

POSTANOWIENIE

z dnia 10 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu **10 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o., ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom**, przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa**,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwany „odwołującym”) w dniu 31 sierpnia 2015 r. wniósł pisemne odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest „Dostawa angiografu z wyposażeniem do wykonywania zabiegów kardiologii interwencyjnej dla Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o. o.” ogłoszonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dnia 20 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 160-293458 - opublikowane w dniu 20 sierpnia 2015 r. Kopia odwołania została doręczona zamawiającemu w dniu 31 sierpnia 2015 r. w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem ustawowego terminu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 września 2015 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, w dniu 4 września 2015 r. złożył wykonawca TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - po stronie zamawiającego, który wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Podał, że odwołujący zmierza wyłącznie do korzystnego dla siebie ukształtowania treści SIWZ i w ten sposób pragnie wpłynąć na wybór przez zamawiającego jego oferty. Celem wniesienia odwołania nie jest usunięcie nieistniejących w ocenie TSM Sp. z o.o. niezgodności treści SIWZ z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), ale doprowadzenie do modyfikacji zamówienia w sposób sprzeczny z art. 7 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przesłanki przystąpienia do postępowania odwoławczego określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały przez wykonawcę TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykazane.

Odwołujący GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. zarzucił zamawiającemu Mazowieckiemu Szpitalowi Specjalistycznemu Sp. z o.o. w Radomiu, że ten:

- 1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór

parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił złożenie oferty odwołującemu;

2) dokonał opisu sposobu oceny ofert w kryterium „Walory użytkowe” w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, niezapewniający wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez preferowanie i promowanie rozwiązań technicznych charakterystycznych dla urządzeń konkretnego producenta, przyjmując zarazem nieobiektywne oraz dyskryminujące kryterium „Ocena techniczna”

- wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący utrzymywał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym jako potencjalny wykonawca - został narażony na znaczną szkodę.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej (jeśli będzie obligatoryjna) zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że przedmiot niniejszego obejmuje dostawę angiografu z wyposażeniem do wykonywania zabiegów kardiologii interwencyjnej dla Mazowieckiego Szpitala Specjalistycznego Sp. z o. o. (kod CPV 33.11.17.20). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 7 do SIWZ (Zestawienie wymaganych parametrów technicznych). Zgodnie z punktem 17.2 SIWZ, oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie: Cena (70%) oraz Walory użytkowe (30%).

Po zapoznaniu się z treścią SIWZ, a w szczególności z treścią Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienie wymaganych parametrów technicznych) odwołujący stwierdził, że poszczególne postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej naruszają przytoczone w petitum przepisy ustawy, w związku z czym należy je zmienić zgodnie z żądaniami odwołującego.

Według odwołującego poszczególne parametry graniczne przedmiotu zamówienia zostały opisane w taki sposób, że będąc czołowym światowym dostawcą nowoczesnej aparatury medycznej - nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty, pomimo tego, że walory

użytkowe oferowanych przez niego systemów angiograficznych zapewniają osiągnięcie zakładanej przez zamawiającego, funkcjonalności, wydajności i jakości.

Odnosząc się do poszczególnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący zarzucał jak niżej.

Zarzut 1. Poz. 5 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Ilość jednoczesnych ruchów pozycjonera jednopłaszczyznowego o zmotoryzowanych ruchach we wszystkich osiach: ≥ 5 ruchów - 20 pkt; < 3 ruchy - 0 pkt

W analizowanym fragmencie zestawienia wymaganych parametrów technicznych zamawiający poddaje ocenie ilość jednoczesnych ruchów pozycjonera. Zdaniem odwołującego nic nie uzasadnia dodatkowej punktacji tego parametru w ramach kryterium „Walory użytkowe”. Zwrócił uwagę na fakt, że została podjęta próba oceny parametru czysto technicznego, który nie ma bezpośredniego wpływu na jakość pracy urządzenia czy jego ergonomię (szeroko pojęte walory użytkowe). Fakt, że w danym rozwiązaniu do uzyskania danej projekcji przy pozycjonowaniu konieczny jest bardziej złożony sposób poruszaniu pozycjonera, w ocenie odwołującego nie jest zaletą a wręcz słabością takiego systemu. Konsekwencją zastosowania bardziej skomplikowanych i złożonych rozwiązań jest większe ryzyko uszkodzeń i napraw, co niekorzystnie odbija się na eksploatacji całego systemu angiograficznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez odstąpienie od oceny parametru opisanego w poz. 5 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści: ≥ 3 ruchy.

Zarzut 2. Poz. 6 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 6 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

6. Podłogowe lub sufitowe mocowanie pozycjonera TAK, podać: podłogowy - 0 pkt
Pozycjoner sufitowy - 50 pkt

Zamawiający poddaje ocenie sposób mocowania pozycjonera. Zdaniem odwołującego nic nie uzasadnia dodatkowej punktacji tego parametru w ramach kryterium „Walory użytkowe”. Zwrócił uwagę na fakt, że powszechnie stosowane są dwa rozwiązania w

zakresie mocowań statywu podłogowe i sufitowe. Faworyzowanie rozwiązań z zawieszeniem sufitowym nie znajduje według odwołującego uzasadnienia ze względów praktycznych, a w szczególności względów dotyczących bezpieczeństwa pacjenta. Mocowanie podłogowe pozwala na łatwiejszy dostęp do urządzenia mocowanego na podłodze, a co za tym idzie nieporównywalnie prostsze utrzymanie systemu w czystości. Pozwala to na zachowanie sterylności w czasie zabiegów, co jest kwestią kluczową ze względu na bezpieczeństwo pacjenta w czasie zabiegu. Problemem jest utrzymanie w czystości szyn i wózka, na której porusza się konstrukcja sufitowa. Po zabudowaniu całego mechanizmu i jego uruchomieniu, użytkownik nie ma dostępu do tej konstrukcji i praktycznie nie istnieje możliwość usunięcia kurzu, który tam się gromadzi. Również utrzymanie w czystości samego pozycjonera zawieszzonego pod sufitem jest znacznie trudniejsze niż urządzenia montowanego na podłodze, do którego w łatwy sposób istnieje dostęp z poziomu podłogi. Kolejnym zagadnieniem są względy ekonomiczne i dodatkowe koszty związane z wykonaniem sufitowej konstrukcji nośnej. Ostatni czynnik to czas na wykonanie skomplikowanej konstrukcji sufitowej, który znacząco przedłuży realizację inwestycji.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez odstąpienie od oceny parametru opisanego w poz. 6 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści: 6. Podłogowe lub sufitowe mocowanie pozycjonera TAK, podać.

Zarzut 3. Poz. 7 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 7 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), Zamawiający sformułował następujący wymóg:

Ruch w kierunku poprzecznym do osi stołu w położeniu statywu za głową pacjenta realizowany wyłącznie ruchem statywu min 80 cm TAK/NIE;Tak-40 pkt. Nie - 0 pkt.

Zamawiający poddaje ocenie ruch w kierunku poprzecznym do osi stołu realizowany wyłącznie ruchem statywu. Odwołujący zwracał uwagę na fakt, że zapewnienie obrazowania wszystkich struktur ciała wymaga zapewnienia ruchu względnego bez istotnej różnicy czy jest to ruch statywu czy stołu. Zaś zamawiający w poz. 28 Załącznika nr 7 do SIWZ określił, że wymaga ruchu stołu w zakresie, który pozwoli na obrazowanie wszystkich struktur ciała, również tych bocznie położonych od linii środkowej ciała. W tej sytuacji dodatkowy wymóg w zakresie ruchów statywu (poz. 7 Załącznika nr 7 do SIWZ) uznał odwołujący za wymóg nadmierny i bezprawnie ograniczający konkurencję.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w poz. 7 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 4. Poz. 13 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 13 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Możliwość ruchu statywu wzdłuż osi stołu pacjenta (z lewej i z prawej strony stołu - wybór przez operatora w trakcie zabiegu) bez konieczności poruszania stołem, realizowany wyłącznie ruchem statywu > 180 cm TAK /NIE; Tak - 10 pkt. Nie - 0 pkt

Zamawiający poddaje ocenie możliwość ruchu statywu wzdłuż osi pacjenta. Odwołujący podnosił, że zapewnienie obrazowania wszystkich struktur ciała wymaga zapewnienia ruchu względnego bez istotnej różnicy czy jest to ruch statywu czy stołu. Zaś zamawiający w poz. 36 Załącznika nr 7 do SIWZ określił oczekiwany zakres badania bez konieczności przemieszczania pacjenta, który pozwoli na obrazowanie całego ciała, od stóp do głowy. W tej sytuacji, dodatkowy wymóg opisany w poz. 13 Załącznika nr 7 do SIWZ, wskazujący na ruch statywu nie zapewnia dodatkowych korzyści w pracy z urządzeniem. Parametr opisany w poz. 13 Załącznika nr 7 do SIWZ uznał za nadmierny i bezprawnie ograniczający konkurencję.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w poz. 13 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 5. Poz. 14 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 14 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Możliwość wykonywania badań ze statywem ustawionym z boku stołu pod kątem większym niż 120°, liczonym od osi stołu w kierunku od głowy pacjenta (z lewej i z prawej strony stołu - wybór przez operatora w trakcie zabiegu), dla wszystkich ustawień statywu, w tym dla pionowego ustawienia układu lampa - detektor (LAO/RAO - 0°, CRAN/CAU - 0°), realizowane wyłącznie ruchem statywu, bez obrotu bądź przesuwu stołu w celu zapewnienia możliwie dużej przestrzeni na ustawienie dodatkowej aparatury i pracę lekarzy i pielęgniarek TAK/NIE; TAK - 10 pkt; NIE- 0 pkt.

Zamawiający poddaje ocenie możliwość wykonywania badań ze statywem ustawionym z boku stołu pod kątem większym niż 120°. Według odwołującego - próba wykonania obrazowania przy takim ustawieniu statywu nie daje żadnych dodatkowych informacji klinicznych, a dodatkowo jest obarczone niebezpieczeństwem kolizji i konfliktu pomiędzy pozycjonerem i stołem. Parametr opisany w poz. 14 Załącznika nr 7 do SIWZ uznał za nadmierny i bezprawnie ograniczający konkurencję.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w poz. 14 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 6. Poz. 21 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 21 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Automatyczna zmiana orientacji obrazu przy zmianie położenia statywu realizowana poprzez elektroniczny obrót obrazu lub mechaniczny obrót detektora; obrót elektroniczny lub mechaniczny; elektroniczny lub mechaniczny skokowy co min 45 ° obrót obrazu - 0 pkt, mechaniczny płynny synchroniczny z obrotem ramienia C obrót detektora co min. 5 ° obrót obrazu - 20 pkt.

Możliwość wykonywania badań ze statywem ustawionym z boku stołu pod kątem większym niż 120°, liczonym od osi stołu w kierunku od głowy pacjenta (z lewej i z prawej strony stołu - wybór przez operatora w trakcie zabiegu), dla wszystkich ustawień statywu, w tym dla pionowego ustawienia układu lampa - detektor

Zamawiający poddaje ocenie sposób realizacji obrotu detektora. Zdaniem Odwołującego nic nie uzasadnia dodatkowej punktacji tego parametru w ramach kryterium „Walory użytkowe”. Uzyskany efekt obrazowania jest identyczny, niezależnie od przyjętego rozwiązania (obrot obrazu elektroniczny lub mechaniczny). Techniczny sposób realizacji zmiany orientacji obrazu nie ma istotnego znaczenia. Nie znajduje uzasadnienia punktowanie czysto technicznego rozwiązania. Przyznawanie dodatkowych punktów w sposób opisany w poz. 21 Załącznika nr 7 do SIWZ uznał za bezprawnie ograniczające konkurencję.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez odstąpienie od oceny parametru opisanego w poz. 21 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

21. Automatyczna zmiana orientacji obrazu przy zmianie położenia statywu realizowana poprzez elektroniczny obrót obrazu lub mechaniczny obrót detektora; Obrót elektroniczny lub mechaniczny /podać/

Zarzut 7. Poz. 37 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 37 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Zakres obrotu stołu wokół osi pionowej [$^{\circ}$] $\geq 180^{\circ}$, podać; X

Odwołujący wnosil o poddanie ocenie niezwykle istotnego parametru jakim jest zakres obrotu stołu wokół osi pionowej. Uzyskanie maksymalnego dostępnego zakresu obrotu 360 stopni, pozwala w zasadniczym stopniu na zwiększenie ergonomii wykorzystania urządzenia. Dowolne ustawienie stołu ułatwia i znacząco upraszcza przenoszenie pacjenta z/na łóżko transportowe. Pozwala na zwiększenie zakresu wykonywania dostępnych badań poprzez możliwość obrazowania w położeniu stołu poza standardowym ustawieniem w osi długiej z głową w kierunku statywu. Przy tak szerokim zakresie obrotu stołu wokół osi pionowej pojawia się możliwość obrazowania miejsca wkłucia przy dostępie radialnym, jak również obrazowanie pacjenta przy obrocie o 180 st. w osi długiej, nogi pacjenta w kierunku statywu.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust, 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 37 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

Zakres obrotu stołu wokół osi pionowej [$^{\circ}$] $\geq 180^{\circ}$, podać; $\geq 180^{\circ}$ - 0 pkt; $\geq 270^{\circ}$ -5 pkt; $\geq 360^{\circ}$ - 20 pkt.

Zarzut 8. Poz. 38 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 38 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Długość blatu ≥ 280 cm, podać X

Odwołujący wnosil o poddanie ocenie istotnego parametru oceny, jakim jest długość blatu stołu. Długi stół pacjenta pozwala nie tylko na wygodne pozycjonowanie wysokich pacjentów. Istnieje również możliwość wykorzystania długiego blatu jako miejsca przygotowania materiałów sterylnych w tym cewników, których długość może dochodzić do kilku metrów.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 38 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

Długość blatu ≥ 280 cm, podać; ≥ 280 cm - 0 pkt; ≥ 300 cm - 5 pkt, ≥ 330 cm - 20 pkt.

Zarzut 9. Poz. 48 i 83 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 48 i 83 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Dostępne częstotliwości fluoroskopii pulsacyjnej min. zakres od 4 do 25 obr/s. Podać wartości i liczbę możliwych ustawień. Zakres $\geq 1 - 30$ obr/s - 5 pkt; $<1-30$ obr/s - 0 pkt.

Cyfrowa fluoroskopia pulsacyjna z częstotliwością między 25-30 obrazów/s oraz 12-15 obrazów/s oraz 7,5-10 obrazów/s TAK, podać X

Odwołujący wnosił o usunięcie powtórzenia parametru dotyczącego zakresów dostępnych częstotliwości fluoroskopii pulsacyjnej, gdyż właściwy warunek dotyczący tej samej cechy systemu został zawarty w części opisującej aplikacje kliniczne, gdzie zostały podane niezbędne wymagane prędkości. Warunek dotyczący tej samej cechy został powtórzony w części dotyczącej generatora.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w poz. 48 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 10. Poz. 53 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ).

W poz. 53 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Generator z zapasowym inwerterem podejmującym pracę automatycznie, bez przerwy w wypadku awarii inwertera podstawowego TAK/NIE; TAK-10 pkt; NIE - 0 pkt.

Zamawiający poddaje ocenie możliwość pracy z inwerterem zapasowym. Zdaniem odwołującego omawiany parametr w sposób bezprawny ogranicza konkurencję w postępowaniu. Omawiany parametr dotyczy cechy technicznej, bez znaczenia praktycznego w pracy klinicznej. Przeszarzałe rozwiązania oparte na dwóch inwerterach są wykorzystywane w generatorach wysokiej częstotliwości nie w celu zapewnienia backupu. W tego typu systemach celem pracy dwóch inwerterów jest zapewnienie uzyskania

wymaganych pułapów mocy. Dlatego praca przy jednym inwerterze może pozwolić jedynie na znacząco ograniczony zakres generacji promieniowania.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w doz. 53 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 11- Poz. 57 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 57 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Lampa z cichym łożyskiem z tzw. „płynnego metalu” TAK/NIE; TAK - 5 pkt; NIE - 0 pkt.

Zamawiający poddaje ocenie wymóg zapewnienia lampy z cichym łożyskiem z tzw. „płynnego metalu”. Punktowanie takiego rozwiązania według odwołującego nie znajduje uzasadnienia, ponieważ premiowane jest rozwiązanie słabsze technologicznie, a rozwiązanie bezpieczniejsze dodatkowych punktów zostało pozbawione. Wymóg zastosowania ułożyskowanie anody w łożysku „płynnym” - tj. z płynnego metalu nie zapewnia dodatkowych korzyści. Zdaniem odwołującego, na premiowanie zasługuje urządzenie, którego wszystkie wskazane w tabeli parametry przewyższają lampę opartą o technologię ułożyskowania anody w łożysku „płynnym”. Taka sytuacja ma miejsce, kiedy porównamy lampę Performix 160, produkcji GE z rozwiązaniami konkurencyjnymi opartymi na technologii ułożyskowania anody w łożysku „płynnym”. Lampa Performix 160, produkcji GE pozwala na uzyskanie lepszych właściwości cieplnych oraz większych dostępnych mocy. Odwołujący przekonywał, że kluczowe znaczenie mają maksymalne wartości parametrów cieplnych, takich jak pojemność cieplna lampy i kołpaka. Lepsze parametry cieplne zapewniają większą stabilność pracy i zwiększone bezpieczeństwo pacjenta poprzez zapewnienie nieprzerwanej pracy urządzenia. Dodatkowo zastosowanie technologii opartej na ułożyskowaniu anody w łożysku „płynnym” obarczone jest ograniczeniami takimi jak długi czas rozruchu.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w poz. 57 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 12. Poz. 58 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 58 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Najmniejsze ognisko lampy RTG $\leq 0,5$, podać; X

Odwołujący wnosił o poddanie ocenie istotnego parametru, jakim jest najmniejsze ognisko lampy. Parametr ten określa precyzję skupiania wiązki promieniowania, co bezpośrednio wpływa na precyzję i jakość obrazowania całego systemu.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 58 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

Najmniejsze ognisko lampy RTG $\leq 0,5$, podać; $\leq 0,5$ - 0 pkt; $\leq 0,3$ - 20 pkt.

Zarzut 13. Poz. 61 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 61 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Max obciążenie lampy mocą ciągłą w czasie prześwietlania [kW] (bez ograniczeń czasowych); $\geq 2,0$ kW, podać X.

Odwołujący wnosił o poddanie ocenie istotnego parametru, jakim jest moc obciążenia lampy mocą ciągłą (bez ograniczeń czasowych). Parametr ten określa kluczową dla funkcjonowania każdego systemu Rtg cechę, moc jaką można obciążyć lampę w czasie pracy. Większa dostępna moc zapewnia większą stabilność pracy i zwiększone bezpieczeństwo pacjenta poprzez zapewnienie nieprzerwanej pracy urządzenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 61 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

Max obciążenie lampy mocą ciągłą w czasie prześwietlania [kW] (bez ograniczeń czasowych) $\geq 2,0$ kW, podać; $\geq 2,0$ kW- 0 pkt; $\geq 2,6$ kW- 5 pkt; $\geq 3,2$ kW- 20 pkt.

Zarzut 14. Poz. 62 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 62 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

Pojemność cieplna anody $\geq 3,0$ MHU, podać; X

Odwołujący wnosił o poddanie ocenie istotnego parametru, jakim jest pojemność cieplna lampy. Parametr ten jest kluczowy dla zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta podczas wykonywania zabiegu interwencyjnego. Wpływa bezpośrednio na czas pracy lampy bez przerw, koniecznych ze względu na chłodzenie tego urządzenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 62 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

Pojemność cieplna anody $\geq 3,0$ MHU, podać; $\geq 3,0$ MHU- 0 pkt; ≥ 35 MHU- 5 pkt, $\geq 3,7$ MHU-20 pkt.

Zarzut 15. Poz. 63 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych. Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 63 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), Zamawiający sformułował następujący wymóg:

Pojemność cieplna kołpaka $\geq 2,8$ MHU, podać; X

Odwołujący wnosił o poddanie ocenie istotnego parametru jakim jest pojemność cieplna kołpaka, gdyż parametr ten jest kluczowy dla zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta podczas wykonywania zabiegu interwencyjnego. Wpływa bezpośrednio na czas pracy lampy bez przerw, koniecznych ze względu na chłodzenie tego urządzenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 63 Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

Pojemność cieplna kołpaka $\geq 2,8$ MHU, podać; $\geq 2,8$ MHU-0 pkt; $\geq 4,5$ MHU- 5 pkt; $\geq 6,0$ MHU- 20 pkt.

Zarzut 16. Poz. 66 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 66 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), Zamawiający sformułował następujący wymóg:

Przysłony sterowane niezależnie umożliwiające wybór dowolnego położenia obszaru ograniczonego przysłoną prostokątną bez konieczności manipulowania stołem/pacjentem, możliwość wyboru obszaru położonego poza centrum pola widzenia w całym obszarze pola detektora (kolimacja asymetryczna względem środka pola detektora) z dynamicznym systemem zmiany wielkości pola pomiarowego systemu ABC (Automatic Brightness Control) ograniczający rozmiar pola do rozmiaru nie większego niż obszar skolimowany dla dowolnego wymiaru kolimacji TAK/NIE; Tak - 50 pkt. Nie - 0 pkt.

Zamawiający poddaje ocenie system kolimacji w powiązaniu z systemem ABC (Automatic Brightness Control) przyznając za tę cechę 50 pkt. Tego rodzaju działanie według odwołującego prowadzi do bezprawnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, gdyż skomplikowana funkcjonalność opisana w tym warunku w ocenie odwołującego nie wnosi

istotnych cech funkcjonalnych. Ograniczenie obszaru pomiaru do obszaru skolimowanego nie powoduje, że na ciało pacjenta pada mniejsza ilość promieniowania. Dlatego praktycznie zakres zastosowania tej funkcjonalności wydawał się odwołującemu bardzo ograniczony. Dodatkowo uznał, że opisany parametr ma przypisaną rażąco wysoką ilość 50 punktów, co zaburza proces ewaluacji technicznej całego systemu.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w poz. 66 Załącznika nr 7 do SIWZ.

Zarzut 17. Poz. 73 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 73 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg:

DQE przy 0lp/mm [%] $\geq 75\%$, podać; X

Odwołujący wnosił o poddanie ocenie istotnego parametru, jakim jest DQE, który pozwala na ocenę jakości obrazowania systemu Rtg. W szczególności jest to parametr wskazujący na stopień wykorzystania padającego na detektor promieniowania jonizującego. Innymi słowy większe wartości tego parametru skutkują bardziej efektywnym wykorzystaniem dawki promieniowania, a więc ograniczeniem napromieniowania pacjenta.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uwzględnienie oceny parametru opisanego w poz. 63 [73] Załącznika nr 7 do SIWZ i nadanie mu następującej treści:

DQE przy 0lp/mm [%] $\geq 75\%$, podać; $\geq 75\%$ - 0 pkt, $\geq 77\%$ - 5 pkt, $\geq 79\%$ - 20 pkt.

Zarzut 18. Poz. 82 Zestawienia wymaganych parametrów technicznych (Załącznik nr 7 do SIWZ)

W poz. 82 Załącznika nr 7 do SIWZ (Zestawienia wymaganych parametrów technicznych), zamawiający sformułował następujący wymóg: Ustawianie położenia przysłon (prostokątnych i półprzepuszczalnych) znacznikami graficznymi na obrazie zatrzymanym bez promieniowania; TAK

Zamawiający wymaga aby: „Ustawianie położenia przysłon (prostokątnych i półprzepuszczalnych) znacznikami graficznymi na obrazie zatrzymanym bez promieniowania”. Wymóg w aktualnym brzmieniu zdaniem odwołującego uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie rozwiązania umożliwiającego zaofiarowanie kardioangiografu, który pozwala na ustawianie bez promieniowania wyłącznie przysłon prostokątnych. Zwrócił uwagę, że precyzyjne ustawienie kolimacji bez promieniowania jest możliwe wyłącznie w zakresie przysłon prostokątnych, nieprzepuszczalnych. Przysłony półprzepuszczalne ustawiane bez promieniowania wymagają korekcji pozycji po rozpoczęciu prześwietlania.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie parametru opisanego w poz. 63 [82] Załącznika nr 7 do SIWZ, poprzez nadanie mu następującej treści:

Ustawianie położenia przysłon prostokątnych znacznikami graficznymi na obrazie zatrzymanym bez promieniowania -TAK.

Dokonując oceny ogólnej stawianych w SIWZ wymogów, odwołujący podnosił, że w powyżej przytoczonym zakresie nie mają one żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Pomimo iż odwołujący należy do grupy General Electric Company, która jest światowym dostawcą innowacyjnych technologii medycznych, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż nie może złożyć zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty na dostawę systemu angiograficznego. Za przyczynę uznał nie tyle niedostateczną jakość lub funkcjonalność angiografów wytwarzanych przez GE Healthcare, lecz naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ. Odwołujący argumentował, że zamawiający powinien zapewnić jak najszerszą konkurencję w postępowaniu, a nie ograniczać kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia do jednego wytypowanego uprzednio wykonawcy. Różnorodność rozwiązań technicznych obecnych na rynku powoduje, że zamiast opowiadać się po stronie któregoś z wykonawców, zamawiający winien brać pod uwagę jedynie oczekiwany przez siebie efekt w postaci takiego opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni wybór wykonawcy zdolnego spełnić obiektywne potrzeby zamawiającego, bez nadmiernego ograniczania kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę. Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu, posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do

wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust 1 i art. 29 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołującego przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) oraz dotychczasowe orzecznictwo. UZP w jednej ze swych opinii stwierdził, że: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)”. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, stwierdza, że: "Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji". Tożsame stanowisko znalazło się w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09. Odwołujący przekonywał, że podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, Izba podniosła, iż: „w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców”. Analogicznie

przedstawia się uzasadnienie wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, gdzie Izba wywiodła, że: „Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który w sposób pośredni wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez jednego wykonawcę, narusza fundamentalne zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji”. Powyższa argumentacja była kontynuowana w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, gdzie Izba stwierdziła, że: „(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym”. Zgodnie z orzecznictwem naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale i pośredni - por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, w którym Izba uznała, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego”. Identyczne stanowisko wyrażone zostało również w uchwale KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09: „Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt”. Odwołujący zaznaczał, że wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co uznał, że ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W wyroku z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06 Zespół Arbitrów orzekł, że: "Zamawiający może wskazać minimalne

wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu". Zdaniem odwołującego wskazana w ww. wyroku równowaga została naruszona w niniejszym postępowaniu, w związku z czym niezbędna jest stosowna modyfikacja postanowień SIWZ.

Odnosząc się z kolei do ustalonych przez zamawiającego zasad oceny ofert w kryterium "Walory użytkowe" wskazał, że zamawiający w sposób tendencyjny przyznaje nieproporcjonalnie dużą liczbę punktów tym parametrom, które charakteryzują rozwiązania stosowane przez konkretnych wykonawców, tymczasem pomija w większości ocenę parametrów istotnych z punktu widzenia jakości i szybkości diagnozowania, jeśli są one korzystniejsze dla systemów oferowanych przez odwołującego, lub premiuje je minimalną ilością punktów. Według odwołującego zamawiający premiuje rozwiązania jakościowo gorsze, dyskryminując rozwiązania lepsze, czym sprzeniewierza się zasadom racjonalnego dysponowania środkami publicznymi. Ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert (oraz sposób dokonania oceny poszczególnych kryteriów) nie mogą naruszać zasad równego traktowania wykonawców i poszanowania uczciwej konkurencji. Nie mogą w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Jako przykład naruszenia tych zasad wskazuje się ocenę obiektywnie nieistotnych parametrów/funkcji, co w sposób nieuzasadniony preferuje określone urządzenia/produkty (zob. D. Koba, Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, Warszawa 2010, s. 29). Nie powinno być więc tak, że teoretycznie istnieje szereg wykonawców zdolnych złożyć ważną ofertę w postępowaniu, ale tylko jedna firma - np. ze względu na właściwości produkowanego przez siebie sprzętu, które akurat podlegają ocenie punktowej w tym postępowaniu - ma szanse na uzyskanie zamówienia. Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Odwołujący przyznał, że celem postępowania jest zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, z pominięciem nieobiektywnych wymogów dotyczących opisu przedmiotu 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 w niniejszym postępowaniu.

Nawiązując do uzasadnienia stawianych zarzutów swego odwołania, odwołujący zwrócił uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym, według jego oceny opisie przedmiotu zamówienia. Otóż w świetle dotychczasowych rozważań odwołującego postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi czynność zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania, zwłaszcza jeżeli przedmiot został opisany przez wskazanie konkretnych produktów konkretnego producenta. Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wytaczanych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09 stwierdził nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując w uzasadnieniu, że: „Zamawiający, który tak jak w niniejszej sprawie pozwany Powiat Nowodworski, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony przez jednego tylko dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i skonkretyzowaną, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy”. W świetle powyższego również w interesie zamawiającego jest dokonanie modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniami odwołującego, tylko bowiem w ten sposób oddali od siebie ryzyko unieważnienia przedmiotowego postępowania jak i unieważnienia umowy zawartej w wyniku jego przeprowadzenia.

Izba rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym w trybie § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964), ustaliła podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego numer KRS 0000040213 - pomiotu: GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., według stanu na

dzień 24.08.2015 r. Dział 2, Rubryka 1- Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu ujawniono - Zarząd.

Sposób reprezentacji podmiotu:

- jeżeli zarząd jest jednoosobowy, spółkę reprezentuje jedyny członek zarządu działający samodzielnie lub dwóch łącznych prokurentów działających łącznie,
- jeżeli zarząd spółki składa się z więcej niż jednego członka, spółkę reprezentuje dowolnych dwóch członków zarządu działających łącznie lub jeden członek zarządu działający łącznie z jednym z łącznych prokurentów spółki lub dwóch łącznych prokurentów działających łącznie.

Podrubryka 1 Dane osób wchodzących w skład organu jako członków zarządu wymienia osoby:

- Ś. E., A.
- G. B.
- H. D. J.
- R. L. G.
- B. E. I.
- P. K. A.

W Rubryce 3 działu 2 wymieni są prokurenci spółki:

- K. T. J. – prokura łączna, uprawniająca do reprezentowania spółki łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych spółki
- Z. I. M. – prokura łączna, uprawniająca do reprezentowania spółki łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych spółki
- K. A. M. – prokura łączna, uprawniająca do reprezentowania spółki łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych spółki
- K. M. – prokura łączna uprawniająca do reprezentowania spółki łącznie z jednym członkiem zarządu
- T. K. E. – prokura łączna, uprawniająca do reprezentowania spółki łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych spółki.

Odwołanie w imieniu GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. zostało podpisane przez: członka zarządu – P. K. A. oraz prokurenta K. T. .

Powyższy sposób wniesienia odwołania przez GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. nie jest zgodny z przytaczanymi wyżej zasadami reprezentacji tej spółki, ujawnionymi w Rejestrze Przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Pani P. K. A. uprawniona byłaby do podpisania odwołania tylko łącznie z dowolnym innym członkiem zarządu lub z imiennie upoważnionym prokurentem, tj. z Panem K. M. – prokura łączna uprawniająca do reprezentowania spółki łącznie z jednym członkiem zarządu.

Prokurent K. T. nie został upoważniony do składania oświadczeń woli w imieniu spółki GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. łącznie z innym członkiem zarządu, ale jedynie posiada uprawnienia do reprezentowania spółki łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych spółki.

Prokura zgodnie z uregulowaniami zawartymi w art. 109¹-109⁸ K.c. jest specjalnym rodzajem pełnomocnictwa. Prokura jest także wykorzystywana przy konstruowaniu reprezentacji spółki kapitałowej. Zgodnie z art. 205 § 1 K.s.h. jeżeli zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest wieloosobowy sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu, albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Analiza dopuszczalności prokury mieszanej, a więc takiej, w której oświadczenie woli wiążące spółkę składa prokurent i członek zarządu, powinna uwzględniać nie tylko przepisy o prokurze, ale również przepisy regulujące reprezentację spółki przez jej organy.

Prokurent jest umocowany tylko do dokonywania czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa (109¹ K.c.). Ponadto jego umocowanie nie obejmuje czynności zbycia przedsiębiorstwa oraz dokonania czynności prawnej, na podstawie której następuje oddanie go do czasowego korzystania, oraz do zbywania i obciążania nieruchomości, gdyż dla takich czynności wymagane jest pełnomocnictwo do poszczególnych czynności (art. 109³ K.c.).

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 kwietnia 2001 r. III CZP 6/01 oraz stanowisko doktryny nie dopuszczają, aby można było za prokurę łączną uważać prokurę ustanowioną tylko dla jednej osoby i uzależnić skuteczność jej reprezentacji od wyrażenia woli przez członka zarządu. Sąd Najwyższy dopuścił wprawdzie we wspomnianej uchwale taką możliwość, ale uznał, że jest to prokura łączna niewłaściwa, dla której podstawą mogą być przepisy o prokurze stosowane tylko w drodze analogii. Gdyby wolą ustawodawcy było, aby drugą osobą w prokurze łącznej mogła być osoba, która nie jest prokurentem, wymagałoby to wyraźnego postanowienia ustawy.

Oceniając różne sposoby reprezentowania spółki kapitałowej, Sąd Najwyższy Izba Cywilna w uchwale składu Siedmiu Sędziów z 30 stycznia 2015 r. sygn. akt III CZP 31/14 zaznaczył, że zawsze muszą one mieć podstawy w ustawie, umowie spółki lub w statucie. Jest to konsekwencja podstawowej reguły wyrażonej w art. 38 K.c., że spółka jako osoba

prawna działa przez swoje organy w sposób określony w ustawie lub opartym na niej statucie. To, że w sytuacji określonej w art. 205 K.s.h skuteczne jest oświadczenie woli złożone przez członka zarządu i prokurenta jest dopuszczonym przez ustawę wyjątkiem od zasady, iż oświadczenia woli za spółkę składają członkowie zarządu lub osoby, które zostały umocowane przez nich do reprezentowania spółki, tj. pełnomocnicy zwykli lub prokurenci. Również jako wyjątek ustawa dopuszcza reprezentowanie spółki przez inny niż zarząd organ spółki lub specjalnego pełnomocnika ustanowionego uchwałą wspólników (art. 210 § 1 K.s.h) lub przez osobę o szczególnym, zbliżonym do zarządu statusie czyli likwidatora (art. 280 K.s.h.). Możliwość kształtowania zasad reprezentacji spółki przez ustanawianie innego rodzaju prokury niż ten, który przewidziany jest w ustawie, na podstawie oświadczenia woli zarządu, w ocenie Sądu Najwyższego wykracza poza zasady reprezentowania spółki mające swoje źródło w art. 38 K.c.

Bezpieczeństwo obrotu wymaga, aby w sytuacji, w której w obrocie występuje spółka, jej kontrahent mógł łatwo ustalić, czy osoby przedstawiające się jako umocowane do działania za spółkę, rzeczywiście mają takie umocowanie. W tym celu nałożono na spółkę obowiązek ujawniania w Rejestrze Przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym osób, które podejmują czynności za spółkę. Dotyczy to członków zarządu, ale także prokurentów, gdyż prokurent, ma szeroko zakreślone w ustawie umocowanie do reprezentowania spółki.

W ocenie Sadu Najwyższego określony w ustawie sposób reprezentacji spółki kapitałowej może być modyfikowany, jest to jednak możliwe tylko w umowie spółki lub w statucie. Ustawa nie dopuszcza modyfikacji zasad reprezentacji spółki przez oświadczenie woli członka lub członków zarządu. Za niedopuszczalnością ustanawiania prokury łącznej niewłaściwej (mieszanej), która powstaje na podstawie jednostronnej czynności prawnej jaką jest udzielenie prokury, przemawia więc nie tylko wykładnia przepisów o prokurze, ale także określone w art. 38 K.c. zasady kształtowania reprezentacji osoby prawnej.

Prokurent jest specjalnym pełnomocnikiem, który - jeżeli nie jest to prokura łączna - może samodzielnie składać oświadczenie woli w zakresie spraw określonych w ustawie. Dopuszczenie do tego, aby skuteczność oświadczeń woli prokurenta zależała od woli członka zarządu, czyni z prokurenta nie samodzielnego pełnomocnika jak ustalił ustawodawca, ale pomocnika zarządcy. Takie ograniczenie umocowania prokurenta jest sprzeczne z istotą pełnomocnictwa, szczególnie takiego jak prokura, gdyż z jednej strony zarząd daje mu umocowanie, aby mógł samodzielnie podejmować wszystkie czynności związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa spółki (z wyjątkiem określonym w art. 109³ K.c.), z drugiej zaś zabrania dokonać jakiegokolwiek czynności samodzielnie, czyli w istocie bez zgody członka zarządu. Skoro brak podstaw prawnych do ustanowienia prokury łącznej mieszanej (nieprawidłowej), to Sąd Najwyższy rozważył dopuszczenie ustanowienia takiej

prokury w drodze analogicznego stosowania art. 205 K.s.h. Ustawodawca dopuścił do tego, aby sposób reprezentacji w spółce kapitałowej, czyli reprezentacja łączna - mógł polegać także na tym, że oświadczenie składa członek zarządu i prokurent, i nie jest to sytuacja zbliżona do prokury niewłaściwej, rozumianej jako możliwość udzielenia przez zarząd prokury jednej osobie i uzależnienia skuteczności reprezentacji spółki przez prokurenta od oświadczenia woli członka zarządu. Tylko pozornie występuje tu ta sama sytuacja; oświadczenie woli w imieniu spółki składają członek zarządu i prokurent. W okolicznościach określonych w art. 205 K.s.h. taka możliwość została przewidziana w ustawie. Jest to więc zgodne z naczelną zasadą określającą działanie osób prawnych wyrażoną w art. 38 K.c. Jeżeli natomiast obowiązek współdziałania członka zarządu i prokurenta wynika z jednostronnego oświadczenia woli o ustanowieniu prokury, w ocenie Sadu Najwyższego, pozostaje to w oczywistej sprzeczności z zasadą działania spółki jako osoby prawnej wyrażoną w art. 38 K.c. Za dopuszczalne na mocy art. 38 K. c. Sąd Najwyższy uznał określenie w umowie (statucie) spółki takiego sposobu reprezentacji spółki, że oświadczenie woli w imieniu spółki może złożyć jeden z prokurentów łącznych i członek zarządu. O sposobie reprezentacji spółki może bowiem decydować ustawa lub oparty na niej statut (umowa spółki), a nie oświadczenie woli członków zarządu spółki. Zarząd, reprezentując spółkę, może działać tylko w zakresie wyznaczonym przez przepis ustawy oraz postanowienia umowy spółki lub statutu, co nie obejmuje uprawnienia do kreowania nowego rodzaju prokury. Ustawodawca dopuszcza tylko prokurę singularną, łączną i oddziałową. W tym zezwala tylko na ustanowienie prokury łącznej, która upoważnia ustanowionych prokurentów do reprezentowania spółki łącznie. Nie ma w ustawie podstaw do dokonywania przez zarząd czynności polegającej na ustanowieniu prokury singularnej i uzależnieniu skuteczności dokonywanych przez prokurenta czynności od oświadczenia woli członka zarządu.

Do zachowania zasady reprezentacji łącznej wystarczy powołanie zarządu dwuosobowego oraz dwóch prokurentów łącznych. Wtedy, gdy umowa lub statut nie stanowią inaczej, za spółkę oświadczenie woli składać będą zawsze dwie osoby. Dodatkowo w drodze umowy lub statutu można ustalić, że członek zarządu może składać oświadczenie woli razem z jednym z prokurentów łącznych. Takie umowne (statutowe) określenie zasad reprezentacji mieszanej uzupełnia regulację ustawową w zgodzie z art. 38 K.c. Jednocześnie Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że przyjęta wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów. Biorąc pod uwagę, że istniała długoletnia, tolerowana przez wiele sądów rejestrowych praktyka uznawania tzw. prokur łącznych niewłaściwych, przyjęta wykładnia przepisów o prokurze nie powinna prowadzić

do podważenia bezpieczeństwa obrotu i możliwości pozbawiania skuteczności wielkiej ilości czynności prawnych, dokonanych przez prokurentów ustanowionych w ten sposób.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2013 r. poz. 1203 oraz Dz. U. z 2014 r. poz. 1161 i 1306) wpis do Rejestru Przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym ma istotne znaczenie z punktu widzenia pewności i bezpieczeństwa obrotu prawnego. Po pierwsze łączy się z nim domniemanie ważności umocowania osób ujawnionych w rejestrze, w tym członków zarządu i prokurentów do działania w imieniu spółki wyłącznie w sposób jaki został oznaczony w tym Rejestrze.

Skoro w Rejestrze Przedsiębiorców KRS wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. dopuszczono, aby wyłącznie prokurent K. M. reprezentował spółkę łącznie z jednym członkiem zarządu, oznacza to że Sąd Rejestrowy dokonał tego wpisu na podstawie odpowiednich dokumentów (umowy, statutu spółki), i że wyłącznie ta osoba jest uprawniona do współdziałania z członkiem zarządu przy reprezentowaniu spółki odwołującego. Atrybutu tego nie posiada prokurent K. T. - któremu udzielono prokury łącznej, uprawniającej do reprezentowania spółki łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych spółki, który zatem może jedynie działać w imieniu spółki odwołującego tylko łącznie z jednym z pozostałych prokurentów łącznych tej spółki.

Upoważnienie prokurenta K. T. do reprezentowania spółki łącznie z jednym z członków zarządu nie wynika z wpisu w Rubryce 1 poz. 2, Działu 2 KRS, że - jeżeli zarząd spółki składa się z więcej niż jednego członka, spółkę reprezentuje dowolnych dwóch członków zarządu działających łącznie lub jeden członek zarządu działający łącznie z jednym z łącznych prokurentów spółki lub dwóch łącznych prokurentów działających łącznie. Zapis ten należy czytać w połączeniu z umocowaniem poszczególnych prokurentów, ujawnionym w Rubryce 3 Działu 2 Rejestru Przedsiębiorców KRS.

Skoro odwołanie, jako oświadczenie woli za GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. zostało podpisane w sposób nieprzewidziany dla skutecznej reprezentacji odwołującego, oznacza to jednocześnie, że zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które pozostają ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. (Dz. U. z 2014 r., poz. 964), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....