

Sygn. akt XXIII Zs 30/21

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 sierpnia 2021r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	Weronika Żołądk

po rozpoznaniu w dniu 11 sierpnia 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielnie zamówienia publicznego

przy udziale przeciwników skargi:

zamawiającego Centrum Onkologii (...) w L.

uczestników: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

na skutek skargi (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 29 stycznia 2021r., sygn. akt KIO 3489/20

1. oddała skargę;
2. zasądza od (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. na rzecz Centrum Onkologii (...) w L. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych ) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. akt **XXIII Zs 30/21**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Onkologii (...) w L. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa przeprowadzania przeglądów okresowych, kontroli bezpieczeństwa elektrycznego, konserwacji oraz naprawy urządzeń będących na wyposażeniu (...)”; numer referencyjny: (...).

W dniu 28 grudnia 2020 r. wykonawca (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1.1. określeniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie Części nr 1 i 3 w sposób nieproporcjonalny oraz utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wymaganie od wykonawców dysponowania personelem posiadającym kwalifikacje potwierdzone dokumentami wydanymi przez producentów urządzeń lub ich uprawnionych przedstawicieli;

1.2. określeniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu w zakresie Części nr 1 i 3 w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, a także w odniesieniu do właściwości wykonawcy poprzez premiowanie wykonawców posiadających autoryzację producenta serwisowanych urządzeń medycznych;

1.3. opisanu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w zakresie Części nr 1 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji poprzez objęcie zamówieniem aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1. w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.1. petitum - art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wymaganie dysponowania przez wykonawców personelem posiadającym kwalifikacje potwierdzone dokumentami wydanymi przez producentów urządzeń lub ich uprawnionych przedstawicieli, podczas gdy żaden przepis prawa nie uzależnia możliwości świadczenia obsługi serwisowej przedmiotowych urządzeń od posiadania jakichkolwiek dokumentów wydanych przez producentów urządzeń lub ich uprawnionych przedstawicieli, a na rynku istnieją podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego postępowaniem mimo braku spełniania przez personel wymagań określonych przez zamawiającego;

2.2. w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.2. petitum - art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert: „Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta”, odnoszącego się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy, które ponadto stawia bezzasadnie w korzystniejszej sytuacji w postępowaniu producentów serwisowanych urządzeń (lub podmioty bezpośrednio z nimi powiązane), podczas gdy zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w sposób nieutrudniający dostępu do zamówienia innym podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia;

2.3. w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.3. petitum - art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia 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 do aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji 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;

2.4. w odniesieniu do czynności wskazanej powyżej w punkcie 1.3. petitum - art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu w sposób który utrudnia uczciwą konkurencję 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 software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji tomografów, podczas gdy zamawiający powinien zapewnić także innym wykonawcom możliwość realnego konkurencji z producentem serwisowanych tomografów (lub podmiotami z nim bezpośrednio powiązanymi), którego uprzywilejowanie w żaden sposób nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:

1. w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.1.- poprzez wykreślenie z rozdziału VI, pkt. 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ fragmentu „wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela”, ewentualnie: poprzez dopuszczenie legitymowania się przez personel wykonawcy uprawnieniami potwierdzonymi przez podmiot niezależny od producentów urządzeń, prowadzący szkolenia lub posiadający wiedzę i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń tożsamyh do urządzeń od co najmniej 2 lat, liczonych od terminu składania ofert w postępowaniu;

2. w odniesieniu do zarzutu z punktu 2.2. - poprzez wykreślenie z rozdziału XIII, pkt. 1 SIWZ kryterium Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta i zwiększenie wagi kryterium „Wykonanie przeglądów urządzeń medycznych w siedzibie zamawiającego” do 40%, ewentualnie: poprzez wprowadzenie w miejsce kryterium „Posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta” np. następujących kryteriów: czas reakcji na miejscu

- kryterium o wadze 5% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: czas reakcji > 3h - 0 pkt, czas reakcji < 3 h - 5 pkt. Utrzymanie aparatów w sprawności (procentowa liczba roboczogodzin pracy aparatów w skali roku) - kryterium o wadze 10% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: > 95% -10 pkt, > 94%

- 8 pkt, > 93% - 6 pkt, > 92% - 4 pkt. Gwarancja na wymienione części - 5% możliwych do zdobycia punktów, przyznawanych w ten sposób, że: 12 miesięcy - 5 pkt, 9 -11 miesięcy

- 3 pkt, 6-9 miesięcy - 0 pkt.;

3. w odniesieniu do zarzutów z punktu 2.3., 2.4. - poprzez wykreślenie z Załącznika nr 2.1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do Części 1 postępowania pkt. 5.3 (Wykonanie zleconych przez producenta aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego) oraz 5.4 (Wykonanie zleconych przez producenta modyfikacji urządzenia) ewentualnie: poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie poprzez wskazanie liczby, zakresu i kosztów aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji, zgodnie z zaleceniami producenta tomografów; a także 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.

Zamawiający, w dniu 30 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: (A) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 30 grudnia 2020 r.; (B) (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. w dniu 4 stycznia 2021 r.

Zamawiający, na posiedzeniu w dniu 26 stycznia 2021 r. poinformował, że pismem z 13 stycznia 2021 r. dokonał zmian w treści SIWZ w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia w Części nr 1 - objęcie zamówieniem aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta (zarzut opisany w pkt 1.3 petitum odwołania).

W związku z dokonaniem zmian w treści SIWZ - odwołujący złożył oświadczenie, iż cofa zarzut w powyższym zakresie.

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu polegającego na opisaniu przedmiotu zamówienia w postępowaniu w zakresie części nr 1 w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez objęcie zamówieniem aktualizacji software'u systemowego i aplikacyjnego oraz modyfikacji urządzeń zgodnie z zaleceniami producenta, z powodu jego wycofania przez odwołującego, w pkt 2 oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, a w pkt 3 kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł obciążyla wykonawcę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000

zł uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym przystępującego (...) zawartym w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza dokonała następujących ustaleń i rozważań:

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV jest usługa serwisowa w zakresie napraw i konserwacji sprzętu medycznego.

Izba wskazała, że w kontekście stawianego zarzutu, dotyczącego sposobu opisanego przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu znaczenie mają podnoszone przez zamawiającego i przystępującego (...) okoliczności, iż przedmiotowy sprzęt jest drogi i skomplikowany co ma znaczenie o tyle, że wykonawca świadczący przedmiotowe usługi musi posiadać specjalistyczną wiedzę na temat jego budowy i sposobu funkcjonowania jak również fakt, że jakość świadczonych usług oraz sposób jej wykonywania ma bezpośredni związek z prawidłowym i bezpiecznym funkcjonowaniem wyrobów medycznych, z kolei nieprawidłowe serwisowanie może stanowić zagrożenie dla zdrowia czy nawet życia pacjenta, bądź personelu medycznego. Izba podkreśliła, że warunki określone przez zamawiającego muszą być z jednej strony ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, co oznacza także, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do jego realizacji. Z drugiej strony oceniając zasadność warunku bierze się pod uwagę zakres, charakterystykę, stopień złożoności, specyfikę lub też sposób realizacji danego zamówienia.

KIO wywiodła, że w okolicznościach niniejszej sprawy należało zatem rozważyć, czy opisany przez zamawiającego w rozdziale VI, pkt 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do dysponowania osobami, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, został ustalony przez zamawiającego na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanego w częściach 1 i 3 zamówienia. Zamawiający oczekiwał, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia spełniały następujące wymagania: minimum 3 osoby (serwisant, inżynier serwisowy itp.) biorące udział bezpośrednio w wykonywaniu usługi posiadające kwalifikacje, świadectwa kwalifikacje „E” lub „D” do 1kV, uprawnienia do wykonywania pomiarów ochronnych i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń stanowiący przedmiot zamówienia danej części oraz posiadające aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela.

Odwołujący kwestionował wymaganie dotyczące tego, że personel wykonujący zamówienie musi posiadać aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji, wydane przez producenta urządzeń lub

uprawnionego przedstawiciela. W jego ocenie, warunek opisany przez zamawiającego należy uznać za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że zarzuty odwołującego w tym zakresie nie mogą znaleźć akceptacji z tego powodu, że w przypadku jeśli kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia - uzasadnione jest sprecyzowanie takich właśnie wymagań w odniesieniu do personelu.

W ocenie Izby kluczowym dla oceny czy warunek został określony w sposób proporcjonalny było po pierwsze udzielenie odpowiedzi czy stopień ograniczenia konkurencji jest uzasadniony potrzebami zamawiającego. W niniejszym wypadku Izba uznała, że takie przesłanki istnieją. KIO podkreśliła, że przedmiotem zamówienia jest serwis specjalistycznego sprzętu, wysokiej jakości, w przypadku którego ryzyko niewłaściwego działania ma wpływ na zdrowie i życie pacjentów oraz bezpieczeństwo personelu medycznego. Zamawiającym jest szpital onkologiczny, w którym na co dzień diagnozuje się ciężkie przypadki, a właściwa diagnostyka ma wpływ na dobór najbardziej odpowiednich dla pacjenta metod leczenia, co decyduje niekiedy nawet o życiu pacjenta. Aby zatem zapewnić prawidłowe serwisowanie urządzeń ważnym jest, aby wykonywały taki serwis osoby posiadające stosowne doświadczenie i przeszkolone na odpowiednim poziomie. Izba zważyła, że poziom taki zapewnić może jedynie producent urządzeń lub upoważniony przedstawiciel.

Po drugie Izba stwierdziła, że warunek w brzmieniu opisanym przez zamawiającego był proporcjonalny wskazując, iż odnosił się on do zapewnienia przez wykonawcę dostępu, w trakcie realizacji zamówienia, do odpowiednio wykwalifikowanego personelu serwisowego tj. takiego, którego kwalifikacje potwierdził producent.

Izba zgodziła się z odwołującym, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie określają jakie uprawnienia winny posiadać osoby serwisujące sprzęt, podnosząc jednak, że nie stoi to na przeszkodzie, aby zamawiający poprzez stawianie innych wymagań, adekwatnych do zakupionych i użytkowanych przez niego urządzeń - określił minimalne oczekiwania w zakresie kadry, którą dysponuje wykonawca, a która to będzie takim serwisem się zajmowała. KIO wskazała, że powyższe ma na celu ustalenie czy posiadany przez te osoby poziom kompetencji odpowiada wymaganiom producenta sprzętu. Ponieważ poszczególni producenci stosują różne rozwiązania konstrukcyjne i funkcjonalne w swoich wyrobach, wprowadzają stale udoskonalenia, których zakres jest znany wyłącznie tym podmiotom - tylko osoby posiadające dostęp do tej unikalnej wiedzy, a zatem przeszkolone przez producenta sprzętu, są zdolne do realizacji takich zadań serwisowych. Znaczenie ma w tym przypadku również jakość i aktualność szkolenia, które odbywa serwisant. Jak zaś wynika z wyjaśnień przystępujących złożonych na rozprawie, szkolenia przez nich prowadzone dotyczą konkretnego modelu sprzętu, który jest serwisowany. Ponadto zwraca się uwagę na aktualność posiadanej przez te osoby wiedzy serwisowej, w konsekwencji organizuje się również szkolenia w zakresie nowych wiadomości dotyczących budowy danego urządzenia, w szczególności w przypadku gdy na rynek wprowadzane są nowe modyfikacje odnoszące się do tego modelu.

Po trzecie Izba wzięła również pod uwagę jaki wpływ ma postawiony warunek na potencjalną konkurencję. Tu Izba stwierdziła, że samo wymaganie odnoszące się do odpowiednio wykwalifikowanego personelu - takiego wpływu nie wywiera.

Izba zwróciła jednocześnie uwagę, że odwołujący nie wykazał, ani też nawet nie złożył w treści odwołania takiego oświadczenia, z którego wynikałoby, że dysponowanie przez niego takimi osobami jest niemożliwe, a w konsekwencji, że nie ma szansy jego spełnienia.

Z kolei w zakresie dowodu przedstawionego przez odwołującego na okoliczność, że ten zwracał się do firmy (...) z prośbą o przedstawienie oferty na certyfikowane szkolenia serwisowe i otrzymał odpowiedź negatywną, Izba wzięła pod uwagę, że sam odwołujący przyznał, że był świadomy, że ten podmiot szkoleń w tym zakresie nie przeprowadza, a robi to (...) GmbH. Twierdził wprawdzie, że zwracał się i do tego podmiotu z analogiczną prośbą i został odesłany do firmy (...), nie przedłożył jednak na tą okoliczność żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że również ten podmiot

odmówił przeszkolenia jego pracowników. Tym samym w ocenie Izby nie wykazał, że niemożliwe jest zorganizowanie takich szkoleń dla pracowników samego odwołującego.

Mając zatem na uwadze powyższe wyjaśnienia i dowody przedłożone na rozprawie Izba uznała, że wbrew twierdzeniom odwołującego warunku powyższego nie można uznać za nieproporcjonalny. Z kolei żądania odwołującego zmierzają w istocie do dopuszczenia do świadczenia usług osób, które w istocie nie posiadają żadnych kwalifikacji. Z powyższych powodów Izba uznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - za niepotwierdzony.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie w Rozdziale XIII jako kryterium oceny ofert: posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta, na poziomie 20% w pierwszej kolejności Izba wskazała, że nie sposób podzielić oceny odwołującego co do tego, że tak opisane kryterium odnosi się do właściwości (cech podmiotowych) wykonawcy.

Izba zauważyła, że w tym przypadku kryterium takie ma charakter przedmiotowy, gdyż jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia albowiem odnosi się do usług serwisowych, jakie będzie wykonywał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca. Ma ono również niewątpliwie odniesienie jakościowe, albowiem serwis taki daje gwarancję, że odbywa się pod nadzorem lub za aprobatą jakościową producenta takiego sprzętu. Co najistotniejsze, tylko w takim przypadku, bo zapewnia to wyłącznie serwis autoryzowany, zamawiający ma gwarancję, że świadczona usługa wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość usług. Tylko taki ma bowiem dostęp do najnowszych informacji i danych na temat serwisowanego sprzętu medycznego. Z powyższych względów Izba wywiodła, że kryterium to jest zatem dopuszczalne.

Ponadto KIO zauważyła, że kryterium oceny ofert stanowi jedynie wyraz preferencji zamawiającego, nie jest natomiast warunkiem który trzeba spełnić aby móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Przy tak specjalistycznym sprzęcie i ryzyku, jakie jest ponoszone w związku z nieprawidłowym jego działaniem za pomocą tego kryterium zamawiający wartościuje i wyżej ocenia usługi serwisowe, realizowane przez podmiot posiadający autoryzację serwisową producenta. Ponieważ autoryzacja w sposób bezpośredni przekłada się na poziom jakości realizowanych usług, bowiem posiadając ją podmiot pozyskuje dostęp do bazy wiedzy producenta (dokumentacji, narzędzi, kodów oprogramowania serwisowego), jego wsparcia, ma dostęp do najnowszej, pełnej i oficjalnej dokumentacji technicznej - musi w związku z tym ponosić z tego tytułu dodatkowe koszty. Z tych też powodów przyznanie punktów w kryterium oceny ofert w przypadku, gdy o zamówienie ubiegał się będzie podmiot, który taką autoryzację posiada - rekompensuje raczej kwestie owych dodatkowych kosztów ponoszonych w związku z tym przez wykonawcę. W tym kontekście wyliczenia odwołującego, który przedstawił kalkulację z której wynikać miało, że musi obniżyć cenę swojej oferty w stosunku do wykonawcy posiadającego autoryzację aż o 32% (przy założeniu, że budżet wynosił będzie 1 mln zł.) Izba uznała jedynie za orientacyjne i nie poparte szczegółową analizą wskazując, że odwołujący nie ma bowiem wiedzy jaki wpływ na cenę (jej wzrost) ma okoliczność związana z koniecznością uzyskania autoryzacji producenta.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Skargę na powyższe wywiódł odwołujący (...) sp. z o.o. zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości. Rozstrzygnięciu zarzucono:

1. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku („Stare PZP”) polegające na błędnej oraz sprzecznej z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, co w konsekwencji

doprowadziło do błędnego ustalenia przez Izbę jakoby odpowiednią jakość obsługi serwisowej urzędzeń mogły zapewnić jedynie osoby, których kwalifikacje zostały potwierdzone wyłącznie przez producenta urzędzeń (jego uprawnionego przedstawiciela), a w konsekwencji do:

naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. 22 ust. 1a Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Starego PZP poprzez niewłaściwe przyjęcie, że warunek udziału w postępowaniu sprowadzający się do konieczności dysponowania personelem, którego kwalifikacje zostały potwierdzone wyłącznie przez producenta urzędzeń (jego uprawnionego przedstawiciela) odpowiada uzasadnionym potrzebom przeciwnika skargi, a zatem jest zgodny ze wskazanymi przepisami, podczas gdy potwierdzenie kwalifikacji wyłącznie przez producenta urzędzeń (jego uprawnionego przedstawiciela) nie jest niezbędne do zapewnienia odpowiedniej jakości ich obsługi serwisowej, a zatem warunek ten jest nieproporcjonalny, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu,

2. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść wyroku, tj. art. 190 ust. 7 Starego PZP polegające na błędnej oraz sprzecznej z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia przez Izbę jakoby wyłącznie serwis autoryzowany (wskazany przez producenta urzędzeń) dawał gwarancję, że świadczona usługa wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość, a w konsekwencji do:

naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. 91 ust. 2 i 3 Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Starego PZP poprzez niewłaściwe przyjęcie, że kryterium „Posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta” jest kryterium jakościowym i zasadnie stawiającym w korzystniejszej sytuacji podmioty posiadające autoryzację producenta urzędzeń, podczas gdy posiadanie autoryzacji producenta urzędzeń nie wpływa na jakość wykonania zamówienia, a zatem kryterium to nie odnosi się do przedmiotu zamówienia i utrudnia dostęp do jego uzyskania innym podmiotom, zdolnym w sposób równie prawidłowy wykonać przedmiot zamówienia,

3. naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. 91 ust. 2 i 3 Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Starego PZP poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że kryterium „posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta” odnosi się do jakości świadczonych usług serwisowych (ma ono charakter przedmiotowy), podczas gdy kryterium to odnosi się bezpośrednio do właściwości wykonawcy (ma ono charakter podmiotowy) i przez to jest niezgodne ze wskazanymi przepisami.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku KIO i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania skarżącego i nakazanie przeciwnikowi skargi unieważnienia postępowania w zakresie części nr 1 i części nr 3, a jeżeli przed rozpoznaniem niniejszej skargi dojdzie do zawarcia umów w sprawie zamówień, dla których prowadzone jest postępowanie w zakresie części nr 1 i części nr 3 skarżący wniósł o stwierdzenie naruszenia przez przeciwnika skargi przepisów PZP wskazanych w odwołaniu z 28 grudnia 2020 roku, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych („Nowe PZP”). Skarżący wniósł także o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Nadto, odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów szczegółowo wymienionych w treści skargi na fakty opisane w jej uzasadnieniu.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnianiu świadczenia pieniężnego, za czas od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, którym je zasądzone, do dnia zapłaty.

Odpowiedź na skargę złożył również uczestnik postępowania (...) sp. z o.o. wnosząc o oddalenie skargi w całości jako niezasadnej, a w szczególności oddalenie żądania unieważnienia postępowania o udzielenia zamówienia jako niedopuszczalnego w świetle art. 582 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, pominięcie wniosku dowodowego skarżącej o przeprowadzenie dowodu z „Opinii rynkowej” (Załącznik nr 8 do skargi) - jako

spóźnionego, a także zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę wywiódł też uczestnik postępowania (...) sp. z o.o. wnosząc o oddalenie skargi w całości oraz dopuszczenie dowodów z dokumentów szczegółowo wymienionych w odpowiedzi na skargę na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprawPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprawPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP.

W niniejszej sprawie stan faktyczny związany z udzieleniem zamówienia publicznego zrealizował się w pełni przed 1 stycznia 2021 r., a zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy dPzp, odwołanie zostało złożone natomiast w dniu 28 grudnia 2020 r., wyrok Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 29 stycznia 2021 r., zaś skarga na ww. wyrok została złożona w dniu 19 lutego 2021 r. Wobec tego, że postępowanie odwoławcze zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do Sądu stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 21 k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r./art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Jednocześnie na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. z 579 ust. 2 nPZP Sąd Okręgowy pominął zgłoszone w skardze wnioski dowodowe. W ocenie Sądu Okręgowego wnioskowane przez skarżącego dowody nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a nadto, w ocenie Sądu brak było jakichkolwiek przeszkód do zgłoszenia tych wniosków już w odwołaniu i w istocie zmierzają one do obejścia przepisu art. 583 nPZP.

Przechodząc natomiast wprost do oceny skargi, w ocenie Sądu Okręgowego skarga jako bezzasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela bowiem ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast KIO w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób kompleksowy i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia



życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotem sporu pomiędzy stronami niniejszego postępowania pozostają de facto wyłącznie dwa zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przed konkretną oceną zarzutów skargi dla porządku należy powołać te sporne postanowienia. Otóż opisany przez zamawiającego w rozdziale VI, pkt 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ warunek odnoszący się do dysponowania osobami, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, został ustalony na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia opisanego w częściach 1 i 3 zamówienia. Zamawiający oczekiwał, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia spełniały następujące wymagania: minimum 3 osoby (serwisant, inżynier serwisowy itp.) biorące udział bezpośrednio w wykonywaniu usługi posiadające kwalifikacje, świadectwa kwalifikacje „E” lub „D” do 1kV, uprawnienia do wykonywania pomiarów ochronnych i doświadczenie w serwisowaniu urządzeń stanowiący przedmiot zamówienia danej części oraz posiadające aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela.

Oprócz ustalenia warunków udziału zamawiający ustalił także określone kryteria oceny ofert, aby premiować rozwiązania dla niego najbardziej pożądane. Jednym z takich kryteriów - wskazanym w rozdziale XIII SIWZ - było posiadanie przez wykonawcę autoryzacji producenta urządzeń na wykonywanie usług serwisowych w zakresie określonym przedmiotem zamówienia. Wykonawca, który posiadał taką autoryzację, miał otrzymać zgodnie z postanowieniami SIWZ 20 punktów (tj. 20% możliwych do uzyskania punktów), natomiast wykonawca nieposiadający takiej autoryzacji - 0 punktów.

Jak wynika z powyższego jeden z warunków adresowany jest do personelu wykonawcy, zaś drugi bezpośrednio do samego wykonawcy.

Zarówno w postępowaniu odwoławczym, jak i skargowym odwołujący forsował tezę, iż ww. warunki zostały wprowadzone przez zamawiającego do SIWZ w sposób nieproporcjonalny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz utrudniający uczciwą konkurencję w postępowaniu. Z powyższym twierdzeniem skarżącego nie sposób się jednak zgodzić. Sąd Okręgowy w pełni aprobuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej co do poszczególnych zarzutów poniesionych w odwołaniu i powtórzonych w skardze.

W szczególności bezzasadne są zarzuty naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 190 ust.7 ustawy dPZP).

Wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego i poczyniła na jego podstawie prawidłowe ustalenia faktyczne. Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty wywiedzione w pkt 1 i 2 petitum skargi. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać trzeba też, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym.

W ramach omawianych zarzutów odwołujący podnosił między innymi, że KIO dokonała błędnej oraz sprzecznej z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego ustalenia przez Izbę jakoby odpowiednią jakością obsługi serwisowej

urządzeń mogły zapewnić jedynie osoby, których kwalifikacje zostały potwierdzone wyłącznie przez producenta urządzeń (jego uprawnionego przedstawiciela).

Wbrew twierdzeniom skargi ocena opisanego przez zamawiającego w rozdziale VI, pkt 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ warunku została dokonana przez KIO w oparciu o całokształt materiału dowodowego postępowania oraz przy uwzględnieniu zaprezentowanych przez strony stanowisk. Zarzut oparcia ustaleń Izby na dowodach nieprzydatnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie znajduje zatem jakiegokolwiek uzasadnienia. W szczególności nie sposób podzielić argumentacji skarżącego aby dowód taki stanowić miała zaoficerowana przez uczestnika (...) sp. z o.o. dokumentacja zdjęciowa. Dowód ten obrazował bowiem stopień skomplikowania przedmiotowego sprzętu, co nie pozostaje bez znaczenia w kontekście konieczności zapewnienia jego prawidłowego serwisowania przez odpowiednio przeszkolony i kompetentny personel. Podobnie za istotny dla rozstrzygnięcia sprawy uznać należało dowód z opracowania przygotowanego przez Ogólnopolską Izbę Gospodarczą (...)pt. „(...)”, jak i raportu z oceny przyczyn awarii aparatu producenta (...), które nastąpiła wskutek wadliwej procedury naprawczej niekompetentnego serwisu, o czym szerzej w dalszej części rozważań. W ocenie Sądu Okręgowego Izba przy wydaniu wyroku w sposób wyczerpujący i szczegółowy rozważyła zgromadzony materiał dowodowy i jednocześnie przedstawiła tok rozumowania oraz umotywowała wnioski, do których doszła. Ocena dowodów dokonana przez KIO nie wykroczyła zatem poza granice zakreślone w art. 190 ust. 7 ustawy dPzp.

Odnosząc się zaś do twierdzeń skargi co do warunku posiadania przez personel dokumentów potwierdzających nabycie kwalifikacji wydanych przez producenta urządzeń lub ich uprawnionego przedstawiciela, to po pierwsze zauważenia wymaga, że treść tego warunku została przytoczona przez skarżącego wybiórczo i z pominięciem postanowienia rozdziału VII.B. 1 lit i) SIWZ dotyczącego dokumentów wymaganych przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania ww. warunku i w którym mowa o wykazie (mającym charakter oświadczenia) jako jedynym dokumencie potwierdzającym powyższe. Według opisu kolumny trzeciej w ww. wykazie wykonawcy mieli wskazać certyfikat potwierdzający upoważnienie do naprawy i przeglądów sprzętu, którym dysponują osoby wykazywane w ramach warunku. Po drugie podkreślić trzeba, że w obowiązującym dla postępowania Rozporządzeniu 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 z zm.) brak uprawnienia zamawiającego do wymagania dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe czy też doświadczenie personelu poza wykazem osób jako oświadczeniem wykonawcy. Wykaz jako oświadczenie własne wykonawcy ma zawierać informacje potwierdzające spełnienie warunków udziału i stanowi jedyny podmiotowy środek dowodowy w tym zakresie. W rozpoznawanym stanie faktycznym zamawiający żądał natomiast jedynie przedłożenia wykazu osób. Z opisu warunku zawartego w SIWZ oraz opisu kolumny w Załączniku nr 8 do SIWZ wynika natomiast jakimi certyfikatami mają legitymować się wykazywane osoby (co winno zostać potwierdzone stosowną informacją w wykazie osób). W świetle powyższego nie znajduje uzasadnienia argumentacja skarżącego, że zamawiający nie potrafił określić jakich dokumentów żąda w swoim postępowaniu.

Chybiona jest także argumentacja skargi, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania personelem posiadającym aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji wydane przez producenta urządzeń lub uprawnionego przedstawiciela nie został w ogóle przewidziany przez zamawiającego w odniesieniu do niektórych innych części postępowania tj. aparatów RTG, respiratorów i defibrylatorów. Choć istotnie w przypadku aparatów RTG, respiratorów oraz defibrylatorów w zapisach SIWZ nie przewidziano, że wykonawca powinien dysponować personelem posiadającym aktualne certyfikaty lub inne dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji wydane przez producenta tych urządzeń lub jego uprawnionego przedstawiciela, to w ocenie Sądu Okręgowego powyższa okoliczność pozostaje irrelevantna dla oceny prawidłowości zaskarżonego rozstrzygnięcia. Podkreślenia wymaga bowiem, że przedmiotem odwołania były jedynie warunki dotyczące przedmiotu zamówienia opisanego w częściach 1 i 3 tj. tomografów komputerowych i rezonansu magnetycznego, a nie pozostałych urządzeń objętych postępowaniem. Ponadto, w ocenie Sądu Okręgowego, nieporównywalna jest skala i skomplikowanie usług serwisowych w przypadku ww. urządzeń, a tym samym nieporównywalne są też warunki udziału w postępowaniu i powód ich stawiania.

Zarzucając naruszenie omawianego przepisu postępowania odwołujący podnosił także, że postawione warunki oraz kryteria oceny ofert wyeliminowały go z udziału w postępowaniu. W ocenie Sądu Okręgowego sama okoliczność, że ustanowione przez zamawiającego w SIWZ warunki były dla skarżącego niewygodne nie przesądza natomiast jeszcze to tym, że formalnie były to postanowienia odcinające i wykluczające złożenie przez niego oferty.

Podobnie na aprobatę nie zasługiwało stanowisko skarżącego w istocie deprecjonujące potrzeby zamawiającego oraz adekwatność przyjętego w postępowaniu sposobu ich zabezpieczenia. W tym zakresie zaznaczenia wymaga, że kwestionowane postanowienia SIWZ, nie odnosiły się w tym przypadku do potrzeb zamawiającego dotyczących opisu przedmiotu zamówienia normowanego w art. 29 dPzp. Tym samym uwagi zawarte w skardze zarzuty dotyczące możliwości naruszenia konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia są bezprzedmiotowe dla oceny zasadności zaskarżonego rozstrzygnięcia. Potrzebą zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu bezsprzecznie było bowiem dopuszczenie do udziału w nim takich wykonawców, którzy byli w stanie zagwarantować do wykonania objętej zamówieniem usługi personel zapewniający odpowiedni poziom kompetencji i przeszkolenia, co miało zminimalizować ryzyko nieprawidłowości przy świadczeniu usługi serwisowej. Powyższe zamawiający osiągnął przez opis warunków udziału w postępowaniu, a nie przez opis przedmiotu zamówienia, co pozostaje istotne z punktu widzenia rozkładu ciężaru dowodu w niniejszym postępowaniu. To bowiem odwołujący winien był wykazać za pomocą stosownych i przekonujących dowodów, że określony opis warunków udziału w postępowaniu doprowadził do rzeczywistego naruszenia konkurencji, a nie tylko możliwości jej naruszenia, co wystarczającym byłoby przy opisie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący ciężącemu na nim w tym zakresie obowiązkowi nie sprostał. Nie sposób bowiem podzielić argumentacji skargi, iż za wystarczające do wypełnienia celu postępowania było posiadanie kwalifikacji potwierdzonych przez inny, niezależny od producenta urządzeń podmiot, prowadzący działalność w tym zakresie. Słusznie uwypukliła Izba, iż przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie jest serwis specjalistycznego sprzętu wysokiej jakości, w przypadku którego ryzyko niewłaściwego działania ma wpływ na zdrowie i życie pacjentów oraz bezpieczeństwo personelu medycznego, a zamawiającym jest szpital onkologiczny, w którym właściwa diagnostyka ma wpływ na dobór najbardziej odpowiednich dla pacjenta metod leczenia. Wobec powyższego, w celu zapewnienia prawidłowego serwisowania urządzeń, ważnym jest, aby serwis taki wykonywały osoby posiadające stosowne doświadczenie i przeszkolone na odpowiednim poziomie. Usługi serwisowe wyrobów medycznych takich jak tomografy czy rezonanse magnetyczne muszą być więc świadczone przez odpowiednio wykwalifikowany personel o zweryfikowanych i udokumentowanych kompetencjach. Okoliczności faktyczne potwierdzające tezę o statystycznie znacznie wyższym poziomie kadry serwisowej certyfikowanej przez producenta zostały zaś wykazane w toku niniejszego postępowania. W szczególności na uwadze mieć tu należy przedstawione przez uczestnika (...) sp. z o.o. zdjęcia obrazujące skomplikowanie przedmiotowych urządzeń oraz konsekwencje ich nieprawidłowego działania, a także treść opracowania Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej (...) oraz w raporcie z dnia 9 czerwca 2020 r. dla Instytutu (...) w W..

Odwołujący, pomimo ciężącemu na nim obowiązkowi, nie udowodnił natomiast, że personel niecertyfikowany przez producenta gwarantuje co najmniej taką samą jakość usług jak personel certyfikowany. Skarżący nie wykazał również, że sam realizował zamówienia dotyczące serwisu podobnych urządzeń.

Podzielić należało także stanowisko KIO w przedmiocie skutków przedmiotowego warunku dla stopnia ograniczenia konkurencji na rynku. Także w tym zakresie skarżący nie zdołał bowiem wykazać, iż stopień ten jest wysoki. Jak wynika natomiast z materiału dowodowego przedłożonego do akt postępowania przez uczestnika (...) sp. z o.o. w postaci informacji z serwisu (...) o dostępności na rynku specjalistów posiadających stosowne kwalifikacje, którzy nie pracują już w (...) oraz na dowodach dotyczących innych postępowań, w których inni wykonawcy posługują się w przetargach specjalistami, którzy legitymują się kwalifikacjami potwierdzonymi przez (...). Przy czym uznanie Sądu Okręgowego nie znalazła argumentacja skargi co do wiarygodności tego typu dowodów albowiem stanowi jedynie hipotetyczne i gołosłowne rozważania skarżącego. Przystępujący (...) sp. z o.o. wykazał natomiast, że odwołujący

posługiwał się w innych przetargach osobami certyfikowanymi przez ww. podmiot oferując dowód w postaci Certyfikatu Profesjonalnego Inżyniera Serwisowy - Rezonans magnetyczny (...).

Z tych wszystkich względów, w ocenie Sądu Okręgowego, słuszną była konstatacja Izby, iż w rozpoznawanym stanie faktycznym jedynie producent urządzeń lub upoważniony przedstawiciel może zapewnić odpowiedni poziom przeszkolenia, a tym samym objętej przedmiotowym zamówieniem usługi.

W konsekwencji na aprobatę nie zasługiwał także zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego tj. 22 ust. 1a dPzp. Wbrew twierdzeniom skargi, warunku przewidzianego w VI, pkt 1, lit. c) ppkt 1) SIWZ nie można uznać za nieproporcjonalny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ma on ścisły związek z przedmiotem zamówienia, gdyż dotyczy kwalifikacji osób, które będą wykonywały usługi serwisowe w trakcie jego realizacji. Przy tym w toku sprawy nie wykazano aby przedmiotowy warunek powodował sytuację, w której dochodzi do wyeliminowania konkurencji w postępowaniu. W ocenie Sądu Okręgowego omawiane wymaganie stanowi natomiast gwarancję, że czynności serwisowe zostaną zrealizowane przez personel kompetentny i posiadający udokumentowane kwalifikacje. Bezsprzecznie natomiast zamawiający ma prawo oczekiwać, aby serwis tak skomplikowanych i istotnych urządzeń medycznych jak tomograf komputerowy i rezonans magnetyczny był powierzany osobom posiadającym niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie czynności serwisowych potwierdzone przez producenta tych urządzeń lub jego uprawnionego przedstawiciela.

Tym samym zarzuty z pkt 1 petitum skargi okazały się niezasadne.

Naruszenia wyrażonej w art. 190 ust. 7 ustawy dPzp zasady swobodnej oceny dowodów skarżący upatrywał także w ustaleniach i rozważaniach Izby dotyczących wyłącznej gwarancji autoryzowanego serwisu, iż świadczona usługa wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość, a zatem odnoszących się do kryterium wskazanego w rozdziale XIII SIWZ.

W pierwszej kolejności podzielić należy zapatrywanie Izby, iż z uwagi na ścisły związek z przedmiotem zamówienia omawiane kryterium ma charakter przedmiotowy. Niewątpliwie odnosi się ono bowiem bezpośrednio do usług serwisowych, jakie będzie wykonywał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca. Słuszną była także konstatacja KIO, że kryterium to ma odniesienie jakościowe, gdyż autoryzowany serwis daje gwarancję, że usługa odbywa się pod nadzorem lub za aprobatą jakościową producenta sprzętu.

Za nieudowodnione i gołosłowne należy uznać natomiast wywody skargi, iż autoryzacja producenta nie jest potwierdzeniem wysokiej jakości usług świadczonych przez danego wykonawcę. Podkreślenia wymaga bowiem, że autoryzacja stanowi potwierdzenie, a wręcz gwarancję, że usługi są realizowane zgodnie z procedurami producenta przez personel posiadający odpowiednie kwalifikacje i podlegający stałym procesom szkoleniowym, przy dostępie do aktualizowanej bazy wiedzy producenta oraz oprzyrządowania i wyposażenia serwisowego. Z autoryzacją wiąże się również nieograniczony i stały dostęp do aktualnych instrukcji urządzeń oraz oryginalnej dokumentacji technicznej producenta. To właśnie potwierdzeniem powyższego jest autoryzacja serwisowa producenta.

Uwypuklenia wymaga również, że w analizowanym przypadku posiadanie autoryzacji producenta nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, a jest jednym z punktowanych kryteriów oceny ofert i tym samym stanowi jedynie wyraz preferencji zamawiającego. Zauważyć należy też, że w toku postępowania zamawiający wyraźnie wskazywał, że poprzez okoliczność, iż serwis realizowany będzie przez podmiot autoryzowany, sprzęt będzie pracował w sposób właściwy, zostanie zapewniona odpowiednia jakość, poprzez dostarczenie oryginalnych części i materiałów. Nie jest natomiast tak, że przewaga podmiotu autoryzowanego jest większa. Wynika to z faktu, że podmioty autoryzowane ponoszą wyższe koszty, zatem kryteria mogą się równoważyć.

Raz jeszcze zaznaczyć należy, że przedmiotem zamówienia jest serwis specjalistycznego sprzętu wysokiej jakości, w przypadku którego ryzyko niewłaściwego działania ma wpływ na zdrowie i życie pacjentów oraz bezpieczeństwo personelu medycznego, a zamawiającym jest szpital onkologiczny, w którym właściwa diagnostyka ma wpływ na dobór najbardziej odpowiednich dla pacjenta metod leczenia. Za pomocą omawianego kryterium zamawiający ma więc

możliwość wartościowania i wyższego ocenienia usługi, która jest realizowana przez podmiot posiadający autoryzację serwisową producenta. Natomiast sam fakt, że zamawiający różnicuje podmioty autoryzowane i nieautoryzowane, lub też, że oczekuje autoryzacji, nie stanowi ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 2184/17).

Dodatkowo należy wskazać, że podmiot zainteresowany może uzyskać autoryzację. Skarżący nie zdołał w niniejszym postępowaniu wykazać okoliczności przeciwnych.

Za chybioną uznać należało także argumentację skargi, że autoryzację producent może w każdej chwili cofnąć, nawet bez jakiegokolwiek związku z jakością świadczonych usług przez autoryzowanego przedstawiciela. Nie budzi bowiem wątpliwości Sądu Okręgowego, że proces cofnięcia autoryzacji producenta jest wysoce sformalizowany i wymaga przeprowadzenia szczegółowej i skomplikowanej procedury, a zatem nigdy nie jest procesem nagłym. Dodatkowo celem ustanowienia przez zamawiającego kryteriów oceny oferty jest właśnie możliwość dokonania takiej oceny, nie zaś gwarancja, że w trakcie realizacji zamówienia nie zajdą w tym zakresie pewne zmiany.

Z tych wszystkich względów bezzasadne okazały się twierdzenia skargi, iż posiadanie autoryzacji producenta urządzeń nie wpływa na jakość wykonania zamówienia, a w konsekwencji, że w sprawie zaistniały podstawy do uznania przedmiotowego kryterium za niedopuszczalne jako nieodnoszące się do przedmiotu zamówienia i utrudniające dostęp do jego uzyskania innym podmiotom, zdolnym w sposób równie prawidłowy wykonać objętą zamówieniem. Izba na podstawie analizy całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania prawidłowo wywiodła, że kryterium wskazane przez zamawiającego w rozdziale XIII SIWZ było kryterium dopuszczalnym.

W rezultacie na uwzględnienie nie zasługiwał też bezpośrednio związany z wyżej omówionym zarzutem zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. 91 ust. 2 i 3 dPzp w zw. z art. 7 ust. 1 dPzp.

Wobec powyższego wszystkie wywiedzione w skardze zarzuty dotyczące postępowania dowodowego należy uznać jedynie za subiektywną ocenę skarżącego dokonanej przez Izbę oceny dowodów. Ocena skarżącego stanowi bowiem jedynie polemikę z niekorzystnymi dla niego wnioskami Izby, lecz nie jest skuteczną przesłanką podważenia dokonanej przez Izbę prawidłowej oceny materiału dowodowego. Dlatego też zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadne są zarzuty naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. art. 190 ust.7 ustawy dPZP).W konsekwencji powyższego na aprobatę nie mogły zasługiwać również wywiedzione skardze zarzuty naruszenia prawa materialnego. Skoro bowiem skarżący nie zdołał skutecznie podważyć dokonanej przez Izbę oceny materiału dowodowego niniejszej sprawy oczywistym pozostaje, iż uzależnione od tej oceny zarzuty materialne musiały zostać ocenione jako niezasadne. Zdaniem Sądu Okręgowego zaskarżone orzeczenie pozostaje w zgodzie z objętymi zarzutami skargi przepisami prawa materialnego.

Z wyżej wskazanych względów uznania Sądu Okręgowego nie znalazł także wywiedziony w pkt 3 petitum skargi zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 dPzp poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że kryterium „posiadanie przez Wykonawcę autoryzacji producenta” odnosi się do jakości świadczonych usług serwisowych (ma ono charakter przedmiotowy). Omawiany zarzut skargi dotyczył zatem również oceny kryterium określonego przez zamawiającego w Rozdziale XIII, a ściślej jego charakteru. Skarżący forsował tezę, iż powyższe kryterium odnosi się bezpośrednio do właściwości wykonawcy, a zatem ma charakter podmiotowy i przez to jest niezgodne ze wskazanymi przepisami.

Co już zostało wskazane we wcześniejszej części rozważań, z taką argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Sąd Okręgowy w pełni aprobuje bowiem rozważania KIO, iż omawiane kryterium ma charakter przedmiotowy przez wzgląd na jego ścisły związek z przedmiotem zamówienia.

Raz jeszcze podkreślenia wymaga, że dla oceny charakteru tego kryterium koniecznym jest uwzględnienie specyfiki przedmiotu niniejszego zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie było natomiast świadczenie usług serwisowych specjalistycznych urządzeń medycznych. Tym samym zastane kryterium oceny ofert odnoszące się do posiadania autoryzacji producenckiej przez serwis wykonawcy jest kryterium przedmiotowym, albowiem

bezpośrednio odnoszącym się do sposobu wykonywania oraz jakości oferowanych i świadczonych usług. W świetle oczekiwań zamawiającego odnośnie sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia kryterium to było zatem kryterium w pełni uzasadnionym. Tym samym brak było w ocenie Sądu Okręgowego podstaw do uznania go za niedopuszczalne, co czyni chybionym omawiany zarzut.

Reasumując, należy wskazać, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego. Podniesione w skardze zarzuty nie zdołały natomiast obalić trafnego rozstrzygnięcia Izby w jakimkolwiek zakresie.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 nPzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi. Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zm.). Odnośnie do stawki wynagrodzenia pełnomocnika, to uzupełniająco należy wskazać, że Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w tej niniejszej uznaje, że nie ma żadnych prawnych podstaw do stosowania stawek obowiązujących w postępowaniu odwoławczym przed KIO w sytuacji gdy tylko ww. rozporządzenie określa stawki przed organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też podkreślić, że w kognicji tutejszego Sądu nie ma kategorii spraw podobnych do skargi na orzeczenie KIO. Z tych względów jedynym wyznacznikiem stawki wynagrodzenia musi być wartość przedmiotu zamówienia – zaskarżenia.

Jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do zasądzenia kosztów postępowania skargowego również na rzecz podmiotu przystępującego do sprawy po stronie zamawiającego tj. (...) sp. z o.o. i dlatego wniosek ten został oddalony. Przystępujący nie jest stroną postępowania skargowego lecz uczestnikiem postępowania funkcjonującym zawsze po którejś ze stron (w tym wypadku po stronie przeciwnika skargi – zamawiającego). Umocowanie przystępującego w postępowaniu skargowym ma charakter interwenienta ubocznego w procesie. Zgodnie jednak z art. 589 ust. 1 nPZP koszty postępowania – stosowanie do wyniku postępowania – ponoszą wyłącznie strony. Materia ta jest w inny sposób uregulowana niż w art. 107 k.p.c. i ma pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego jako norma *lex specialis*.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

sędzia Aleksandra Komór