

Sygn. akt: KIO 249/12

**WYROK**  
z dnia 16 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2012 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, 85 – 796 Bydgoszcz, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o., 02 – 222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację przyjętej punktacji parametrów w zakresie objętym odwołaniem, dotyczącym tomografu rezonansu magnetycznego, poprzez zastosowanie jednolitej punktacji maksymalnej o wartości (2) dwóch punktów. Nadto nakazuje zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach siwz wraz z załącznikami.
2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, 85 – 796 Bydgoszcz, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2,**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GE Medical**

**Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9**, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2** zasądza od **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, 85 – 796 Bydgoszcz, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2** na rzecz **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., 02 – 583 Warszawa, ul. Wołoska 9** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Centrum Onkologii im. prof. F. Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatury diagnostycznej dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej i Radiologii Interwencyjnej.

Odwołanie zostało wniesione od opisu przedmiotu zamówienia zawartego w postanowieniach SIWZ, przez wykonawcę GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.

ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa

Odwołujący twierdzi, iż postępowanie jest prowadzone wbrew zasadzie równego traktowania i uczciwej konkurencji, naruszonej na skutek zamieszczenia w SIWZ postanowień uniemożliwiających złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty jakiegokolwiek innemu producentowi aparatury diagnostycznej niż Siemens, który to efekt Zamawiający osiągnął stosując podwójne zabezpieczenie określonego z góry wyniku, tj. poprzez parametry graniczne wykluczające urządzenia inne niż wskazane w odwołaniu oraz poprzez taki dobór parametrów ocenianych, które aby skutecznie rywalizować o zamówienie powodują konieczność zaproponowania ceny o blisko 50% niższej niż Siemens, co w warunkach rynkowych, jest nieosiągalne.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie zarzucił Zamawiającemu, że:

- 1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na cenę, poprzez dobór parametrów technicznych charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, a tym samym uniemożliwił złożenie oferty Odwołującemu;
- 2) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty Odwołującemu, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów preferujących wyroby firmy Siemens;
- 3) dokonał opisu sposobu oceny ofert w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, nie zapewniający wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez preferowanie i promowanie konkretnych rozwiązań technicznych charakterystycznych dla urządzeń firmy Siemens, przyjmując zarazem nieobiektywne i dyskryminujące „ZASADY PUNKTACJI”;
- 4) dokonał opisu przedmiotu zamówienia z wyłączeniem możliwości składania ofert częściowych pomimo podzielności przedmiotu zamówienia i wbrew obowiązkowi prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję.

wskutek czego w Postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust.1 i 3, art. 29 ust. 1 - 3, art. 83 ust.2, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania,

Alternatywnie (z ostrożności), w razie gdyby usunięcie skutków naruszenia ustawy Pzp wymagało zbyt daleko idącej zmiany założeń przetargu, powodujących nieaktualność podstawowych postanowień ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Na wstępie odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który gwarantuje wykonawcom zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Podstawowym celem zasady równego traktowania jest zapewnienie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach, a także zamierzających w nim wziąć udział, równych szans w dostępie do rynku zamówień publicznych oraz podobnie jak w przypadku zasady zachowania uczciwej konkurencji sprzyjanie celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków przez zamawiających. Natomiast Zamawiający poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy zaprzecza całej istocie procedury udzielenia zamówienia publicznego, którą stanowi wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku, jak również skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Ponadto wskazał, że wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy 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.

Jednocześnie Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 13 lutego 2012 roku złożonym na rozprawie uzupełniając stanowisko zawarte w odwołaniu, mając na uwadze dokonaną w dniu 10 lutego 2012 r. zmianę SIWZ, cofną zarzut dotyczący zawartych w preambule do każdego załącznika nr 4 „ZASAD PUNKTACJI”, które Zamawiający wykreślił, podtrzymując wszystkie pozostałe zarzuty i wnioski, w tym odnoszące się do opisu sposobu oceny ofert w każdym załączniku nr 4 do SIWZ.

Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonywanie punktacji proporcjonalnej spełnianych parametrów w taki sposób, że oferta o wartości granicznej ocenianego parametru uzyskuje 0 pkt, oferta o najwyższej wartości uzyskuje maksymalną

punktację. Pozostałe oferty uzyskują punktację proporcjonalną. W przypadku gdy oceniany parametr jest identyczny we wszystkich ofertach winno być przyznane 0 pkt.

Ponadto Odwołujący podniósł zarzut niedopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, pomimo tego, że przedmiot zamówienia jest podzielny, co skutkuje naruszeniem zasady poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję (art. 83 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Wskazał, że za podziałem zamówienia na części przemawia przede wszystkim fakt, że zakres rodzajowy urządzeń wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia jest wyjątkowo różnorodny, zaś aparatura ta nie stanowi nierozłącznej całości użytkowej. Odnosząc się do całości zarzutów odwołania wskazał, że z jednej strony mamy zatem do czynienia z ograniczeniem konkurencji poprzez faworyzowanie rozwiązań technicznych właściwych dla konkretnych urządzeń i/lub producentów, z drugiej zaś strony niemożność składania ofert częściowych eliminuje z Postępowania wykonawców dysponujących konkurencyjnymi rozwiązaniami w zakresie pozostałych urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, czy też specjalizujących się w określonym segmencie rynku.

Zarzucił iż Zamawiający tak skonstruował opis przedmiotu zamówienia i zakres tego zamówienia, że brak możliwości składania ofert częściowych skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu. Dlatego też wniósł o nakazanie Zamawiającemu podział zamówienia na pięć części i dopuszczenie do składania ofert częściowych.

Zamawiający nie wniósł na piśmie odpowiedzi na odwołanie, co Izba ocenia negatywnie gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia w całym jego zakresie zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 prowadzone jest w formie pisemnej. Złożenie odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej wpływa na ekonomikę postępowania, gdyż umożliwia Odwołującemu zapoznanie się z stanowiskiem i argumentacją Zamawiającego odnośnie zarzutów odwołania ,a tym samym umożliwia między innymi podjęcie decyzji co do ewentualnego cofnięcia całości bądź części podniesionych zarzutów.

W swoim stanowisku Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości podnosząc między innymi, że dokonany opis przedmiotu zamówienia nie miał na celu dyskryminacji jakiegokolwiek wykonawcy, którym nie musi być jak twierdzi Odwołujący, tylko producent oferowanych urządzeń, lecz każdy wykonawca, w tym także dostawcy np. firma Cezal. Stwierdził, że należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający zamierza w sposób kompletny wyposażać Centrum Onkologii - Zakład Diagnostyki Obrazowej i Radiologii Interwencyjnej w nowoczesny sprzęt cyfrowy, aby przy użyciu najnowocześniejszego sprzętu, dostępnego na rynku, móc rozpoznawać i diagnozować choroby nowotworowe. Wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, iż o powodzeniu leczenia chorób nowotworowych decydujące znaczenie ma

wczesne wykrycie takiej choroby oraz prawidłowe jej zdiagnozowanie. Postęp technologiczny w zakresie sprzętu medycznego czyni iż przy użyciu sprzętu który chce zakupić, zarówno wczesne wykrywanie jak i prawidłowe opisanie i zdiagnozowanie danej jednostki chorobowej jest możliwe. Dlatego też opisując w postanowieniach SIWZ odpowiednio wysokie parametry tych urządzeń miał na celu spełnienie w/w wymagań.

Stwierdził, że przed opisem przedmiotu zamówienia dokonał analizy rynku i w wyniku tej analizy ustalił w sposób niewątpliwy, że oprócz 3 wymienionych przez Odwołującego producentów urządzeń tj. Siemens, Philips i GE występuje również szereg innych producentów, którzy mają możliwość złożenia oferty w przedmiotowym zamówieniu. W zamówieniu zamawiający wcale nie wymaga aby wszystkie zaoferowane urządzenia były jednego producenta. Każdy potencjalny wykonawca w niniejszym zamówieniu może złożyć ofertę oferując np. w części urządzenia jego produkcji, a w części może odkupić urządzenia od innych producentów lub dystrybutorów. Podniósł, że Zamawiający nie uniemożliwił złożenia oferty poprzez konsorcja, a więc poprzez kilku producentów, którzy są producentami lub dystrybutorami urządzeń wchodzących w skład tego zamówienia. Dla Zamawiającego w tym zakresie jest ważne aby dany wykonawca czy konsorcjum złożyło ofertę na całość przedmiotu zamówienia gdyż wtedy na jednym podmiocie będzie spoczywała odpowiedzialność za prawidłowe działania urządzeń ich kompatybilność, a także świadczenie usług gwarancyjnych.

Jednocześnie stwierdził, że wskazane parametry graniczne określone przy danego rodzaju sprzęcie nie odcinają żadnemu producentowi możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Siemens, który popierając stanowisko Zamawiającego dotyczącego takiego opisu przedmiotu zamówienia, wskazał, że zamierza złożyć ofertę w tym postępowaniu, lecz również on nie jest w stanie złożyć jej samodzielnie i w zakresie niektórych urządzeń będzie musiał zakupić te urządzenia od podmiotu trzeciego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy oraz przedłożone w trakcie rozprawy dokumenty, ustaliła co następuje.

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie pomimo iż uwzględnienie dotyczy, tylko części jednego zarzutu odwołania.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania spowodowałoby, że sprzęt który może zaoferować uzyskałby znacznie lepszą pozycję w zakresie oceny punktowej spełniania parametrów technicznych. Natomiast Przystępujący wykazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego gdyż wskazany w postanowieniach SIWZ opis przedmiotu zamówienia może być w dużej mierze spełniony przez sprzęt, który może zaoferować w tym postępowaniu.

Przedmiotem sporu w tym postępowaniu jest w szczególności fakt żądania przez Odwołującego nakazania przez Izbę Zamawiającemu, takiej zmiany opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów granicznych i ocenianych, aby jego produkty mogły uzyskać zdecydowanie wyższą punktację czy to poprzez obniżenie parametrów granicznych czy zasad przyznawania punktacji. Temu celowi ma również służyć żądanie wprowadzenia punktacji proporcjonalnej do przyznawania punktów za proporcjonalne spełnianie parametrów granicznych.

Uwzględniając treść orzeczenia w niniejszej sprawie, Izba postanowiła jego uzasadnienie przedstawić w trzech grupach. W grupie pierwszej dokonać uzasadnienia oceny podniesionych zarzutów dotyczących tomografu rezonansu magnetycznego. W grupie drugiej oceny zarzutów wymienionych w punktach 2-8, a w trzeciej dokonać oceny zarzutu dotyczącego zasadności opisu przedmiotu zamówienia z wyłączeniem możliwości składania ofert częściowych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego tomografu rezonansu magnetycznego Odwołujący podniósł, że punktacja jest tak skonstruowana, że bardzo wysoko premiuje (np. 8 pkt, 4 pkt) rozwiązania unikatowe dla aparatu MAGNETOM Aera 1.5T i w ogóle nie ocenia rozwiązań unikatowych dla systemu Optima 1.5T MR450w GEM. Ponadto podniósł, że słuszne byłoby wprowadzenie punktacji proporcjonalnej tak, aby ocena punktowa w parametrach mierzalnych podlegających gradacji mogła odbywać się metodą proporcjonalności, odzwierciedlającą w optymalny sposób zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. W zakresie rezonansu magnetycznego zarzuty Odwołującego dotyczyły przede wszystkim wyższego punktowania spełniania tych parametrów, które zdaniem Odwołującego są właściwe tylko urządzeniu produkowanego przez Siemens. Ponadto Odwołujący wniósł o obniżenie niektórych parametrów granicznych i ocenianych, a także wprowadzeniu punktacji proporcjonalnej.

Izba, po zapoznaniu się z treścią odwołania i przedłożonych dokumentów, a także wysłuchaniu oświadczeń stron i Przystępującego uznała zarzut w zakresie niezasadnego ustalenia różnej wartości punktowej za spełnianie parametrów granicznych wymienionych w punktach 1;7;12;13;15;15;16 ;17 odwołania dotyczących rezonansu magnetycznego za

zasadny. Zamawiający w w/w powyższych punktach oceny spełniania parametrów, ustalił ocenę za ich spełnianie na poziomie 4 lub 8 punktów. Odwołujący podnosił, że takie premiowanie dotyczy tylko parametrów urządzenia które może w tym parametrze zaoferować tylko firma Siemens, jak również , że dotyczy to parametrów mało istotnych dla tego urządzenia..

Izba ustaliła, że Zamawiający nie uzasadnił w sposób przekonujący potrzeby ustalenia na tak wysokim poziomie punktowania spełniania danego parametru. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący zasadnie wykazał, że tak punktowane parametry nie mają w większości wpływu na możliwości funkcjonalno- jakościowe tych urządzeń. Jako przykład można wskazać punktowanie 8 punktami długość całkowitą gantry tj długość od przedniej do tylnej obudowy aparatu na poziomie mniejszym lub równym 150 cm, a gantra o długości np. 151 cm otrzymuje już zero punktów. Podobna sytuacja dotyczy napędu przesuwu stołu , napęd ciągły jest punktowany 8 pkt, a przesuw krokowy otrzymuje zero punktów.

Oceniając ten zarzut Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał, aby taka punktacja była szczególnie uzasadniona. Tym samym brak jest podstaw do takiego ustalenia punktacji aby za spełnienie jednego z powyższych warunków otrzymać tyle punktów co za spełnienie w maksymalnym stopniu dwóch lub czterech innych parametrów. Tym samym Izba nakazała dokonanie obniżenia maksymalnej ilości punktów jakie mogą być przyznane za spełnienie opisanego parametru technicznego do maksymalnie dwóch, uznając, że takie ustawienie punktacji wpłynie na konkurencyjność składanych ofert.

Natomiast odnosząc się do żądania wprowadzenia punktacji proporcjonalnej, gdzie produkt o największym parametrze powinien uzyskać największą liczbę punktów natomiast produkty niższych parametrach powinny otrzymać proporcjonalna ilość punktów, Izba uznaje za zasadne stanowisko Zamawiającego gdzie stwierdził, że nie jest zasadne przyznawanie proporcjonalne punktów za spełnienie parametrów ocenianych, gdyż zmiana jakościowa sprzętu odbywa się poprzez skokową a nie płynną zmianę parametrów. Punktacja proporcjonalna powodowałaby w zasadzie zawsze przyznawanie punktów za każdy parametr, a to spowodowałoby iż zaoferowany Zamawiającemu sprzęt byłby o gorszych parametrach niż oczekiwany. Tym samym żądanie w tym zakresie Odwołującego jest zdaniem Izby niezasadne. Odwołujący w przekonujący sposób nie wykazał, że taka punktacja nie będzie to zmierzała do zaoferowania sprzętu o gorszych niż oczekiwane , parametrach.

Odnośnie zarzutów wymienionych w pkt 2 – 8 Izba uznaje je za niezasadne. Dokonując analizy zarzutów żądań Odwołującego w tym zakresie stwierdzić należy, że posiadają one cechę wspólną polegającą na żądaniu obniżenia lub dostosowania opisanych parametrów do parametrów sprzętu, który może zaoferować Odwołujący jako jego producent.



Zasadne w tym miejscu jest przywołanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku KIO/UZP 80/07, gdzie Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.

Odwołujący podnosząc zarzuty wskazywał, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że ograniczają one konkurencję i jest faworyzowany sprzęt firmy Siemens, a ponadto Odwołujący starał się pomniejszać znaczenie parametrów wymaganych przez Zamawiającego, których jego urządzenia nie spełniają w takim zakresie, wskazując nadto w wielu przypadkach iż parametry jego urządzenia „nie ograniczają ani nie pomniejszają funkcji klinicznych urządzenia.

Natomiast Zamawiający w zakresie urządzeń z omawianych zarzutów stwierdza, że żądana w odwołaniu zmiana parametrów urządzeń zmierza do ich obniżenia i jest niedopryjęcia, gdyż urządzenia o parametrach opisanych SIWZ są mu niezbędne dla nowoczesnej diagnostyki. Ponadto stwierdził, że według jego wiedzy istnieje na rynku co najmniej kilka firm takich jak Siemens, Philips, GE, Toshiba, Ziem, Carestream które mogą złożyć ofertę na dostarczenie urządzeń będących przedmiotem zamówienia. Ponadto według jego wiedzy żaden z w/w producentów nie może złożyć samodzielnie oferty oferując tylko wytwarzane przez siebie urządzenia. Dlatego też w tym zakresie konieczne będzie zawarcie konsorcjum wykonawców lub jeden wykonawca aby złożyć ofertę będzie musiał dokupić urządzenia od innych producentów.

Nadto wraz z Przystępującym wykazali, że odnosząc się do szeregu przetargów obejmujących urządzenia o podobnych lub tożsamy parametrach z tym postępowaniem jak np. w postępowaniu prowadzonym przez Gdański Uniwersytet Medyczny, Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu oferty złożyły trzy firmy tj. Siemens, Philips i Toshiba. Tym samym bezzasadny jest zarzut, że na tak opisane urządzenia ofertę może złożyć tylko firma Siemens. Stwierdzili, że Odwołujący stara się sugerować iż, pewne urządzenia może dostarczyć tylko firma Siemens, natomiast żadnych dowodów bezpośrednio to potwierdzających nie przedłożył. Podnieśli, że Odwołujący w swoich zarzutach zmierza przede wszystkim do tego, aby nakazać Zamawiającemu zakup sprzętu o niższej do oczekiwanej funkcjonalności i użyteczności.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że niewątpliwie Odwołujący w bezsporny sposób nie wykazał, że tak opisany sprzęt może dostarczyć tylko jeden wykonawca, a po

drugie nie wykazał, że takie opisanie przedmiotu zamówienia nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Tym samym powyższe zarzuty zdaniem Izby nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia z wyłączeniem możliwości składania ofert częściowych pomimo podzielności przedmiotu zamówienia, Izba stwierdza, że w myśl art. 83 ust. 2 ustawy pzp Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Ustawodawca, stosując sformułowanie „zamawiający może” przesądził, iż dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Należy zdaniem Izby przyjąć, iż wykonawca w żadnej sytuacji nie może domagać się od Zamawiającego aby dopuścił składanie ofert częściowych.

Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r. (V CA 1213/02) odrzucił pogląd, że brak zgody zamawiającego na składanie ofert częściowych godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu. Ocenę celowości podziału zamówienia na części ustawodawca pozostawił uznaniu Zamawiającego, zatem nie ma on obowiązku dzielenia zamówienia na części, a tym samym wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części. Skoro wykonawcom nie przysługuje roszczenie o podział zamówienia na części, to również nie mogą oni skutecznie podważać braku jego dokonania przez Zamawiającego.

Odnosząc się do całości zarzutów dotyczących niewłaściwego, zdaniem Odwołującego opisanie przedmiotu zamówienia, który faworyzując jednego z wykonawców narusza zasady uczciwej konkurencji zdaniem Izby zasadne jest odniesienie się do tych zarzutów przez pryzmat specyficznego dla celów społecznych przedmiotu zamówienia, jakim jest niewątpliwie zakup urządzeń diagnostycznych dla badań onkologicznych.

Jak wskazał Zamawiający zakupione w wyniku tego postępowania urządzenia będą służyć do wykonywania badań diagnostycznych osób chorych na choroby nowotworowe lub będą służyć wczesnemu wykrywaniu tych chorób. Tym samym ocenie Izby poddano czy należy nadać priorytet w umożliwieniu zakupu najnowocześniejszych urządzeń dla Szpitala, które produkowane są przez niewielu producentów, czy też dla zapewnienia szerokiej konkurencji przychylić się do stanowiska Odwołującego i obniżyć stawiane wymagania tak aby rozszerzyć krąg potencjalnych wykonawców mogących złożyć oferty.

Na osiągnięcia współczesnej medycyny w leczeniu chorób i ich zapobieganiu w dużej mierze decyduje postęp technologiczny, szczególnie widoczny w zakresie sprzętu medycznego. Postęp technologiczny, a właściwie skok w wytwarzaniu urządzeń medycznych, jest bardzo widoczny. W przypadku sprzętu medycznego jest to o tyle istotne, że zazwyczaj nowinki technologiczne pozwalają na nową jakość diagnozowania, leczenia, rehabilitacji, itd.

Posiadanie nowoczesnego sprzętu medycznego pozwala na nowatorskie, a co najważniejsze skuteczne leczenie różnego rodzaju chorób, których wykrycie, bazując na sprzęcie o standardowej jakości czy parametrach, jest niemożliwe.

Zasadne jest stanowisko Zamawiającego w którym stwierdził, że kupując obecnie sprzęt o najnowocześniejszych parametrach, ma pewność, że w sposób prawidłowy i racjonalny wydatkuje środki publiczne, gdyż zakup takiego sprzętu gwarantuje jego nowoczesność przez co najmniej kilka następnych lat. Natomiast zakup sprzętu powszechnie dostępnego, ale o niższych parametrach powodowałby sytuację, że za najwyżej dwa trzy lata, sprzęt ten byłby już na tyle przestarzały technologicznie iż zmuszony byłby do jego wymiany. Tym samym słuszne wydaje się stanowisko Zamawiającego iż zakup sprzętu opisanego zakresie siwz powoduje racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

W zakresie powyższych ustaleń i podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że Zamawiający ma prawo kształtować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby dokonać wyboru wykonawcy oferującego sprzęt o najnowocześniejszych parametrach, pamiętając jednocześnie o konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt. Ustawodawca pozostawił Zamawiającemu w tym zakresie możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes. Za tezą z wyroku KIO/UZP 872/09 zasadne jest stwierdzenie, że *„aby udowodnić istnienie czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez Zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia”*.

Zamawiający kierując się zasadą uzyskania jak najlepszych efektów z posiadanych nakładów ma prawo wymagać dostarczenia aparatury o jak najwyższej jakości, która w pełni będzie odpowiadać jego uzasadnionym, obiektywnym potrzebom. Nie można w ocenie Izby, odbierać Zamawiającemu prawa do zakupu aparatury, na której będzie możliwe w pełni wykonywać wszystkie niezbędne badania.

Izba uznając, że Zamawiający zna swoje potrzeby w zakresie zaspokajania potrzeb społecznych w zakresie badań onkologicznych, a tym samym wie jaki sprzęt mu to umożliwi nie nakazała dokonania zmian w zakresie parametrów technicznych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia. Izba ponadto stwierdza, że nie można przyznać wykonawcom, uprawnienia do narzucania Zamawiającemu konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, o ile nie prowadzą do nadmiernego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad konieczne potrzeby Zamawiającego.

Ponadto przy ocenie zasadności zarzutów Izba wzięła pod uwagę fakt, iż to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić, a w szczególności pozwolą ocenić stopień ograniczenia konkurencji i zakwalifikować go jako stopień niedopuszczalny, czego Odwołujący w sposób pewny nie wykazał. Przypuszczenia, wątpliwości kierowane pod adresem Zamawiającego, którymi operuje w odwołaniu Odwołujący nie są dowodem na podstawie którego Izba uznać podniesione zarzuty za zasadne. Jednakże w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust.2 ustawy pzp, Izba wskazuje, że przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga w zasadzie, pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności stwierdzających ograniczenia uczciwej konkurencji. Dowodzenie Odwołującego w tym zakresie musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane, czego Odwołujący w nie budzący wątpliwości nie wykazał.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła 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 zakresie części zarzutów, dotyczących rezonansu magnetycznego. Natomiast naruszenia dalszych przepisów podniesionych w odwołaniu Izba nie stwierdziła.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....