

WYROK
z dnia 11 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 roku przez wykonawcę SIEMENS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupniczej 11, 03-821 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wojewódzki w Bielsku – Białej z siedzibą przy Al. Armii Krajowej 101, 43-316 Bielsko - Biała.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SIEMENS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupniczej 11, 03-821 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SIEMENS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupniczej 11, 03-821 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od SIEMENS Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupniczej 11, 03-821 Warszawa na rzecz Zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku – Białej z siedzibą przy Al. Armii Krajowej 101, 43-316 Bielsko – Biała kwotę **3 967 zł 48 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt siedem złotych czterdzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Bielsku - Białej.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Szpital Wojewódzki w Bielsku – Białej z siedzibą przy Al. Armii Krajowej 101, 43-316 Bielsko - Biała prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *Wykonanie modernizacji pracowni angiografii Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku - Białej, w tym dostawa nowego angiografu wraz z wykonaniem niezbędnych prac adaptacyjnych* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 16 maja 2012 roku pod numerem 2012/S 93 – 153722.

25 maja 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu, naruszenie art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz innych wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania a polegających w szczególności na: sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; na opisie przedmiotu zamówienia poprzez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty; na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretne rozwiązania, a nie funkcjonalność, która to prowadzi do osiągnięcia tego samego efektu; na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania umożliwiając tym samym złożenie Odwołującemu ważnej oferty.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podniósł, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nieutrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia i tym samym uniemożliwił Odwołującemu złożenie ważnej oferty na konkurencyjny sprzęt firmy Siemens. Postępowanie Zamawiającego w sposób nieuzasadniony ogranicza uczciwą konkurencję poprzez preferowanie konkretnych

rozwiązań technicznych a nie funkcjonalnych, co nie ma żadnego uzasadnienia w świetle celu, jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Preferujące konkretnego, jednego wykonawcę parametry nie mają bowiem funkcjonalnego i klinicznego uzasadnienia, a dopuszczenie innych rozwiązań pozostałoby bez wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowo - diagnostyczne oferowanego sprzętu, zwiększając tym samym konkurencyjność postępowania. Pomimo, że Odwołujący jest dostawcą innowacyjnych i nowoczesnych technologii w zakresie m. in. urządzenia będącego przedmiotem postępowania, to aktualne SIWZ powodują, iż nie może złożyć Zamawiającemu ważnej oferty. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność urządzeń produkcji Siemens, ale naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ.

szczegółowe zarzuty wraz z żądaniami modyfikacji zapisów SIWZ dotyczące załącznika nr 1 do SIWZ pt. „Przedmiot zamówienia”:

1. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt II.6 i II.9:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej angiografu w punkcie II.9 wymaga zaoferowania stołu o długości blatu min 300 cm. Tak sformułowany wymóg - w połączeniu z wymogiem, aby max ciężar pacjenta wynosił min 200 kg (pkt. II.6) - uniemożliwia nam złożenie ważnej oferty.

Wyjaśnia Odwołujący, że angiograf, który posiada w swojej ofercie, może zostać wyposażony: - w stół z płytą o długości 281,5 cm z łączną obciążalnością do 390 kg (max waga pacjenta 250 kg, dodatkowe obciążenie przy akcji reanimacyjnej 100 kg (wartość wymagana w pkt. II.7), dodatkowe obciążenie akcesoriami mocowanymi do stołu 40 kg) lub alternatywnie: - w stół z płytą o długości 316 cm z łączną obciążalnością do 300 kg (max waga pacjenta 160 kg, dodatkowe obciążenie przy akcji reanimacyjnej 100 kg (wartość wymagana w pkt. II.7), dodatkowe obciążenie akcesoriami mocowanymi do stołu max 40 kg). Wnioskuje o zmianę wymogu w punkcie II.9 na min. 281,5 cm. Różnica wynosi zaledwie 6%, i w praktyce nie ma żadnego znaczenia klinicznego ani użytkowego.

2. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt VIII.4:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej angiografu w punkcie VIII.4 Zamawiający wymaga zaoferowania stacji postprocessingowych o pojemności dysku twardego minimum 500 GB. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Wyjaśnia Odwołujący, że pojemność dysku twardego w stacjach, które zamierza zaoferować, wynosi 294 GB. Pojemność dysku twardego na stacji postprocessingowej nie wpływa na walory kliniczne ani użytkowe zaoferowanego rozwiązania. Z wymagań SIWZ wynika bowiem, iż zarówno angiograf jak i stacje postprocessingowe będą połączone z systemem archiwizacji PACS, tak więc archiwizacja obrazów będzie odbywała się centralnie a nie na dysku twardym lokalnej stacji postprocessingowej. W związku z powyższym wnioskuję o usunięcie wymogów opisanych w punkcie VIII.4 załącznika nr 1 do SIWZ lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania stacji postprocessingowych, każda o pojemności dysku twardego minimum 294 GB.

3. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt VIII:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej angiografu w punkcie VIII Zamawiający wymaga zaoferowania 2 sztuk (dwóch) stacji postprocessingowych, jednej umieszczonej w sterowni i drugiej umieszczonej poza pracownią angiografii, o tej samej funkcjonalności. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Wyjaśnia Odwołujący, że funkcjonalność stacji umieszczonej poza pracownią angiografii nie może być taka sama jak funkcjonalność stacji umieszczonej w sterowni i w specjalny/specyficzny sposób zintegrowanej z angiografem. Specyfika integracji stacji umieszczonej w sterowni z angiografem polega m.in. na skalibrowaniu stacji do indywidualnych parametrów detektora obrazu w angiografii, ultraszybkim transferze danych z angiografii rotacyjnej z angiografu do stacji, umiejętności rekonstrukcji 3D z danych 2D z angiografii rotacyjnej oraz na wzajemnej interakcji pomiędzy stacją a angiografem polegającej m.in. na dostępności do funkcjonalności roadmap czy też na ustawianiu statywu angiografu w pozycji odpowiadającej obróconemu (na monitorze stacji) obiektowi 3D. Część tych funkcjonalności nie może być dostępna poza pracownią angiograficzną również z uwagi na bezpieczeństwo pacjenta. Trudno sobie np. wyobrazić, aby nie widząc pacjenta decydować o obrocie statywu wokół pacjenta czy też wyzwać prześwietlenie z funkcjonalnością roadmap. Rozumie Odwołujący, że Zamawiający chciałby posiadać poza pracownią angiograficzną stację postprocessingową z możliwością postprocessingu danych 3D i 2D. Odwołujący wnosimy o dopuszczenie do zaoferowania stacji umieszczonej poza pracownią z możliwą do realizacji poza pracownią funkcjonalnością obejmującą parametry techniczne i funkcjonalne opisane w punktach VIII/2-3, 4 (z ograniczeniem do 294 GB), 5 - 11,13 - 18, 20-21, 23 (z pulpitem umieszczonym przy stacji).

4. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt VIII.12:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej angiografu w punkcie VIII.12 Zamawiający wymaga podania czasu rekonstrukcji wtórnej obiektu 3D z minimum 500 obrazów 2D. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Wyjaśnia, iż w angiografii, który zamierza zaoferować, stosowny protokół do obrazowania tkanki miękkiej w obszarze głowy przewiduje akwizycję 496 obrazów w matrycy 1024x1024. Różnica 4 obrazów nie ma żadnego znaczenia klinicznego. Wnioskuje o zmianę wymagania na: „Czas rekonstrukcji wtórnej obiektu 3D w matrycy 512x512x512 z min 496 obrazów 2D w matrycy 1024x1024 uzyskanych w angiografii rotacyjnej protokołem do obrazowania tkanki miękkiej w obszarze głowy [s]”

5. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt X.8:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej angiografu w punkcie X.8 Zamawiający wymaga zaoferowania zestawu fantomów do kalibracji i testowania aparatu, nie podając przy tym żadnych szczegółów dot. rodzaju i ilości fantomów, ani też nie precyzując jakie parametry aparatu winny być testowane. Tak niejednoznacznie sformułowany wymóg wpływa na sporządzenie oferty. Dodatkowo przy przyjętym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „oferowana cena brutto 100%” istotne jest jednoznaczne określenie przedmiotu dostawy tak, aby oferty wykonawców obejmowały ten sam zakres dostaw. Dodatkowo nieprecyzyjne określenie przedmiotu dostawy może przy odbiorze przedmiotu zamówienia stać się przyczyną sporu między Zamawiającym a Wykonawcą, który będzie realizował dostawę. Wnoskujemy o usunięcie w/w wymagania lub jego doprecyzowania np. na „min. fantom do przeprowadzania podstawowych testów fizycznych parametrów aparatu we fluoroskopii, zgodnie z polską normą PN-EN 61223-3-1”.

6. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI.3:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.3 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu o dynamice typu B-mode minimum 30-150 dB. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ultrasonograf, który oferuje Odwołujący posiada dynamikę typu B-mode w zakresie 30-70 dB. W związku z powyższym wnoskujemy o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG o dynamice typu B-mode minimum 30-70 dB.

7. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI.11:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.11 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu z pamięcią Cine-Loop minimum 3000 klatek. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ultrasonograf, który oferuje Odwołujący posiada Cine-Loop z pamięcią 2729 klatek. Różnica ta nie wpływa na walory kliniczne ani użytkowe ultrasonografu. W związku z powyższym wnioskujemy o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG z pamięcią Cine-Loop minimum 2729 klatek.

8. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI,12:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.12 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu, który umożliwi zapis pętli filmowych oraz zdjęć w formatach avi, JPG, Raw data z możliwością późniejszej obróbki. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ultrasonograf, który oferuje Odwołujący nie posiada funkcjonalności zapisu zdjęć w formacie Raw data z możliwością późniejszej obróbki. Funkcja późniejszej obróbki zdjęć zapisanych w formacie Row data nie jest w praktyce wykorzystywana przez ultrasonografistów. W związku z powyższym wnioskujemy o usunięcie z w/w wymogu konieczności zaoferowania funkcjonalności zapisu zdjęć w formacie Raw data z możliwością późniejszej obróbki.

9. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI.15:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.15 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu posiadającego 8 ognisk regulowanych elektronicznie. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ultrasonograf, który oferuje Odwołujący posiada regulowane 4 strefy ogniskowania. W związku z powyższym wnioskujemy o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG z 4 regulowanymi strefami ogniskowania

10. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI.19

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.19 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu posiadającego min 250 map szarości. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ultrasonograf, który oferuje Odwołujący i znane mu ultrasonografy innych producentów posiadają ponad 250-stopniową skalę szarości, a nie wymaganą przez Zamawiającego ilość map szarości. W

związku z powyższym wnioskujemy o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG posiadającego minimum 250-stopniową skalę szarości, ogniskowania.

11. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI.22:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.22 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu z głowicą liniową do badań naczyniowych o częstotliwości pracy w zakresie min 4.0 - 12.0 MHz. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ultrasonografy, który oferuje Odwołujący może być wyposażony w głowicę liniową do badań naczyniowych o częstotliwości pracy w zakresie 4.4 - 13.0 MHz. Ta niewielka różnica w zakresie częstotliwości pracy głowicy liniowej nie ma żadnego znaczenia klinicznego. W związku z powyższym wnioskujemy o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG posiadającego głowicę liniową do badań naczyniowych o częstotliwości pracy w zakresie 4.4-13.0 MHz.

12. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XI.23:

W załączniku nr 1 do SIWZ w części dotyczącej USG w punkcie XI.23 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatu z głowicą convexową do badań jamy brzusznej o częstotliwości pracy w zakresie min 4.0 -12.0 MHz. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Ze względu na charakter badania w praktyce nie wykonuje się badań jamy brzusznej głowicami convexowymi o wysokiej częstotliwości pracy. Ultrasonografy, który oferuje Odwołujący może być wyposażony w głowicę convexową do badań jamy brzusznej o częstotliwości pracy w zakresie 1,8 - 6.0 MHz. W związku z powyższym wnioskujemy o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG posiadającego głowicę convexową do badań jamy brzusznej o częstotliwości pracy w zakresie 1,8-6.0 MHz.

13. Dotyczy: załącznik nr 1, pkt XIII.2:

W załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie XIII.2 Zamawiający wymaga Zamawiający wymaga udostępnienia mu kluczy serwisowych. Tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Wnioskujemy o wykreślenie tego wymagania. Oprogramowanie serwisowe służy do kontroli i ustawiania parametrów urządzenia (w tym związanych z bezpieczeństwem pacjentów i osób trzecich dawek

promieniowania RTG, warunków pracy źródła promieniowania, jakości obrazów diagnostycznych i ruchów urządzenia) jest, zatem przeznaczone dla autoryzowanego serwisu lub serwisu wskazanego przez producenta i jest własnością producenta urządzenia. Ze względu na możliwość zmiany tych parametrów dostęp do nich jest chroniony tzw. kluczem serwisowym (Service key). Kody dostępu umożliwiające wykonywanie czynności serwisowych są przedmiotem praw własności intelektualnej - praw innych niż prawo własności posiadanych przez użytkowników aparatów. Ponadto zgodnie z przepisem art. 90 ust. 4 ustawy z dnia 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (Dz. U z 17 czerwca 2010 roku Nr 107, poz. 679) wytwórca, importer i dystrybutor wprowadzający do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub sprowadzający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu używania na tym terytorium wyrób, który dla prawidłowego i bezpiecznego działania wymaga fachowej instalacji, okresowej konserwacji, okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa - które zgodnie z instrukcją używania wyrobu nie mogą być wykonane przez użytkownika - załącza do wyrobu medycznego wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności. Przedmiot zamówienia - aparat RTG do angiografii cyfrowej należy do wyrobów, które ze względu na zastosowanie w nich wysoce specjalistycznej technologii wymagają fachowej instalacji i serwisowania. Intencją ustawodawcy, zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, str. 9, było usunięcie widocznych luk w zakresie regulacji ogólnych warunków używania i utrzymywania wyrobów. Przyjęte rozwiązanie ma na celu zwiększenie gwarancji bezpieczeństwa pacjentów diagnozowanych/leczonych z wykorzystaniem sprzętu, którego parametry funkcjonalne i jakościowe mają zapewnić niezakłócony przebieg leczenia. Cytowany wyżej przepis art. 90 ust. 4 ustawy niewątpliwie ma na celu poprawę bezpieczeństwa pacjentów poprzez objęcie wskazanych tam wyrobów medycznych obowiązkowym profesjonalnym serwisem. Podmiot świadczący takie usługi serwisowe będzie posiadał, zgodnie z ust. 5 art. 90 ustawy o wyrobach medycznych określone przez wytwórcę instrukcje serwisowe oraz odpowiednie procedury i instrukcje wykonywania czynności serwisowych, personel posiadający odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie zawodowe. Zauważyć należy, że podmiot świadczący taki serwis niewątpliwie posiadać też będzie odpowiednie kody serwisowe do danego wyrobu medycznego, w związku, z czym odpadnie potrzeba żądania przez Państwa takich kodów od Wykonawcy. Wymaganie postawione w SIWZ obowiązkowego zapewnienia właścicielowi wyrobu medycznego nieupoważnionego przez wytwórcę wyrobu medycznego do wykonywania czynności, o których mowa w art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach Pnich,

niweczy wyraźną intencję ustawodawcy by wskazane w art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych czynności mogły być wykonywane wyłącznie przez upoważnione podmioty dysponujące odpowiednim zapleczem technicznym, posiadające odpowiednie instrukcje serwisowe oraz zatrudniające osoby o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, co miało docelowo wzmocnić niewystarczającą dotychczas (zgodnie z raportem NIK ze stycznia 2010 roku: Informacja o wynikach kontroli wykorzystania specjalistycznej aparatury medycznej w procesie realizacji usług medycznych, finansowanych ze środków publicznych w latach 2006-2008 (I Półrocze)) gwarancję bezpieczeństwa pacjentów. Na marginesie tylko wspominamy, iż zgodnie w w/w raporcie zasygnalizował, iż pacjenci badani przy pomocy specjalistycznych urządzeń medycznych nie mają gwarancji bezpieczeństwa podczas wykonywania zabiegu. Nie mogą też być pewni otrzymanego wyniku. NIK stwierdziła, że większość publicznych zakładów opieki zdrowotnej oszczędza na przeglądach i konserwacji specjalistycznego sprzętu oraz zaniedbuje stosowanie obowiązkowych procedur ochronnych (raport opublikowany na stronach www.nik.gov.pl).

Pismem z 4 czerwca 2012 roku Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej w dniu 5 czerwca 2012 roku *Odpowiedź zamawiającego na odwołanie*. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania opisane szczegółowo w punktach 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12 uzasadnienia odwołania. W zakresie pozostałych zarzutów wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 maja 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze - zakreślając granice rozpoznania zarzutów odwołania, uwzględniając fakt, że Zamawiający pismem z 4 czerwca 2012 roku stanowiącym *Odpowiedź zamawiającego na odwołanie* uwzględnił zarzuty odwołania określone szczegółowo w punktach 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12 oraz oświadczenie pełnomocnika Odwołującego, iż uwzględnienie zarzutów odwołania w powyżej wymienionym zakresie jest zgodne z wolą Odwołującego i w tym zakresie odwołanie zostało uwzględnione w całości żądań zawartych w odwołaniu Izba zważyła, co następuje:

Izba podziela w pełni stanowisko wyrażone w orzeczeniu KIO sygn. akt 510/12: *Przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie uwzględnieniu części zarzutów odwołania przez zamawiającego. Nie odnoszą się jednak odrębnie do takiej sytuacji faktycznej i prawnej. Nie określają także w szczególny sposób konsekwencji procesowych decyzji zamawiającego o uwzględnieniu niektórych zarzutów odwołania (uwzględnienie odwołania w części). Ustawodawca natomiast w sposób szczegółowy wskazał na skutek procesowy (umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę), gdy zamawiający w całości uwzględni zarzuty odwołania (art. 186 ust. 2 – 4 Pzp). Zgodnie z powołanymi przepisami zamawiający może uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co powinno skutkować – jeśli nie zostanie wniesiony sprzeciw – umorzeniem postępowania przez Izbę. Nie jest znana ustawie instytucja częściowego umorzenia postępowania. W praktyce jednak – podobnie jak w niniejszej sprawie – zamawiający uwzględniają jedynie część zarzutów odwołania. Konsekwencje tej czynności są różnie przez poszczególne składy orzekające Izby oceniane (vide: wyrok KIO z 21 października 2010 r., sygn. akt KIO/ UZP 2215/10, wyrok KIO z 6 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1313/11, wyrok KIO z 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO*

707/11, wyrok KIO z 24 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 340/12, wyrok KIO z 28 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2222/11 i KIO 2223/11, wyrok KIO z 28 października 2011 r., sygn. akt KIO 2205/11).

Skład orzekający Izby wyraża pogląd, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp jest postępowaniem kontradiktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym, z udziałem uczestników postępowania (przystępujących po stronie zamawiającego lub odwołującego). W sytuacji, gdy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba – jak już wyżej wskazano - nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, jednak orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu stanowiłoby naruszenie ratio legis ustawy. Izba podkreśla, iż w sytuacji, gdy zamawiający do zamknięcia rozprawy uwzględnia choćby częściowo zarzuty odwołania, wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby są tylko te zarzuty, co do których między stronami istnieje spór. Inna interpretacja ustawy, w szczególności uwzględniając brzmienie art. 191 ust. 2 Pzp, nie daje się pogodzić z celem postępowania odwoławczego, którym jest rozstrzygnięcie pomiędzy stronami sporu, co do prawidłowości czynności (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Zatem w sytuacji, gdy na moment zamknięcia rozprawy, spór między stronami nie istnieje, zarzuty w tym zakresie w odwołaniu podnoszone należy pozostawić bez rozpoznania. Konsekwencją przyjętego stanowiska jest przyjęcie, iż rozpoznaniu przez Izbę podlegają pozostałe (nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując odzwierciedlenie zarówno w sentencji orzeczenia, jak i adekwatnie, w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba nie ma podstaw do rozpoznania zarzutów odwołania określonych szczegółowo w punktach 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12, ponieważ pomiędzy Stronami nie istnieje już w tym zakresie spór. Zamawiający zobowiązany jest postąpić zgodnie z oświadczeniem jakie złożył w zakresie uwzględnienia części zarzutów odwołania.

Po drugie - zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ

lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, podlegających rozpoznaniu, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W zakresie zarzutu opisanego szczegółowo w pkt 5 odwołania:

W załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie X.8 Zamawiający określił następujące wymaganie:
zestaw fantomów do kalibracji i testowania aparatu.

Odwołujący wnioskując o wykreślenie powyższej regulacji lub jej zmianę przez dookreślenie odnoszące się *do przeprowadzania podstawowych testów fizycznych parametrów aparatu we fluoroskopii, zgodnie z polską normą PN-EN 61223-3-1* nie wykazał jednocześnie, że Zamawiający ma możliwość dookreślenia w sposób precyzyjny ilości fantomów niezbędnych do testowania aparatu. Proponując zmianę regulacji Odwołujący chce zawęzić ilość testów jakie będą wykonywane. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że na tym etapie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie potrafi stwierdzić o jakiej specyfice angiograf zostanie zaoferowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie jest możliwe z uwagi na różnorodność aparatów inne określenie tego wymagania. Nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Odwołującego w zakresie tego zarzutu dotycząca braku precyzyjnego określenia wymagania, bowiem jak słusznie odniósł się do tego Zamawiający nie jest on w stanie na tym etapie w inny sposób określić tego wymagania z uwagi na to, że szczegółowa specyfika planowanych do zaoferowania aparatów przy zbyt szczegółowo opisany parametrze (wymaganiu ilości fantomów) mogłoby prowadzić do ograniczenia dostępu w uzyskaniu tego zamówienia przez różnych wykonawców z uwagi na to, że np.: część wymaganych testów dokonywanych jest na elementach będących częścią angiografu. W związku z powyższym, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

W zakresie zarzutu opisanego szczegółowo w pkt 6 odwołania:

W załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie XI.3 Zamawiający określił następujące wymaganie:
Dynamika typu B-mode minimum 30-150 dB.

Odwołujący wnioskował o zmianę parametru argumentując to tym, że aparat który chce zaoferować posiada dynamikę typu B-mode w zakresie 30-70 dB. Odwołujący nie wykazał, nie uprawdopodobnił nawet braku możliwości zaoferowania urządzenia o rozdzielczości *typu B-mode minimum 30-150 dB.* jednocześnie wyjaśniając iż możliwa z punktu technicznego jest wymagana przez Zamawiającego rozdzielczość typu B-mode. Zamawiający wskazał,

że Odwołanie się jedynie do tego, że aparat taki nie będzie wykorzystywany w wymaganym zakresie przez Zamawiającego jest niewystarczające. W związku z powyższym, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

W zakresie zarzutu opisanego szczegółowo w pkt 9 odwołania:

W załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie XI.15 Zamawiający określił następujące wymaganie:

Ogniska regulowane elektronicznie – 8 ognisk.

Odwołujący odniósł się do tego, że nie może zaoferować urządzenia o ukształtowanym przez Zamawiającego parametrze. Argumentując Odwołujący wyjaśniał, że nieznane mu są urządzenia posiadające 8 ognisk regulowanych elektronicznie, natomiast istnieją urządzenia posiadające 8 stref ogniskowania – nie stanowiło to jednak podstawy odwołania, która ograniczała się jedynie do wskazania, że aparat który może zaoferować Odwołujący posiada regulowane 4 strefy ogniskowania i Odwołujący zawniósł o usunięcie w/w wymogu lub alternatywnie o dopuszczenie do zaoferowania USG z 4 regulowanymi strefami ogniskowania. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, nie dowiódł, że zaoferowanie aparatu z wymaganym przez Zamawiającego parametrem jest niemożliwe. Odwołujący nie podważył również argumentacji Zamawiającego, iż ukształtowany wymóg ma wpływ na jakość obrazowania na całej głębokości penetracji aparatu USG. W związku z powyższym, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

W zakresie zarzutu opisanego szczegółowo w pkt 13 odwołania:

W załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie XIII.2 Zamawiający określił następujące wymaganie:

Udostępnienie Zamawiającemu kluczy serwisowych.

Odwołujący zawniósł o wykreślenie tej regulacji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wymaganie to ogranicza konkurencje w związku ze złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę angiografu. W zakresie odniesienia się Odwołującego do art. 90 ust. 4 i następne ustawy z 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych, należy podnieść, co wskazał również Zamawiający, iż przepisy te są adresowane do podmiotów dokonujących wprowadzenia wyrobów medycznych do obrotu. Wskazać należy również, że ustawa nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę. Tym samym nie istnieje ograniczenie możliwości w określeniu takiego wymagania przez Zamawiającego.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne z faktu, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust.1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy nie wykazał naruszeń w postępowaniu Zamawiającego opierając swoją argumentację na tym, że nie jest w stanie złożyć oferty przy tak ukształtowanych wymaganiach przez Zamawiającego. Jednoznacznie w orzecznictwie i doktrynie uznaje się prawo Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób aby Zamawiający mógł uzyskać przedmiot zgodny z rzeczowo uzasadnionymi potrzebami, co nie było kwestionowane przez Odwołującego. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga

22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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:

