

WYROK
z dnia 01 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20.11.2017 r. przez wykonawcę **VOXEL S.A., ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk**

przy udziale

- A. wykonawcy Life Radiopharma f-con GmbH, Nicolaus-August-Otto 7a, D-56357 Holzhausen zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Monrol Poland Ltd. Sp. z o. o., ul. Piękna 15/lok. 12, 00-549 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka

1. oddala odwołanie
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego VOXEL S.A., ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków tytułem wpisu od odwołania
3. Zasądza od odwołującego VOXEL S.A., ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków na rzecz zamawiającego Uniwersyteckie Centrum Kliniczne, ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk kwotę 3600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne(UCK), ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk, dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę fluorowanej deoksyglukozy (18F-FDG) dla UCK*.

Postępowanie znajduje się na etapie udostępnienia wykonawcom treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odnosząc się do opublikowanej treści SIWZ wraz z załącznikami potencjalny wykonawca VOXEL S.A. ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków, dalej zwany „Odwołującym”, wniósł odwołanie od treści postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu wadliwe sporządzenie treści postanowień w części pkt III ust. 14, oraz pkt XIV „Kryterium Koncentracja na czas kalibracji - znaczenie 15%” jak również „Projektu Umowy - Dostawa” § 4 ust. 1 lit. a) i lit. e).

Biorąc pod uwagę powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust.1Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór właściwości przedmiotu zamówienia określonych w pkt III ust. 14 nieuzasadnionych jego specyfiką i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, co utrudnia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, oraz stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 2 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp poprzez określenie w pkt XIV jako punktowanego kryterium oceny ofert „Kryterium koncentracji na czas kalibracji”, które to kryterium jako nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz utrudnia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty,

3) art. 5, art. 58 oraz art. 353(1) kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i 139 Pzp poprzez zastrzeżenie kar umownych wymienionych w § 7 ust. 1 lit. a) i e) „Projektu Umowy Dostawa” (zał. nr 4 do SIWZ) za „opóźnienie” dostawy, co powoduje obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością nie tylko za okoliczności zawnione, ale także za takie, za których wystąpienie nie ponosi on winy ani nie ma żadnego wpływu oraz poprzez zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych i nie przystających do charakteru naruszeń, przy uwzględnieniu okoliczności, iż zapisy umowy przewidują *de facto* dwukrotne ukaranie wykonawcy za tę samą okoliczność - co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego i stanowi nadużycie prawa podmiotowego.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu :

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Na wstępie wskazać należy, że na etapie posiedzenia Odwołujący biorąc pod uwagę dokonaną przez Zamawiającego zmianę treści postanowień SIWZ, uznał, że Zamawiający w wyniku dokonanej zmiany spełnił jego żądania w zakresie możliwości naliczania kar umownych i tym samym cofnął zarzut oznaczony nr 3. Wobec powyższego Izba uznała za bezcelowe przedkładanie z odwołania uzasadnienia tego zarzutu za zbędne, ponieważ spór pomiędzy stronami w tym zakresie wygasł.

Odwołujący uzasadniając podniesiony zarzut 1 i 2 odnoszący się do pkt III ust. 14 SIWZ oraz pkt XIV („Kryterium koncentracji na czas kalibracji”) na wstępie, wskazał na szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych wskazujących na możliwość naruszenia przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia zasad uczciwej konkurencji. Podkreślił, że zdaniem Odwołującego równowaga pomiędzy uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a interesem wykonawców została naruszona i w związku z czym niezbędna jest stosowna modyfikacja postanowień SIWZ.

Odnosząc się do meritum w zakresie podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia, wskazał w pkt. III ust. 14 SIWZ: „Koncentracja zaoferowanej fluorowanej deoksyglukozy na czas kalibracji nie może być mniejsza niż 500 MBq/ml i nie może być większa niż 1 600 MBq/ml”. Powyższe wymaganie dotyczące koncentracji zaoferowanej fluorowanej deoksyglukozy na czas kalibracji, nie jest w żaden sposób uzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego i nie ma oparcia w obiektywnych potrzebach i interesach Zamawiającego. Określenie przedmiotowego wymogu odnoszącego się do koncentracji zaoferowanej fluorowanej deoksyglukozy na czas kalibracji ma charakter zupełnie dowolny i nie ma funkcjonalnego i klinicznego (medycznego) uzasadnienia. Jednocześnie w sposób oczywisty wpływa na krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Podkreślił, że w związku z właściwościami przedmiotowego radiofarmaceutyku, który traci swoje właściwości w przeciągu kilku godzin od wytworzenie/pobrania, kluczowe znaczenie ma bowiem kwestia czasu na dostarczenie przedmiotu zamówienia do zamawiającego (czas transportu). Wprowadzenie powyższego wymogu, w sposób nieuprawniony preferuje wykonawców mających siedziby blisko zamawiającego, przez co narusza fundamentalne zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej

konkurencji; budzi podejrzenie, że został wprowadzony do SIWZ wyłącznie celem eliminacji niektórych wykonawców.

Uwzględniając powyższe uwagi, podał, że należy także uznać kryterium punktowej oceny ofert zawarte w SIWZ pkt. XIV kryterium „Koncentracja na czas kalibracji - znaczenie 15%” („Wykonawca otrzyma 15 pkt jeżeli koncentracja na czas kalibracji zaoferowanej fluorowanej deoksyglukozy będzie znajdowała się w przedziale <800MBq/ml; 1400MBq/ml>. W innym przypadku Wykonawca otrzyma 0 pkt”.) za arbitralne kryterium, nieuzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a przez co naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ poprzez usunięcie pkt III ust. 14 SIWZ oraz pkt XIV w zakresie „Kryterium koncentracji na czas kalibracji - znaczenie 15%” wraz z dokonaniem odpowiedniej modyfikacji formularza asortymentowo - cenowego (zał. nr 3 do SIWZ) i „Projektu Umowy - Dostawa” (zał. nr 4 do SIWZ).

W trakcie posiedzenia przed KIO Odwołujący złożył pismo procesowe które miało stanowić odpowiedź Odwołującego na stanowisko Zamawiającego, jakie przedstawił w odpowiedziach na pytania wykonawców w zakresie związanym z treścią tego odwołania. Jednakże w tym zakresie należy zauważyć, że w odpowiedzi na pytanie 5 i 7 Zamawiający udzielił odpowiedzi negatywnej tzn. oświadczył, iż nie dokona zmian SIWZ, a tym samym stan prawny odnoszący się do zakresu odwołania nie uległ zmianie od chwili ogłoszenia treści SIWZ. Dlatego też przedmiotowe pismo jako zawierające szereg nowych treści co do zasadności wniesionego odwołania nie może być postrzegane inaczej, jak próba częściowego uzupełnienia już wniesionego odwołania, po upływie terminu na jego wniesienie, w szczególności w zakresie drugiego kryterium oceny tj. kryterium „wymiar fiolki”.

W zakresie odniesienia się do negatywnej odpowiedzi Zamawiającego na ww. pytania Odwołujący wskazał m. inn. na kwestię, iż podtrzymanie stanowiska co do tego, że wymaganie dot. koncentracji fluorowanej deoksyglukozy na czas kalibracji wynika z potrzeb Zamawiającego jest zupełnie niezasadne. Zdaniem Odwołującego określenie przedmiotowego wymogu ma charakter zupełnie dowolny i nie ma funkcjonalnego i klinicznego (medycznego) uzasadnienia. Jednocześnie w sposób oczywisty wpływa na krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Podał, że powyższą kwestię należy rozpatrywać łącznie w zakresie postanowień SIWZ zawartych w pkt III ust. 7, pkt III ust. 14 i pkt XIV kryterium koncentracja na czas kalibracji, uwzględniając także XIV kryterium wymiary fiolki, za które Zamawiający dodatkowo przyznaje 25 punktów, tj. za dostarczanie produktu w fiolkach o maksymalnej pojemności 15 ml.

Zwrócić należy uwagę na kwestię, iż szeroko opisywana w złożonym piśmie procesowym kwestia wymiarów fiolki w której miałyby być dostarczany specyfik nie ma

żądanego nawiązania do treści zarzutów odwołania, gdzie kwestia kryterium wielkości fiolek nie występuje. Tak więc jest to nowy zarzut odwołania.

Odnosząc się do stężenia w jakim Odwołujący zamierzał by dostarczać zamawiany produkt podał, że dostawa w wykonaniu Odwołującego będzie następować w pojemnikach osłonowych zbudowanych z wolframu zapewniających bezpieczną eksploatację nawet przy aktywności całkowitej fiołki 129 GBq co odpowiada stężeniu ponad 8600 MBq/ml dla punktowanej fiołki. Jednakże Zamawiający wymaga i punktuje zupełnie odmienne wartości tego parametru. Zatem charakterystyka pojemnika osłonowego nie uzasadnia wyboru zarówno kryteriów wymaganych, jak i punktowanych. Podał, że Zamawiający będzie rozdozowywał radiofarmaceutyk z użyciem automatycznego systemu rozdozowywania ALTHEA, który posiada osłony o grubości 50 mm Pb a ściany czołowej nawet 60 mm. Osłony te zapewniają odpowiednie bezpieczeństwo personelu nawet wtedy gdy wewnątrz systemu znajduje się aktywność 100 GBq. Tak więc kryterium stężenia aktywności nie może być tłumaczone ochroną radiologiczną personelu w czasie rozdozowania radiofarmaceutyku.

Z charakterystyki technicznej urządzenia ALTHEA wynika, że przy rozdozowywaniu dawki pacjenta 370 MBq maksymalne stężenie aktywności w fiołce macierzystej nie może przekraczać ok 3000 MBq/ml. Jednakże zamawiający wymaga i punktuje zupełnie odmienne wartości tego parametru. Zatem charakterystyka urządzenia ALTHEA nie uzasadnia wyboru zarówno kryteriów wymaganych, jak i punktowanych.

Zamawiający będzie podawał niezmienną dawkę 370 MBq pacjentowi, a więc bez związku z pierwotnym stężeniem aktywności w fiołce. Tak więc punktowanie stężenia aktywności nie może być tłumaczone ochroną radiologiczną personelu w czasie podawania radiofarmaceutyku pacjentowi.

Podał, że Odwołujący sam prowadząc sześć pracowni PET/TK i posiadając podobne wyposażenie nie znajduje żadnego uzasadnienia dla postawienia takich warunków. Nadzwyczajne punktowanie stężeń aktywności w zakresie 800-1400 MBq/ml nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutów, dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp.

W uzasadnieniu podał, że Zamawiający w dniu 8 listopada 2017 r. ogłosił postępowanie na dostawę fluorowanej deoksyglukozy (18F-FDG). W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opisał wymagania bezwzględne dotyczące przedmiotu zamówienia oraz kryteria punktowej oceny ofert Wykonawców. W pkt. III ust. 14 SIWZ Zamawiający zawarł następujący wymóg: „Koncentracja zaoferowanej fluorowanej deoksyglukozy na czas kalibracji nie może być mniejsza niż 500 MBq/ml i nie może być większa niż 1600 Mbq/ml.”.

W pkt. XIV SIWZ Zamawiający określił jedno z punktowych kryteriów oceny na następujące: „*Kryterium Koncentracja na czas kalibracji - znaczenie 15%*”.

W zakresie zarzutu naruszenia w opisie przedmiotu zamówienia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nieuzasadnionych jego specyfiką i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego podał że dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający kierował się obiektywnymi potrzebami Zakładu Medycyny Nuklearnej z uwzględnieniem zachowania najwyższej jakości i bezpieczeństwa wykonywanych świadczeń diagnostycznych.

Podkreślił, że sformułowanie wymagania dotyczącego koncentracji kalibracji na poziomie nie mniejszym niż 500 MBq/ml oraz nie większym niż 1600 MBq/ml znajduje swoje istotne uzasadnienie w specyfice pracy Zakładu Medycyny Nuklearnej. Im mniejsza koncentracja aktywności na czas kalibracji, czyli godzinę 8.30, tym wcześniej personel medyczny Zakładu Medycyny Nuklearnej Zamawiającego rozpoczyna rozdozowywanie konkretnej dawki na więcej niż jedną strzykawkę. Dzielenie danej dawki pomiędzy strzykawkami zwiększa potencjalne ryzyko popełnienia błędu przez personel medyczny, zaś wynikająca ze sposobu przygotowania zwiększona sumaryczna objętość roztworu zwiększa ryzyko uszkodzenia żyły podczas iniekcji oraz wydłuża czas podawania, a tym samym kontaktu personelu z izotopem promieniotwórczym. Ponadto, im mniejsza koncentracja aktywności tym dłuższy czas napełniania strzykawki przez system Althea, co także przekłada się na dłuższy czas pracy personelu w warunkach narażenia na promieniowanie jonizujące. Podał, że jakiegokolwiek wydłużenie czasu pracy z preparatem promieniotwórczym powiększa sumaryczną dawkę pochłoniętą przez pracownika, która sumuje się w ciągu całego życia podnosząc ryzyko niekorzystnych zdarzeń zdrowotnych.

Z drugiej strony im większa koncentracja aktywności na czas kalibracji, tym więcej radiofarmaceutyku zostaje przeznaczony na odpowietrzenie zestawu węży w dyspenserze. Ta część preparatu jest bezpowrotnie stracona, kosztem aktywności faktycznie podawanej badanym chorym. Kwestionowana przez Odwołującego maksymalna koncentracja aktywności warunkuje minimalną możliwą do nabrania dawkę przez system rozdozowywania (Althea), która odpowiada 1/8 wartości koncentracji (wg/g specyfikacji technicznej producenta). W przypadku Zamawiającego jest to bardzo istotna kwestia, ponieważ w jego ośrodku wykonuje się badania dzieci. U pacjentów pediatrycznych, jest obowiązek redukcji aktywności w stosunku do dawek przewidzianych dla osób dorosłych (n.p. zgodnie z wytycznymi Komitetu Pediatrycznego Europejskiego Towarzystwa Medycyny Nuklearnej). Jeśli koncentracja jest zbyt wysoka, fizycznie nie ma możliwości nabrania odpowiednio dopasowanej (zredukowanej dawki). Badania u dzieci wykonywane są jako pierwsze w ciągu dnia. Wynika to z potrzeby odpowiedniego przygotowania małego

pacjenta. Wydłużone oczekiwanie na badanie i pozostawanie na czczo nie tylko potęguje stres ale także zmniejsza chęć do współpracy z personelem medycznym, co przekłada się na jakość badania. Dodatkowo u części pacjentów pediatrycznych wykonuje się znieczulenia, które ze względów przyjętych procedur mogą być przeprowadzane tylko rano.

W ocenie Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia został dokonany zgodnie z wymaganiami ustawowymi i nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z ograniczeniem konkurencji w taki sposób, że do postępowania może przystąpić tylko jeden Wykonawca. Świadczy o tym chociażby fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym udział bierze kilku Wykonawców, mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy: Life Radiopharma f-con GmbH, Nicolaus-August-Otto 7a, D-56357 Holzhausen oraz Monrol Poland Ltd. Sp. z o. o., ul. Piękna 15/lok. 12, 00-549 Warszawa w stanowisku prezentowanym na rozprawie wnieśli o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest niezasadne i podlega oddaleniu.

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

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia specyfikacji. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawców w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Również interes wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie podlegał kwestionowaniu przez strony postępowania.

Na wstępie wskazać należy iż osią sporu w postępowaniu, po wycofaniu zarzutu wobec ustalenia wysokości i sposobu naliczania kar umownych pozostała kwestia przyjęcia w ramach kryterium oceny ofert punktowania za dostarczenie fluorowanej deoksyglukozy w odpowiednim stężeniu i w odpowiednim czasie.

W tym zakresie wskazać należy, że Zamawiający w rozdz. XIV podał opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i w tym zakresie wskazał, że *wykonawca może otrzymać 15 pkt jeżeli koncentracja na czas kalibracji zaoferowanej fluorowanej deoksyglukozy będzie znajdowała się w przedziale <800MBq/ml; 1400MBq/ml>. W innym przypadku Wykonawca otrzyma 0 pkt.* Dodać należy, że w zakresie kryterium oceny ofert Zamawiający ustalił dwa kryteria tj. ww. „*kryterium koncentracja na czas kalibracji*” oraz „*kryterium wymiary fiolki*”.

Odwołujący w odwołaniu kwestionuje tylko prawidłowość kryterium „*koncentracja na czas kalibracji*”, a dopiero w piśmie złożonym na posiedzeniu przed KIO wskazał na nieprawidłowości w zakresie kryterium *wymiary fiolki*. W tym zakresie Izba wskazuje, że wykonawca może wnieść odwołanie od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności przez zamawiającego do których był zobowiązany w terminach wskazanych w przepisie art. 182 ust.1-3 Pzp. We wniesionym odwołaniu zgodnie z przepisem art. 180 ust.3 Pzp wykonawca wskazuje między innymi zarzuty i żądania kierowane pod adresem Zamawiającego. Nie jest możliwe, aby wykonawca po upływie terminu na wniesienie odwołania w składanym piśmie procesowym(niezależnie jak zatytułowanym) zawarł dodatkowe- niesprecyzowane w odwołaniu zarzuty i żądania wobec Zamawiającego. Wnoszone do Prezesa KIO odwołanie winno zawierać wszystkie zarzuty i żądania kierowane pod adresem Zamawiającego. Nie jest dopuszczalne uzupełnianie zarzutów odwołania po terminie na jego wniesienie. Złożone pismo procesowe niewątpliwie w znacznej części dotyczy kwestii nie podniesionych w zarzutach sformułowanych w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ustalenia jako kryterium oceny ofert „*koncentracja na czas kalibracji*” podkreślić należy, że Odwołujący na rozprawie jednoznacznie oświadczył, że nie ma on żadnego problemu, aby wyprodukować i dostarczyć Zamawiającemu fluorowaną deoksyglukozę o stężeniu w przedziale pomiędzy 800MBq/ml a 1400MBq/ml. Natomiast problemem w tym zakresie jest kwestia dostarczenia jej w zakresie wartości zadeklarowanych w § 1pkt 7 projektu umowy. W tej materii Odwołujący podał, iż odległość od miejsca wytworzenia fluorowanej deoksyglukozy, czyli w Krakowie, do siedziby Zamawiającego wynosi około 580 km, a np. odległość ta dla przystępujących wynosi około 300 km. Tak duża odległość ze względu na możliwość różnorodnych zdarzeń w trakcie transportu radiospecyfiku może spowodować wydłużenie czasu transportu, a tym samym spowoduje to automatycznie dostarczenie przedmiotu zamówienia w mniejszym stężeniu, ze względu na ciągły rozpad cząsteczek fluorowanej deoksyglukozy. Powoduje to z jednej

strony niedostarczenie jej w zadeklarowanym stężeniu, co spowoduje z kolei naliczenie kary umownej. Dlatego też podał, że dla Odwołującego zasadnym byłaby możliwość dopuszczenia dostarczania tego radiospecyfiku o mniejszym stężeniu.

Odnosząc do stanowiska Zamawiającego, że istotną dla niego jest kwestia o jakim stężeniu otrzyma fluorowaną deoksyglukozę, gdyż to warunkuje prawidłowe i szybkie badanie pacjentów – w zakresie wyżej opisanym, Izba uznaje, że chociażby z tego względu postawione kryterium jest zasadne. Inną kwestią jest, czy ustalenie wagi tego kryterium na takim poziomie jest zasadne. Być może wystarczająca byłaby inna, niższa waga tego kryterium. Jednakże w sytuacji tego odwołania Odwołujący postawił wyłącznie żądanie całkowitego wykreślenia tego kryterium, nie wnosząc np. o zmniejszenie jego wagi. Wskazać należy, iż żądanie wykreślenia danego kryterium z „układanki” kryteriów przy pomocy których Zamawiający zamierza dokonać wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, jest żądaniem najdalej idącym. Tym samym, aby uwzględnić takie żądanie Odwołujący musi wykazać Izbie całkowitą bezzasadność jego zastosowania, a także wskazać które z pozostałych kryterium winno być zwiększone tak, aby waga wszystkich pozostałych kryteriów wynosiła 100%.

Podkreślić należy, iż Zamawiający winien mieć zawsze na względzie, że kryteria pozacenowe ustalone w zbyt wysokiej proporcji do kryterium cenowego mogą niezasadnie faworyzować określonych wykonawców, np. mających swoją siedzibę bliżej od miejsca wykonywania zamówienia.

Niewątpliwym jest, że przedmiotowe kryterium w żaden sposób nie uniemożliwia Odwołującemu złożenia oferty. Niewątpliwym jest fakt, że ze względu na odległość siedziby Odwołującego od miejsca wykonywania zamówienia ta odległość jest utrudnieniem dla realizacji tego zamówienia, ale jest to sytuacja obiektywna w żaden sposób niezależna od Zamawiającego. W takiej samej sytuacji są wszyscy potencjalni wykonawcy i ten powód nie może być podstawą do przyjęcia, że bardziej kosztowny transport dla Odwołującego winien skutkować wyeliminowaniem przedmiotowego kryterium oceny ofert. Wskazać należy także, jak ustalono w trakcie rozprawy, że Odwołujący już świadczył na rzecz Zamawiającego takie dostawy w przeszłości. Zamawiający podał, że przedmiot dostawy może być dostarczany od Odwołującego do Zamawiającego drogą lotniczą, a powszechnie wiadomym jest, że Kraków posiada bezpośrednie połączenie z Gdańskiem, co może nawet czynić dostawę przedmiotu zamówienia łatwiejszą, niż w przypadku innych wykonawców nie mających takich możliwości.

Izba po analizie stanowiska Zamawiającego dotyczącego przyczyn wprowadzenia do kryterium oceny ofert punktowanego kryterium *koncentracja na czas kalibracji*, uznała, że wprowadzenie takiego kryterium było zasadne i w nie powoduje ono nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców mających siedziby w pobliżu siedziby miejsca dostawy.

Podkreślić należy, iż Zamawiający wykazał obiektywną konieczność otrzymywania radiofarmaceutyku o odpowiednim stężeniu i w zadeklarowanym terminie, co jest uzasadnione także tym, iż dostarczana fluorowana deoksyglukoza służy najczęściej do pilnej diagnostyki osób z chorobami nowotworowymi, wymagającymi szybkiego leczenia. Zdaniem Izby dopuszczenie do wykreślenia tego kryterium oceny ofert mogłoby doprowadzić do realizacji dostaw farmaceutyku o różnym stężeniu, co w sposób niewątpliwy destabilizowałoby możliwość realizacji z góry zaplanowanych badań.

Kluczowe znaczenie ma także kwestia przestrzegania zadeklarowanego czasu na dostarczenie przedmiotu zamówienia do Zamawiającego. Wprowadzenie powyższego przedmiotowego kryterium nie preferuje – jak twierdzi Odwołujący, wykonawców mających siedziby blisko Zamawiającego, gdyż jak wykazano powyżej Odwołujący w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia może korzystać z różnych środków transportu.

Na marginesie powyższego rozstrzygnięcia podać należy, iż wg. informacji Zamawiającego, niezaprzeczonych przez Odwołującego wynika, że Zamawiający już od ponad 7 lat udziela zamówień na dostawę fluorowanej deoksyglukozy i ustalone kryteria oceny ofert są niezmiennie od lat i dotychczas nie były przeszkodą dla wykonawców, aby w sposób prawidłowy wykonywać dostawy.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego. Przeprowadzenie tego dowodu na okoliczności wskazane w tezach nie jest niezbędne dla oceny zasadności zarzutów odwołania. Wskazać należy, iż Odwołujący oświadczył, że jest w stanie dostarczać radiofarmaceutyk w ilościach i stężeniu jak tego oczekuje Zamawiający. Nadto brak było jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że ustalone w SIWZ kryteria oceny ofert naruszają prawo lub w sposób niedozwolony ograniczają konkurencję w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni 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 nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

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 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) i b) 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. 238ze zm.).

Przewodniczący