

**Sygn. akt: KIO 2053/10**

**KIO 2070/10**

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Członkowie: Aneta Mlącka  
Emil Kuriata**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 października 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28.09.2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych:

**A. w dniu 21.09.2010 r. przez SIEMENS Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (sygn. akt. KIO 2053/10);**

**B. w dniu 23.09.2010 r. przez Philips Polska Spółka z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa (sygn. akt KIO 2070/10)**

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16, 20-081 Lublin** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa rezonansu magnetycznego wraz z adaptacją pomieszczenia przeznaczonych do jego zainstalowania” – znak sprawy EO/TE-2722/XXV/10.

**A.** przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems polska Spółka z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2053/10.

**B.** przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems polska Spółka z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2070/10.

**orzeka:**

**A.** oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2053/10 wniesione przez **SIEMENS Spółka z o.o.**;

**B.** uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2070/10 i nakazuje modyfikację treści SIWZ w następującym zakresie:

- pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.1. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym  $\geq 150$  kg”;

- pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.10. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Podstawowy stół lub łóżko aparatu MR w całości odłączalne od aparatu lub odłączalny blat stołu z dedykowanym wózkiem antymagnetycznym umożliwiające ułożenie pacjenta poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego lub inne rozwiązanie równoważne zapewniające uzyskanie zakładanej funkcjonalności”.

2. Kosztami postępowania obciąża

**A. SIEMENS Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (sygn. akt KIO 2053/10);**

**B. Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16, 20-081 Lublin (sygn. akt 2070/10);**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołujących się, w tym:
  - A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SIEMENS Spółka z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**
  - B** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Philips Polska Spółka z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa,**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16, 20-081 Lublin** na rzecz **Philips Polska Spółka z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Lublinie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 7 października 2010 r. w sprawie KIO 2053/10 i KIO 2070/10**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 w Lublinie, ul. Staszica 16, 20-081 Lublin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa rezonansu magnetycznego wraz z adaptacją pomieszczenia przeznaczonego do jego zainstalowania” – znak sprawy EO/TE-2722/XXV/10.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.09.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 11.09.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 177-270186.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **08.09.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

W dniu **13.09.2010 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

#### **Sygn. akt KIO 2053/10**

W dniu **21.09.2010 r.** Odwołujący – SIEMENS Spółka z o.o. wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców naruszył **art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.**

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim urządzenie będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu, zaś SIWZ w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego uniemożliwia jemu złożenie konkurencyjnej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że po analizie wszystkich dokumentów składających się na SIWZ stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp sporządził SIWZ, naruszając zasady równego traktowania wykonawców, nie utrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia i tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty na konkurencyjny sprzęt firmy Siemens. Postępowanie Zamawiającego w sposób nieuzasadniony ogranicza uczciwą konkurencję poprzez preferowanie konkretnego rozwiązania firmy GE przy jednoczesnym uniemożliwieniu złożenia konkurencyjnej oferty przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego Zamawiający wypełniając dyspozycję art. 7 ustawy Pzp winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a dokonując opisu przedmiotu zamówienia ma obowiązek sporządzić go zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, co w ocenie Odwołującego potwierdza Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02). W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza również utrwalona linia orzecznicza Zespołu Arbitrów, w tym wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12.04.2005r sygn. akt UZP/ZO/0-651 /05.

Odwołujący podniósł, iż analizując zapisy załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia. „Opis przedmiotu zamówienia” Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający wprowadził szereg zapisów, które wykluczają możliwość zaoferowania nowoczesnego rezonansu 8 kanałowego produkcji Siemens przy preferowaniu rozwiązania firmy GE.

I. Odwołujący podniósł w treści uzasadnienia szczegółowe zarzuty dotyczące treści SIWZ (załącznika nr 2 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”):

**1. Pkt 3.11. załącznika nr 2 do SIWZ:** Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga dostawy aparatu z cewką do badań mammograficznych i spetroskopowych minimum 8 kanałową, umożliwiającą wykonywanie biopsji. Odwołujący wniósł o zmianę wymaganej wartości tego parametru na dopuszczenie cewki do badań mammograficznych i

spektroskopowych min. 4-kanałowej umożliwiającej wykonanie biopsji co dopuści rozwiązanie oferowane przez Odwołującego. W pkt 3.11. Odwołujący zaproponował zapis: „cewka do badań mammograficznych, morfologicznych i spektroskopowych minimum 4 kanałowa, umożliwiająca wykonywanie biopsji. Odwołujący wskazał, iż w oferowanych przez niego aparatach MR stosuje cewkę mammograficzną 4-kanałową. Cewki te są wykorzystywane w dużych ośrodkach Onkologicznych do diagnostyki oraz do biopsji. Odwołujący poinformował, iż nie odnotował krytycznych uwag, jakoby te cewki z jakichś powodów nie nadawały się do obrazowania w MR. Wymaganie min. 8 kanałów dla cewki mammograficznej powoduje sztuczne ograniczenie konkurencji. Odwołujący podniósł, iż parametr ten jest ponadto oceniany w pkt. 3.2 „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”.

**2. Pkt 8.9.4. załącznika nr 2 do SIWZ.** Odwołujący wniósł o zmianę treści parametru „Min. TE dla EPI (256x256 matryca)  $\leq$  2,6 ms” (Parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing). W punkcie 8.9.4. zaproponował zapis: „Min. TE dla EPI (256x256 matryca)  $\leq$  2,7 ms”. Zwrócił uwagę, że różnica minimalnego czasu akwizycji wynosząca 0,1 ms w stosunku do obecnego wymagania granicznego  $\leq$  2,6 ms nie ma żadnego istotnego znaczenia. Czas akwizycji jest jednym z wielu parametrów decydujących o czasie badania, o którym decydują głównie zastosowane techniki akwizycji równoległych skracające kilkukrotnie czas badania. Podkreślił, iż w posiadanych przez niego systemach MR techniki równoległe skracają czas badania, co najmniej 4 krotnie i dostępne są w badaniach z użyciem wszystkich cewek, czego nie oferują wszyscy dostawcy. Ponadto wskazał, że badania wykonane przy minimalnych czasach TE charakteryzują się ogólnie wysokim poziomem szumu, który może powodować generowanie obrazów nie diagnostycznych. Tym samym w ocenie Odwołującego utrzymanie granicznego wymagania TE na poziomie min.  $\leq$  2,6 ms nie ma zatem uzasadnienia, a jedynie powoduje sztuczne ograniczenie konkurencji oraz sprawia, że niezauważalna różnica zmusza Odwołującego do oferowania urządzenia zdecydowanie wyższej klasy, nieporównywalnego i niekonkurencyjnego w danym postępowaniu.

**3. Pkt 8.11. załącznika nr 2 do SIWZ.** Odwołujący wniósł o zmianę parametru Echo Spacing (czas pomiędzy kolejnymi echami) dla EPI (matryca 256x256)  $<$  0,72 ms na: pkt 8.11. min. TE dla EPI (256x256 matryca)  $<$  0,74 ms. Wskazał, że różnica minimalnego czasu akwizycji wynosząca 0,2 ms w stosunku do obecnego wymagania granicznego  $<$  0,72 ms nie ma żadnego istotnego znaczenia. (Uzasadnienie jak wyżej) Tym samym utrzymanie granicznego wymagania dla Echo Spacing  $<$  0,72 ms powoduje sztuczne ograniczenie konkurencji.

II. Odwołujący podniósł także w treści uzasadnienia szczegółowe zarzuty dotyczące treści załącznika do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie”:

**4. Pkt. 1.4 załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”:** Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie opisu parametru ocenianego na nie podlegający dyskusji, np. na: „Całkowitą długość magnesu wraz z obudową  $\leq 160\text{cm}$ ” Wskazał, że Zamawiający ocenia parametr zdefiniowany jako: Długość otworu pacjenta (magnes z systemem „shim”, cewkami gradientowymi i cewką całego ciała) w największym miejscu  $\leq 75\text{ cm}$ . W ocenie Odwołującego pojęcie obszaru „w największym miejscu” może być różnie interpretowane.

**5. Pkt 3 załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”.** Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie oceny cewek w zakresie pkt 3.7. – 3.10. W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez ocenę liczby kanałów tylko niektórych wybranych cewek nie kieruje się zasadą uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego zachowując analogię należałoby ocenić liczbę kanałów innych cewek i zmodyfikować opis parametrów ocenianych poprzez dodanie dodatkowych punktów, które zostały określone w treści odwołania. Obecna ocena Zamawiającego budzi, zdaniem Odwołującego, wątpliwość co do zasady równego i uczciwego traktowania konkurencji, gdyż wysoko ocenia rozwiązanie tylko jednej firmy.

**6. Pkt 4.2. załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”:** Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie oceny liczby kanałów z 10 pkt. na 2 pkt. Obecna ocena 10 pkt. parametru liczby kanałów z pełną ścieżką cyfrową w stosunku do innych obiektywnie istotnych parametrów ocenianych np. max. 2 pkt. może powodować, w ocenie Odwołującego, przesadne promowanie konkretnego wykonawcy, co budzi wątpliwości zastosowania przez Zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców.

**7. Pkt 4.5. załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”:** Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie oceny technologii toru transmisji odebranego sygnału MR z 5 pkt. na 1 pkt. W jego ocenie obecna ocena 5 pkt. parametru technologii toru transmisji odebranego sygnału MR w stosunku do innych obiektywnie istotnych parametrów ocenianych np. max. 2 pkt. może powodować przesadne promowanie konkretnego

wykonawcy, co budzi wątpliwości zastosowania przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

**8. Pkt 5.1. załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”:** Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie opisu funkcji ocenianej dotyczącej „Podstawowego stołu aparatu MR w całości odłączalnego od aparatu i dającego możliwość ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego oraz awaryjnej ewakuacji pacjenta" poprzez dopuszczenie innej równoważnej możliwości transportu pacjenta na „Podstawowy stół lub blat stołu aparatu MR w całości odłączalny od aparatu i dający możliwość ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego oraz awaryjnej ewakuacji pacjenta". Opisany parametr odłączenia stołu cechuje aparat firmy GE. Takie promowanie konkretnego wykonawcy budzi wątpliwości zastosowania przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

**9. Pkt 7.9. załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”:** Odwołujący wniósł o zmianę parametru poprzez dopuszczenie zaoferowania aparatu z opisaną funkcją wykonaną techniką DIXON. Jego zdaniem opisany parametr „Pakiet oprogramowania pozwalający na uzyskanie podczas jednej akwizycji czterech obrazów: in-phase, out of-phase, water-only, fat-only (IDEAL lub odpowiednik producenta), bazujący na technice innej niż 2 punktowy DIXON, wykorzystywany m.in. do badań szyi, mięśnieo-szkieletowych (np. kolano)" wyklucza zastosowanie równoważnej techniki DIXON, i świadczy o preferowaniu innego wykonawcy.

**10. Pkt 8.2. załącznika do SIWZ „Zestawienia Parametrów Technicznych Podlegających Ocenie”:** Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie oceny parametrów w zakresie ppkt 8.2. – 8.5. Wskazał, że Zamawiający ocenia istotny parametr jakim jest technika redukcji artefaktów ruchowych w głowie, szyi i kończynach przyznając mu jedynie 2 pkt, podczas gdy mniej istotnym parametrom przypisuje wartości 4, 5 lub nawet 10 pkt. Obecna ocena 4, 5 lub nawet 10 pkt. w stosunku do innych obiektywnie istotnych parametrów ocenianych np. max. 2 pkt. może powodować, w ocenie Odwołującego, przesadne promowanie konkretnego wykonawcy, co budzi wątpliwości zastosowania przez Zamawiającego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.



Odwołujący w podsumowaniu wskazał, iż jedynie wspomniane powyżej parametry opisujące rozwiązania typowo technologiczne, poprzez przyjęte przez Zamawiającego wartości graniczne specyficzne dla konkretnego producenta, ograniczają krąg potencjalnych wykonawców przedmiotowego zamówienia i naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Niedopuszczalne jest w świetle ustawy, jak też orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, ograniczanie uczciwej konkurencji poprzez wymaganie ściśle określonej technologii przy jednoczesnym uniemożliwianiu oferowania urządzeń odmiennych technologicznie lecz równoważnych z punktu widzenia możliwości użytkowych oraz klinicznych. Opisane przez Zamawiającego parametry promujące, zdaniem Odwołującego, jednego konkretnego producenta i powodujące konieczność złożenia przez innych producentów aparatów o klasę wyższych, a zatem cenowo nie konkurencyjnych, przy kryterium oceny - Cena 80% ogranicza stosowanie zasady uczciwej konkurencji.

Wskazał ponadto, iż powyższe zarzuty określania wartości parametrów granicznych nie mające uzasadnienia klinicznego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie, konkurencyjnej i ważnej oferty. Zamawiający sporządzając SIWZ i opisując przedmiot zamówienia naruszył przepisy ustawy Pzp w zakresie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Takie okoliczności naruszają interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia a w szczególności w złożeniu ważnej oferty w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu **27.09.2010 r.** wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z o.o. zgłosił w ramach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2053/10 przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia Odwołania, ponieważ jest jednym z wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, a stwierdzenia Odwołującego zawarte w treści Odwołania dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 art. 29 ust. 2 są bezzasadne. Zamawiający wbrew temu, co pisze Odwołujący dokonał opisu przedmiotu zamówienia z poszanowaniem wszelkich przepisów i zasad udzielania zamówień publicznych.

W toku rozprawy Zamawiający złożył pismo zawierające odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

## Sygn. akt KIO 2070/10

W dniu **13.09.2010 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ.

W dniu **23.09.2010 r.** Odwołujący – PHILIPS POLSKA Spółka z o.o. wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu kryteriów oceny ofert, jak również ustalenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznacznie wskazujący na producenta General Electric Medical Systems Sp. z o.o. (zwanego dalej GE), co w świetle **art. 29 ust. 2 i 3** stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy;
- naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący urządzenie produkcji GE;
- określenie punktacji za parametry oceniane w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców poprzez preferowanie i promowanie konkretnych rozwiązań systemu GE;
- ustalenie nierealnego terminu dostawy urządzenia.

W ocenie Odwołującego takie postępowanie Zamawiającego narusza **art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**

Odwołujący, wobec powyższego, wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących:

- opisu przedmiotu zamówienia - poprzez jego opisanie za pomocą parametrów nieograniczających konkurencję tylko do jednego wykonawcy;
- oceny parametrów - poprzez wprowadzenie jednolitej zasady proporcjonalnego przyznawania punktów w odniesieniu do wszystkich parametrów podlegających ocenie oraz rezygnacji z przyznawania 0 punktów najmniej korzystnemu parametrowi;

- terminu realizacji dostawy urządzenia poprzez jego wydłużenie lub opisanie poprzez wskazanie określonej liczby dni/tygodni lub miesięcy licząc od dnia udzielenia zamówienia;
- ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest jednym z wiodących dostawców rezonansów magnetycznych o najlepszych parametrach, zaś postanowienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz oceny parametrów technicznych uniemożliwiają mu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia ma obowiązek sporządzić to zgodnie z art. 29 -31 ustawy Pzp oraz przepisami art. 355 k.c. i z zachowaniem należytej staranności. Zgodnie z art. 7 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o czym przypomniał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02) - podjętej wprawdzie w odniesieniu do obowiązującej wówczas ustawy o zamówieniach publicznych, ale wciąż aktualnej w obowiązującym stanie prawnym. Sąd Najwyższy stwierdził: *„(...) z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjność) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców”*. Podobne stanowisko wielokrotnie było wyrażane w doktrynie zamówień publicznych - zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

W ocenie Odwołującego analiza wymagań Zamawiającego zamieszczonych w Załączniku nr 2 do SIWZ wskazuje, że Zamawiający przez sztuczny dobór nieobiektywnych parametrów uniemożliwia Odwołującemu zaoferowanie nawet jego najlepszego systemu rezonansu magnetycznego. Domagamy się zatem zmiany warunków granicznych i punktowanych w taki sposób, aby umożliwić Odwołującemu złożenie oferty obejmującej

konkurencyjny system. Zamawiający powinien otwierać się na konkurencję i umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych oraz brać pod uwagę jedynie pożądaną (właściwą) efekt w postaci opisu przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, uwzględniający potrzeby Zamawiającego, a jednocześnie nieograniczający kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SIWZ. Analizując zapisy załącznika nr 2 do SIWZ - Formularz oferty - Opis przedmiotu zamówienia Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający wprowadził szereg zapisów, które wykluczają możliwość zaoferowania systemu firmy Philips przy preferowaniu wybranego modelu firmy GE 8 kanałowego 1.5T Brivo MR355. W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ promujące firmę GE, zostały tak przygotowane, żeby promować konkretny aparat GE, stojący bardzo nisko w hierarchii rezonansów magnetycznych (system 8 kanałowy), daleko poniżej wymagań, jakie powinno się stawiać urządzeniom użytkowanym przez tak wysokospecjalistyczne i tworzące standardy placówki jak Akademickie Szpitale Kliniczne. Według Odwołującego systemy min. 16 kanałowe powinny być obecnie odpowiednim standardem dla rezonansów magnetycznych w tego typu placówkach.

**I. W zakresie szczegółowych zarzutów dotyczących treści SIWZ (w zakresie wymagań granicznych parametrów - załącznik nr 2 do SIWZ) Odwołujący podniósł, że:**

1. W odniesieniu do rozdziału 3. "Cewki" pkt 3.11: „Cewka do badań mammograficznych, morfologicznych i spektroskopowych minimum 8 kanałowa, umożliwiająca wykonywanie biopsji.” wskazał, iż w ofercie firmy Philips dostępne są trzy typy cewek do badań mammograficznych: 4-, 7- oraz 16-kanałowa. Spośród nich tylko 7-kanałowa cewka może być używana zarówno do obrazowania jak i biopsji (pod kontrolą rezonansu magnetycznego). Rozwiązanie 7- i 8-kanałowe jest równoważne, w sensie jakości i szybkości obrazowania. Firma Philips jest wiodącą jeśli chodzi o wykonywanie badań mammograficznych w rezonansie, posiada na przykład unikalny stół MammoTrak dedykowany tylko i wyłącznie do wykonywania badań mammograficznych. Firma Philips współpracuje z wiodącymi producentami oprzyrządowania do biopsji w polu magnetycznym i cewka mammograficzna firmy Philips dedykowana do biopsji kompatybilna jest z kilkoma zestawami dostępnymi na rynku. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobligowany jest do określenia przedmiotu zamówienia przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji. Tym samym ograniczając udział w postępowaniu poprzez wymóg zaoferowania cewki 8-

kanałowej Zamawiający narusza przepisy ustawy poprzez nieuzasadnione ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu zarówno firmie Philips, jak i innym dostawcom tych urządzeń, np. firmie Siemens. Odwołujący w powyższym zakresie wniósł o zmianę brzmienia parametru pkt 3.11 na „Cewka do badań mammograficznych, morfologicznych i spektroskopowych minimum 7 kanałowa, umożliwiająca wykonywanie biopsji.”

2. W odniesieniu do rozdziału 5. „POZYCJONOWANIE I NADZÓR PACJENTA” pkt 5.1.: „Obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym  $\geq 155$  kg.” wskazał, iż powyższy zapis eliminuje, w ocenie Odwołującego, firmę PHILIPS z postępowania przetargowego, gdyż łączy w jeden parametr cechy które z oczywistych powodów powinny być określane rozdzielnie. Jeśli zapis ten miałby być wiarygodny i zgodny z duchem konkurencji powinien zawierać w sobie dwie informacje: obciążenie płyty stołu podczas ruchu pionowego oraz obciążenie ruchu stołu podczas ruchu poziomego (w czasie badania). Nadto Odwołujący nadmienił, że stół we wszystkich systemach rezonansu magnetycznego firmy Philips ma udźwig 150kg w ruchu pionowym oraz 250kg w ruchu poziomym, z zachowaniem pełnej precyzji pozycjonowania. Wymóg zaoferowania stołu o udźwigu w ruchu pionowym wynoszącym 155kg ma na celu tylko i wyłącznie wyeliminowanie firmy Philips z postępowania. Z punktu widzenia funkcjonalności systemu rezonansu magnetycznego o wiele istotniejsze jest ruch poziomy (stosowany w czasie badania). Ponadto różnica pomiędzy 155 kg a 150 kg nie wpłynie w żaden sposób na jakość pracy z systemem rezonansu oraz jego funkcjonalność, służy jedynie wyeliminowanie firmy Odwołującego z postępowania. Tym samym wniósł o zmianę zapisu parametru pkt 5.1 na: „Obciążenie płyty stołu  $> 150$ kg przy ruchu pionowym, i  $> 250$ kg przy ruchu poziomym.” lub na: „Obciążenie płyty stołu  $> 150$ kg.”

3. W odniesieniu do rozdziału 5 „POZYCJONOWANIE I NADZÓR PACJENTA” pkt 5.9.: Dwa identyczne funkcjonalnie panele sterujące umieszczone na obudowie magnesu po obu stronach łóżka pacjenta” wskazał, że powyższy wymóg wyklucza w sposób nieuzasadniony systemy firmy Philips z postępowania. Pracownie MRI mają organizację niesymetryczną. W żadnej ze znanych nam pracowni rezonansu magnetycznego wejście do klatki Faraday'a nie znajduje się na wprost łóżka pacjenta, lecz z prawej lub lewej jego strony. Pozwala to na łatwiejsze manewrowanie wózkiem w przypadku pacjentów (w ciężkim stanie), przywożonych na badanie, a jednocześnie pozwala na zmniejszenie powierzchni pracowni, co w istotny sposób obniża koszty jej organizacji (mniejsza klatka Faraday'a). Tym samym technik steruje ruchami stołu ze strony będącej bliżej drzwi wejściowych do pracowni. Po tej samej stronie co panel znajdują się też gniazda przyłączeniowe cewek. Natomiast z drugiej strony stołu może być podłączona i umiejscowiona inna aparatura medyczna np. wstrzykiwacz kontrastu

albo monitor funkcji życiowych. Dlatego też nie ma potrzeby posiadania panelu sterowania z obydwu stron urządzenia, co mogłoby zresztą prowadzić do niepotrzebnych kolizji i niewygody podczas obsługi wszystkich urządzeń. W prawidłowym rozkładzie funkcjonalnym dostęp do pacjenta odbywa się wyłącznie z jednej strony urządzenia, Zatem zapis dot. dwóch paneli pojawia się wyłącznie w celu wyeliminowanie firmy PHILIPS z udziału w postępowaniu przetargowym i jest całkowicie sprzeczny z praktyką stosowania urządzeń tego typu. Tym samym Odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 5.9 ze specyfikacji SIWZ.

4. W odniesieniu do rozdziału 5. „POZYCJONOWANIE I NADZÓR PACJENTA” pkt 5.10 „Podstawowy stół aparatu MR w całości odłączalny od aparatu i dający możliwość ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego” wskazał, że rozwiązanie stołu systemu rezonansu magnetycznego, oferowanego przez firmę PHILIPS, pozwala na automatyczne odłączenie blatu stołu MR na dedykowany wózek. Umożliwia to przygotowanie pacjenta do badania poza pracownią transport oraz przeprowadzenie badania bez konieczności wielokrotnego przekładania pacjenta. Rozwiązanie to jest często używane przez użytkowników naszego sprzętu, umożliwia także szybką ewakuację pacjenta z pomieszczenia badań, nawet w przypadku braku zasilania. Funkcjonalność powyższego rozwiązania jest równoważna wymaganej przez Zamawiającego, a nawet przewyższa je użytecznością i prostotą. Zapis zawarty w punkcie 5.10 rozdz. 5 SIWZ z niewiadomych przyczyn dyskryminuje lepsze logicznie a jednocześnie równoważne funkcjonalnie rozwiązanie. Odwołujący wniósł o zmianę brzmienia parametru pkt 5.10 na: „Odłączane, w pełni autonomiczne łóżko pacjenta, lub odłączalny blat stołu z dedykowanym wózkiem antymagnetycznym.” Na potwierdzenie powyższego zarzutu wskazał, iż wg jego wiedzy wykonawca Siemens nie dysponuje odłączanym w pełni autonomicznym łóżkiem pacjenta, posiada natomiast zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie alternatywne (odłączalny blat stołu z dedykowanym wózkiem antymagnetycznym), zaś wykonawca Toshiba posiada odłączane w pełni autonomiczne łóżko pacjenta.

5. W odniesieniu do rozdziału 8 „PARAMETRY AKWIZYCJI” punktów 8.9.1-8.9.4 oraz 8.11 wskazał, iż powyższy wymóg przedstawiony w punktach 8.9.1-8.9.4 oraz 8.11 świadomie eliminuje, w nieuzasadniony sposób, firmę PHILIPS z postępowania przetargowego. W ocenie Odwołującego poszczególne parametry nie odzwierciedlają jakości oferowanego urządzenia natomiast celowo dobrane są tak, aby ich zbiór eliminował system Odwołującego z możliwości uczestniczenia w postępowaniu przetargowym, co w świetle art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy. Ponadto działa na szkodę Zamawiającego

uniemożliwiając złożenie oferty firmie, która posiada ponad 30 letnie doświadczenie w rezonansie magnetycznym. Odwołujący wskazał również, że powyższe podpunkty niestety są potwierdzeniem i dowodem na tezę, że warunki brzegowe zostały wpisane do specyfikacji przetargowej przez Zamawiającego tylko po to, żeby mogła je wszystkie spełnić tylko jedna z góry wybrana firma, a w wypadku powyższych podpunktów w celu wyeliminowania firmy PHILIPS. W jego ocenie powyższe podpunkty, a szczególnie różnice w wartościach poszczególnych parametrów, nie mają żadnego realnego ani teoretycznego wpływu na jakość oferowanego urządzenia i tym samym Odwołujący wniósł o zmianę brzmienia parametru punktów 8.9.1-8.9.4 oraz 8.1.

II. W odniesieniu do zestawienia parametrów technicznych podlegających ocenie (w zakresie sposobu oceny parametrów technicznych) Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób wybiórczy i tendencyjny przyznaje punkty głównie tym parametrom, które preferują rozwiązania stosowane przez firmę General Electric (GE), takich jak:

- shim nadprzewodzący (punkt 1.3) - 2 pkt;
- tor transmisji odebranego sygnału MR pomiędzy pomieszczeniem badań a maszynownią (punkt 4.5) - 5 pkt;
- podstawowy stół aparatu MR w całości odłączany od aparatu (punkt 5.1) - 3 pkt;

Zdaniem Odwołującego Zamawiający pomija w większości ocenę parametrów istotnych z punktu widzenia jakości i szybkości obrazowania, jeśli są one korzystniejsze dla systemów konkurencyjnych, lub premiuje je minimalną ilością punktów. Jako przykład wskazał:

- szerokość pasma przenoszenia, 500 kHz versus 3000 kHz i przyznanie 1 punktu za parametr najslabszy na rynku;
- wielkość FOV 48cm GE versus 53 cm Philips - Zamawiający przyznaje 2 pkt za wartość najniższą (najgorszą) na rynku;
- szybkość rekonstrukcji obrazów - 1 punkt dla wartości najlepszej

Taki sposób doboru parametrów ocenianych, zdaniem Odwołującego, jest przejawem nierównego traktowania wykonawców i narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o określenie, w jego ocenie adekwatnie do wartości parametru, punktacji dla wymienionych parametrów: 1.2; 1.2.1-1.2.4; 1.3; 1.4; 4.3-4.5; 5.1; 7.1; 7.6.1.-7.6.4; 7.7; 7.8. W ocenie Odwołującego także sposób punktacji poszczególnych parametrów aparatu opisany w załączniku nr 2 do SIWZ jest tendencyjny i niejednorodny. Punktacja oparta na przyznawaniu punktów skokowo służy Zamawiającemu do premiowania maksymalną liczbą punktów wybranych parametrów systemu General Electric (GE) i przyznawania zerowej liczby punktów parametrom systemów konkurencyjnych. Zasada taka jest z definicji

niesprawiedliwa, bo przy dwóch złożonych ofertach, różniących się wartością ocenianego parametru choćby o 1%, oferta z lepszym parametrem otrzyma maksymalną liczbę punktów, a oferta z gorszym - zero punktów. Punktacja taka absolutnie nie oddaje rzeczywistej wartości oferowanych urządzeń, a ocena tak przeprowadzona jest nieobiektywna. Z kolei, w celu minimalizacji strat punktowych dla mniej korzystnych parametrów systemu General Electric (GE), Zamawiający sięga w większości przypadków, po punktację opartą o zasadę proporcjonalności. Takie wybiórcze, niejednolite sposoby oceny parametrów, zdaniem odwołującego, są przejawem nierównego traktowania wykonawców i naruszają zasadę uczciwej konkurencji i są dowodem na celową konstrukcję Załączników SIWZ w taki sposób, aby przetarg mogła wygrać jedynie jedna firma.

Mając na uwadze powyższe, celem zachowania uczciwej konkurencji i poszanowania zasady równego traktowania wykonawców, Odwołujący wniósł o wprowadzenie jednolitej zasady w pełni proporcjonalnego przyznawania punktów i usunięcie przyznawania 0 punktów najmniej korzystnemu parametrowi. Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający powinien uwzględnić pominięte w SIWZ parametry mające istotny, wręcz decydujący wpływ na jakość obrazowania w rezonansie magnetycznym jak:

- maksymalna wielkość FOV;
- Homogeniczność pola dla maksymalnych wartości FOV 50cm;
- przepustowość kanałów akwizycyjnych (szybkość transmisji danych do rekonstrukcji obrazu),
- zakres i sposób przygotowania pacjenta do badania całego ciała.

Odwołujący wskazał ponadto, że zadziwiający jest fakt zakupu 8-kanałowego systemu rezonansu magnetycznego do Szpitala Klinicznego. Obecnie 8-kanałowe systemy trafiają do niewielkich szpitali i prywatnych pracowni diagnostycznych, gdyż każdy z wiodących producentów oferuje gamę cewek 16-kanałowych zapewniających najwyższą jakość obrazowania oraz dużą szybkość wykonywanych badań dla najważniejszych i najbardziej wymagających aplikacji klinicznych.

Odwołujący wniósł o zmianę punktacji przedstawionych parametrów na punktację proporcjonalną, o odstąpienie lub równoważne punktowanie parametrów, na które inne firmy mają alternatywne równoważne albo nawet lepsze rozwiązania oraz zaniechanie promowania metodą „zero jedynkową”. Wniósł o zmiany w załączniku „zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie” przedstawiając w tabeli swoje propozycje. Wskazał ponadto, iż w myśl przepisów wynikających z dyrektywy klasycznej pkt 29 „specyfikacje techniczne (...) muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień



publicznych na konkurencję. W tym celu, musi istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych".

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu ustalenie zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia. Mając na uwadze procedurę i minimalne terminy, które Zamawiający musi dochować, aby zawarta umowa była ważna i nie wykraczała poza wymogi zawarte w SIWZ - termin dostawy do 31 października 2010 r. jest, w ocenie Odwołującego, niemożliwy do zachowania, o czym Zamawiający doskonale wie. Można ewentualnie snuć przypuszczenia, że realizacja dostawy w terminie do 31 października 2010 r. jest możliwa tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy jeden z potencjalnych wykonawców jest już pewny wygranej i posiada określony w SIWZ sprzęt w magazynie oraz wcześniej podjął i przeprowadził wyprzedzająco inne niezbędne celem realizacji przedmiotu zamówienia czynności. Zdaniem Odwołującego tak krótki termin realizacji urządzenia nie jest realny do spełnienia przez żadnego z wykonawców oprócz firmy GE, stąd zapisy SIWZ uniemożliwiają złożenie oferty innym potencjalnym wykonawcom. Zamówienie nie jest możliwe do wykonania w terminie wynikającym z pkt IV. 1 SIWZ przy uwzględnieniu ustawowych terminów dokonywania poszczególnych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym terminów na wniesienie środków ochrony prawnej. Tak skonstruowane postępowanie, zdaniem Odwołującego, uzasadnia postawienie zarzutu, że Zamawiający przygotował i przeprowadzi postępowanie w sposób znacząco utrudniający lub też uniemożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Protestujący podnosi, że tak określony termin realizacji może wskazywać na przygotowanie postępowania przetargowego przy udziale bądź w porozumieniu z konkretnym wykonawcą który mając dostęp do dokumentacji przetargowej wcześniej lub zaplecze techniczne u Zamawiającego, miał dodatkowy czas na przygotowanie się do realizacji przedmiotu zamówienia, czego z oczywistych powodów są pozbawienie pozostali wykonawcy.

W dniu **27.09.2010 r.** wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z o.o. zgłosił przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż ma interes prawny w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia Odwołania, ponieważ jest jednym z wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, a stwierdzenia Odwołującego zawarte w treści Odwołania dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 art. 29 ust. 2 są bezzasadne. Zamawiający wbrew temu, co pisze Odwołujący dokonał opisu przedmiotu zamówienia z poszanowaniem wszelkich przepisów i zasad udzielania zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2053/10 była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu kryteriów oceny ofert.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2070/10 była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu kryteriów oceny ofert oraz na określeniu w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz doprecyzowaniu w treści SIWZ terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, stanowisk Przystępującego i Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2053/10, że Odwołujący w treści odwołania oraz w toku rozprawy potwierdził, że obecny kształt SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia umożliwia mu złożenie oferty, lecz będzie to oferta na niekonkurencyjne cenowo urządzenie. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2053/10 nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka

wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2070/10, iż Odwołujący w treści odwołania wskazał oraz potwierdził w toku rozprawy, że obecny kształt SIWZ uniemożliwia mu zaoferowania żadnego urządzenia i tym samym uniemożliwia mu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Powyższe nie zostało skutecznie podważone zarówno przez Zamawiającego, jak również Przystępującego. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2070/10 wskazał, iż na skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia nie jest w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego określonym w treści ogłoszenia oraz SIWZ. Wobec powyższego w przypadku uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2070/10, oraz uwzględnienia zarzutów i żądań zawartych w powyższym odwołaniu, jak również w przypadku nakazania Zamawiającemu modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących, tj. wykonawców SIEMENS Spółka z o.o. oraz PHILIPS POLSKA Spółka z o.o. wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy SIEMENS Spółka z o.o. (KIO 2053/10) oraz do postępowania wywołanego odwołaniem PHILIPS POLSKA Spółka z o.o. (KIO 2070/10) skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z o.o.

Izba dopuściła 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 z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez strony w toku rozprawy. W szczególności Izba dopuściła w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2070/10 zawnioskowany przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci umowy na realizację programu

zdrowotnego Nr 1/15/4/2010/52/1119, jak również dowody wnioskowane przez Przystępującego oraz wykonawcę SIEMENS.

Izba nie dopuściła wnioskowanych przez Odwołującego oraz Przystępującego w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2070/10 dowodów w postaci SIWZ, odwołania wniesionego przez wykonawcę TMS Spółka z o.o. oraz pisma o wycofaniu odwołania dotyczących postępowania o udzielenie zamówieni publicznego prowadzonego przez Szpital w Łomży. Izba stwierdziła, iż powyższe dowody nie mają wpływu na rozstrzygnięcie oraz zostały przywołane jedynie dla zwłoki.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, dowodów z dokumentów w postaci ofert handlowych oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

### **Sygn. akt KIO 2053/10**

Następnie skład orzekający Izby wskazuje powtórnie, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Odwołujący w ramach wniesionego środka ochrony prawnej zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez wadliwe sporządzenie SIWZ polegające na opisie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wadliwe sporządzenie SIWZ polegające na sposobie zestawienia i punktacji parametrów technicznych podlegających ocenie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po drugie Izba ustaliła, iż w dniu wniesienia odwołania przez Odwołującego nie upłynął termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący zarówno w treści odwołania w odniesieniu do poszczególnych parametrów urządzenia (pkt 8.9.4. załącznika nr 2 do SIWZ) oraz w odniesieniu do ustalonych kryteriów oceny ofert w oparciu o parametry techniczne wskazał, iż postanowienia SIWZ wymuszają konieczność złożenia oferty na aparat o klasę wyższy, a zatem cenowo niekonkurencyjnej. W toku rozprawy Odwołujący oświadczył ponadto, iż określone warunki graniczne w konfiguracji określonej w SIWZ powodują, iż Odwołujący musiałby zaoferować niekonkurencyjne cenowo urządzenie. Powyższe oświadczenie strony wskazuje, w ocenie Izby, iż opis przedmiotu zamówienia nie uniemożliwia Odwołującemu udziału w postępowaniu, lecz jedynie wymusza zaoferowanie urządzenia nie będącego urządzeniem najniższej klasy w jego ofercie.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, t.j. wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie wykazał swojego prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Poprzez szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie należy rozumieć braku możliwości zaoferowania urządzenia konkurencyjnego cenowo, lecz brak możliwości udziału danego wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko sytuacja w której wykonawca zostaje niejako z góry wyeliminowany z postępowania wpływa na możliwość wykazania, że poniósł on lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wszakże założenia Odwołującego opierają się jedynie na domniemaniach, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalenie kryteriów oceny ofert mogą doprowadzić do konieczności zaoferowania przez niego urządzenia niekonkurencyjnego cenowo. Oznacza to, iż przynajmniej jeden produkt oferowany przez Odwołującego spełnia warunki techniczne określone przez Zamawiającego i tym samym Odwołujący ma możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał na moment wniesienia środka ochrony prawnej, że nawet ewentualne naruszenie przez Zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp spowodowało powstanie u niego szkody. Następnie Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę zakres zarzutów sformułowanych w odwołaniu (art. 7 ust. 1 i

art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) założenie, iż brak możliwości złożenia konkurencyjnej cenowo oferty może spowodować możliwość doznania szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zwalnia wykonawcy od wykazania powyższego faktu. Powyższe należy odnieść do rodzaju zarzutów sformułowanych w treści odwołania (art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co determinuje konieczność wykazania przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej braku możliwości złożenia oferty w danym postępowaniu lub braku możliwości złożenia konkurencyjnej oferty w określonych realiach rynkowych. Jak zostało wskazane na wstępie niniejszego akapitu Odwołujący wskazał, iż pierwszy w powyższych przypadków nie znajduje miejsca w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do drugiego przypadku (możliwość doznania szkody) brak możliwości złożenia konkurencyjnej cenowo oferty winien być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp przy określonych i wykazanych przez Odwołującego realiach rynkowych. Izba wskazuje, iż na tym etapie postępowania, tj. przed momentem składania ofert, gdzie nie są znane oferty innych wykonawców (w zakresie oferowanych urządzeń oraz ich cen) Odwołujący miał również możliwość wykazania możliwości poniesienia szkody. Wszakże, jak sam wskazał w toku rozprawy, rynek tego typu urządzeń ogranicza się jedynie do 4 producentów, których oferta rynkowa jest z pewnością Odwołującemu doskonale znana. Odwołujący w odniesieniu do powyższego potwierdził, iż ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie uniemożliwia mu złożenia oferty, co stanowiłoby już na etapie wniesienia środka ochrony prawnej spełnienie przesłanki poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zaś w zakresie przesłanki możliwości poniesienia szkody nie udowodnił i nie wykazał, iż w istniejących realiach rynkowych działanie Zamawiającego uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym odbiera mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał tym samym istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec potwierdzenia faktu, iż ma on możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu tym samym nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący nie byłaby skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp lecz istnieniem określonych realiów rynkowych.

Jedynie na marginesie Izba pragnie wskazać, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przywołany na potwierdzenie twierdzeń zawartych w odwołaniu oraz podniesionych w toku rozprawy, a w zasadzie jego brak wskazuje, iż w kontekście żądań sformułowanych przez Odwołującego wniesienie przez tego ostatniego środka ochrony

prawnej należy uznać za próbę wpływu wykonawcy na treść SIWZ, a w szczególności na opis przedmiotu zamówienia oraz sposób ustalenia kryteriów oceny ofert. Celem wniesienia środka ochrony prawnej w zakresie postanowień SIWZ zawierających opis przedmiotu zamówienia nie jest doprowadzenie do sytuacji, w której nastąpi niejako „dopasowanie” opisu przedmiotu zamówienia do posiadanego przez określonego wykonawcę rozwiązania technicznego lub urządzenia. Tym bardziej nie jest nim umożliwienie wykonawcy zaoferowania urządzenia najbardziej konkurencyjnego cenowo wśród urządzeń znajdujących się w jego rynkowej ofercie. Wszakże każdy z producentów posiada w swojej ofercie urządzenia niższej, jak również wyższej klasy, którymi konkuruje z dostępnymi na rynku urządzeniami oferowanymi przez innych producentów lub dystrybutorów. W tym zakresie Izba podziela pogląd reprezentowany przez Przystępującego, iż Odwołujący nie wykazał, że nie może złożyć oferty w niniejszym postępowaniu, lecz posłużył się jedynie pojęciem „oferty konkurencyjnej”, które to pojęcie nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu oraz podniesioną w toku rozprawy należy wskazać, iż Odwołujący pod pojęciem oferty konkurencyjnej rozumie ofertę konkurencyjną cenowo. Izba wskazuje, iż istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest konkurowanie zainteresowanych zawarciem umowy wykonawców, którego celem jest udzielenie jednemu z nich zamówienia, w tym konkurowanie pod względem cenowym. Zamawiający nie ma obowiązku, a wręcz nie może dokonać opisu przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu urządzenia określonej klasy oferowanego przez określonego wykonawcę, gdyż takie działanie stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, których naruszenie *de facto* sam Odwołujący zarzuca Zamawiającemu.

Mając powyższe na względzie, zakładając iż Krajowa Izba Odwoławcza bada spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp na moment wniesienia odwołania (wszczęcia procedury odwoławczej) należy stwierdzić, iż Odwołującemu nie przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej na skutek nie wykazania zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek zatem Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.



Na marginesie należy wskazać również, iż nawet w przypadku merytorycznego rozpoznania odwołania nie doszłoby do jego uwzględnienia.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie SIWZ polegające na opisie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż w przypadku merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania nie zasługiwałby on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby po dokonaniu ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu stwierdził, co następuje.

Izba wskazuje, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Tym samym Izba, celem wykazania, iż nawet w przypadku merytorycznego rozpatrzenia odwołania podlegałoby ono oddaleniu, poddała ocenie kwestię, czy dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówieni powoduje, iż doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp. W niniejszych okolicznościach czynnością tą jest sporządzenia SIWZ poprzez nadanie jej przez Zamawiającego określonej treści w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

1. W odniesieniu do pkt 3.11. załącznika nr 2 do SIWZ (Cewka do badań mammograficznych, morfologicznych i spektroskopowych minimum 8 kanałowa, umożliwiająca wykonywanie biopsji) Odwołujący nie wykazał również, iż proponowane przez niego rozwiązanie (cewka czterokanałowa) jest rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do rozwiązania określonego w SIWZ i tym samym żądanie zaoferowania urządzenia wyposażonego w ośmiokanałową cewkę ma jedynie na celu ograniczenia konkurencji. Za istotną w tym zakresie należy uznać dokonaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 01.10.2010 r. modyfikację SIWZ, która dopuszcza realizowanie biopsji na cewce posiadającej mniej niż 8 kanałów ale nie mniej niż 4.

2. W odniesieniu do pkt 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.9.4. Min TE dla EPI (256x256 matryca)  $\leq 2,6$  ms oraz w odniesieniu do 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.11. Echo Spacing (czas pomiędzy kolejnymi echami) dla EPI (matryca 256x256)  $\leq 0,72$  ms Odwołujący nie uprawdopodobnił, iż ww. parametry wskazują na konkretne urządzenia General Electric lub na określoną technologię charakterystyczną dla tego producenta. Odwołujący w powyższym zakresie nie wskazał również, iż wnioskowana przez niego zmiana parametrów nie ma żadnego wpływu na funkcjonalność urządzenia i tym samym została

określona przez Zamawiającego na tym poziomie jedynie celem uprzywilejowania określonego urządzenia (produkcji General Electric) lub określonej technologii. W odniesieniu do dowodu wnioskowanego przez Odwołującego w postaci fragmentu dokumentacji technicznej urządzenia Magnetom Avanto Izba wskazuje, iż w kontekście złożonego w treści odwołania oraz w toku rozprawy oświadczenia wskazanie, iż jedno z urządzeń oferowanych przez wykonawcę SIEMENS nie spełnia wymagań określonych w SIWZ nie jest wystarczającym dowodem dla uznania, iż doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższych parametrów Odwołujący w toku rozprawy wskazał bowiem, iż w takiej konfiguracji parametrów musiałby zaoferować niekonkurencyjne cenowo urządzenie. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, iż poprzez takie ustalenie parametrów granicznych skutkujące koniecznością zaoferowania przez Odwołującego urządzenia wyższej klasy doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców. To wykonawca dokonuje klasyfikacji produkowanych lub oferowanych przez siebie wyrobów na określone klasy, linie technologiczne i to wykonawca ustala ich cenę rynkową oraz ustala które z urządzeń zaoferuje w ramach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma obowiązku konfigurowania zespołu charakterystycznych dla urządzenia parametrów przy uwzględnieniu klas lub linii urządzeń produkowanych przez określonych wykonawców, przy jednoczesnym uwzględnieniu ich ceny.

Izba wskazuje, iż istotna w tym aspekcie jest treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsprzeczny zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych. Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż aby doszło do złamania określonego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazu sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji rynkowej, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego na istotną uwagę zasługuje fakt, iż Odwołujący zarówno w treści odwołania w odniesieniu do poszczególnych parametrów urządzenia (pkt 8.9.4. załącznika nr 2 do SIWZ) oraz w odniesieniu do ustalonych kryteriów oceny ofert w

oparciu o parametry techniczne wskazał, iż postanowienia SIWZ wymuszają konieczność złożenia oferty na aparat o klasę wyższy, a zatem cenowo niekonkurencyjny. W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, iż określone warunki graniczne w konfiguracji określonej w SIWZ powodują, iż Odwołujący musiałby zaoferować niekonkurencyjne cenowo urządzenie. Powyższe wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia nie uniemożliwia Odwołującemu udziału w postępowaniu, lecz jedynie wymusza zaoferowanie urządzenia nie będącego urządzeniem najniższej klasy w jego ofercie.

Izba wskazuje, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przywołany na potwierdzenie twierdzeń zawartych w odwołaniu oraz podniesionych w toku rozprawy nie wskazuje, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów. Tym samym biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu zarzuty, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący wykazać winien, iż doszło do naruszenia unormowanych w powyższych przepisach zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 232 ustawy Kodeks postępowania cywilnego strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, ani tym bardziej nie udowodnił w dopuszczalny w ustawie Pzp sposób, iż opis przedmiotu zamówienia narusza normy prawne zawarte w art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących postępowanie cywilne, obciąża strony obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których strona wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu skutkami tymi jest uznanie, że na skutek opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów (art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), co mogłoby w dalszej kolejności doprowadzić do uznania i uwzględnienia zawartych w odwołaniu żądań dotyczących modyfikacji SIWZ. Mając na uwadze sformułowane przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów, a więc określone w SIWZ parametry graniczne na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż każdy z nich z osobna lub pewna ich część lub wszystkie one razem wskazują w sposób pośredni lub bezpośredni na określone rozwiązanie techniczne lub wręcz na określone urządzenie. Dopiero wykazanie powyższych okoliczności mogłoby doprowadzić do uznania, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia naruszył wskazane w odwołaniu przepisy. W powyższym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, zaś wszelkie zarzuty zawarte w odwołaniu oparł jedynie na twierdzeniach. Odwołujący nie wykazał, iż to Zamawiający poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia uprzywilejował któregokolwiek wykonawcę, urządzenie bądź określoną technologię jak również nie wykazał w jaki sposób doszło do takiego uprzywilejowania.

Udowodnienie lub uprawdopodobnienie przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego uregulowanych w ww. przepisach ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych powoduje przerzucenie ciężaru dowodu na podmiot zamawiający, który wówczas musi udowodnić, że tego rodzaju opis przedmiotu zamówienia nie ma na celu naruszenia uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, lecz jest podyktowany jego uzasadnionymi potrzebami (funkcjonalnymi, klinicznymi) lub jest wynikiem specyfiki urządzeń, z którymi nabywany produkt będzie współpracował, bądź jest wynikiem ograniczeń związanych z zabudową lub montażem nabywanego urządzenia (przedmiotu dostawy).

Wobec powyższego Izba uznała, iż w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2053/10 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszłoby do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia.

**II.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie SIWZ polegające na sposobie zestawienia i punktacji parametrów technicznych podlegających ocenie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż w przypadku merytorycznego rozpoznania niniejszego odwołania również nie zasługiwałby on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby po dokonaniu ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu stwierdził, co następuje.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” wskazał w pkt 2 – ocena parametrów technicznych – 20%. W rozdziale XIII SIWZ w pkt 2.1. Zamawiający określił ponadto, iż punkty za parametry techniczne zostaną przyznane w oparciu o dane zawarte w załączniku nr 2 „Formularz oferty – Opis przedmiotu zamówienia”. Ponadto do SIWZ Zamawiający załączył zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie. W zestawieniu tym został określony sposób punktowania poszczególnych parametrów technicznych.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż zawarte w załączniku do SIWZ zatytułowanym „Zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie” parametry nie są parametrami granicznymi i nie stanowią one opisu przedmiotu zamówienia. Zawierają one jedynie sposób punktacji oraz wartości punktowe dla określonych parametrów/wartości (wielkości) oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia.

Tym samym należy wskazać, iż poszczególne pozycje kwalifikowane w oparciu o kryteria oceny ofert nie mają wpływu na możliwość zaoferowania urządzenia, gdyż nie formułują one parametrów granicznych i decydują jedynie o przyznaniu w tym zakresie mniejszej liczby punktów lub o nie przyznaniu ich w ogóle.

Wobec powyższego nie sposób uznać, iż poprzez określenie kryteriów oceny ofert mogłoby dojść do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż powyższy przepis odnosi się jedynie do opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez użycie w powyższym przepisie zwrotu „zamówienia udziela się (...)” znajduje zastosowanie do czynności Zamawiającego związanych w szczególności wyborem oferty najkorzystniejszej i nie ma ona zastosowania do czynności przedsięwziętych przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, do których to czynności z pewnością należy opracowanie SIWZ.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż w tym aspekcie należy czynność Zamawiającego polegająca na określeniu kryteriów oceny ofert w oparciu o parametry techniczne urządzenia odnieść jedynie do wskazanego w treści odwołania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba pragnie wskazać, iż Odwołujący analogicznie jak w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie udowodnił, iż określenie przez Zamawiającego sposobu klasyfikacji ofert w oparciu o tak ustalone kryteria oceny narusza uczciwą konkurencję lub zasadę zapewniającą równe traktowanie wykonawców. Odwołujący nie wykazał, iż to Zamawiający poprzez ustalenie kwestionowanych w odwołaniu kryteriów oceny ofert w oparciu o określone parametry techniczne uprzywilejował któregokolwiek wykonawcę, urządzenie, bądź określoną technologię, jak również nie wykazał w jaki sposób doszło do takiego uprzywilejowania. W tym wypadku nie jest wystarczające uprawdopodobnienie, jak ma to miejsce w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, lecz konieczne jest udowodnienie, że na skutek czynności Zamawiającego polegającej na określeniu kryteriów oceny ofert w oparciu o parametry techniczne urządzenia doszło do naruszenia uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Bowiem stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stawia przed Odwołującym wyższe wymagania dowodowe niż stwierdzenie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie do takiego stwierdzenia wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie naruszenia ww. przepisu.

Każdy z wykonawców oferujący określone urządzenie ma możliwość uzyskania identycznej liczby punktów w identycznych okolicznościach faktycznych. Ponadto Izba zwraca uwagę na fakt, iż Odwołujący nie kwestionuje wszystkich ocenianych parametrów technicznych, lecz jedynie wybrane z nich. Powszechnie wiadomym jest, iż tak

skomplikowane urządzenie, jakim jest rezonans magnetyczny, charakteryzuje kilkadziesiąt lub nawet kilkaset parametrów, których wartość zależna jest od zastosowanych rozwiązań technologicznych. W takim wypadku dostępne na rynku urządzenia różnią się znacznie od siebie poszczególnymi wartościami parametrów technicznych i użytkowych, zatem nie jest utrudnione wskazanie dostępnych na rynku urządzeń, które spełniają określone parametry, nie spełniają ich, jak również takich które mogą w ramach kryteriów oceny ofert uzyskać najwyższą liczbę punktów.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2053/10 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszłoby do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert opartych na parametrach technicznych przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, niezależnie od zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów niniejsze odwołanie zostało oddalone.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4.

Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego. Zamawiający w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2053/10 nie przedstawił dowodu wskazującego na ich poniesienie do zamknięcia rozprawy. Jak wynika z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenia pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Wobec powyższego powyższy wniosek nie został uwzględniony.

## Sygn. akt KIO 2070/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2070/10 skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż zasługuje on częściowo na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w pkt 2 wskazał, że dokładne parametry techniczne rezonansu oraz opis pozostałych wymagań zawiera załącznik nr 2 do SIWZ.

Po drugie Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” określił dla nabywanego urządzenia – rezonansu magnetycznego parametry techniczne w postaci parametrów granicznych, niezbędnego wyposażenia oraz zakładanych właściwości i funkcjonalności.

Po trzecie Izba w odniesieniu do sformułowanych w treści odwołania podstaw faktycznych powyższego zarzutu ustaliła, że Zamawiający w następujący punktach załącznika nr 2 do SIWZ określił w następujący sposób parametry techniczne urządzenia:

- pkt 3 (cewki) ppkt 3.11. Cewka do badań mammograficznych, morfologicznych i spektroskopowych minimum 8 kanałowa, umożliwiająca wykonywanie biopsji;
- pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.1.: obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym  $\geq 155$  kg;
- pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.9.: dwa identyczne funkcjonalnie panele sterujące umieszczone na obudowie magnesu po obu stronach łóżka pacjenta;
- pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.10.: podstawowy stół aparatu MR w całości odłączalny od aparatu i dający możliwość ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego;
- pkt 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.9.1.: min TR dla 3D GRE (256x256 matryca)  $\leq 1,3$  ms;
- pkt 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.9.2.: min TE dla 3D GRE (256x256 matryca)  $\leq 0,5$  ms;

- pkt 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.9.2. [8.9.3.]: min TR dla EPI (256x256 matryca)  $\leq 10,0$  ms;
- pkt 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.9.4.: Min TE dla EPI (256x256 matryca)  $\leq 2,6$  ms;
- 8 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 8.11. Echo Spacing (czas pomiędzy kolejnymi echami) dla EPI (matryca 256x256)  $\leq 0,72$  ms.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 01.10.2010 r. przekazał wykonawcom informację o wniesionych zapytaniach dotyczących treści SIWZ i udzielonych odpowiedziach. W odniesieniu do pkt 3 ppkt 3.11 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający udzielił odpowiedzi, że jeżeli wykonawca nie posiada cewki co najmniej 8 kanałowej spełniającej jednocześnie wymóg biopsji i spektroskopii to zamawiający dopuszcza zaoferowanie 2 cewek, które sumarycznie spełniają ten warunek i dokonał następującej modyfikacji SIWZ: „Cewka lub zestaw cewek do badań mammograficznych: morfologicznej i spektroskopowej minimum 8 kanałowa umożliwiająca wykonanie biopsji. Dopuszcza się realizowanie biopsji na cewce posiadającej mniej niż 8 kanałów ale nie mniej niż 4”.

1. W odniesieniu do pkt 3.11. załącznika nr 2 do SIWZ (Cewka do badań mammograficznych, morfologicznych i spektroskopowych minimum 8 kanałowa, umożliwiająca wykonywanie biopsji) Odwołujący nie wykazał, iż proponowane przez niego rozwiązanie (cewka siedmiokanałowa) jest rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do rozwiązania określonego w SIWZ i tym samym żądanie zaoferowania urządzenia wyposażonego w ośmiokanałową cewkę ma jedynie na celu ograniczenia konkurencji. Ponadto zgodnie z informacją zawartą w treści Odwołania, iż w ofercie wykonawcy PHILIPS dostępne są trzy typy cewek do badań mammograficznych: 4, 7 oraz 16 – kanałowe za istotną należy uznać dokonana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 01.10.2010 r. modyfikację SIWZ, która dopuszcza realizowanie biopsji na cewce posiadającej mniej niż 8 kanałów ale nie mniej niż 4. Tym samym należy uznać, iż postulat Odwołującego w powyższym zakresie został przez Zamawiającego uwzględniony.

. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił i tym bardziej nie udowodnił, że opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie potwierdził się, biorąc w szczególności pod uwagę treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp wobec modyfikacji treści SIWZ dokonanej pismem z dnia 01.10.2010 r.

2. W zakresie pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.1.: obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym  $\geq 155$  kg Izba uznała za przekonującą argumentację Odwołującego w tym zakresie. Odwołujący, w ocenie Izby, uprawdopodobnił, iż powyższy zapis może naruszać uczciwą konkurencję poprzez eliminację rozwiązań technicznych



stosowanych przez Odwołującego. Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego w tym zakresie, gdyż w takim wypadku proces badania takiego pacjenta wymusza stosowanie specjalnych procedur i argument ten nie może przesądzać o formułowaniu wymogów technicznych dla całego urządzenia. Otóż w ocenie Izby wyjątkowe przypadki kliniczne nie mogą stanowić podstawy do formułowania ogólnych i podstawowych reguł, które powinny wynikać raczej z typowych przypadków klinicznych. Ponadto argumentacja Zamawiającego odnosząca się do przypadku badania pacjenta o wadze przekraczającej 200 kg nie odnosi się do postawionego w treści SIWZ wymogu, iż obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym powinno być równe lub większe od 155 kg. Izba uznała, iż różnica 5 kg, która miałaby spowodować eliminację urządzeń oferowanych przez Odwołującego nie ma istotnego znaczenia i wobec powyższego powyższy zarzut podlega uwzględnieniu przez Izbę. Biorąc pod uwagę alternatywne żądanie Odwołującego w odniesieniu do pkt 5.1. załącznika nr 2 do SIWZ oraz treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (związanie jedynie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu) Izba wskazuje, iż nie jest związana żądaniami zawartymi w treści odwołania. Uwzględnienie drugiego z alternatywnych żądań w tym zakresie i rozdzielenie parametrów w sposób sugerowany przez Odwołującego spowodowałoby uprzywilejowanie produktów oferowanych przez Odwołującego, co ten ostatni zarzucił Zamawiającemu. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę pierwotną treść ppkt 5.1. załącznika nr 2 do SIWZ oraz argumentację Odwołującego Izba nakazuje dokonanie modyfikacji załącznika nr 2 do SIWZ w zakresie pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.1. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym  $\geq 150$  kg”. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ppkt 5.1. załącznika nr 2 do SIWZ nie uwzględnił dostępnych na rynku rozwiązań (producenta PHILIPS), co jest okolicznością o której stanowi art. 29 ust. 1 ustawy Pzp co spowodował, iż jednocześnie doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**3.** W zakresie pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.9.: dwa identyczne funkcjonalnie panele sterujące umieszczone na obudowie magnesu po obu stronach łóżka pacjenta Izba zasadniczo uznała dowód przywołany przez Zamawiającego w postaci załącznika nr 7 do SIWZ zawierającego plan pracowni rezonansu magnetycznego. Powyższe wskazuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż pracownie rezonansu magnetycznego mają organizację niesymetryczną. Biorąc pod uwagę rozwiązanie pracowni rezonansu magnetycznego przewidywane w siedzibie Zamawiającego (wejście na wprost łóżka wraz z centralnym umieszczeniem urządzenia) wymóg funkcjonalny zastosowania dwóch paneli sterujących wydaje się uzasadniony. Ponadto Izba wskazuje, iż charakter przedmiotu zamówienia wymusza jego indywidualną konfigurację pod określone miejsce oraz uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego.

Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił i tym bardziej nie udowodnił, że opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów w powyższym zakresie nie potwierdził się.

4. W zakresie pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.10.: podstawowy stół aparatu MR w całości odłączalny od aparatu i dający możliwość ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego Izba uznała za przekonującą argumentację Odwołującego w tym zakresie. Po pierwsze należy wskazać, iż poszczególni producenci rezonansów magnetycznych stosują różne rozwiązania techniczne w zakresie przygotowania pacjenta do badania oraz jego transportu. Wobec powyższego Zamawiający winien uwzględnić dostępne na rynku rozwiązania techniczne poprzez określenie pożądanej przez siebie funkcjonalności. Odwołujący wskazał, iż oferowane rozwiązanie pozwala na automatyczne odłączenie blatu stołu rezonansu magnetycznego na dedykowany wózek, co umożliwi przygotowanie pacjenta do badania poza pracownią, transport oraz przeprowadzenie badania bez konieczności wielokrotnego przekładania pacjenta. Tym samym Izba uznała, iż takie rozwiązanie spełnia wyrażona w pkt 5 ppkt 5.10. załącznika nr 2 do SIWZ funkcjonalność. Podniesiona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy argumentacja uzasadniająca wskazane w SIWZ rozwiązanie wychodzi poza funkcjonalność wskazana w dokumentacji postępowania. Wszakże w powyższym punkcie jest jedynie mowa o możliwości ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego, nie zaś o transporcie pacjenta przy użyciu dostarczonego do urządzenia stołu na inne oddziały. Wobec powyższego należy uznać, iż preferowanie w całości odłączalnego stołu nie jest jedynym sposobem uzyskania zakładanej w ppkt 5.10. funkcjonalności. Wobec powyższego Izba uznała, iż powyższy zarzut winien zostać uwzględniony. Biorąc pod uwagę żądanie Odwołującego w odniesieniu do ppkt 5.10. załącznika nr 2 do SIWZ oraz treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (związanie jedynie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu) Izba wskazuje, iż nie jest związana żądaniami zawartymi w treści odwołania. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę pierwotną treść ppkt 5.10. załącznika nr 2 do SIWZ oraz argumentację Odwołującego Izba nakazuje dokonanie modyfikacji załącznika nr 2 do SIWZ w zakresie pkt 5 (pozycjonowanie i nadzór pacjenta) ppkt 5.10. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Podstawowy stół lub łóżko aparatu MR w całości odłączalne od aparatu lub odłączalny blat stołu z dedykowanym wózkiem antymagnetycznym umożliwiające ułożenie pacjenta poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego lub inne rozwiązanie równoważne zapewniające uzyskanie zakładanej funkcjonalności”.

5. W odniesieniu do ppkt 8.9.1. – 8.9.4. oraz 8.11. załącznika nr 2 do SIWZ Odwołujący nie wykazał, iż brak jest uzasadnienia klinicznego dla powyższych wymogów, zaś ich określenie na takim poziomie ma jedynie na celu uprzywilejowanie wskazanego w treści odwołania urządzenia produkcji General Electric. Izba wskazuje ponadto, iż Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, na skutek argumentacji Przystępującego, iż wskazany w treści odwołania konkretny produkt, tj. urządzenie GE 1.5T Brivo MR355 został wskazany przez omyłkę. Powyższe oświadczenia należy uznać za istotne, gdyż uzasadnienie dotyczące ppkt 8.9.1. – 8.9.4. oraz 8.11. załącznika nr 2 do SIWZ zostało oparte na argumentacji, iż warunki brzegowe zostały określone przez Zamawiającego tylko po to, żeby mógł je wszystkie spełnić tylko jeden wykonawca. Ponadto za istotny należy w tym zakresie uznać powołany przez Przystępującego dowód w postaci tłumaczenia fragmentu specyfikacji technicznej urządzenia PHILIPS Achieva 1.5T MRI system, z którego wynika, iż urządzenie to spełnia w powyższym zakresie wymagania Zamawiającego, co nie zostało podważone przez Odwołującego. Tym samym Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił i tym bardziej nie udowodnił, że opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Należy wskazać, iż w przypadku wniesienia odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wskazane w odwołaniu zarzuty oraz ich podstawy faktyczne, tj. konkretne postanowienia SIWZ, winny być rozpatrywane przez Izbę również w kontekście sformułowanych żądań, gdyż na skutek uwzględnienia odwołania winno dojść do nakazania zamawiającemu określonej modyfikacji SIWZ, nie zaś do jakiegokolwiek zmiany. Odwołujący nie wykazał, iż wnioskowana przez niego zmiana wartości parametrów w powyższym zakresie nie ma żadnego wpływu na funkcjonalność urządzenia i została określona przez Zamawiającego na tym poziomie jedynie celem uprzywilejowania określonego urządzenia (produkcji General Electric) lub określonej technologii. W ocenie Izby w przypadku wniesienia odwołania na opis przedmiotu zamówienia wraz z żądaniem zmiany parametrów technicznych to na nim ciąży obowiązek wykazania, iż zmiana ta nie doprowadzi do pogorszenia jakości i funkcjonalności urządzenia.

Tym samym Izba wskazuje, iż zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów w powyższym zakresie, tj. w odniesieniu do ppkt 8.9.1. – 8.9.4. i 8.11. załącznika nr 2 do SIWZ nie potwierdził się.

Izba wskazuje, iż podstawą powyższego rozstrzygnięcia jest treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazania, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsporny zaoferowanie większej liczby

produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych. Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż aby doszło do naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji rynkowej, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto należy wskazać na treść przywołanego przez Odwołującego 29 ust. 1 ustawy Pzp który m.in. nakazuje dokonanie opisu przedmiotu przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę, iż odwołanie zostało uwzględnione w odniesieniu do zarzutu dotyczącego pkt 5 ppkt 5.1. oraz ppkt 5.10. załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający winien uwzględnić w ramach formułowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia istniejące na rynku rozwiązania techniczne. Ma to znaczenie w szczególności do takiego przedmiotu zamówienia jakim jest rezonans magnetyczny ze względu na ograniczony krąg potencjalnych wykonawców.

Zgodnie z art. 232 ustawy Kodeks postępowania cywilnego strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wobec powyższego Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, ani tym bardziej nie wykazał w dopuszczalny w ustawie Pzp sposób, iż opis przedmiotu zamówienia narusza normy prawne zawarte w art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w odniesieniu do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia określonych w ppkt 3.11, 5.9, 8.9.1. – 8.9.4 oraz 8.11 załącznika nr 2 do SIWZ.

Charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących postępowanie cywilne, obciąża strony obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których strona wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu skutkami tymi jest uznanie, że na skutek opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów (art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp), co mogłoby w dalszej kolejności doprowadzić do uznania i uwzględnienia zawartych w odwołaniu żądań dotyczących modyfikacji SIWZ. Mając na uwadze sformułowane przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów, a więc określone w SIWZ parametry graniczne na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż każdy z nich z osobna lub pewna ich jak również wszystkie one razem wskazują w sposób pośredni lub bezpośredni na określone rozwiązanie techniczne lub wręcz na określone urządzenie. Dopiero wykazanie powyższych okoliczności mogłoby doprowadzić do uznania, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia

naruszył wskazane w odwołaniu przepisy. W powyższym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, zaś wszelkie zarzuty zawarte w odwołaniu oparł jedynie na twierdzeniach. Odwołujący nie wykazał, iż to Zamawiający poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia uprzywilejował któregokolwiek wykonawcę, urządzenie bądź określoną technologię jak również nie wykazał w jaki sposób doszło do takiego uprzywilejowania.

Ponadto Izba wskazuje, iż norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez użycie w powyższym przepisie zwrotu „zamówienia udziela się (...)” znajduje zastosowanie do czynności Zamawiającego związanych w szczególności wyborem oferty najkorzystniejszej i nie ma ona zastosowania do czynności przedsięwziętych przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, do których to czynności z pewnością należy opracowanie SIWZ. Wobec faktu, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym nie doszło do udzielenie zamówienia norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania do czynności Zamawiającego.

Na marginesie Izba pragnie wskazać na brak konsekwencji w argumentacji Odwołującego, gdyż z jednej strony zarzuca on Zamawiającemu w odwołaniu, iż nabywane przez niego urządzenie jest urządzeniem niskiej jakości jednocześnie wnosząc o obniżenie parametrów technicznych.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący powodować utrudnienie uczciwej konkurencji w odniesieniu do pkt 5 ppkt 5.1. oraz ppkt 5.10. załącznika nr 2 do SIWZ.

**II.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie punktacji za parametry oceniane w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez preferowanie i promowanie konkretnych rozwiązań systemu GE Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” wskazał w pkt 2 – ocena parametrów technicznych – 20%. W rozdziale XIII SIWZ w pkt 2.1. Zamawiający określił ponadto, iż punkty za parametry techniczne zostaną przyznane w oparciu o dane zawarte w załączniku nr 2 „Formularz oferty – Opis przedmiotu zamówienia”. Ponadto do SIWZ Zamawiający załączył zestawienie

parametrów technicznych podlegających ocenie. W zestawieniu tym został określony sposób punktowania poszczególnych parametrów technicznych.

Po drugie, Izba w odniesieniu do sformułowanych w treści odwołania podstaw faktycznych powyższego zarzutu ustaliła, że Zamawiający w następujący punktach załącznika do SIWZ zawierającego zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie określił w następujący sposób ich rodzaj, sposób oceny oraz wagę punktową:

- pkt 1 (magnes) ppkt 1.2.: homogeniczność pola (wartość typowa ppm mierzona metodą VRMS) [ppm] zgodnej z informacjami podanymi w specyfikacjach technicznych producenta, w kuli o średnicach podanych w podpunktach podanych do tego punktu;
- pkt 1 (magnes) ppkt 1.2.1.: o średnicy 10 cm ( $\geq 0,01$  ppm – 0 pkt,  $\square 0,01$  – 2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 1 (magnes) ppkt 1.2.2.: o średnicy 20 cm ( $\geq 0,04$  ppm – 0 pkt,  $\square 0,04$  – 2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 1 (magnes) ppkt 1.2.3.: o średnicy 30 cm ( $\geq 0,10$  ppm – 0 pkt,  $\square 0,10$  – 2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 1 (magnes) ppkt 1.2.4.: o średnicy 45 cm ( $\geq 0,90$  ppm – 0 pkt,  $\square 0,90$  – 2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 1 (magnes) ppkt 1.3.: shim nadprzewodzący (tak – 2 pkt, nie 0 pkt);
- pkt 1 (magnes) ppkt 1.4.: długość otworu pacjenta (magnes z systemem „shim”, cewkami gradientowymi i cewką całego ciała) w największym miejscu  $\leq 75$  cm (tak – 2 pkt, nie – 0 pkt);
- pkt 4 (system RF) ppkt 4.3.: szerokość pasma przenoszenia (receive bandwidth) ( $\leq 500$  kHz – 0 pkt,  $\gt 500$  kHz – 1 pkt dla największej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 4 (system RF) ppkt 4.4.: dynamika odbiornika (z automatyczną kontrolą), ( $\leq 135$  dB – 0 pkt,  $\gt 135$  dB – 1 pkt dla największej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 4 (system RF) ppkt 4.5.: tor transmisji odebranego sygnału MR pomiędzy pomieszczeniem badań a maszynownią (rekonstruktor) zbudowanym w technologii optycznej (niegalwanicznej), (tak – 5 pkt, nie – 0 pkt);
- pkt 5 (otoczenie pacjenta) ppkt 5.1.: podstawowy stół aparatu MR w całości odłączalny od aparatu i dający możliwość ułożenia pacjenta do badania poza pomieszczeniem rezonansu magnetycznego oraz awaryjnej ewakuacji pacjenta (procedura nie dłuższa niż 30 sek. możliwa do wykonania przy braku zasilania) (tak – 5 pkt, nie – 0 pkt);

- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.1.: maksymalny FOV (we wszystkich osiach, x, y, z) dla pola prostokątnego, ( $\leq 48$  cm – 0 pkt,  $\leq 48$  cm – 2 pkt dla największej zaoferowanej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);
- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.6.1.: min TR dla 3D GRE (256x256 matryca), (2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, inne proporcjonalnie mniej);
- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.6.2.: min TE dla 3D GRE (256x256 matryca), (2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, inne proporcjonalnie mniej);
- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.6.3.: min TR dla 3D EPI (256x256 matryca), (2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, inne proporcjonalnie mniej);
- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.6.4.: min TE dla 3D GRE (256x256 matryca), (2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, inne proporcjonalnie mniej);
- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.7.: min. Echo spacing dla EPI (matryca 256x256), (2 pkt dla najmniejszej zaoferowanej wartości, inne proporcjonalnie mniej);
- pkt 7 (parametry akwizycyjne – techniki obrazowania/postprocessing) ppkt 7.8.: liczba kierunków akwizycji przy DTI ( $\leq 32$  – 0 pkt,  $\leq 32$  – 1 pkt dla największej wartości, punktacja dla pozostałych wartości zostanie wyliczona za pomocą proporcjonalności);

W odniesieniu do wyżej wskazanych pozycji załącznika zawierającego zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie Odwołujący przedstawił swoje żądania zawierające propozycje dotyczące modyfikacji SIWZ.

Po pierwsze Izba wskazuje, iż zawarte w załączniku do SIWZ zatytułowanym „Zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie” parametry nie są parametrami granicznymi i nie stanowią one opisu przedmiotu zamówienia. Zawierają one jedynie sposób punktacji oraz wartości punktowe dla określonych parametrów/wartości (wielkości) oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia.

Tym samym należy wskazać, iż poszczególne pozycje kwalifikowane w oparciu o kryteria oceny ofert nie mają wpływu na możliwość zaoferowania urządzenia, gdyż nie formułują one parametrów granicznych jedynie zaś decydują o przyznaniu w tym zakresie mniejszej liczby punktów lub o nie przyznaniu ich w ogóle.

Wobec powyższego nie sposób uznać, iż poprzez określenie kryteriów oceny ofert mogłoby dojść do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż powyższe przepisy odnoszą się jedynie do opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez użycie w powyższym przepisie zwrotu „zamówienia udziela się (...)” znajduje zastosowanie do czynności Zamawiającego związanych w szczególności wyborem oferty najkorzystniejszej i nie ma ona zastosowania do czynności przedsięwziętych przez Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, do których to czynności z pewnością należy opracowanie SIWZ.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż w tym aspekcie należy czynność Zamawiającego polegającą na określeniu kryteriów oceny ofert w oparciu o parametry techniczne urządzenia odnieść jedynie do wskazanego w treści odwołania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 232 ustawy Kodeks postępowania cywilnego strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, mający swoje zasadnicze źródło w przepisach regulujących postępowanie cywilne, obciąża strony obowiązkiem wykazania, a tym samym udowodnienia faktów i twierdzeń z których strona wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu skutkami tymi jest uznanie, że na skutek ustalenia kwestionowanych przez Odwołującego kryteriów oceny ofert doszło do naruszenia wskazanego w odwołaniu przepisu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co mogłoby w dalszej kolejności doprowadzić do uznania i uwzględnienia zawartych w odwołaniu żądań dotyczących modyfikacji SIWZ. Mając na uwadze sformułowane przez Odwołującego podstawy faktyczne zarzutów, a więc określone w SIWZ postanowienia załącznika zawierającego zestawienie parametrów technicznych podlegających ocenie na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, iż każdy z nich z osobna lub pewna ich grupa, jak również wszystkie one razem preferują (powodują uprzywilejowanie) w sposób pośredni lub bezpośredni na określone rozwiązanie techniczne lub wręcz na określone urządzenie. Dopiero wykazanie powyższych okoliczności mogłoby doprowadzić do uznania, iż Zamawiający dokonując ustalenia określonych kryteriów oceny ofert naruszył wskazane w odwołaniu przepisy. W powyższym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, zaś wszelkie zarzuty zawarte w odwołaniu oparł jedynie na twierdzeniach. Odwołujący nie wykazał, iż to Zamawiający poprzez ustalenie kwestionowanych w odwołaniu kryteriów oceny ofert w oparciu o określone parametry techniczne uprzywilejował któregośkolwiek wykonawcę, urządzenie bądź określoną technologię jak również nie wykazał w jaki sposób doszło do takiego uprzywilejowania.

Izba wskazuje, iż Odwołujący nie udowodnił, że określenie przez Zamawiającego sposobu klasyfikacji ofert w oparciu o tak ustalone kryteria oceny narusza uczciwą konkurencję lub zasadę zapewniającą równe traktowanie wykonawców. W tym wypadku nie jest wystarczające uprawdopodobnienie, jak ma to miejsce w odniesieniu do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, lecz konieczne jest udowodnienie, że na skutek czynności Zamawiającego



polegającej na określeniu kryteriów oceny ofert w oparciu o parametry techniczne urządzenia doszło do naruszenia uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Bowiern stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stawia przed Odwołującym wyższe wymagania dowodowe niż stwierdzenie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie do takiego stwierdzenia wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie naruszenia ww. przepisu.

Izba wskazuje, iż w niniejszym przypadku każdy z wykonawców oferujący określone urządzenie ma możliwość uzyskania identycznej liczby punktów w identycznych okolicznościach faktycznych. Ponadto Izba zwraca uwagę na fakt, iż Odwołujący nie kwestionuje wszystkich ocenianych parametrów technicznych, lecz jedynie wybrane z nich. Powszechnie wiadomym jest, iż tak skomplikowane urządzenie, jakim jest rezonans magnetyczny, charakteryzuje kilkadziesiąt lub nawet kilkaset parametrów, których wartość zależna jest od zastosowanych rozwiązań technologicznych. W takim wypadku dostępne na rynku urządzenia różnią się znacznie od siebie poszczególnymi wartościami parametrów technicznych i użytkowych, zatem nie jest utrudnione wskazanie dostępnych na rynku urządzeń, które spełniają określone parametry, nie spełniają ich, jak również takich które mogą w ramach kryteriów oceny ofert uzyskać najwyższą liczbę punktów.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 2070/10 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert opartych na parametrach technicznych przedmiotu zamówienia.

**III.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie nierealnego terminu dostawy urządzenia, tj. do dnia 31.10.2010 r. Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia w sekcji II pkt II.3. (czas trwania zamówienia lub termin realizacji) określił: okres w miesiącach: 6 (od udzielenia zamówienia).

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Termin wykonania zamówienia” w pkt 1 wskazał, iż dostawa rezonansu winna nastąpić w terminie max. do dnia 31.10.2010 r. w formie jednorazowej dostawy.

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach umowy nr 1/15/4/2010/52/1119 na realizację programu zdrowotnego zawartej pomiędzy Zamawiającym a Ministrem Zdrowia, której przedmiotem jest dofinansowanie zakupu aparatury diagnostycznej dla wczesnego wykrywania nowotworów w postaci rezonansu magnetycznego Zamawiający zobowiązał się w oparciu o § 2 ust. 5 ww. umowy do rozliczenia środków w terminie do 10.11.2010 r., tj. przekazania wszystkich dokumentów rozliczeniowych w postaci m.in. faktury, protokołu zdawczo-odbiorczego. Ponadto § 2 ust. 6 ww. umowy stanowi, iż dokumenty, o których mowa w § 5 umowy dotacyjnej złożone przez Zleceniobiorcę Zleceniodawcy po terminie 10 listopada 2010 r. nie będą realizowane.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż termin realizacji przedmiotu zamówienia jest niewątpliwie elementem opisu przedmiotu zamówienia, zatem w odniesieniu do niego mają zastosowanie normy prawne wyrażone w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Tym samym w związku z wykazanymi przez Zamawiającego okolicznościami Izba uznała, iż założony przez Zamawiającego termin realizacji przedmiotu zamówienia (rezonansu magnetycznego) ma swoje uzasadnienie merytoryczne. Bez znaczenia w tym wypadku jest okoliczność, czy dla poszczególnych wykonawców, bądź samego Odwołującego dochowanie tego terminu jest niemożliwe lub w znacznym stopniu utrudnione. Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy nie jest on w stanie ponieść samodzielnie kosztów zakupu takiego urządzenia, zaś udział w programie dotacyjnym stanowi jedyną możliwość sfinansowania takiego zakupu. Tym samym Izba uznała, iż biorąc pod uwagę istniejące okoliczności, tj. sposób finansowania przedmiotu dostawy oraz warunki realizacji dotacji programu zdrowotnego ustalenie przez Zamawiającego takiego terminu jest działaniem podyktowanym okolicznościami od Zamawiającego niezależnymi i znajdującymi swoje uzasadnienie.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, iż powyższy termin dostawy przedmiotu zamówienia dotyczy na równych warunkach każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Wobec powyższego nie sposób uznać, iż tylko poprzez określenie krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp na skutek określenia w treści SIWZ terminu realizacji przedmiotu dostawy.

**IV.** W odniesieniu do zawartego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu uczciwej konkurencji Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem uprawnionym do orzekania w zakresie przepisów innych ustaw niż ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Powyższego nie zmienia również sposób sformułowania zarzutu naruszenia ww. przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postaci powiązania go z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący naruszać uczciwą konkurencję powoduje, w zakresie pkt 5 ppkt 5.1. oraz 5.10. załącznika nr 2 do SIWZ, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2070/10 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....