

WYROK

z dnia 22 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Promed S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,**
2. **kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie i nakazuje:**
 - 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Promed S.A. w Warszawie,**
 - 2) **dokonać wpłaty kwoty 18.600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie na rzecz Promed S.A. w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Szpitali Miejskich w Chorzowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup, dostawę i montaż wyposażenia sal operacyjnych i sterylizatorni szpitalnej wraz z usługą przeniesienia i montażu posiadanego sterylizatora i myjko-dezynfektora, wykonania niezbędnych prac montażowych i adaptacyjnych oraz rozłożenie zapłaty wynagrodzenia za przedmiot zamówienia na 60 równych, comiesięcznych rat, tj. przez okres 5 lat”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 02 marca 2011 r., nr 2011/S 42-068422.

Dnia 7 marca 2011 r. wykonawca Promed S.A. w Warszawie zwany dalej „odwołującym” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym warunków umowy, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3, art. 38 ust. 4, 36 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 353 1 KC, art. 5 KC i art. 58 § 1 KC.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, iż Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji bowiem opis przedmiotu zamówienia, który wynika z treści SIWZ (załącznik nr 2) wskazuje na konkretne modele sprzętu i jego jedyne dystrybutorów, tj. odpowiednio OPT Vanto sprzedawanego przez Intergos Sp. z o.o. oraz MediLED76, której producentem jest tajwańska firma Mediland Corporation. W ten sposób Zamawiający uniemożliwił wzięcie udziału w przetargu wykonawcom, którzy nie mają w ofercie dokładnie tych stołów i lamp operacyjnych, ale oferują równoważny towar.

Wskazywał, że na przedmiot zamówienia składa się kilkanaście sztuk różnych urządzeń. Powoduje to, że jeśli przynajmniej jeden element tak złożonego zamówienia będzie mógł być nabyty tylko od jednego dostawcy, wówczas każdy wykonawca, który nie ma dostępu do tego towaru nie ma automatycznie możliwości złożenia oferty.

Odwołujący zakwestionował kilkanaście postanowień SIWZ dotyczących parametrów technicznych stołów operacyjnych, podając uzasadnienie swych zarzutów, tj:

(1) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w transporter z najazdem bocznym (pkt 2, 30, 48, 71 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia stołów operacyjnych wyposażonych tylko w transportery z najazdem przód/tył.

(2) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z kolumną o podstawie wysokości max 20mm (punkt 3, 49 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych wyposażonych w kolumny z podstawą wysokości max 30 mm.

(3) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z regulacją wysokości w zakresie [580-1120mm (+/- 20mm) (punkt 4 i 50 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z regulacją wysokości w zakresie: 616-1166 mm i szerszym.

(4) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z przechyłem bocznym: $37^{\circ} / 37^{\circ} (+ - 2^{\circ})$ (punkt 5 i 51 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z przechyłem bocznym min: $30^{\circ} / 30^{\circ}$

(5) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z przechyłem Trendelenburga/antyTrendelenburga w zakresie min. 56° (punkt 6,7, 52, 53 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z przechyłem Trendelenburga / antyTrendelenburga w zakresie min: 40° .

(6) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z wyświetlaczem LCD wbudowanym w kolumnę stołu wskazującym aktualny stan naładowania baterii pozycję stołu, typ blatu i aktualnie wykonywane ruchy, informacje o ewentualnych usterkach systemu (punkt 9, 55 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z wyświetlaczem LCD umiejscowionym na pilocie sterującym.

(7) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w możliwość zapamiętywania min. 36 pozycji ustalanych wcześniej (punkt 10, 56 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z możliwością zapamiętywania min: 10 pozycji ustalanych wcześniej.

(8) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w panel sterujący zlokalizowany na kolumnie stołu od strony głowy pacjenta (punkt 12, 58 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z panelem sterującym umieszczonym z boku kolumny wyposażonym w automatyczne zabezpieczenie przed niezamierzoną aktywacją panelu poprzez konieczność przyciśnięcia jednocześnie dwóch niezależnych przycisków celem aktywacji.

(9) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w panel sterujący zawierający przycisk STOP, którego naciśnięcie automatycznie wstrzymuje wszystkie ruchy (punkt 13, 14, 59 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, bez przycisku STOP na panelu sterującym.

(10) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z przesuwem m.in. 475mm (punkt 25 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z przesuwem wzdłużnym min 300mm.

(11) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z regulacją oparcia pleców: w części lędźwiowej sterowanej elektromechanicznie w zakresie: + 90° do - 50° oraz w części piersiowej sterowanej manualnie w zakresie: + 60° do - 60° (punkt 26 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z regulacją oparcia pleców w części lędźwiowej w zakresie min: (+ 85° do - 45°) oraz w części piersiowej w zakresie min: (+ 90° do - 55°) a tak że wykreślenie wymogu manualnej regulacji części piersiowej płyty plecowej.

(12) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z wypiętrzeniem podgłówek realizowanym za pomocą mechanizmu śrubowego (punkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z funkcją wypiętrzenia podgłówek realizowaną za pomocą mechanizmu sprężynowo-zapadkowego.

(13) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w system bezpieczeństwa pozwalający na wybranie najbezpieczniejszych pozycji zależnie od wagi i stanu ogólnego pacjenta (punkt 60 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: wykreślenia ww. postanowienia.

(14) wymogu zaoferowania stołu operacyjnego z regulacją oparcia pleców: w części lędźwiowej sterowanej elektromechanicznie w zakresie: + 90° do - 50° (punkt 68 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych stołów operacyjnych, z regulacją oparcia pleców w części lędźwiowej w zakresie min: (+ 85° do - 45°).

Przedstawił porównanie parametrów technicznych modeli stołów operacyjnych wiodących producentów wraz z parametrami stołu OPT Vanto.

Odwołujący podniósł również, że oprócz stołów operacyjnych także lampy zostały opisane przez Zamawiającego w taki sposób, że wymagane parametry spełnia wyłącznie jeden model lampy, MediLED76, której producentem jest tajwańska firma Mediland Corporation. W ten sposób Zamawiający uniemożliwił wzięcie udziału w całym przetargu wykonawcom, którzy nie mają w ofercie dokładnie tych lamp operacyjnych, ale mających w swej ofercie lampy operacyjne innych producentów.

Odwołujący zakwestionował kilkanaście postanowień SIWZ dotyczących parametrów technicznych stołów operacyjnych, podając uzasadnienie swych zarzutów, tj:

(1) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej wykorzystującej technologię białych diod LED (punkt 702 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: wykreślenia postanowienia definiującego kolor diod.

(2) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z kopułą główną o maksimum 95 źródełach LED i kopułą satelitarną o maksimum 65 źródełach LED, podzielonymi na min 5 sekcji, (punkt 702 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: wykreślenia zapisu określającego ilość sekcji oraz ilość diod w czaszy.

(3) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z kopułami zaopatrzonymi w "brudne" uchwyty naokoło kopuły (punkt 703 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia lampy operacyjnej z co najmniej jednym uchwytem brudnym zlokalizowanym na czaszy bądź przy czaszy.

(4) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z dodatkowym oświetleniem endoskopowym umieszczonym w centralnej części czaszy głównej i satelitarnej i regulowanym w zakresie 8500-17000 lux (pozycja 707 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych lamp operacyjnych, z opcją światła endoskopowego realizowanego poprzez zmniejszenie natężenia światła matrycy każdej z czasz do wartości 5% (8000 lux) lub mniej.

(5) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej ze stałą temperaturą barwową wynoszącą 4300°K (pozycja 710 załącznika nr 2 do SIWZ)

Żądał: dopuszczenia innych lamp operacyjnych, z regulowaną temperaturą barwową.

(6) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z regulowaną średnicą plamy świetlnej dla kopuł realizowaną poprzez centralny uchwyt sterylizowany i z cyfrowego (dotykowego) panelu umieszczonego przy kopułach i pilota bezprzewodowego (pozycja 711 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych lamp operacyjnych, z regulowaną średnicą plamy świetlnej realizowaną tylko poprzez centralny uchwyt sterylizowany, zlokalizowany w osi geometrycznej czaszy.

(7) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z regulacją natężenia światła na cyfrowym panelu znajdującym się przy każdej czaszy i poprzez pilota bezprzewodowego (pozycja 714 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: usunięcia zapisów o lokalizacji paneli przy czaszy i wymogu sterowania natężeniem światła po przez pilot bezprzewodowy.

(8) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z regulacją natężenia światła w zakresie od minimum 50000 lux do maksimum dla kopuły (pozycja 714 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia innych lamp operacyjnych, z regulacją w zakresie szerszym niż 50000 lux do maksimum dla kopuły.

(9) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej o głębokości oświetlenia L1+L2 dla kopuły głównej i satelitarnej równej min. 130cm (pozycja 716 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: usunięcia ww. zapisu.

(10) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej o mocy pobieranej przez układ świetlny (kopuła główna + kopuła satelitarna): maksimum 160W (pozycja 719 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: usunięcia ww. zapisu.

(11) wymogu zaoferowania lampy operacyjnej o żywotności układu świetlnego min. 50000 godz. (pozycja 720 załącznika nr 2 do SIWZ).

Żądał: dopuszczenia innych lamp operacyjnych, o żywotności min: 25 000 godz.

Przedstawił porównanie parametrów technicznych modeli lamp operacyjnych wiodących producentów wraz z parametrami lampy MediLED.

Odwołujący zakwestionował kilka postanowień SIWZ dotyczących parametrów technicznych kolumn anestezjologicznych, podając uzasadnienie swych zarzutów, tj:

(1) wymogu zaoferowania kolumny anestezjologicznej sufitowej, przegubowej, o zasięgu pierwszej części 800mm i drugiej 800mm licząc w osiach ramion (pozycja 566 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia kolumn anestezjologicznych o większym zasięgu pracy tj. długościach ramion mieszczących się w zakresie (800 -1000mm).

(2) wymogu zaoferowania kolumny anestezjologicznej sufitowej, przegubowej, o zasięgu pierwszej części 600mm i drugiej 800mm licząc w osiach ramion (pozycja 602 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: skorygowania zapisu poprzez jednoczesne dopuszczenie kolumn anestezjologicznych o większym zasięgu pracy tj. długościach ramion mieszczących się w zakresie (800 -1000mm).

(3) wymogu zaoferowania kolumny chirurgicznej sufitowej, przegubowej, o zasięgu pierwszej części 600mm i drugiej 800mm licząc w osiach ramion (pozycja 635, 669 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia kolumn chirurgicznych o większym zasięgu pracy tj. długościach ramion mieszczących się w zakresie (800 -1000mm).

(4) wymogu zaoferowania kolumny chirurgicznej, w której sterowanie regulacją wysokości odbywa się za pomocą przycisków umieszczonych na głowicy (pozycja 635 załącznika nr 2 do SIWZ),

Żądał: dopuszczenia kolumn chirurgicznych, w których wszystkie przyciski sterujące zlokalizowane są obok siebie na uchwycie do manewrowania kolumną.

Odwołujący podnosił, że poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy, Zamawiający naruszył zasady udzielania zamówień publicznych, a w szczególności dyspozycję art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił również w odwołaniu, iż postanowienia rozdziału II.7 zd. 2, IV.C2 zd. 8 oraz IV.C.3 zd. 4, rozdziału XVI SIWZ zdanie 6, 7, 8, 9 i 10, zał. nr 9 do SIWZ, a także §3 ust. 6 Projektu umowy - zał. nr 10 do SIWZ, są następstwem błędnego założenia przez Zamawiającego, że podmioty które udostępniają swój potencjał na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp muszą być podwykonawcami, i odwrotnie, że podwykonawcy to zawsze podmioty trzecie o których mowa we wspomnianym przepisie. W rezultacie Zamawiający niezasadnie wymagał aby wykonawcy podali nie tylko części zamówienia, które będą powierzone podwykonawcom, ale również ich dane.

Wskazywał, że nie każdy podwykonawca musi składać zobowiązanie o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż przepis ten nie dotyczy przypadków, kiedy potencjał podwykonawcy nie jest brany pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wywodził, że firmy, które w rzeczywistości będą podwykonawcami, w sytuacji gdy ich potencjał nie jest brany pod uwagę na etapie oceny ofert, nie muszą być w ogóle ujawniane.

W związku z powyższym Odwołujący żądał zmiany postanowienia:

1) Rozdziału II punkt 7 zd. 2 SIWZ na:

Wykonawca, który będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia z Podwykonawców powinien wypełnić i załączyć do oferty Załącznik nr 9 do SIWZ informujący o częściach zamówienia, których wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom,

2) Rozdziału IV punkty C.2 zd. 8 i 9 oraz C.3 zd. 4:

- w Rozdziale IV.C2 SIWZ zdanie 8, na:

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku udostępnienia Wykonawcy wiedzy i doświadczenia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy przez inne podmioty, wykaz wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia składa się w zakresie dotyczącym uczestnictwa danych podmiotów przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego,

- w Rozdziale IV.C3 SIWZ zdanie 4, na:

Wykonawca, który będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia z Podwykonawców powinien wypełnić i załączyć do oferty Załącznik nr 9 do SIWZ informujący o częściach zamówienia, których wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom.

Wykonawca, który wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy PZP polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, winien załączyć do oferty pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy zamówienia publicznego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia,

3) Rozdziału XVI zdanie 6 , 7, 8 i 9 SIWZ na:

W trakcie realizacji umowy przetargowej Zamawiający może odstąpić na wniosek Wykonawcy od wymagania, aby zamówienie realizowane było przez podmioty wskazane w ofercie przetargowej, jako podmioty udostępniające zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. W sytuacji tej Wykonawca zobowiązany jest podać Zamawiającemu powody zmiany ww. podmiotu oraz wskazać nowy podmiot, a także przekazać pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, oraz przedłożyć dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w zakresie dot. tych zasobów przez ww. podmiot.

Wniosek dotyczący zmiany takiego podmiotu musi zostać złożony w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego (sekretariat SP ZOZ ZSM) wraz z uzasadnieniem i pisemnym zobowiązaniem podmiotu przejmującego obowiązki i zadania dotychczasowego podmiotu.

Zamawiający w terminie do 5 dni rozpatrzy wniesiony przez Wykonawcę wniosek lub zwróci się o dodatkowe wyjaśnienia, w oparciu o warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu innych podmiotów, które zawarto w niniejszej SIWZ."

4) Rozdziału XVI zdanie 10 SIWZ na:

Zamawiający zastrzega, iż w ramach realizacji przedmiotowego zadania dopuszcza możliwość nie informowania go w zał. nr 9 o częściach zamówienia powierzonych podwykonawcom przy realizacji zamówienia jedynie w zakresie usług transportowych, przy czym usługi te są świadczone na rzecz Wykonawcy na podstawie odrębnych umów.

Odwołujący podnosił, że w konsekwencji należy wprowadzić modyfikację innych postanowień SIWZ, które są wynikiem przyjęcia błędnych założeń przez Zamawiającego, tj:

a) w Załączniku nr 9 do SIWZ - zmienić nazwę załącznika na *Wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom*, a także usunąć kolumny: *Nazwa Podwykonawcy, Posiadane kwalifikacje, specjalizacja* oraz *Podpis osoby reprezentującej podwykonawcę*, a także zastąpić w kolumnie: *Zakres czynności związanych z przedmiotem zamówienia* na *Części zamówienia powierzone podwykonawcom*.

b) natomiast w §3 ust. 6 Projektu umowy - zał. nr 10 do SIWZ należy wprowadzić zapis w brzmieniu: §3 ust. 6. „*Wykonawca wykona przedmiot umowy:*

- a) samodzielnie (bez udziału podwykonawcy /-ów),
- b) tworząc Konsorcjum z (nazwa /-y Rejestrowa/-e udziałowca /-ców Konsorcjum),
- c) z udziałem podwykonawcy /-ów w zakresie części wskazanych w ofercie przetargowej.”

Odwołujący kwestionował również postanowienia projektu umowy (załącznik nr 10 do SIWZ) w zakresie kar umownych (§9) oraz prawa do jej jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego (§10), podnosząc iż stanowią wyraz nadużycia prawa, któremu umowa nie może dawać ochrony (art. 5 k.c), a które tym samym obarczone są sankcją nieważności wynikającą z art. 58 §1 k.c. Zarzuty dotyczyły zapisu §9 ust. 2b, 3.1, 3.2 oraz 3.4, a także §10 ust. 1.1, 1.2, 1.4 oraz 2 Projektu umowy-zał. nr 10 do SIWZ.

Odwołujący wnosił o:

(1) dokonanie zmiany §9 ust. 2b, 3.1, 3.2 Projektu umowy - zał. nr 10 do SIWZ przez wprowadzenie zapisu w brzmieniu:

„2.b) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w odbiorze zamontowanych urządzeń w oparciu o podpisany końcowy protokół zdawczo-odbiorczy, niezbędny do realizacji przedmiotu umowy - wysokości 0,2% wartości części umowy, której zwłoka dotyczy.

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości:

3.1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy 0,2% wartości części umowy, której zwłoka dotyczy - w przypadku zwłoki w oddaniu zrealizowanego przedmiotu umowy (odbioru końcowego),

3.2 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad - w wysokości 0,02% wartości towaru naprawianego - w przypadku wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego. Dostarczenie urządzenia zastępczego uważane jest za usunięcie wady stwierdzonej w protokole odbioru końcowego w terminie,

3.3 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad w okresie gwarancji lub rękojmi -w wysokości 0,02% wartości towaru naprawianego. Dostarczenie urządzenia zastępczego uważane jest za wykonanie naprawy gwarancyjnej w terminie.”

(2) usunięcie §9 ust. 3.4 Projektu umowy - zał. nr 10 do SIWZ.

Wywodził, że istniejący obecnie zapis w przypadku opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy lub w usunięciu wad powoduje naliczanie kar umownych od całej wartości umowy. Tymczasem świadczenie jest podzielne, a poszczególne dostawy w dużej części od siebie niezależne. Istniejący sposób naliczania kar jest więc (a przynajmniej może być) nieadekwatny do stopnia zawinienia wykonawcy, narusza proporcję pomiędzy stopniem zawinienia a wysokością kary oraz zasadę równości stron umowy. Wywodził, że kara umowa to surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalana na poziomie

odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody. Naliczanie kary według modelu wynikającego z obecnych zapisów projektu umowy stoi w sprzeczności z powyższymi zasadami prawa cywilnego. Zwracał uwagę, że obecna konstrukcja § 9 pozwala Zamawiającemu żądać od Wykonawcy zapłaty kilku kar de facto za to samo zawinienie Wykonawcy. Podnosił, że kara umowna nie może prowadzić do niczym nieuzasadnionych korzyści dla Zamawiającego.

Domagał się usunięcia kary z tytułu przerwy w realizacji przedmiotu umowy, biorąc pod uwagę, że Wykonawca rozliczany jest z końcowego efektu wykonywanych prac.

Odnosnie postanowień §10 ust. 1.1, 1.2, 1.4 oraz 2 Projektu umowy - zał. nr 10 do SIWZ wnosił o dokonanie zmiany i nadanie im następującego brzmienia: „1. Zamawiający może rozwiązać umowę bez wypowiedzenia w przypadkach wskazanych w §7 ust. 5 ppkt. 5.1 i 5.2 oraz:

1.1. *gdy Wykonawca nie przystąpi do odbioru pomieszczeń, w których odbywać się będzie montaż urządzeń medycznych w terminie określonym w § 4 ust.2 umowy lub nie podejmie realizacji przedmiotu umowy w ciągu 21 dni od daty przekazania mu terenu prac,*

1.2. *gdy Wykonawca realizuje przedmiot umowy w sposób nienależyty i pomimo wystąpienia przez Zamawiającego z dodatkowym wezwaniem i wyznaczenia dodatkowego odpowiedniego terminu (nie krótszego niż 21 dni) na usunięcie naruszeń nie nastąpiła zasadnicza poprawa w tym względzie,*

1.3. *Wykonawca nie posiada lub utracił właściwości, które zgodnie z postanowieniami umowy i dokumentacji, o których mowa w §1 ust. 1, i które są konieczne dla realizacji przedmiotu umowy lub Wykonawca został postawiony w stan upadłości lub likwidacji,*

1.4. *gdy Wykonawca wyrządził poważną szkodę Zamawiającemu lub kolejny raz wyrządził istotną szkodę Zamawiającemu.*

2. *W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może rozwiązać umowę bez wypowiedzenia w terminie 21 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. Wykonawca ma prawo żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy."*

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 14 marca 2011 r., w której uwzględnił większość podniesionych przez Odwołującego zarzutów i zobowiązał się do modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego. W przypadku kilku zarzutów ich uwzględnieniu przez Zamawiającego towarzyszyło zobowiązanie do modyfikacji SIWZ, jednakże w sposób odbiegający od żądania Odwołującego przedstawionego w odwołaniu. Zamawiający nie uwzględnił kilkunastu zarzutów Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sposób zgodny z żądaniem Odwołującego uwzględnił zarzuty dotyczące postanowienia § 3 ust. 6, § 9 ust. 3. 4, § 10 ust. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 projektu umowy (załącznik nr 10 do SIWZ), postanowień punktów załącznika nr 2 do SIWZ:

3, 49, 4, 50, 5, 51, 9, 55, 12, 58, 13, 14, 59, 26, 27, 60, 68, 703, 707, 710, 711, 714 w zakresie żądania usunięcia zapisu o lokalizacji paneli przy czaszy oraz dopuszczenia innych lamp operacyjnych, z regulacją w zakresie szerszym niż 50.000 luksów do maksimum dla kopuły, 719, 720, 602, 635.

Izba uwzględniła zatem w ww. zakresie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uznając zarzuty za przyznane. W wykonaniu wyroku Izby Zamawiający winien zmodyfikować ww. postanowienia SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zamawiający uwzględnił również zarzuty dotyczące:

- 1) postanowień punktów 6, 7, 52, 53 załącznika nr 2 do SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania stołów operacyjnych, z przechyłem Trendelenburga / antyTrendelenburga w zakresie min: 50°;

- 2) postanowień punktów 10, 56 załącznika nr 2 do SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania stołów operacyjnych posiadających możliwość zapamiętania minimum 30 pozycji ustalanych wcześniej,
- 3) postanowienia punktu 25 załącznika nr 2 do SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania stołów operacyjnych z przesuwem wzdłużnym min. 350mm,
- 4) postanowienia rozdziału II pkt 7 zd. 2 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuszcza możliwość udziału Podwykonawców oraz innych podmiotów udostępniających potencjał przy realizacji zamówienia publicznego we wszystkich zakresach i częściach zamówienia. Wykonawca, który będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia z Podwykonawców lub innych podmiotów udostępniających potencjał w myśl art. 26 ust 2b ustawy PZP złoży w dowolnej formie pisemnej wraz z ofertą przetargową informację dla Zamawiającego w jakim zakresie przewidziany jest udział tych podmiotów przy realizacji zamówienia. Zamawiający informuje, że wykonawca nie ma obowiązku składania wraz z ofertą załącznika nr 9 załączonego do SIWZ. Wykonawca może skorzystać z załącznika nr 9 do SIWZ modyfikując jego treść w dowolny sposób.*
- 5) postanowienia rozdziału IX pkt 6 zd. 2 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *Wykonawca, który będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia z Podwykonawców lub z potencjału innych podmiotów wypełni i załączy do oferty Załącznik nr 9 do SIWZ - wykaz podmiotów lub może zawrzeć w treści oferty w innej formie informację, w jakim zakresie przewidziany jest udział innych podmiotów przy realizacji zamówienia,*
- 6) postanowienia rozdziału IV C pkt 2 zd. 8 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *Wykazując spełnienie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,*
- 7) postanowienia rozdziału IV C pkt 3 zd. 4 SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *Wykazując spełnienie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Wykonawca może polegać na potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia Innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu*

pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia,

- 8) postanowienia rozdziału XVI zd. 6, 7, 8, 9, 10, 11 poprzez nadanie im brzmienia:

Zdanie 6: bez zmian.

Zdanie 7: *W trakcie realizacji umowy przetargowej Zamawiający może odstąpić na wniosek Wykonawcy od wymagania, aby zamówienie realizowane było przez podmioty wskazane w ofercie przetargowej, jako podmioty udostępniające zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy.*

Zdanie 8: *W sytuacji tej Wykonawca zobowiązany jest podać Zamawiającemu powody zmiany ww. podmiotu oraz wskazać nowy podmiot, a także przekazać pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz przedłożyć dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w zakresie dotyczącym tych zasobów przez ww. podmiot.*

Zdanie 9: *Wniosek dotyczący zmiany takiego podmiotu musi zostać złożony w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego (sekretariat SP ZOZ ZSM) wraz z uzasadnieniem i pisemnym zobowiązaniem podmiotu przejmującego obowiązki i zadania dotychczasowego podmiotu.*

Zdanie 10: *Zamawiający w terminie do 5 dni rozpatrzy wniesiony przez Wykonawcę wniosek lub zwróci się o dodatkowe wyjaśnienia lub przedłożenie niezbędnych dokumentów w oparciu o warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu innych podmiotów, które zawarto w niniejszej SIWZ.*

Zdanie 11 – *skreślone.*

Sposób uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów dotyczących ww. postanowień nie był zgodny z żądaniem Odwołującego, ale w trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył iż akceptuje ww. propozycje. Izba uwzględniła zatem w ww. zakresie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W wykonaniu wyroku Izby Zamawiający winien zmodyfikować ww. postanowienia SIWZ zgodnie ze swoją propozycją.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnił zarzutów Odwołującego.

Izba zważyła, że przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (definicja pozytywna). Kolejny ustęp przywoływanego przepisu zawiera definicję negatywną stanowiącą, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w

sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. *Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).*

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż *w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie i uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do wymogu zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w transporter z najazdem bocznym (pkt 2, 30, 48, 71 załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący żądał dopuszczenia stołów operacyjnych wyposażonych tylko w transportery z najazdem przód/tył.

Izba ustaliła, iż stoły użytkowane będą w 4 salach operacyjnych i sali wyburzeniowej. Sale operacyjne mają kształt prostokąta w proporcji około 3:2, zajmują powierzchnie około 35 m², tj. prostokąt o wymiarach około 5x7 m. Dwie z tych sal posiadają drzwi na ścianie dłuższej, dwie pozostałe na ścianie krótszej. Sale wyburzeniowe znajdują się naprzeciwko dwóch sal o poziomym ułożeniu, przy czym część wjazdu na salę jest zabudowana ścianą w części centralnej, wjazd jest od strony boków poprzez drzwi przesuwne. Wskazywał na to rysunek rzutu parteru zespołu operacyjnego zawarty jako załącznik w SIWZ. Zamawiający oświadczył, iż rozwiązanie oferowane przez Odwołującego tj. z najazdem pod kątem 45 stopni mogłoby się sprawdzić w 2 salach, w których drzwi znajdują się na krótszej ścianie, natomiast komfort użytkowania byłby mniejszy w salach operacyjnych, w których drzwi znajdują się na dłuższej ścianie, jak również w sali wyburzeniowej. Oświadczył jednak, że stoły z rozwiązaniem oferowanym przez Odwołującego mogą być użytkowane we wszystkich salach, choć w niektórych z mniejszym komfortem.

Ta okoliczność w powiązaniu z faktem, że stoły z najazdem bocznym oferuje tylko jeden wykonawca, prowadzi do wniosku, iż pozostawienie kwestionowanego postanowienia SIWZ doprowadziłoby do sytuacji, w której uprzywilejowanie danego wykonawcy osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję, zaś wymóg Zamawiającego nie jest wymogiem niezbędnym z punktu widzenia jego potrzeb.

Zamawiający powinien zmodyfikować kwestionowane postanowienie SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania stołów operacyjnych wyposażonych tylko w transportery z najazdem przód/tył. Zamawiający może przewidzieć możliwość zaoferowania stołu operacyjnego wyposażonego w transporter z najazdem bocznym i punktować zaoferowanie takiego stołu jako parametr oceniany.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do wymogu zaoferowania lampy operacyjnej wykorzystującej technologię białych diod LED (punkt 702 załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący w odwołaniu żądał wykreślenia postanowienia definiującego kolor diod.

Izba w trakcie rozprawy, na podstawie oświadczenia Zamawiającego ustaliła, że istotnym dla niego było uzyskanie optymalnego odcienia bieli. Zamawiający wyjaśnił, że nie jest dla niego komfortowym pracą w świetle zbyt jaskrawo białym, oczekuje światła białego, zbliżonego do naturalnego. Ponadto niekorzystnym jest również zjawisko dyfrakcji, tzn. ugięcia światła (tzw. tęczy) powstającego na granicach oświetlanego obszaru, które występuje w trakcie stosowania lamp z diodami kolorowymi. Zamawiający oświadczył, że testował różne lampy i opisał poprzez rozwiązanie konstrukcyjne tę, którą mu najbardziej odpowiadała. Wyjaśnił, że testował również lampę oferowaną przez Odwołującego, jednakże nie odpowiadała ona jego potrzebom.

Izba stwierdziła, że w lampach oferowanych przez Odwołującego wykorzystywane są diody kolorowe. Przy ich zastosowaniu emitowane jest światło zimne-białe lub ciepłe-białe. Efekt ten jest uzyskiwany dzięki wykorzystaniu diod białych, występujących w ilości 75%, natomiast pozostałe występujące w lampach diody to diody zielone i niebieskie. Jednorodna biała barwa uzyskiwana jest poprzez mieszanie kolorów, które występuje na poziomie około kilkunastu cm od czaszy. Występowanie diod niebieskich i zielonych umożliwia dostosowanie koloru światła do indywidualnych potrzeb chirurga poprzez uzyskanie światła zbliżonego do żółtego czyli ciepłobiałego lub zimnobiałego. Ponadto, w lampie tej nie zachodzi efekt dyfrakcji, tzn. ugięcia światła albowiem mieszanie barw występuje na poziomie kilkunastu cm od czaszy. Nie zachodzi więc pomimo zastosowania diod kolorowych efekt tęczy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że lampy oferowane przez Odwołującego umożliwią zaspokojenie potrzeb Zamawiającego, zaś postanowienie SIWZ definiujące kolor diod jako wyłącznie biały jest zbyt daleko idące.

Zamawiający powinien zmodyfikować kwestionowane postanowienie SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia definiującego kolor diod. Zamawiający może doprecyzować postanowienia SIWZ poprzez wskazanie, iż wymaganym jest zaoferowanie lampy, której użycie nie powoduje efektu dyfrakcji, tzn. ugięcia światła, a także lampy emitującej światło zbliżone do naturalnego lub postanowienia równoważnego.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z kopułą główną o maksimum 95 źródłach LED i kopułą satelitarną o maksimum 65 źródłach LED, podzielonymi na min 5 sekcji, (punkt 702 załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący w odwołaniu żądał wykreślenia zapisu określającego ilość sekcji oraz ilość diod w czaszy.

Izba nie znalazła w potrzebach Zamawiającego uzasadnienia dla wymaganego przez niego rozwiązania konstrukcyjnego lampy polegającego na posiadaniu kopuły głównej o maksimum 95 źródłach LED i kopuły satelitarnej o maksimum 65 źródłach LED, podzielonych na min. 5 sekcji.

Izba ustaliła, że podział na sekcje rzeczywiście ma znaczenie z punktu widzenia wgłębności oświetlenia, jednakże istnieje pewna granica dzielenia na sekcje, powyżej której efekt ten nie następuje. Podział na 3 sekcje, tj. rozwiązanie, które występuje w lampie oferowanej przez Odwołującego jest wystarczający, przy założeniu że lampa ta posiada z kolei znacznie większą ilość diod, co w połączeniu z podziałem na 3 sekcje spełnia wymagania funkcjonalne dotyczące wgłębności oświetlenia.

Wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność dotyczącą wgłębności oświetlenia mogą spełnić lampy o innym, niż dopuszczone w SIWZ, rozwiązaniu konstrukcyjnym.

Zamawiający powinien zmodyfikować kwestionowane postanowienie SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia określającego ilość sekcji oraz ilość diod w czaszy.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do wymogu zaoferowania lampy operacyjnej z regulacją natężenia światła poprzez pilota bezprzewodowego (pozycja 714 załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący żądał usunięcia wymogu sterowania natężeniem światła poprzez pilot bezprzewodowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że rozwiązanie polegające na możliwości regulacji natężenia światła poprzez pilota bezprzewodowego jest alternatywą dla opcji regulacji natężenia światła przy pomocy panelu sterowania. Izba wzięła pod uwagę, że panel sterujący może być zamontowany w dowolnym miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Wobec powyższego możliwość regulacji natężenia światła poprzez pilota

bezprzewodowego nie jest elementem niezbędnym z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę, że systemy lamp operacyjnych z regulacją natężenia światła poprzez panel sterujący, a bez pilota oferuje znaczna większość producentów lamp. W tej sytuacji pozostawienie kwestionowanego postanowienia SIWZ doprowadziłoby do sytuacji, w której uprzywilejowanie konkretnego wykonawcy osiągnęłoby rozmiary ograniczające w znacznym stopniu konkurencję.

Zamawiający powinien zmodyfikować kwestionowane postanowienie SIWZ poprzez wykreślenie wymogu sterowania natężeniem światła poprzez pilot bezprzewodowy.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do wymogu zaoferowania lampy operacyjnej o głębokości oświetlenia L1+L2 dla kopuły głównej i satelitarnej równej min. 130cm (pozycja 716 załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący żądał usunięcia ww. zapisu.

Izba ustaliła, że głębokość oświetlenia jest to wysokość walca, który byłby wpisany w jednolity snop światła, pochodzący z lampy, który zapewnia możliwość manewru lampą górną bez zmiany średnicy emitowanej przez niej plamy świetlnej. Zamawiający oświadczył, że istnieją zabiegi, w czasie których należy oddalać w większym zakresie, ale nie sprecyzował jakie zabiegi kliniczne wymagałyby zastosowania głębokości na poziomie 130 cm, a także jak często takie zabiegi są wykonywane.

W tej sytuacji, w ocenie Izby, zakres głębokości oświetlenia na poziomie 116 cm, występujący w oferowanej przez niego lampie jest wystarczający, aby biorąc pod uwagę wymiary geometryczne stołu i otoczenia, zapewnić komfort pracy i swobodny zakres regulacji. Izba wzięła pod uwagę, że zakres głębokości oświetlenia na poziomie 130 cm może być przydatny w ograniczonym zakresie, gdyż w takim przypadku czasza musiałaby znajdować się zbyt blisko pacjenta lub podniesiona do góry.

Ponadto pozostawienie kwestionowanego postanowienia SIWZ doprowadziłoby do sytuacji, w której uprzywilejowanie konkretnego wykonawcy osiągnęłoby rozmiary przekreślające uczciwą konkurencję, gdyż jest to cecha charakterystyczna wyłącznie dla lampy MediLED.

Zamawiający powinien zmodyfikować kwestionowane postanowienie SIWZ poprzez wykreślenie ww. postanowienia.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do:

- a) wymogu zaoferowania kolumny anesteziologicznej sufitowej, przegubowej, o zasięgu pierwszej części 800mm \pm 5% i drugiej 800mm \pm 5% licząc w osiach ramion (pozycja 566 załącznika nr 2 do SIWZ),
- b) wymogu zaoferowania kolumny chirurgicznej sufitowej, przegubowej, o zasięgu pierwszej części 600mm \pm 5% i drugiej 800mm \pm 5% licząc w osiach ramion (pozycja 635, 669 załącznika nr 2 do SIWZ),

Odwołujący żądał: dopuszczenia kolumn anesteziologicznych o większym zasięgu pracy tj. długościach ramion mieszczących się w zakresie (800 -1000mm).

Zamawiający wyjaśnił, że określając ww. parametry kierował się chęcią właściwego ustawienia zespołu operacyjnego i bezkolizyjnej pracy ramion kolumn anesteziologicznych w stosunku do ramion lamp operacyjnych. Wywodził, że dopuszczenie kolumn anesteziologicznych o większym zasięgu spowoduje ciągle krzyżowanie ramion kolumn i lamp, a co za tym idzie całkowite zakłócenie pracy zespołu operacyjnego. Izba uznała, że jest to uzasadniona i obiektywna potrzeba Zamawiającego. Stwierdziła równocześnie, że różnica długości ramion na poziomie 2,5 cm (pomiędzy długością 860 mm w kolumnach oferowanych przez Odwołującego wobec 840 mm dopuszczonych przez Zamawiającego, przy uwzględnieniu tolerancji \pm 5% liczonej od 800 mm), jest na tyle znikoma, że nie powinna eliminować oferty Odwołującego. Izba wzięła przy tym pod uwagę okoliczność, że ramiona są łamane i wówczas nie będą w kolidować.

Izba nakazuje modyfikację postanowień SIWZ poprzez umożliwienie zaoferowania kolumny anesteziologicznej o zasięgu 865 mm i kolumny chirurgicznej sufitowej o zasięgu drugiej części 865 mm.

Izba uznała za uzasadniony zarzut zbytniego wygórowania zastrzeżonych kar umownych.

Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp: jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.

Jednakże, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, którego ustawa Pzp jest częścią, nie można prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie

działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Opisany przez Zamawiającego mechanizm naliczania kar umownych przewidywał naliczanie kar umownych od wartości całej umowy. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że kara umowa to surogat odszkodowania i zasadniczo powinna być ustalana na poziomie odzwierciedlającym wysokość ewentualnej szkody. Tymczasem zastosowany przez Zamawiającego mechanizm naliczania kar umownych od całej wartości umowy mógłby znaleźć zastosowanie także w przypadku zwłoki w dostawie urządzeń o małej wartości, które również wchodzi w skład przedmiotu zamówienia. Takie ukształtowanie stosunku prawnego w ocenie Izby stanowi nadużycie przyznanego Zamawiającemu prawa podmiotowego.

Za uzasadnione należy uznać żądanie Odwołującego, aby kary umowne za zwłokę w dostawie poszczególnych urządzeń obliczane były w stosunku procentowym nie do wartości całego zamówienia, lecz w stosunku do tego elementu zamówienia, z dostawą którego wykonawca popadł w zwłokę. Może być to osiągnięte poprzez odwołanie do wartości zaoferowanych urządzeń z dostawą których wykonawca pozostaje w zwłoce. Możliwym jest również odniesienie kar umownych do wartości wyposażenia danej sali, w dostawie którego wykonawca popadł w zwłokę. Szczegóły co do sposobu modyfikacji projektu umowy pozostawiono Zamawiającemu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....