

Sygn. akt: KIO/UZP 432/08

**WYROK**  
**z dnia 21 maja 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Niedziałek

**Członkowie:** Lubomira Matczuk-Mazuś  
Grzegorz Mazurek

**Protokolant:** Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Wojewódzki, 43-316 Bielsko-Biała, Al. Armii Krajowej 101** protestu z dnia 23 kwietnia 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Wojewódzki, 43-316 Bielsko-Biała, Al. Armii Krajowej 101**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Szpital Wojewódzki, 43-316 Bielsko-Biała, Al. Armii Krajowej 101** na rzecz **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż rezonansu magnetycznego dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku - Białej (numer referencyjny 15/2008), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2008r. pod numerem 2008/S 71-095642.

Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2008r. zamieścił na stronie internetowej, wraz z ogłoszeniem o wszczęciu postępowania, specyfikację istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w dniu 23 kwietnia 2008r. złożył za pomocą faksu protest na zapisy specyfikacji, zarzucając dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ustalenie kryteriów oceny ofert nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia, opisanie sposobu oceny ofert w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej, obiektywnej oceny oraz opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami ustawy. Wskazane czynności naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1 i 2. ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z ustawą sporządził specyfikację, a błędy z uwagi na zakaz modyfikacji wynikający z art. 38

ust. 5 stanowią wadę postępowania, która nie może być konwalidowana i skutkuje zatem unieważnieniem całego postępowania. W zakresie poszczególnych zarzutów, Odwołujący podnosił:

1. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie określił na ilu płaszczyznach pomiarowych ma być zrealizowany pomiar homogeniczności metodą VRMS. W „Parametrach granicznych przedmiotu zamówienia” w punktach od 1.10.1 do 1.10.04 Zamawiający oczekuje spełnienia odpowiednich wartości homogeniczności pola w kuli (wartości typowej w ppm mierzonej metodą VRMS) dla różnych wielkości średnicy kuli. Zdaniem Odwołującego ilość płaszczyzn pomiarowych przekłada się na dokładność pomiaru, to znaczy, iż wartość parametrów homogeniczności zmierzonych dla mniejszej liczby płaszczyzn mogą znacznie różnić się od wartości tych parametrów mierzonych na większej liczbie płaszczyzn, a otrzymane wartości mogą być nieporównywalne. Podawanie wartości parametrów homogeniczności zmierzonej dla mniejszej ilości płaszczyzn umożliwi „ukrycie” gorszej homogeniczności. Tym samym aby zapewnić porównywalność wartości homogeniczności pola w kuli, Zamawiający powinien zapewnić jednolity sposób oceny u wszystkich wykonawców, poprzez wskazanie ilości płaszczyzn pomiarowych. Przy obecnych zapisach siwz, opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący oraz narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

2. W zakresie sposobu oceny przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie będzie mógł dokonać obiektywnej oceny ofert, pod kątem wartości homogeniczności pola w kuli, gdyż wartości te nie będą porównywalne z uwagi na brak określenia ilości płaszczyzn pomiarowych. Ponadto Zamawiający, żądając wskazania wartości typowej w ppm mierzonej metodą VRMS, stosuje określenie „Produkt Data”, używany tylko przez niektórych producentów.

3. Określenie parametru ocenianego, tj. wartości maksymalnej zużycia helu w ciągu godziny, przy jednoczesnym wymaganiu, aby była ona większa od 0 l/godz., nie ma żadnego uzasadnienia klinicznego i ogranicza możliwość złożenia oferty przez niektórych wykonawców, w tym Odwołującego. Na rynku bowiem oprócz aparatów zużywających hel oferowane są nowocześniejsze systemy MR, które przy typowej pracy klinicznej nie zużywają tego gazu.

4. Preferowanie przy ocenie ofert, wartości największych Min FOV (we wszystkich osiach) dla pola prostokątnego wynika z pomyłki Zamawiającego, gdyż wymaganie podania tej wartości uzasadnia preferowanie wartości jak najmniejszej. Przesądza to o błędzie w określeniu sposobu oceny ofert i ze względu na art. 38 ust. 5 ustawy nie może podlegać modyfikacji, a w związku z tym postępowanie winno być unieważnione.

5. Zamawiający wymaga podania wartości kosztorysu obsługi serwisowej za 1 rbh licząc od momentu rozpoczęcia pracy w szpitalu, który obejmuje także koszty dojazdu i pobyt

serwisanta na terenie Szpitala Wojewódzkiego w Bielsku – Białej. Tak określone kryterium oceny ofert, zdaniem Odwołującego narusza uczciwą konkurencję, gdyż nie jest możliwe dokonanie bezstronnego, jednoznacznego porównania kosztów obsługi serwisowej składającej się z paru elementów bez dokładnego określenia jak oceniane będą jego poszczególne składowe (wykonawcy w różny sposób określają koszty związane ze świadczeniem obsługi serwisowej, w tym dojazdu). Ponadto, Zamawiający określając kryterium kosztów obsługi serwisowej naruszył art. 91 ust. 2 ustawy Pzp., gdyż nie odnoszą się one do przedmiotu oferty, a jedynie do świadczeń przyszłych.

6. Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą bez strat finansowych. Zdaniem Odwołującego narusza to art. 22 ust. 1 pkt 3, gdyż ogranicza się dostęp do niniejszego zamówienia wykonawcom, którzy pomimo ujemnego wyniku są w stanie wykonać zamówienie publiczne. W orzecznictwie, jak i piśmiennictwie jednolicie przyjmuje się, iż wymóg wykazania się zyskiem jest niezgodny z przepisami ustawy (wyrok ZA z 25.01.2005r. sygn. UZP/ZO/0-79/05) i narusza zasady równego dostępu do zamówienia. Ze względu na zakaz modyfikacji specyfikacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu, zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania.

Wskazane przez Odwołującego nieprawidłowości w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz opisie przedmiotu zamówienia, stanowią w większości nieusuwalne, na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy, wady postępowania, a dalsze prowadzenie takiego postępowania doprowadzić może do podpisania nieważnej umowy, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 30 kwietnia 2008r. Zamawiający oddalił protest, uznając go w całości za bezzasadny. Zamawiający wyjaśnił, iż parametr homogeniczności w kuli o danej średnicy dotyczy jednorodności pola, a przez to jakości otrzymywanych obrazów, tzn. im homogeniczność jest większa, tym jakość uzyskiwanych obrazów jest lepsza. Zamawiający wymaga podania wartości typowej mierzonej metodą VRMS, przyjętej powszechnie dla określenia homogeniczności. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że każdy z producentów ma inny sposób obliczania parametru VRMS, tzn. przyjmuje inną liczbę płaszczyzn czy ilości punktów pomiarowych. Dla tego właśnie, w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i zapewnienia możliwości obiektywnego porównania i oceny ofert wprowadził stosowny zapis do siwz. Odnosząc się do zarzutu użytego sformułowania „Produkt Data” Zamawiający uważa, że zapis Produkt Data oznaczający dane produktu jest nazwą typową używaną przez producentów i dotyczy typowych informacji technicznych danego produktu, potwierdzanych przez producenta w jego oficjalnych dokumentach dotyczących produktu. Zastosowanie takiego sformułowania nie narusza zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie dalszych zarzutów, Zamawiający wyjaśnia, iż od 1997r. eksploatuje w swojej siedzibie rezonans magnetyczny zużywający hel. Uzupełnianie gazu generuje koszty, dlatego Zamawiający zażądał podania maksymalnego zużycia helu, w celu przewidzenia kosztów eksploatacyjnych oferowanego urządzenia. Zamawiający posiada informację, że niektóre oferowane systemy faktycznie nie zużywają helu, ale wyłącznie podczas typowej pracy klinicznej, natomiast z doświadczenia wynikającego z eksploatacji posiadanego urządzenia Zamawiający posiada wiedzę, że zużycie helu związane jest zarówno z prowadzeniem typowej eksploatacji, jaki i wykonywaniem przeglądów i napraw awaryjnych. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający uznał za zasadne wprowadzenie zapisu dotyczącego warunku, aby zużycie helu było większe od 0 l/godz.

Zamawiający przyznał rację Odwołującemu w zakresie popełnienia omyłki przy określeniu sposobu oceny wg parametru wartości FOV, przy którym winna być preferowana wartość jak najmniejsza. Jednocześnie, Zamawiający uznał, biorąc pod uwagę treść oraz zestawienie umieszczonych w wierszu V.2, w kolumnie opisanej jako *parametry techniczne i funkcjonalne* oraz kolumny *Punktacja*, iż błędny zapis w ostatniej kolumnie przyjmuje znamiona oczywistej omyłki pisarskiej i jej poprawienie nie będzie przesłanką podlegającą rygorom z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert – kosztów obsługi serwisowej, Zamawiający powołuje się na brzmienie art. 91 ust. 2, z którego jednoznacznie wynika dopuszczalność, jako kryterium oceny ofert, kosztów eksploatacji. Dodaje również, iż brak umiejętności ustalenia kosztów obsługi serwisowej przez wykonawcę podważa jego profesjonalny charakter, a nie prawidłowość zapisów siwz.

W zakresie zarzutu dotyczącego sposobu ustalenia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wyjaśnił, iż jego zdaniem za zdolnych, w rozumieniu art. 22 ustawy Pzp., do realizacji zamówienia należy uznać tych wykonawców, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, działalność prowadzona ze startą nie zapewnia wykonania zamówienia. Dopuszcza on możliwość uznania, iż taki stan ekonomiczny nie wyklucza możliwości wykonania zamówienia, lecz jest to niewystarczające dla spełnienia hipotezy omawianego przepisu. Dopuszczając zatem do udziału w postępowaniu takich wykonawców, Zamawiający naruszyłby przepis art. 22 ust. 1 pkt 3, a nadto naraziłby finanse publiczne na ryzyko strat związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Błędne jest przy tym zdanie, jakoby wskazany warunek naruszał zasady uczciwej konkurencji. Równe traktowanie musi odnosić się do podmiotów posiadających takie same cechy istotne, a przedsiębiorcy prowadzący działalność ze startą i przedsiębiorcy działający z zyskiem, bez wątplenia znajdują się w odmiennej sytuacji ekonomicznej. Tym samym zrównanie ich traktowania prowadziłoby do zachwiania uczciwej konkurencji i równego traktowania. Na

końcu, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał posiadania interesu prawnego we wniesieniu protestu w tym zakresie, gdyż w szczególności nie przedstawił żadnych okoliczności, które wskazywałyby na nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł w dniu 05 maja 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, wskazał, iż nie zgadza się z argumentacją, jakoby producenci określali przy pomiarach homogeniczności metodą VRMS dla jakiej ilości płaszczyzn były one wykonywane. Istnieje zatem możliwość opisanie warunku pomiaru jednakowego dla wszystkich wykonawców. Ponadto Odwołujący nie zgadza się ze stwierdzeniem, iż określenie „Produkt Data” jest typową nazwą używaną przez producentów. Firma SIEMENS, której produkty Odwołujący oferuje nie używa takiego określenia. Zatem zastosowanie tego sformułowania utrudnia uczciwą konkurencję oraz uniemożliwia dokonanie obiektywnej oceny ofert. W zakresie powołanej okoliczności co do sposobu zużycia helu w urządzeniu eksploatowanym przez Zamawiającego, Odwołujący wskazuje, iż jest to aparat starszego typu, a przy nowoczesnych systemach MR wykonywanie przeglądów jest elementem typowej eksploatacji urządzenia MR i nie wiąże się ze zużyciem helu. Po drugie, w sytuacjach awaryjnych, przy których może dojść do zużycia helu, żaden producent nie jest w stanie przewidzieć i podać w danych technicznych max. zużycia helu w ciągu godziny. Dlatego też, Zamawiający chcąc poznać koszty eksploatacyjne zużycia helu opierać się może na danych podawanych przez producentów, które dla nowoczesnych systemów MR wynoszą 0 l/godz. Zdaniem Odwołującego, jakakolwiek zmiana w zakresie kryterium oceny ofert, w tym metodyki mającej mieć zastosowanie, jest niedopuszczalna i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Przejęcie instytucji „oczywistej omyłki pisarskiej” dla modyfikacji specyfikacji jest niedopuszczalne i nie może uzasadniać poprawienia zapisów dotyczących kryteriów oceny ofert. Powołując się na „Projekt umowy”, Odwołujący wskazuje, iż koszty obsługi serwisowej nie stanowią kosztów eksploatacji, lecz świadczenie pogwarancyjnej usługi serwisowej, która nie jest przedmiotem tego postępowania (przeglądy i naprawy w okresie rękojmi/gwarancji realizowane będą przez wykonawcę bezpłatnie). Tym samym Zamawiający przyznawać będzie punkty za świadczenie nie będące przedmiotem niniejszego przetargu. W zakresie warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący dodaje, iż prowadzenie działalności bez starty nie jest miernikiem kondycji finansowej przesądzającym o zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia, zwłaszcza iż przedmiotem zamówienia

jest dostawa urządzenia, a zamówienie realizowane ma być w krótkim czasie z krótkim terminem zapłaty.

W dniu 16 maja 2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Na posiedzeniu skład orzekający Izby nie dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie, gdyż wykonawca nie stał się uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, na skutek uchybienia terminu na przystąpienie, określonego w art. 181 ust. 4 pkt 2 w zw. z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji, a także stanowisk stron przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania. Podnoszony przez Zamawiającego zarzut niewykazania naruszenia interesu prawnego przez Odwołującego, nie może być uwzględniony. Izba z urzędu bada przesłanki formalne oraz materialno-prawne do wnoszenia środków ochrony prawnej. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia protestu oraz odwołania na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli naruszają one przepisy ustawy, a ich waga może przesądzać o legalności udzielonego zamówienia. Tym samym Izba uznała, iż wykonawca posiada interes prawny, gdyż ewentualne wady postępowania mogą decydować o ważności zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania umowy, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów zgłoszonych w proteście i odwołaniu, skład orzekający uznał, iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy prowadzących do konieczności jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt III ppkt 1 lit.a d-g) wskazał, iż o zamówienie ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, posiadają doświadczenie w dostawie i montażu rezonansu magnetycznego, dysponują środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie niższą niż 2.000.000,00 PLN, posiadają ubezpieczenie OC na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 1.000.000,00 PLN oraz prowadzą działalność gospodarczą bez strat finansowych. W celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej i finansowej, wykonawcy zobowiązani zostali przedstawić sprawozdanie finansowe w części obejmującej bilans oraz rachunek zysków i strat wraz z opinią biegłego rewidenta (jeżeli podlega badaniu) lub inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności (jeżeli wykonawcy nie są zobowiązani do sporządzenia sprawozdania finansowego) – za ostatni rok obrotowy, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, a także informacje banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej oraz polisę lub inny dokument potwierdzający objęcie ubezpieczeniem OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zamieszczenie warunku prowadzenia działalności gospodarczej bez strat finansowych, należy mieć na uwadze, przede wszystkim cel regulacji ustawowej, jakim jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Ustalenie sytuacji finansowej jednostki odbywa się w oparciu o szereg kategorii finansowych, podlegających wycenie zgodnie z zasadami rachunkowości i przyjętą w danej jednostce polityką rachunkowości. Efektem pomiaru dokonań jednostki jest ustalenie wyniku dokonań w określonym czasie. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu - prowadzenia działalności bez strat finansowych, w odniesieniu do ostatniego roku obrotowego, a w przypadku prowadzenia działalności w okresie krótszym, w tym okresie. W ocenie składu orzekającego, warunek ten nie daje podstaw do ustalenia, czy też wykluczenia zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia. W trakcie rozprawy, Zamawiający argumentował swoją decyzję o wprowadzeniu tak określonego warunku udziału w postępowaniu wskazując, iż wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą ze stratą nie osiągają celu działalności gospodarczej i tym samym nie dają zapewnienia możliwości wykonania zamówienia. W ocenie składu orzekającego taka argumentacja jest niewystarczająca do uznania zasadności wprowadzonego warunku. Ujemny wynik finansowy nie jest wskaźnikiem podważającym wiarygodność ekonomiczną, czy też finansową wykonawców. Interpretacja sprawozdań finansowych komplikuje się wskutek stosowania różnych rodzajów polityki rachunkowości, co może prowadzić do przedstawiania w sposób znacząco różny sprawozdań finansowych, opisujących te same zdarzenia i warunki. Celem polityki rachunkowości jest określenie zasad pomiaru rentowności i płynności, pozwalających na realizację długoterminowych celów jednostki – wyrażonych w postaci wyniku finansowego danego okresu i sytuacji majątkowej i finansowej na dzień kończący dany okres. Tym samym nie można uznać, jak czyni to Zamawiający, iż wykonawcy, którzy w ostatnim okresie rozliczeniowym osiągnęli ujemny wynik finansowy nie osiągają celu gospodarczego. W związku z powyższym skład orzekający uznał, iż postawiony przez Zamawiającego warunek prowadzenia działalności gospodarczej bez straty finansowej nie znajduje poparcia w przepisach art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie można stwierdzić jednoznacznie, iż wykonawcy, którzy w ostatnim roku obrotowym lub w okresie prowadzonej działalności (krótszym od roku obrotowego), osiągnęli ujemny wynik finansowy nie są zdolni wykonać zamówienie publiczne objęte przedmiotowym postępowaniem. Ponadto Zamawiający wymaga, aby wykonawcy dysponowali środkami



finansowymi do realizacji zamówienia na poziomie przekraczającym 50% wartości zamówienia. Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż warunek postawiony przez zamawiającego narusza przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z zakazem modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, wyrażonym w art. 38 ust. 5 ustawy Pzp., nie jest możliwe usunięcie wady postępowania i zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W zakresie pozostałych zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert, skład orzekający oddalił żądania Odwołującego.

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę wraz z montażem oraz uruchomienie w Szpitalu Wojewódzkim w Bielsku – Białej rezonansu magnetycznego dla Zakładu Diagnostyki Montażowej, wraz z wykonaniem niezbędnych adaptacji pomieszczeń pracowni rezonansu magnetycznego. Wykonawcy zapewnić mają także serwis gwarancyjny i pogwarancyjny zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w załącznikach do siwz (1c, 1d, i 1e).

W pkt VII B, Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Kryterium ceny przyznano wagę – 60%. Na pozostałe 40% składają się: parametry techniczne (30%), warunki gwarancji (7%) oraz warunki serwisu (3%). Metody przyznawania punktów w innych niż cena kryteriach oceny ofert, określone zostały odpowiednio w załączniku nr 1 b, d, e. Ilości punktów uzyskanych w poszczególnych kryteriach, mają być następnie przeliczane wg wagi kryterium, a następnie zsumowane. Za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która uzyska najwyższą sumę punktów.

W załączniku nr 1b Zamawiający podał parametry oceniane w ramach kryterium parametrów technicznych oferowanego sprzętu. Wykonawcy zobowiązani byli wskazać odpowiednie wartości wg tabeli „opis przedmiotu zamówienia”, w tym; dla magnesu min. typową homogeniczność pola w kuli 45 cm mierzoną metodą VRMS zgodnie z informacją zawartą w Produkt Data (lp. 1 ) dla poszczególnych średnicy (lp. 1.1 – 1.4) – preferowana wartość jak najmniejsza, max. zużycie helu w ciągu godziny (lp. 2) – podana wartość winna być większa od 0 l/godz.(preferowana wartość jak najmniejsza); w ramach parametrów akwizycyjnych (techniki obrazowania / postprocessing) – max. FOV (w osiach x, y, z oraz we wszystkich osiach) dla pola prostokątnego (preferowana wartość jak największa). Maksymalna ilość punktów możliwych do uzyskania w poszczególnych parametrach technicznych została wskazana w kolumnie „punktacja”.

W ocenie składu orzekającego, brak określenia ilości płaszczyzn pomiarowych homogeniczności pola w kuli, przy jednoczesnym wskazaniu metody badania VRMS nie

narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby ustalił, iż wskazana metoda VRMS jest stosowana powszechnie i dotyczy parametrów technicznych magnesu. Producenci określają homogeniczność pola z zastosowaniem wskazanej metody, co przesądza o braku naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skład orzekający nie uznał za zasadne żądanie od Zamawiającego sprecyzowania ilości płaszczyzn pomiarowych, gdyż każdy z producentów, co do czego nie było sporu pomiędzy stronami, przyjmuje do obliczenia parametru inną liczbę płaszczyzn oraz punktów pomiarowych. Zamawiający nie jest producentem sprzętu i nie odpowiada za sposób dokonania pomiaru parametrów technicznych. Wymaga jedynie, aby zaoferowany sprzęt posiadał typowe wartości homogeniczności pola w kuli w rozbiciu na poszczególne średnice kuli. W ocenie składu orzekającego opis przedmiotu zamówienia w zakresie kwestionowanego parametru nie narusza przepisów ustawy i umożliwia porównanie i ocenę ofert w kryterium parametru technicznego, zgodnie z załącznikiem 1 b do siwz. Również zarzut zastosowania angielsko-języcznego określenia „Produkt Data”, nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zwrot ten oznacza źródło danych o parametrach technicznych sprzętu i odnosi się do danych producenta urządzenia. Nie narusza ono uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy są w stanie podać dane producenta oferowanego urządzenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego określenia granicznej wielkości zużycia helu co najmniej większej od 0 l/godz., skład orzekający uznał, iż zapis ten nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, iż system chłodzenia magnesu jest zamknięty i zużywa hel. Podnoszony przez Odwołującego argument występowania nowoczesnych urządzeń, które w typowej pracy klinicznej nie zużywają helu, nie wyklucza zużycia gazu przez te urządzenia. Odwołujący potwierdził, iż będące w jego ofercie urządzenie objęte przedmiotem postępowania, zgodnie z danymi producenta nie zużywa helu w typowej pracy klinicznej, jednak nie przedstawił folderu tego rezonansu. Zamawiający natomiast przedłożył uwierzytelnione tłumaczenie z języka angielskiego innego rezonansu magnetycznego firmy Siemens pracującego w technice zerowego zużycia helu. Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż utrzymanie zużycia gazu na poziomie zerowym uzależnione jest od trybu pracy urządzenia, co zresztą wynika również ze stanowiska Odwołującego, który podkreślał, iż zerowe zużycie dotyczy wyłącznie typowej pracy klinicznej. Jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego folderu, wielkość zużycia helu określona jako 0,0 l/godz. „może być zachowana jedynie w przypadku typowego niezakłóconego zastosowania klinicznego urządzenia, zależnie od sekwencji oraz czasu pracy, pod warunkiem, że prowadzony jest regularny przegląd systemu”. Skład orzekający uznał, iż Zamawiający dążył do ustalenia wielkości zużycia helu,

co stanowiło kryterium oceny ofert. Wprowadzona wielkość graniczna uniemożliwi podanie wartości zerowej, określonej przez producenta z „gwiazdką”.

W zakresie zarzutu błędnego określenia sposobu oceny parametru ocenianego - parametru obrazowania (sekwencji) – min. FOV  $\leq$  1.0 cm, skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający w załączniku 1b żądał podania minimalnej wartości dla pola prostokątnego (V.2, kolumna 2 tabeli). Jednocześnie w opisie sposobu przyznawania punktacji omyłkowo wskazał, iż preferowana będzie wartość jak największa. Tym samym sposób przyznawania punktów pozostawał w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia – wielkością graniczną parametru. Opis parametru nie budził wątpliwości co do oczekiwanej wielkości, jak i konieczności wskazania wartości minimalnej. Ewentualne sprostowanie zapisu specyfikacji w zakresie preferowanej wielkości nie stanowiłoby zmiany kryterium oceny ofert, a jedynie miałoby na celu wyeliminowanie wewnętrznej sprzeczności siwz.

W załączniku nr 1 e Zamawiający opisał parametr oceniany w kryterium warunków serwisu, stanowiących koszt obsługi serwisowej za i rbh licząc od momentu rozpoczęcia pracy w Szpitalu Wojewódzkim w Bielsku – Białej, obejmujący także koszty dojazdu i pobyt serwisanta na terenie szpitala. Maksymalna ilość punktów 100. Odwołujący zarzucił, iż wskazane kryterium oceny jest niedopuszczalne, gdyż nie dotyczy on przedmiotu zamówienia. W okresie gwarancji koszty serwisu ponosić będzie wykonawca, natomiast dopiero koszty serwisu pogwarancyjnego będą obciążały Zamawiającego. Tym samym kryterium kosztów dotyczy przyszłych świadczeń nie objętych przedmiotem zamówienia. Skład orzekający stwierdził, iż Zamawiający w pkt VII ppkt 5 siwz wskazał, iż w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zapewni serwis gwarancyjny i pogwarancyjny. Zgodnie z art. 91 ust. 2 kryteria oceny ofert odnoszą się do przedmiotu zamówienia, w szczególności dopuszczalne jest zastosowanie kryterium serwisu. Skład orzekający uznał, iż wskazane w załączniku 1 e kryterium nie narusza art. 91 ust. 2 ustawy.

Mając na uwadze stanowisko Izby przedstawione powyżej w zakresie warunku udziału w postępowaniu, skład orzekający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba nie orzekała w zakresie zarzutów zgłoszonych dopiero na rozprawie i nie poprzedzonych protestem oraz odwołaniem.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....