

Sygn. akt: KIO 1088/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 21 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 21 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2013 r. przez **wykonawcę GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1**

przy udziale wykonawcy **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1088/13 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. umarza postępowanie odwoławcze**

**2** nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu..

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę dwuenergetycznego tomografu komputerowego do SPSK NR 1 PUM." (Numer sprawy DZP 3830-07/13) zostało wszczęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dnia 26 kwietnia 2013 r. pod nr 2013/S 082-137852.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (siwz) została zamieszczona przez zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 29 kwietnia 2013r.

W dniu 9 maja 2013r. pisemnie odwołanie wniósł wykonawca GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9 wobec treści siwz. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 9 maja 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że:

- 1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a zarazem utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty Odwołującemu, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów preferujących wyroby konkretnych producentów;
- 2) dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 3) zaniechał zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu;
- 4) zamieścił siwz na stronie internetowej później niż od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust.1 i 3, art. 29 ust. 1-3, art. 22 ust. 3 i 4, art. 41 pkt 7), art. 42 ust. 1 ustawy oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący uważa, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym odwołujący został narażony na znaczną szkodę. Interes odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była

dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: „Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w siwz - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej (jeśli będzie obligatoryjna) zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Alternatywnie odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy ze względu na naruszenie przepisów ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że siwz została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2013 r.

I. W zakresie zarzutu dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a zarazem utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty odwołującemu, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów preferujących wyroby konkretnych producentów, a tym samym z naruszeniem art. 29 ust. 1-3 i art. 7 ust. 1 ustawy, odwołujący podniósł, że szczegółowa analiza oczekiwanych właściwości przedmiotu zamówienia, czyli dwuenergetycznego tomografu komputerowego, zebranych w rozdziale II siwz, prowadzi do jednoznacznych wniosków, że całkowicie bezpodstawnie i niepotrzebnie preferuje on konkretnych producentów, uniemożliwiając dostawę odwołującemu, który dysponuje bodaj najnowocześniejszym tomografem dwuenergetycznym na rynku. Swoje zarzuty odwołujący kieruje w stosunku do następujących parametrów:

a. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt. I.2. „Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 128 warstw (bez wliczania serii warstw generowanych w procesie rekonstrukcji), w czasie jednego pełnego obrotu układu lampy detektor”

Odwołujący żąda: nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia do postępowania 128-warstwowego, dwuenergetycznego tomografu komputerowego wyposażonego w technikę sprzężonej projekcji wstecznej, która wykorzystuje 2 zestawy przeciwległych projekcji w celu uzyskania 128 odrębnych pomiarów/warstw w czasie jednego obrotu gantry, zarówno dla trybu akwizycji osiowej jak i akwizycji spiralnej.

b. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt II.1 „Akwizycja dwu energetyczna (uzyskanie dwóch zestawów danych badanej objętości dla minimum dwóch różnych energii promieniowania - różnych kV dla każdej z energii)”

Odwołujący wskazał, że powyższy zapis jest nieprecyzyjny i niezrozumiały. Dlatego żąda nakazania zamawiającemu uzupełnienia siwz o informacje, że akwizycja dwuenergetyczna ma się odbywać w trakcie jednego obrotu zespołu/ów lampy/y-detektor/y. Brak takiego potwierdzenia w tym parametrze oznacza, że w postępowaniu można zaoferować zwykły tomograf, w którym w protokole badania możemy ustawić wykonanie w pierwszej serii skanu spiralnego lub osiowego z napięciem 80 kV, a w następnej serii skanu na tej samej długości z napięciem 140 kV. Taką cechę posiadały tomografy instalowane nawet 20 lat temu, a dane z takiej pseudo akwizycji dwuenergetycznej nie pozwalają na dekompozycję materiałową, różnicowanie materiałów, określanie selektywnych mas atomowych, usuwanie artefaktów od obiektów metalowych w stopniu umożliwiającym diagnostykę tkanek w bezpośrednim otoczeniu metalowych implantów czy usuwanie artefaktów od utwardzenia wiązki np. w głowie w celu dokładniejszego obrazowania mózgowia.

Obecne postanowienia w powyższym zakresie nie odpowiadają standardom jakie narzuca art. 29 ust. 1 ustawy, to jest jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Budzą liczne wątpliwości, zwłaszcza biorąc pod uwagę co stanowi przedmiot zakupu (tomograf dwuenergetyczny). Powodują, że dopuszczalna staje się wykładnia, iż w rzeczywistości zamawiającemu wcale nie chodzi o takie urządzenie. Niewątpliwie stwarzają także ryzyko nieporównywalności ofert, a z punktu widzenia zamawiającego - także nieadekwatności zakupu do jego obiektywnych potrzeb związanych z akwizycją dwuenergetyczną. Systemy dwuenergetyczne są nieporównywalne z 1-energetycznymi, czy też „pseudo-wieloenergetycznymi” z uwagi na duże różnice technologiczne oraz wynikającą z tego znaczącą różnicę w cenie. Dlatego przywołany parametr wymaga co najmniej uzupełnienia o ww. dodatkowe elementy opisu.

c. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt II.2 „Moc generatora przy skanie jednoenergetycznym [kW] > 80 kW”.

Odwołujący żąda: nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia do postępowania 128-warstwowego, dwuenergetycznego tomografu komputerowego, który ze względu na zastosowane w nim systemy zwiększające moc uzyskuje moc efektywną 96 kW (przy rzeczywistej mocy liczonej jako iloczyn prądu i napięcia - 72kW).

d. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt II.5. „prąd lampy przy skanie jednoenergetycznym [mA] > 600 mA”

Odwołujący żąda: nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia do postępowania 128-warstwowego, dwuenergetycznego tomografu

komputerowego, w którym można stosować prąd anody do 560 mA. Zastosowana w naszym tomografie krótka geometria gantry i algorytm ASiR powodują, że lekarz radiolog uzyskuje równoważną jakość obrazowania z tomografem komputerowym o prądzie 800mA/96 kW przy 120kV. Zastosowanie ASiR umożliwia wykonywanie akwizycji z mniejszymi wartościami mA, a zatem z wolniejszym nagrzewaniem lampy rtg., co przekłada się na mniejsze ograniczenia związane z chłodzeniem lampy. Daje to warunki odpowiadające akwizycji spiralnej z lampą o pojemności cieplnej 8MHU i prądem 800mA co znacznie przekracza wymagania zamawiającego.

e. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt 11.6. „Pojemność cieplna lampy lub jej odpowiednik w przypadku lampy RTG o konstrukcji chłodzenia innej niż klasyczna jeśli jej szybkość chłodzenia nie jest mniejsza niż 5 MHU/min [MHU] > 7,5 MHU”.

Odwołujący żąda nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia do postępowania 128-warstwowego, dwuenergetycznego tomografu komputerowego, w którym zastosowane systemy zwiększają wydajność lampy do 8 MHU (przy rzeczywistej wartości pojemności cieplnej anody 6,3 MHU). Oferowany przez odwołującego system umożliwia badanie dowolnej liczby pacjentów dziennie bez przerw na chłodzenie lampy.

f. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt II.7. „Szybkość chłodzenia lampy [kHU/min] >1300 kHU/min”

Odwołujący żąda: nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia do postępowania 128-warstwowego, dwuenergetycznego tomografu komputerowego wyposażonego w lampę o maksymalnej szybkości chłodzenia 840 kHU/min. Proponowany przez odwołującego system posiada najkrótszą na rynku geometrię gantry, która pozwala na stosowanie znacznie niższych wartości prądów anodowych lampy i przez to nie wymaga wysokiej szybkości chłodzenia lampy aby uzyskać taką samą efektywność jak w systemach z długą geometrią i umożliwia badanie dowolnej liczby pacjentów dziennie bez przerw na chłodzenie lampy.

g. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt IV.5. „Niskodawkowy, iteracyjny algorytm rekonstrukcji z wielokrotnym przetwarzaniem w obszarze danych surowych (RAW) i w obszarze obrazu, umożliwiający redukcję dawki o co najmniej 50% w relacji do standardowej metody FBP, potwierdzona klinicznie (załączyć stosowny certyfikat/dopuszczenie niezależnej organizacji jako potwierdzenie skuteczności metody)”

Odwołujący żąda: nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia publikacji naukowej jako potwierdzenia skuteczności klinicznej algorytmu rekonstrukcji.

h. Dotyczy Rozdziału II w siwz „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, pkt IV.12. „Integracja tomografu ze wstrzykiwaczem środka cieniującego (z dwukierunkową komunikacją)” i pkt VII.3. „3-kanałowy bezwkładowy iniektor do skanera CT: -posiadający możliwość mieszania środka kontrastującego z solą fizjologiczną za pomocą funkcji DiluJet - posiadający możliwość zaprogramowania 24 faz w jednym protokole/sesji klinicznej - zapewniający iniekcję z butelki środka kontrastowego”

Odwołujący żąda: nakazania zamawiającemu, poprzez odpowiednią zmianę siwz, dopuszczenia do postępowania 128-warstwowego, dwuenergetycznego tomografu komputerowego, który nie potrzebuje połączenia kablowego, aby śledzić rozptyw środka cieniującego w ciele pacjenta. Alternatywnie wnosi o dopuszczenie dwugłowicowej Dual Shot Alpha firmy Nemoto lub Stellant D firmy Medrad wraz ze sprzężeniem klasy IV. Proponowane przez odwołującego modele mają zbliżone właściwości funkcjonalno-użytkowe lecz nie są w stanie spełnić stricte tak opisanych parametrów strzykawki, a na dodatek będą w pełni zintegrowane z tomografem zgodnie z klasą IV, wg CANopen 425, co umożliwi m.in. definiowanie protokołów wstrzykiwacza na konsoli operatora tomografu i sprzężanie ich z protokołami badań (transfer parametrów środka cieniującego z tomografu do wstrzykiwacza). Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub specyficzne rozwiązania technologiczne. Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść siwz, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku.

Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję. Wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09 a także wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, wyrok o sygn. akt KIO/UZP 361/10, Zgodnie z orzecznictwem naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale i pośredni - por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, uchwałę KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09. Według odwołującego z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego

charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Na poparcie swojego stanowiska powołał wyrok z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06. Zdaniem odwołującego wskazana w ww. wyroku równowaga została naruszona w niniejszym postępowaniu, w związku z czym niezbędną jest stosowna modyfikacja postanowień siwz.

II. Zarzut dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym z naruszeniem art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzut zaniechania zamieszczenia opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu, co narusza art. 22 ust. 3 ustawy w zw. z art. 41 pkt 7) ustawy, według odwołującego dotyczy punktu 4 siwz (Wymagania wobec Wykonawców), gdzie zamawiający określił, że żąda m.in. „Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw (min.1 ) w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodów wskazujących, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Za dostawy wykazujące spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający uzna te, które łącznie będą spełniały następujące cechy: 1) dotyczyć będą przedmiotu takiego jak przedmiot zamówienia określony w niniejszym postępowaniu, 2) wartość wykonanych lub wykonywanych dostaw nie może być mniejsza niż wartość oferty wykonawcy.” W odniesieniu do tak postawionego warunku podmiotowego odwołujący zgłosił następujące zastrzeżenia:

a. zamawiający wbrew zasadzie proporcjonalności wynikającej z art. 22 ust. 4 ustawy wymaga, aby wykonawcy chcący ubiegać się o przedmiotowe zamówienie zrealizowali identyczną dostawę w stosunku do tej będącej przedmiotem zamówienia. Przy czym opis zamawianego tomografu dwuenergetycznego jest bardzo kazuistyczny, określa go kilkadziesiąt szczegółowych parametrów (rozdział II siwz). W tej sytuacji wykazanie się analogiczną dostawą jest praktycznie niemożliwe. Aparaty TK stanowią specjalistyczny i skomplikowany sprzęt medyczny, konfigurowany każdorazowo pod oczekiwania konkretnego użytkownika, oczywiście w zakresie możliwości jakie daje zastosowana przez producenta technologia. W rezultacie nie ma dwóch takich samych urządzeń. W tych okolicznościach ww. warunku nie można uznać za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto jest przykładem warunku utrudniającego uczciwą konkurencję. Wykonawca, który w ostatnich trzech latach dostarczył podobne maszyny (tomografy komputerowe lub dwuenergetyczne

tomografy komputerowe), ale nie dokładnie o takich samych cechach jak zamawiany w niniejszym postępowaniu, posiada wiedzę i doświadczenie wystarczające, aby należycie zrealizować przedmiotową dostawę. Z perspektywy nabytych kwalifikacji i umiejętności w zakresie dostaw i instalacji tomografów komputerowych nie ma znaczenia, czy wykonawca odpowiadał za świadczenie, którego przedmiotem był tomograf 128 warstwowy czy 64 warstwowy, jedno czy dwuenergetyczny, z zestawem takich czy innych opcji. Wykonawca zamawia bowiem u wytwórcy towar w określonej konfiguracji, a następnie podejmuje raczej rutynowe czynności związane z jego importem do Polski oraz instalacją u klienta. Te elementy są zaś wspólne dla wszystkich urządzeń klasy TK.

b. Zakaz formułowania warunków opartych na konieczności wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu tożsamyh zamówień został potwierdzony przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tytułem przykładu należy wskazać na następujące wyroki:

Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2012 r. (sygn. KIO 2548/12), wyrok KIO z dnia 16 października 2012 r. (sygn. KIO 2112/12), uchwała KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO/KD 76/12), uchwała KIO z dnia 23 maja 2012 r. (sygn. KIO/KD 47/12), wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2011 r. (sygn. KIO 2445/11).

c. Zamawiający uzależniając wartość dostawy, którą ma się legitymować oferent od ceny oferty nie określił jednego wspólnego dla wszystkich wykonawców warunku, lecz postawił go odmiennie dla każdego uczestnika. Tymczasem stosownie do treści art.22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nie do oferty wykonawców. Zarazem zasada równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy) wymaga stosowania takiej samej miary kompetencji zawodowych w stosunku do każdego wykonawcy. Ustalając próg kwotowy warunku podmiotowego należy się zatem odwoływać do wartości zamówienia. Tym samym warunek powinien zawierać jasno skonkretyzowany poziom finansowy, wyrażony liczbą, a nie opisem który zmaterializuje się dopiero w momencie otwarcia ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych zapisów lub ich zmianę poprzez wskazanie, że za dostawy wykazujące spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający uzna te, które łącznie będą spełniały następujące cechy: 1) dotyczyć będą tomografu komputerowego o wartości nie mniejszej niż 3 800 000,00 PLN.

Alternatywnie odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

2. Niezależnie od wadliwości powyższego warunku zamawiający zaniechał zamieszczenia informacji o nim w ogłoszeniu o zamówieniu. Mianowicie w sekcji III.2.3) Ogłoszenia (kwalifikacje techniczne) zawarto tylko wymóg złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw (min.1 ) w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w



okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodów wskazujących, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Pominięto więc kluczowy dla dokonania oceny spełniania warunku opis szczegółowy, znajdujący się w siwz i precyzujący, że za dostawy wykazujące spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający uzna te, które łącznie będą spełniały następujące cechy: 1) dotyczyć będą przedmiotu takiego jak przedmiot zamówienia określony w niniejszym postępowaniu, 2) wartość wykonanych lub wykonywanych dostaw nie może być mniejsza niż wartość oferty wykonawcy.

Powyższe, w ocenie odwołującego, stoi w oczywistej sprzeczności z art. 22 ust. 3 ustawy w zw. z art. 41 pkt 7) ustawy, które to przepisy zakładają, że ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał na uzasadnienie uchwały KIO z 09 listopada 2012 r., (sygn. KIO/KD/ 88/12) na poparcie swojego stanowiska. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu poprzez uzupełnienie wymagań w zakresie kwalifikacji technicznych zgodnie z odpowiednimi postanowieniami siwz w tym zakresie lub nakazanie wykreślenia z siwz tej części opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, której nie zawarto w ogłoszeniu o zamówieniu. Alternatywnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

3. Kolejnym warunkiem udziału w postępowaniu, który opisano w odniesieniu do ceny oferty, a nie przedmiotu zamówienia jest wymóg (punkt 4.1. ppkt 4 siwz) przedstawienia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż cena złożonej oferty brutto. Jak to zostało objaśnione powyżej, zamawiający uzależniając w tym przypadku poziom wymagań ekonomicznych od ceny oferty nie określił jednego wspólnego dla wszystkich wykonawców warunku, lecz postawił go odmiennie dla każdego uczestnika, co jest niezgodne z art. 22 ust. 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia kwestionowanego zapisu lub jego zmianę poprzez wskazanie konkretnej sumy ubezpieczenia na którą ma opiewać polisa OC. Alternatywnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

III. Zarzut zamieszczenia siwz na stronie internetowej później niż od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a tym samym naruszenia art. 42 ust. 1 ustawy, według odwołującego polega na tym, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 26 kwietnia 2013 r. (piątek). Zgodnie z bezwzględnie obowiązującym art. 42 ust. 1 ustawy od ww. daty na stronie internetowej powinna być zamieszczona siwz. To jednak nie miało miejsca w przedmiotowym

postępowaniu. zamawiający udostępnił specyfikację wykonawcom dopiero w dniu 29 kwietnia 2013 r. od godz. 14:10:27. Z powyższym zaniechaniem wiążą się uciążliwe skutki dla wykonawców tj.:

a. Nie licząc podstawowego, czyli możliwości zapoznania się z wymaganiami zamawiającego co do przedmiotu postępowania, przede wszystkim wykonawcom skrócono termin na składanie pytań w stosunku do treści siwz. Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 1 ustawy wykonawca ma prawo oczekiwać od zamawiającego wyjaśnienia treści siwz pod warunkiem, że wniosek o jej wyjaśnienie wpłynie nie później niż do końca dnia w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. zamawiający przekazał ogłoszenie do publikacji w dniu 23 kwietnia wyznaczając termin składania ofert na 03 czerwca 2013 r. Termin zadawania pytań upływa więc 14 maja 2013 r. Mając na uwadze, że specyfikacja powinna być dostępna od 26 kwietnia br. wykonawcy mieliby realnie 17 dni na sformułowanie ewentualnych wątpliwości wobec treści siwz. Z powodu zaniechania zamawiającego tego czasu jest o 3 dni mniej. Jakkolwiek może się to wydawać niewiele, to w praktyce ma to doniosłe znaczenie. Firmy uczestniczą w wielu przetargach, dla takich przedsiębiorstw jak odwołującego, sprzedających zaawansowane technologicznie wyroby medyczne, rynek zamówień publicznych jest podstawowym źródłem przychodu. Możliwość ubiegania się o konkretne zadanie jest w zdecydowanej większości przypadków uzależniona od właściwej reakcji na wymagania poszczególnych zamawiających. Tomografy, rezonanse magnetyczne czy inne tego typu urządzenia posiadają setki różnych właściwości. Sprzęt oferowany przez konkurencyjnych producentów jest porównywalny, jednak każdy opiera swoje rozwiązania na własnej technologii, co powoduje że podobne funkcje realizowane są w oparciu o inne wartości konkretnych parametrów. Dlatego specyfikacje muszą być poddane bardzo szczegółowym analizom przez inżynierów, aby w porę zareagować na ewentualne ograniczenia sztucznie i niekiedy mimowolnie wprowadzone do siwz przez zamawiających.

b. Mając na uwadze powyższe w postępowaniu mamy do czynienia z istotnym uchybieniem w stosunku do obowiązującej procedury przetargu nieograniczonego, którego nie można konwalidować. Nie ma bowiem możliwości cofnięcia czasu i zamieszczenia siwz na stronie internetowej od dnia kiedy zgodnie z prawem powinna się tam znaleźć. Jedynym sposobem według odwołującego, aby postępowaniu nadać kształt odpowiadający bezwzględnie obowiązującym regulacjom prawnym jest jego powtórzenie i dlatego wniosł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania.

W dniu 10 maja 2013r. zamawiający wezwał wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym informując o wniesieniu odwołania i przekazując jego kopię.

W dniu 13 maja 2013r. swój udział w postępowaniu pisemnie zgłosił wykonawca Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11 wskazując, że przystępuje po stronie zamawiającego. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest oferentem urządzeń będących przedmiotem niniejszego postępowania i jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, a uważa, że zarzuty są niezasadne i szkodą postępowaniu, zaś postanowienia siwz nie szkodą odwołującemu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 maja 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 maja 2013r. faksem na dowód czego załączono raporty nadania faksu.

W dniu 20 maja 2013r. odwołujący cofnął wniesione w dniu 9 maja 2013r. odwołanie. Oświadczenie o cofnięciu zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący:** .....