

Sygn. akt: KIO 1080/17

Sygn. akt: KIO 1086/17

WYROK

z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **28 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 29 maja 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez:

A. wykonawcę **T. Sp. z o.o., (...)**-sygn. akt: KIO 1080/17,

B. wykonawcę **P.P. Sp. z o.o., (...)**-sygn. akt: KIO 1086/17

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, (40-027 Katowice),**

przy udziale wykonawcy: S.H. Sp. z o.o., (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1080/17 oraz sygn. akt: KIO 1086/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1080/17 oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 1086/17;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: T. Sp. z o.o., (...) oraz wykonawcę P.P. Sp. z o.o., (...) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 30.000 zł (słownie: trzydzieści tysięcy zł

zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: **T. Sp. z o.o., (...)** oraz **P.P. Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza na rzecz zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Francuska 20-24, (40-027 Katowice)** od wykonawcy: **T. Sp. z o.o., (...)** kwotę **1.947 zł** (słownie zł: jeden tysiąc dziewięćset czterdzieści siedem zł zero gr) oraz **P.P. Sp. z o.o., (...)** kwotę **1.947 zł** (słownie zł: jeden tysiąc dziewięćset czterdzieści siedem zł zero gr) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Katowice**.

.....

Sygn. akt: KIO 1080/17

Sygn. akt: KIO 1086/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [ustawa Pzp], o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy na „Dostawę tomografu komputerowego z montażem”, nr referencyjny ZP-17-018UN ("Postępowanie"), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 maja 2017 r. pod nr 2017/S 096-188636.

Odwołania zostały wniesione przez: (1) T. Sp, z o.o. z W. (sygn. akt: KIO 1080/17) oraz (2) P.P. Sp. z o.o. z W. (sygn. akt: KIO 1086/17) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ("SIWZ")

Zarządzeniem Prezes Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2017 r. odwołania - na podstawie art. 186 ust.1 zdanie drugie ustawy Pzp - zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą

Sygn. akt: KIO 1080/17

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że:

1. dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwił złożenie oferty Odwołującemu;
2. określił sposób oceny ofert w kryterium „jakość” w sposób nieobiektywny, nieproporcjonalny, sprzeczny z zasadą przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, wskutek czego w Postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy PZP.

Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp interes wykonawcy w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym został narażony na znaczną szkodę.

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

W uzasadnieniu wskazał na postanowienia Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, zawierający wymagania, co do parametrów dla tomografu komputerowego oraz na postanowienia Załącznika nr 2 do SIWZ, zawierającego opis parametrów ocenianych w kryterium „jakość”. Odwołujący stwierdził, że kwestionuje postanowienia w zakresie, które ograniczają konkurencję i uniemożliwiają wykonawcy złożenie oferty:

A. w zakresie Załącznika nr 1:

- 1) pkt III.9 - wymaganą maksymalną mocy generatora [kW] > 100 i żąda dopuszczenia tomografu komputerowego z mocą generatora 72 kW;
- 2) pkt III.13 – wymagany parametr: „szybkość chłodzenia anody lampy rtg [kHU/min] £ 1300. Parametr oceniany w kryterium „jakość” w pkt 4 załącznika nr 2 do SIWZ.
Wnosi o nakazanie zmiany SIWZ poprzez dopuszczenie tomografu z szybkością chłodzenia 1070 kHU/min.;
- 3) pkt III.17. – wymagany parametr: „najkrótszy czas pełnego obrotu (360°) układu lampa rtg - detektor 0,3 s”: Wniósł o nakazanie zmiany i dopuszczenie tomografu komputerowego z czasem obrotu 0.35s;
- 4) pkt VII.52. wymagany parametr: „Integracja wstrzykiwacza środka cieniującego z tomografem”. Wniósł o nakazanie zmiany i dopuszczenie tomografu komputerowego który będzie korzystał z alternatywnej do integracji sprzętowej integracji ze wstrzykiwaczem;
- 5) pkt VII.1. 55. – wymagany parametr: „Dwa monitory medyczne LCD, kolorowe, min. 19" na mobilnym statywie lub podwieszane, do wyświetlania obrazów anatomii objętej procedurą interwencyjną, w pokoju badań”;
- 6) pkt VII. 60. – wymagany parametr: „Automatyczna detekcja narzędzia w obszarze anatomii podlegającej procedurze”;
- 7) pkt IX. 1. – wymagane parametry dotyczące serwera aplikacji: „Serwer aplikacji: liczba procesorów: min. 2 pamięć RAM: min. 64 GB wbudowana macierz w konfiguracji RAID Level 5 pojemności macierzy: min. 2.6 TB ilość kart grafiki: min. 1 (Nvidia GPU lub równoważny) redundantne zasilanie typu Hot-plug chłodzenie zestawem wentylatorów redundantnych napęd optyczny: DVD RW jednoczesny rendering min. 24 000 warstw”;
- 8) pkt IX.4. – wymaganie: „Serwer podłączony interfejsem 10GbE. Wymagana dostawa switcha o min przepustowości 10GbE”;

- 9) pkt IXa. 14. – wymagany parametr: „Oprogramowanie umożliwiające wyświetlanie obrazów monoenergetycznych o ściśle określonej energii (z zakresu min. 60 - 130keV) pochodzących z akwizycji dwuenergetycznej, w tym z wizualizacją obrazu optymalnego kontrastu”;
- 10) pkt IXc.7. – wymaganie: „Oprogramowanie umożliwiające wyświetlanie obrazów monoenergetycznych, pochodzących z akwizycji dwuenergetycznej, z wizualizacją krzywych absorpcji materiałowej w zaznaczanych obszarach zainteresowania”;
- 11) pkt IXc.8. – wymaganie: „Oprogramowanie umożliwiające automatyczną wizualizację, z kodowaniem w kolorze, zmian w szpiku kostnym (stłuczenie kości, rozszanie guza) bazujące na dekompozycji materiałowej z wykorzystaniem danych uzyskanych w akwizycji dwuenergetycznej”;
- 12) pkt IXc.10. - wymaganie - „zaoferowania oprogramowania zintegrowanego z serwerem aplikacyjnym, do dystrybucji badań na oddziały (serwer dystrybucyjny)”

B. w zakresie Załącznika nr 2:

W załączniku tym wskazano parametry techniczne charakterystyczne dla urządzenia jednego producenta. Tak wypisane elementy powodują, że nawet gdyby inny producent został przez Zamawiającego dopuszczony do postępowania to musiałby zaoferować urządzenie za połowę jego wartości, tak „aby odrobić tendencyjną punktację” parametrów technicznych. Tym samym Zamawiający wykreował warunki realizacji zamówienia, w sposób premiujący urządzenie konkretnego producenta. Stąd żądanie ich zmiany w sposób proponowany przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący m.in. stwierdził, że: (...) w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP poprzez preferencję rozwiązań jednego producenta, a tym samym dyskryminację wszystkich innych potencjalnych urządzeń, włącznie z urządzeniami oferowanym na rynku polskim przez Odwołującego”.

Kwestionowane wymagania nie mają zdaniem Odwołującego, żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Odwołujący należy do grupy General Electric Company, która jest światowym dostawcą innowacyjnych technologii medycznych, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż Odwołujący nie może złożyć Zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność tomografu produkcji GE, ale naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest czynnością, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający jest zobligowany do dokonania takiej czynności z poszanowaniem fundamentalnej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakładającej na wykonawców obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. 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 konkretnego wykonawcę. Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wynikające z orzeczeń i podejmowanych uchwał. Także Sądów Okręgowych. Podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi być prowadzone tak, aby nie powodowało wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. W takim przypadku utrudnianiem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca". Podkreślił również, że (...) wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 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 - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym Postępowaniu". Dalej podał, że: (...) ustawodawca sankcjonuje już tylko zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez zamawiającego. Wskazał, ponadto – powołując się również na orzecznictwo, że (...) Zamawiający naruszył także w Postępowaniu zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP, nakazującą przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nastąpiło to poprzez tendencyjny dobór parametrów ocenianych w kryterium „jakość”. Odwołujący ma świadomość, że Zamawiający ma dużą swobodę w formułowaniu kryteriów oceny ofert, jednak nie jest ona nieograniczona. Zamawiający nie może bowiem dowolnie określać zasad oceny ofert - pozornie mieszcząc się w ramach prawnych, ale realnie nie dopuszczając możliwości konkurowania w postępowaniu. Zwłaszcza przy wadze kryteriów poza cenowych wynoszącej 40%, w tym 30 % w kryterium „jakość”. W przedmiotowym przypadku, jak zostało to już wskazane w poszczególnych punktach uzasadnienia, Zamawiający wprowadzając niektóre z postanowień SIWZ, dokonuje tego w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, kreując tym samym warunki realizacji zamówienia, w sposób premiujący urządzenie konkretnego producenta. Zamawiający nie może swoich praw wykorzystywać jako instrumentu do nieuzasadnionej preferencji określonych dostawców, kosztem innych, którzy również powinni mieć możliwość

partycypowania w rynku zamówień publicznych. Ustalane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie mogą naruszać zasad równego traktowania wykonawców i poszanowania uczciwej konkurencji. Nie mogą w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Jako przykład naruszenia tych zasad, w piśmiennictwie wskazuje się ocenę obiektywnie nieistotnych parametrów/ funkcji, co w sposób nieuzasadniony preferuje określone urządzenia/produkty. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Nie powinno być więc tak, że teoretycznie istnieje szereg wykonawców zdolnych złożyć ważną ofertę w Postępowaniu, ale tylko jedna firma, np. ze względu na właściwości produkowanego przez siebie sprzętu, które akurat podlegają ocenie punktowej w tym Postępowaniu, ma szansę na uzyskanie zamówienia. Podsumowując, zaznaczył, że: (...) modyfikacja SIWZ zgodnie z żądaniami pozwoli na zwiększenie liczby wykonawców zdolnych do złożenia ofert w Postępowaniu, co z kolei wpłynie na większą jego konkurencyjność, zgodnie z ideą przetargu nieograniczonego. Dopuszczenie większej liczby wykonawców nie tylko jest zgodne z zasadami wynikającymi z art. 7 ust. 1 Pzp, ale także pozwala na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród różnych urządzeń dostępnych na rynku. Będzie to też korzystne dla Zamawiającego ze względów ekonomicznych, gdyż istnienie rzeczywistej konkurencji pozytywnie wpłynie na wysokość cen oferowanych w Postępowaniu.

Sygn. akt: KIO 1086/17

Odwołujący - P.P. Sp. z o.o. z W. także zarzucił Zamawiającemu:

1. opisanie przedmiotu zamówienia poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty Odwołującemu;
2. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretne rozwiązania a nie funkcjonalności.

wskutek czego zostały naruszone przepisy art. 7 ust.1 i 3, art. 29 ust. 1 - 3, art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów i w sposób wskazany przez wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest dostawcą posiadającym stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponującym odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia. Postanowienia SIWZ naruszają przepisy prawa, co powoduje, że Odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty w Postępowaniu. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

W uzasadnieniu zarzutów wykonawca zwrócił uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. III CZP 52/02) - podjętej wprawdzie w odniesieniu do obowiązującej wówczas ustawy o zamówieniach publicznych, ale wciąż aktualnej w obowiązującym stanie prawnym. Sąd Najwyższy stwierdził: „(...) z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjność) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców”. Dalej podał, że (...) Podobne stanowisko wielokrotnie było wyrażane w doktrynie zamówień publicznych - zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publicznego. Zamawiający określając przedmiot zamówienia w ramach Postępowania winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SIWZ”. Ponadto podał, że (...) Zgodnie z pkt 74 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE): „Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób,

aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Znalazło to także swoje odzwierciedlenie w art. 42 ust. 2 ww. Dyrektywy, który stanowi, iż: „Specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję”

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się na konkretne rozwiązania, zamykając dostęp innym wykonawcom i uniemożliwiając im złożenie oferty. Zamawiający zatem opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ postanowienia SIWZ w zakresie dotyczącym systemu tomografu komputerowego (załącznik nr 1) preferują w sposób nieuzasadniony i niezgodny z prawem rozwiązania jednego producenta - koncernu S. (dalej: „S.”), skutkiem czego Odwołujący, jak i inni dostawcy technologii medycznych nie mogą realnie konkurować z ofertą tego producenta. Mając na uwadze powyższe, kolejno i szczegółowo odniósł się do parametrów, które nie mają żadnego - jego zdaniem - uzasadnienia w świetle celu, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia oraz naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyszczególnione parametry preferują sprzęt producenta S., mimo że nie mają technicznego uzasadnienia i dopuszczenie innych rozwiązań pozostawałoby bez wpływu na wartości użytkowo - diagnostyczne oferowanego sprzętu, i uniemożliwiają złożenie ofert przez innych dostawców technologii medycznych. Zarzuty podniesione w odwołaniu zostały skierowane wobec postanowień załącznika nr 1 do oraz do cz. XIII) specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” (dalej „Punktacja”):

- 1) Punktacja - poz. 1: Standardowa na rynku średnica otworu to 70 cm, jest ona wystarczająca do badania wszystkich pacjentów w tomografie ze stołem o udźwigu 200 kg – Wniósł o usunięcie punktacji parametru.
- 2) Załącznik nr 1 - poz.9: Wnosi o zmianę parametru i dopuszczenia mocy generatora, jako ≥ 80 .
- 3) Punktacja – poz. 2: Minimalne napięcie anody, możliwe do zastosowania w protokołach badań [kV] - Wniósł o usunięcie punktacji parametru.
- 4) Punktacja - poz 4: Szybkość chłodzenia anody lampy rtg [kHU/min] – Wniósł o usunięcie punktacji parametru.
- 5) Punktacja – poz.5 – Wartość kolimacji warstwy akwizycyjnej, w odniesieniu do izocentrum dla akwizycji wielowarstwowej - Wniósł o usunięcie punktacji parametru.
- 6) Załącznik nr 1 - poz.17: Wniósł o zmianę parametru i dopuszczenia czasu pełnego obrotu jako $\leq 0,45$ s. Obecne brzmienie: $\leq 0,3$ s - uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty.

- 7) Punktacja – poz.6: Maksymalne, rekonstruowane pole obrazowania FOV [cm] – Wniósł o usunięcie punktacji parametru. Wniósł także o usunięcie oceny parametru "maksymalne, rekonstruowane pola widzenia ≥ 50 cm" gdyż taki wymóg premiuje jednego producenta - firmę S., stawiając w niekorzystnej sytuacji większość diagnostycznych systemów tomografii komputerowej.
- 8) Załącznik nr 1 - poz.22: Matryca rekonstrukcyjna. Wniósł o wprowadzenie punktacji dla parametru "matryca rekonstrukcyjna"
- 9) Załącznik nr 1 - poz.24: Rozdzielczość wysokokontrastowa w płaszczyźnie (...) – Wniósł o zmianę parametru w zakresie punktu 2% na 0%.
- 10) Załącznik nr 1 - poz. 26: Szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy (...) - Wniósł o zmianę parametru i wprowadzenie wymogu szybkości rekonstrukcji obrazów na „s” jako ≥ 25 .
- 11) Punktacja – poz.7: Szybkość rekonstrukcji obrazów w matrycy (...) – Wniósł o usunięcie punktacji.
- 12) Załącznik nr 1 - poz.30: Maksymalny zakres wykonywania dynamicznych badań perfuzyjnych dla obszaru głowy i narządów mięszkowych przy pojedynczym podaniu kontrastu [mm] - Wniósł o zmianę parametru w zakresie wartości: ≥ 140 na: ≥ 80 .
- 13) Punktacja – poz.8: Maksymalny zakres wykonywania dynamicznych badań perfuzyjnych dla obszaru głowy i narządów mięszkowych przy pojedynczym podaniu kontrastu i rozdzielczości czasowej mniejszej od 2 sek [mm] - Wniósł o usunięcie punktacji parametru.
- 14) Punktacja – poz.9: Maksymalny zakres wykonywania dynamicznych badań naczyniowych 4D-CTA przy pojedynczym podaniu kontrastu i rozdzielczości czasowej nie większej niż 5 sek [mm] - Wniósł o usunięcie punktacji parametru.
- 15) Załącznik nr 1 – poz. 55: Dwa monitory medyczne LCD, kolorowe, min. 19" na mobilnym statywie lub podwieszane, do wyświetlania obrazów anatomii objętej procedurą interwencyjną, w pokoju badań. Wniósł o zmianę parametru.
- 16) Załącznik nr 1 – poz. 59: „Dedykowany pulpit do procedur interwencyjnych, umożliwiający kontrolę pozycjonowania pacjenta i obsługę monitora”. Wniósł o zmianę parametru.
- 17) Punktacja – poz.10: Wniósł o zmianę punktacji lipunktowanie “automatyczny” - 3 pkt lub alternatywnie usunięcie punktacji.
- 18) Punktacja – poz.12: Wniósł o zmianę punktacji i punktowanie “automatyczny” - 3 pkt lub alternatywnie usunięcie punktacji.
- 19) Punktacja – poz.13: Integracja z dostarczonym wstrzykiwaczem. Wniósł o zmianę punktacji i punktowanie “klasa sprzężenia IV” - 3 pkt.
- 20) Punktacja – poz. 14: Możliwość przełączania trybu pracy sekwencyjny/spiralny w trakcie trwania procedury (drenaże, biopsje, terapie bólu). Wniósł o usunięcie punktacji, alternatywnie o przyznanie 2 pkt. za płynne przełączanie.

- 21) Punktacja – poz. 17: Strefy wyłączania promieniowania rtg w obszarze pracy operatora procedury. Wniósł o usunięcie parametru wraz z punktacją. Dodatkowo wniósł o ocenę kluczowych parametrów takich jak:
- ✓ Szerokości detektora w odniesieniu do izocentrum; mniej niż 40 mm 0 pkt., równe i więcej 40 mm 10 pkt. Jest to niezwykle istotny parametr przekładający się bezpośrednio na szybkość skanowania.
 - ✓ Ilości projekcji na każdy element detektora, na obrót: do 2500 pkt., 2500-4000 2 pkt. Powyżej 4000 10 pkt. Parametr ten ma wpływ na jakość obrazowania, zgodnie z zasadą działania tomografu komputerowego, większa ilość projekcji pozwala poprawić jakość obrazowania.
- 22) Załącznik nr 1 - pkt. IX.1: Wniósł o rezygnację z wymagań dot. Serwera aplikacji
- 23) Załącznik nr 1 - pkt. IX.14: Wniósł o modyfikację dot. Oprogramowania.
- 24) Załącznik nr 1 - pkt. IX.b.1, IXc.1 – IXc.9. Wniósł o wprowadzenie punktacji niezależnie, dla każdej z wymienionych przez wykonawcę aplikacji klinicznych.
- 25) Załącznik nr 1 - pkt. IXc.10: Wniósł o usunięcie parametru, którego rolę [tego oprogramowania] (dystrybucję obrazów na oddziały szpitalne) zapewnia posiadany aktualnie przez Zamawiającego moduł dystrybucji systemu PACS.
- 26) Załącznik numer 1 - Rozdział IX: STANOWISKA OPISOWE w oparciu o serwer postprocesingowy do kompleksowej diagnostyki onkologicznej: Wniósł o dopuszczenie jako równoważne do dostawy nowego systemu, rozbudowę aktualnie posiadanego i użytkowanego rozwiązania do 5 jednoczesnych użytkowników systemu (z jednoczesnym dostępem do wszystkich zainstalowanych aplikacji w systemie), wraz z rozbudową pakietu aplikacji do finalnie wymaganego w bieżącym postępowaniu. Zakwestionował także punktację.
- 27) Załącznik numer 1- pkt. IXa.14, IXc.1-IXc.7-8: Wniósł o rezygnację z tych wymagań lub pozostawienie ich jako dodatkowo punktowane.
- W podsumowaniu ponownie zwrócił uwagę na premiowanie rozwiązań charakterystycznych dla produktów S. i stwierdził, że uwzględnienie odwołania powoli Odwołującym na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, albowiem Zamawiający w sposób pośredni – również poprzez wskazanie nadmiernych (wygórowanych) parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem pozostałych.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie w pismach z dnia 2 czerwca 2017 r. po stronie Zamawiającego wykonawca - S.H. Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołań. Wskazał, że wykonawca ma interes w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołań oraz jego rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, ponieważ jest wykonawcą zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu i uważa, że zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne i jedynie szkodzą losom postępowania, w

żadnym stopniu nie służąc ochronie interesu Odwołujących, co dodatkowo narusza interes Przystępującego, jako wykonawcy zainteresowanego wzięciem udziału w postępowaniu.

Zamawiający w piśmie z dnia w piśmie z dnia 12.06.2017 r. oświadczył, że uwzględnił odwołania. Dalej podał, że (...) *biorąc pod uwagę argumentację odwołujących dokonuje zmiany treści SIWZ w zakresie parametrów wymaganych i parametrów „dodatkowych” ocenianych w kryterium „jakość”*. Powyższe oświadczenie dotyczyło trzech spraw: KIO 1079/17, KIO 1080 i KIO 1086, które zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Zamawiający w niniejszej sprawie - tak jak wskazano powyżej pismem z dnia 12/06/2017 - oświadczył, że uwzględnił odwołania oraz podał, że (...) *biorąc pod uwagę argumentację odwołujących dokonuje zmiany treści SIWZ w zakresie parametrów wymaganych i parametrów „dodatkowych” ocenianych w kryterium „jakość”*. Powyższa decyzja dotyczyła także odwołania w sprawie KIO 1079/17 wniesionego w tym samym postępowaniu na postanowienia siwz, a które wobec decyzji Zamawiającego o uwzględnieniu odwołań (KIO 1079/17, KIO 1080 i KIO 1086) zostało przez wnoszącego odwołanie GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w piśmie z dnia 26/06/2017 r. cofnięte w całości.

Wykonawca S., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu pismem z dnia 21 czerwca 2017 r. oświadczył w piśmie z dnia 26.06.2017 r., że zgłasza sprzeciw, a na posiedzeniu przed KIO oświadczył, że sprzeciw dotyczy dwóch uwzględnionych zarzutów, a mianowicie dotyczących modyfikacji parametrów - według załącznika nr 1 do specyfikacji:

- ✓ pkt III.9 (generator i lampa) - wymagany parametr: „najkrótszy czas pełnego obrotu (360°) układu lampa rtg - detektor $\leq 0,3$ s”: Wniosek dotyczył zmiany czasu obrotu na: $\leq 0,35$ s, alternatywnie $\leq 0,45$ s;
- ✓ pkt VII.17. Maksymalna moc generatora (kW) - wymagany parametr: ≥ 100 . Wniosek dotyczył jego obniżenia: ≥ 72 alternatywnie ≥ 80 .

Te parametry w podobny sposób i z podobnymi żądaniem były kwestionowane zarówno w odwołaniu wniesionym przez T. sp. z o.o. [KIO 1080/17], jak i w odwołaniu P. sp. z o.o. [KIO 1086/17].

Wnoszący sprzeciw S. stwierdził, że kwestionowana zmiana parametrów, wynikająca z modyfikacji specyfikacji z dnia 09.06.2017 r. oraz z dnia 27.06.2017 r. w zakresie pkt III.9. i pkt III.17. załącznika nr 1 była spowodowana:

✓ wprowadzeniem Zamawiającego w błąd przez Odwołujących. Jego zdaniem, kwestionowane przez wykonawców parametry pozwalały – wbrew ich twierdzeniom - na złożenie tym wykonawcom ofert, a takie wprowadzenie w błąd Zamawiającego narusza uczciwą konkurencję, albowiem Zamawiający z własnej inicjatywy nie zmieniałby tych parametrów.

Wskazał ponadto, że zmiana parametrów:

- ✓ powoduje, że Odwołujący będą mogli zaoferować inne urządzenia nie porównywalne do tego urządzenia, jakie zaoferuje S..
- ✓ jest zmianą kluczową, dla jakości tomografu oraz pozostaje w sprzeczności z wymaganiami określonymi rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 05.08.2016 r. w sprawie szczegółowych kryteriów wyboru ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych (Dz.U. 2016 poz.1372).
- ✓ nie jest uzasadniona, albowiem krótszy czas obrotu pozwala na krótszy czas badania i wyraźniejszy obraz, co z punktu widzenia pacjenta jest istotne.

Wnoszący odwołanie wykonawcy podtrzymali na posiedzeniu zarzuty w zakresie objętym sprzeciwem - odnoszące się do pkt III.9 i pkt V.17 - przyznając jednocześnie, że modyfikacje tych punktów wynikające ze specyfikacji z dnia 09.06.2017 r. oraz z dnia 27.06.2017 r. stanowią odpowiedź na ich żądanie, są przez nich akceptowalne i odpowiadają ich oczekiwaniom, co do możliwości złożenia konkurencyjnej oferty.

W zakresie pozostałych zarzutów, wobec odpowiedniego uwzględnienia żądań wnoszących odwołanie wykonawców [wykonanych opublikowanymi modyfikacjami z dnia: 09.06.2017 r. oraz z 27.06.2017 r.], Odwołujący oświadczyli na posiedzeniu do protokołu, że cofają te zarzuty.

Wykonawcy w odwołaniach, co do wskazanych powyżej parametrów, których zmiany dotyczył sprzeciw, podnosili, w szczególności zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp z uwagi na preferencję - ich zdaniem - rozwiązań jednego producenta S., co tym samym dyskryminowało wszystkie inne potencjalne możliwe do zaoferowania urządzenia, włącznie

z urządzeniami oferowanym na rynku polskim przez Odwołujących, z uwagi na wymagania nie mające żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia. Ponadto podnosili, że kwestionowane parametry uniemożliwiają wnoszącym odwołanie złożenie konkurencyjnej oferty. Podnosili także naruszenie w tym postępowaniu zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, nakazującej przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, które to naruszenie związane jest z tendencyjnym w przekonaniu wykonawców doborem wymaganych i ocenianych parametrów.

Izba, z uwagi na podnoszoną przez Przystępującego argumentację, uznała, że sprzeciw nie jest zasadny. Ta argumentacja wskazuje, że wnosząc sprzeciw S.miał na celu przede wszystkim utrzymanie lepszej pozycji dla urządzeń jego firmy. Wskazuje na to żądanie utrzymania parametrów w ich pierwotnym opisie, które w całości, także w zakresie objętych sprzeciwem, mogły dawać temu producentowi (dostawcy) nieuzasadnioną obiektywnie przewagę nad oferowanym urządzeniem tomografu innych producentów, co z kolei byłoby sprzeczne ze wskazywanymi przez Odwołujących obiektywnymi przesłankami wymaganymi ustawą Pzp, w tym jej art. 29 ust. 2.

Izba zwraca uwagę, że na gruncie przepisu art. 29 ust.2 ustawy Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, z którym to uprawdopodobnieniem mamy do czynienia w stanie faktycznym. Tym samym brak jest podstaw, do uchylecia decyzji Zamawiającego o zmianie, w zakresie kwestionowanym, wskazywanych przez wnoszącego sprzeciw parametrów. Odwołujący bowiem, w przeciwieństwie do Przystępującego, uprawdopodobnili, że kwestionowane parametry przed ich zmianą uzasadniały podnoszone w odwołaniu zarzuty opisanie ich w sposób naruszający wskazane przepisy prawa. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że powoływane przez Przystępującego rozporządzenie ministra zdrowia, nie zostało wskazane w specyfikacji dla tego przetargu, a ponadto - jak wskazuje chociażby jego tytuł, a także jego § 1 - dotyczy nie opisu parametrów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a (...) *kryteriów wyboru ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych (...)*”.

Na marginesie Izba wskazuje, że obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – jak wynika to z orzecznictwa, jak również z przepisów dyrektywy wskazywanych przez Odwołujących - nie jest obowiązkiem bezwzględnym. Zamawiający ma

bowiem prawo określić przedmiot zamówienia i warunki realizacji w sposób uwzględniający jego potrzeby i tak, aby uzyskać oczekiwany [najlepszy] efekt, nawet jeśli wykluczałoby to możliwość realizacji zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Jednakże wymagania muszą pozostawać w związku z obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a nie w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców, posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, które to wymagania, premiiowane, a pozostające bez wpływu na wartości, przykładowo diagnostyczno-użytkowe sprzętu, nie pozwalają wykonawcy realnie konkurować w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, w ocenie Izby, postanowienia SIWZ w zakresie dotyczącym systemu tomografu komputerowego (załącznik nr 1) – w brzmieniu przed ich zmianą – mogły być niewątpliwie odczytane, jako preferujące w sposób nieuzasadniony rozwiązania jednego producenta - koncernu S., skutkiem czego Odwołujący, jak i inni dostawcy technologii medycznych mogliby mieć utrudnioną uczciwą konkurencję, albowiem utrudnione byłoby realne konkurowanie z ofertą tego producenta. Zamawiający zatem, najlepiej znający jego potrzeby, miał prawo przeanalizować (z uwzględnieniem interesu pacjenta) ponownie parametry i dokonać ich zmian w świetle celu, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, modyfikując w takim zakresie, w jakim nie miały one technicznego uzasadnienia oraz dopuszczając inne rozwiązania, w miejsce tych (obok tych), które pozostawały bez wpływu na wartości użytkowo- - diagnostyczne oferowanego sprzętu, i niezasadnie uniemożliwiały złożenie konkurencyjnych ofert przez innych dostawców technologii medycznych.

Izba jednocześnie stwierdza, że opublikowane modyfikacje SIWZ [z dnia 09.06.2017 r. oraz z dnia 27.06.2017 r.] uwzględniają opisane zmiany, które satysfakcjonują wnoszących odwołania. Tym samym, rozstrzygając w tej sprawie Izba musiała uwzględniać, że w momencie wyrokowania nastąpiła modyfikacja spornych parametrów w specyfikacji, o czym wnoszący odwołanie wykonawcy zostali poinformowani i zaakceptowali zmiany. W ocenie Izby zaistniała sytuację procesową należało ocenić jako wykonanie przez zamawiającego żądań odwołujących jeszcze przed otwarciem rozprawy. W tej sytuacji uwzględnienie odwołania, z uwagi na wniesiony sprzeciw, w konsekwencji uznany przez Izbę za niesłuszny –[zgodnie z ustaleniami Izby, brak podstaw do kwestionowania poprawności oceny i w konsekwencji zmian spornych parametrów] powodował, że rozstrzygnięcie przez Izbę o

zasadności podniesionych przez Odwołujących zarzutów okazało się bezprzedmiotowe, skoro spór pomiędzy wnoszącymi odwołania wykonawcami już wygasł.

Izba nie neguje, że odwołanie zostało skierowane przeciwko czynności Zamawiającego, która w dacie wnoszenia odwołań nie była jeszcze dokonana. Jednakże przepisy ustawy Pzp nie zabraniają zamawiającemu dokonywania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu/specyfikacji istotnych warunków zamówienia po wniesieniu odwołania, a przed jego rozstrzygnięciem przez Izbę, w tym również w kierunku wnioskowanym przez odwołujących. Izba wydając zatem wyrok - w myśl art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uczynienie przez zamawiającego zadość żądaniom odwołań przed rozpoczęciem rozprawy i zmiana spornych parametrów nie kwestionowana (zaakceptowana) przez Odwołujących, a którym to zmianom niesłusznie – w konsekwencji w ocenie Izby - sprzeciwił się Przystępujący, powodowała przeszkodę do uwzględnienia przez Izbę odwołań w związku ze wskazywaną powyżej dyrektywą z art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji: (...) *jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które „miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”*. W stanie faktycznym sprawy nakazanie dokonania zmiany parametrów, byłoby tylko pozorne i tym samym nie może mieć już jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, skoro na moment wyrokowania obowiązują parametry o nowych wartościach, czego domagali się Odwołujący.

Odwołujący – reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników, niewątpliwie powinni mieć świadomość zaistniałej sytuacji procesowej i nie ograniczać swoich decyzji tylko do cofnięcia zarzutów, których nie dotyczył sprzeciw, a które to cofnięcie *de facto* nie wywierało skutku prawnego na decyzję o uwzględnieniu zarzutów i wykonaniu żądań, o której wykonawcy zostali bezspornie powiadomieni. Cofnięcie mogłoby wyrzucić skutek - zgodnie z regułą określoną art. 186 ust. 3a ustawy Pzp - tylko, co do sprzeciwu wniesionego w zakresie zarzutów, które w konsekwencji, zgodnie z regułą określoną art. 186 ust. 4 ustawy Pzp zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie. Izba zwraca uwagę, że skuteczne cofnięcie odwołania niewątpliwie znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem i cofnięcie odwołania jest nieograniczonym w czasie - zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp - uprawnieniem odwołującego na każdym etapie postępowania odwoławczego (aż do czasu zamknięcia rozprawy). Takie cofnięcie, zgodnie z regułą określoną art. 186 ust. 6 pkt 1 skutkuje tym, że koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Izba zwraca jednocześnie uwagę, że zgodnie ze wskazywanym art. 186 ust.4 ustawy Pzp: *„Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po*

stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie". Z kolei jego ust. 6 pkt 3 lit. b) stanowi, że koszty (...) w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi: a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę". W takim przypadku w sytuacji, gdy oddalenie odwołania jest skutkiem nie tyle uwzględnienia sprzeciwu, ale wskazywanej przez Izbę reguły wynikającej z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, to wobec oddalenia odwołania, koszty postępowania odwoławczego stosownie do wyniku z uwzględnieniem wskazanego art. 186 ust.6 pkt 1 ustawy Pzp poniosła strona odwołująca, która pomimo uwzględnienia zarzutów i wykonania żądań przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, wobec wniesionego sprzeciwu, dalej te zarzuty podtrzymała.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji, oddalając obydwie odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz odpowiednio w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: