyscy uczestnicy postępowania są niewątpliwie zainteresowani przeprowadzenia postępowania przetargowego zgodnie z prawem. W tym zakresie, Izba uznała, że nie zawsze kwestia możliwości złożenia oferty lub jej braku jest kluczowa w kwestii interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił. Interes w przystąpieniu jest pojęciem szerszym. W tym stanie

faktycznym był związany w zachowaniu dotychczasowego status quo, czemu ani Zamawiający ani Odwołujący nie przeczyli.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, w tym zadania 1 (załącznika nr 2/1) oraz zadania 2 (załącznika nr 2/2), jak i załącznika nr 3 oraz informacji z 20.07.2017 r. o poprawieniu omyłki pisarskiej i zmianie zapisu w rozdziale I pkt 10 SIWZ.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) Kopie protokołu postępowania,
- 2) Kopie pisma skierowanego do Odwołującego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej z dnia 30.05.2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie zawierające uwzględnienie w całości, sprzeciw złożony na posiedzeniu przez Przystępującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów, co do których wniesiono sprzeciw.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- a. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności tj. poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób bezzasadnie ograniczający krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
- b. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. art. 36aa ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 11) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych/nieudzielenie zamówienia w częściach i tym samym ograniczenie liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,
- c. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 polegające na wprowadzeniu do tego zadania w zakresie przedmiotu zamówienia usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu, bez

podziału tego zamówienia na części/pakiety i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu,

d. art. 29 ust. 1,2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie obu Zadań polegające na wprowadzeniu wymogu posiadania kwalifikacji, uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty oraz polegające na niejasnym i nieprecyzyjnym opisanie tego wymagania poprzez użycie niedookreślonych pojęć,

e. art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez żądanie przedłożenia dokumentów [oświadczenia wykonawcy o posiadaniu uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej będącej przedmiotem składanej oferty], które nie zostały umieszczone w katalogu dokumentów jakich może żądać Zamawiający, a ponadto żądane dokumenty nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia lecz cech Wykonawcy,

f. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania nr 1 polegające na wprowadzeniu do tego zadania w zakresie przedmiotu zamówienia usług dostępnych wyłącznie u jednego podmiotu i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Zadania 1 w sposób uniemożliwiający prawidłową wycenę oferty oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie /uwzględnienia w całości/, jak i sprzeciwu. Istotna jest przywołana treść pisma z 20.07.2017 r. o poprawieniu omyłki pisarskiej i zmianie zapisu w rozdziale I pkt 10 SIWZ.

W zakresie zarzutów uwzględnionych informacje znajdują się także w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego, w kontekście wniesionego sprzeciwu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie w całości odwołanie. Przystępujący wniósł na piśmie sprzeciw - jedynie wobec zarzutów dotyczących braku podzielenia zamówienia na osobne pakiety, tj. zarzutu opisanego w pkt i) na str. 2 odwołania.

W konsekwencji wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego i zobowiązania się do działania zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak i wobec wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego jedynie w zakresie zarzutu dotyczącego braku podzielenia zamówienia na osobne pakiety, Izba umorzyła postępowania w pozostałym zakresie (zarzut czwarty, piąty i szósty), jak w sentencji.

Względem zarzutu pierwszego, drugiego i trzeciego – dotyczących braku podzielenia zamówienia na osobne pakiety, Izba uznała że w/w zarzuty zostały potwierdzone.

Niewątpliwie kwestia podziału zamówienia na części wymaga każdorazowo indywidualnej analizy potrzeb Zamawiającego i celowości podziału. Taki podział nie może odbywać się kosztem efektywności, czyli efektów jakie można zapewnić udzielnie zamówienia jednemu wykonawcy wybranemu w trybie ustawy Pzp. Jednocześnie niewątpliwie konieczność zapewnienia dostępu do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom nie może być powodem dokonania podziału w sytuacji, gdy taki podział nie jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

W tym stanie faktycznym, w zaistniałej sytuacji mamy do czynienia ze stanem tego rodzaju, w którym Zamawiający uznał przedmiotowy zarzut, jak i całe odwołanie. Inaczej mówiąc przyznał, że taki podział, jak wnioskowany jest zasadny i zgodny z jego potrzebami. Wobec złożenia sprzeciwu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego. To na podmiocie, który sformułował ten sprzeciw spoczął ciężar wykazania, że jest odmiennie. Składane podczas rozprawy oświadczenia, nie zostały w żaden sposób poparte dowodami, zwłaszcza co do braku doświadczenia Odwołującego w zakresie serwisowania serwera aplikacyjnego Syngo. Via (stwierdzono jedynie, że według wiedzy składającego sprzeciw nie ma on takiego doświadczenia. Nie przedstawiono danych potwierdzających możliwość weryfikacji poprzez loginy, podmiotu serwisującego). Podniesione kwestie nie stanowiły tak istotnych elementów, który mogłyby być podstawą do zakwestionowania celowości podziału zadania 1. W tym zakresie rozprawa sprowadziła się do tego, że kwestią sporną pozostał ewentualny podział zadania 1 (na cztery części – zadanie 2 /część piąta/). Składający sprzeciw nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że od serwera aplikacyjnego Syngo. Via można dowolnie odłączyć tomografy komputerowe i rezonansy magnetyczne. Nie zaprzeczył też, iż awaria jednego urządzenia nie implikuje awarii drugiego urządzenia. Składający sprzeciw nie wykazał, że informacja o awarii rezonansu magnetycznego, czy też

tomografu komputerowego będzie znajdowało się również serwera aplikacyjnego Syngo. Via. Stwierdził jedynie, że może wskazywać pewne informacje wskazujące na błąd, a doświadczony serwisant winien również sprawdzić urządzenia podłączone. Nie przedstawiono, przy tym dowodu na tą okoliczność, należy przy tym założyć, że doświadczony serwisant uzna, że winne jest podłączone urządzeniu dopiero po wykluczeniu wszystkich przyczyn w serwerze aplikacyjnym Syngo. Via.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp, *koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:*

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,*
- b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.*

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 2 sentencji, w zakresie zarzutów, które zostały uwzględnione, w kontekście wniesionego sprzeciwu. Wypełniona została dyspozycja przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....