

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o., ul. Dekerta 1, 66-400 Gorzów Wielkopolski**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SIWZ pkt. nr 1008 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości zaoferowania tomografu o szerokości detektora nie mniejszej niż 19,2 mm w miejsce wymaganej szerokości 20 mm.
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, i:
 - 3.1 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 000,00 (trzy tysiące) złotych tytułem zwrotu części uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o., ul. Dekerta 1, 66-400 Gorzów Wielkopolski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na *dostawę akceleratorów wysokoenergetycznych wraz z montażem i wyposażeniem dla Ośrodka Radioterapii* Numer sprawy: ZP/N/6/18.

Postępowanie jest na etapie składania ofert, po opublikowaniu treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wobec treści postanowień SIWZ dwaj potencjalni wykonawcy tj. Elekta Sp. z o.o., ul. Inflancka 4C bud. D, 00-189 Warszawa oraz Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa wnieśli odwołania od treści postanowień SIWZ. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa oraz w sprawie o sygn. KIO 632/18 wykonawca Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa.

W dniu 17 kwietnia 2018 roku Zamawiający dokonał modyfikacji treści postanowień SIWZ w wyniku której nastąpiło częściowe uwzględnienie obu odwołań. W następstwie powyższego wykonawca Elekta Sp. z o.o cofnął odwołanie w rezultacie którego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze zainicjowane odwołaniem tego wykonawcy. Natomiast wykonawca Siemens Healthcare Sp. z o.o – dalej zwany „Odwołującym” w zakresie nieuwzględnionych zarzutów (zarzuty od 3-7 odwołania) podtrzymał treść podniesionych zarzutów i żądań. Podnosząc zarzuty wskazał iż Zamawiający poprzez taki opis dopuścił się naruszenia przepisu zakresie art.7 ust.1 oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Odwołujący w zakresie zarzutu ozn nr 3 w odwołaniu pkt 1008 załącznika nr 2 do SIWZ podniósł, że obecny zapis uniemożliwia MU złożenie ważnej oferty na jakikolwiek tomograf do planowania radioterapii, firmy Siemens. Zamawiający wymaga szerokości zespołu detektorów w osi Z nie mniejszej niż 20 mm, ale też oczekuje jak najmniejszej szerokości warstwy akwizycyjnej (pkt 1007), co w efekcie oznacza, że detektor spełniający wymóg min. 16 rzędów nie spełnia warunku szerokości zespołu detektorów ($16 \times 1,2 = 19,2$). Podnosząc powyższe wniósł o dopuszczenie szerokości detektora 19 mm, co umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Wniósł o dopuszczenie aby zakres anatomiczny skanowania przy jednym obrocie w izocentrum wynosił > 19 mm i wskazał, że wnosi aby za zaoferowanie zakresu skanowania 19 mm – wykonawca otrzymał „O”p, a za zaoferowanie szerszego pola skanowania > 19 mm 5 pkt.

W zarzucie 4 Odwołujący podniósł iż sformułowanie wymogu mocy generatora minimum 100 kW jest nieuzasadnionym preferowaniem wybranego modelu tomografu firmy GE Healthcare, ponieważ inne modele tomografów, w tym samym segmencie, posiadają różne moce generatora, w zależności od budowy tomografu. Dodatkowo w najnowszych tomografach stosowane są zaawansowane algorytmy rekonstrukcji iteracyjnej oraz nowe czulsze detektory, dzięki czemu możliwe jest stosowanie generatorów o niższej mocy przy tej samej jakości obrazu i parametrach diagnostycznych, za to skutecznie obniżając dawkę promieniowania na jaką narażony jest pacjent. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o dopuszczenie mocy generatora min. 80kW, wskazując, aby za zaoferowanie tomografu o takiej mocy generatora wykonawca otrzymał „0” pkt a za 100 i więcej 5 punktów.

W zarzucie 5 Odwołujący wniósł o dopuszczenie zmniejszenia wymogu maksymalnego prądu lampy z minimum 800 mA na 660 mA, gdyż takie wymaganie jest nieuzasadnionym preferowaniem wybranego modelu tomografu firmy GE Healthcare, ponieważ inne modele tomografów, w tym samym segmencie, posiadają różne wartości prądu lampy, w zależności od budowy tomografu. Parametr ten ściśle związany jest z mocą generatora (pkt 1009) i bezpośrednio przekłada się na dawkę promieniowania dostarczaną pacjentowi. W najnowszych tomografach stosowane są zaawansowane algorytmy rekonstrukcji iteracyjnej oraz nowe czulsze detektory dzięki czemu możliwe jest stosowanie niższych prądów lampy przy tej samej jakości obrazu i parametrach diagnostycznych, za to — skutecznie obniżając dawkę promieniowania na jaką narażony jest pacjent. Wniósł o dopuszczenie maksymalnego prądu lampy na min. 660 mA, co umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

W zarzucie 6 (pkt1019) Odwołujący wniósł o to, aby Zamawiający zrezygnował z wymogu pomiaru wielkości voxela,, co umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

W zarzucie 7 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z wymagania integracji z systemem firmy GE DoseWatch, gdyż jest to jest świadomym utrudnianiem uczciwej konkurencji. Wniósł o dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego, nowego systemu zapisywania dawek otrzymanych przez pacjenta.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że podniesione zarzuty są niezasadne i odwołanie winno zostać oddalone..

Odnosząc się w kolejności przedstawionych powyżej zarzutów podniósł, że :

- zarzut 3 - Zamawiający nie dopuszcza możliwości, aby zakres anatomiczny skanowania przy jednym obrocie wynosił mniej niż 20 mm. Zakres anatomiczny skanowania przekłada się bezpośrednio na czas skanowania, ciepło wydzielane przez lampę (99% energii kinetycznej elektronów zamienianych jest na ciepło) oraz mniejszą dawkę dla pacjenta.

Zamawiający zamierza prowadzić terapię dla wszystkich potencjalnych pacjentów, w tym z uwzględnieniem bramkowania oddechowego dostarczanego wraz z oferowanym tomografem jak i dla systemu dostarczanego z akceleratorami. Wykonawca musi zapewnić Zamawiającemu, że oferowany tomograf zapewni jak najszybszą realizację skanowania dla długotrwałej procedury jaką jest skanowanie pacjenta w różnych fazach oddechowych, Zamawiający również pragnie otrzymać lampę wraz z odpowiednim chłodzeniem, które to zagwarantuje. Jednocześnie, tomograf po skanowaniu z bramkowaniem oddechowym musi być gotowy do następnej tego typu procedury.

- zarzut 4 Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania generatora o mocy mniejszej niż 100 kW. Aktualna w zakresie tego zarzutu jest argumentację z punktu "Zarzut 3", w zakresie szybkości skanowania i skrócenia czasu pobytu pacjenta na tomografie. Podał, że Zamawiający zamierza prowadzić terapię dla wszystkich potencjalnych pacjentów, w tym z uwzględnieniem bramkowania oddechowego dostarczanego wraz z oferowanym tomografem jak i dla systemu dostarczanego z akceleratorami. Dlatego też wykonawca musi zapewnić Zamawiającemu, że oferowany tomograf zapewni stałą i niezmienną jakość skanowania dla długotrwałej procedury jaką jest skanowanie pacjenta w różnych fazach oddechowych, co jest jednym z konkretnych celów zamówienia.

- w zakresie zarzutu 5. Podał, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości obniżenia maksymalnego prądu lampy do wartości 660 mA. Zamawiający powtórzył argumentację z punktu "Zarzut 3 i 4", wskazując, że mniejsza moc generatora przekłada się na mniejszy prąd lampy. Zamawiający zamierza prowadzić terapię dla wszystkich potencjalnych pacjentów, w tym z uwzględnieniem bramkowania oddechowego dostarczanego wraz z oferowanym tomografem jak i dla systemu dostarczanego z akceleratorami. Wykonawca musi zapewnić Zamawiającemu, że oferowany tomograf zapewni jak najszybszą, stałą i niezmienną jakość skanowania dla długotrwałej procedury jaką jest skanowanie pacjenta w różnych fazach oddechowych, co jest jednym z konkretnych celów zamówienia. Dodatkowo, Zamawiający pragnie otrzymać generator o odpowiedniej mocy, które to zagwarantuje. Jednocześnie, tomograf po skanowaniu z bramkowaniem oddechowym musi być gotowy do następnej tego typu procedury.

- w zakresie zarzut ozn. nr 6 podał, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości, aby zrezygnować z rozdzielczość przestrzennej voxela. Zamawiający zamierza prowadzić terapię dla wszystkich potencjalnych pacjentów, w tym dla zakwalifikowanych do stereotaksji. Wykonawca mógł zorientować się po przedmiocie zamówienia, że to jest jeden z konkretnych celów zamówienia. Stereotaksja wymaga precyzji w lokalizacji obszarów tarczowych (i organów krytycznych), zwłaszcza w regionie głowy, oraz precyzji w deponowaniu dawki (wielokrotnie przekraczającą konwencjonalną dawkę frakcyjną). Dokładna mapa geograficzna (voxela) oraz dokładna zależność ED v HU jest warunkiem

koniecznym prawidłowej stereotaksji. Odwołujący nie ma racji pisząc "Ze względu na subiektywny charakter pomiaru wielkości voxela,...N, gdyż pomiar i wzory są obiektywne, natomiast błąd jest duży.

- odnośnie zarzutu 7 Zamawiający wskazał, że DoseWatch to rozwiązanie obsługujące wiele metod badań i urządzenia różnych producentów. Wykrywając możliwe przyczyny nadmiernego promieniowania, oprogramowanie DoseWatch pomaga zoptymalizować poziomy dawek, tak aby możliwa była akwizycja wyraźnych obrazów diagnostycznych przy niskiej ekspozycji. Dlatego też nie dopuszcza możliwości zamiany tego systemu poprzez zaoferowanie innego systemu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa poparł stanowisko Zamawiającego i wskazał, że niezasadna jest argumentacja Odwołującego, iż postawione w SIWZ wymagania ograniczają Odwołującemu możliwość złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty. Stwierdził, że Przystępujący posiada w swojej ofercie tomografy które spełniają w pełni wymagania Zamawiającego, lecz Odwołujący chciałby zaoferować urządzenie najtańsze o najslabszych parametrach.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pisma Zamawiającego, dowodów przedstawionych na rozprawie, stanowiska stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego i pozostałych do rozstrzygnięcia przez Izbę, jest zasadne tylko w zakresie zarzutu ozn. numerem 3 i podlega w tej części uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że postanowił uwzględnić dwa z siedmiu podniesionych zarzutów. Zarzuty uwzględnione zostały na etapie posiedzenia cofnięte przez Odwołującego.

Przed rozpatrzeniem merytorycznym zarzutów Izba zwraca uwagę na kwestię mającą zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Wskazać należy, iż w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co

na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

Izba wskazuje że wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny. Natomiast może podnosić, że sformułowane treści wymagań uniemożliwiają Mu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, a zmiana SIWZ we wnioskowanym kierunku nie doprowadzi do zmiany przedmiotu zamówienia, którego Zamawiający oczekuje wszczynając postępowanie. Izba w wyroku o sygn. KIO 2149/13 uznała, że *nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ*. Ponadto wskazać należy, iż w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To Odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp i równocześnie z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego./podobnie wyrok KIO 402/11/.

Podkreślić należy także, że jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu, wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które *mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji*, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe ustalenia i rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, że Odwołujący podał, że Zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp sporządził SIWZ, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nie utrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia nie zachowując tym samym należytej staranności i przez to Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zaoferowanie urządzenia produkcji Siemens. Zamawiający przez tak dokonany opis w sposób nieuzasadniony dokonuje uprzywilejowanie rozwiązań w zakresie symulatora 3D jednego producenta - GE Healthcare, co czyni przedmiotowe postępowanie niezgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Izba po zapoznaniu się ze stanowiskiem stron oraz Przystępującego uznała, że niewątpliwym jest, że w tej klasie tomografów przy tak postawionych wymaganiach Odwołujący ma utrudnioną możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Odwołujący podnosił, że spór toczy się o 0.8 mm szerokości skanowania, a więc jest to 4% różnicy w powierzchni skanowania pacjenta przy jednym obrocie lampy RTG. Zamawiający wskazywał, że jednak taka szerokość warstwy skanowania ma wpływ na szybkość wykonanego badania, co przekłada się na liczbę zdiagnozowanych pacjentów w tym samym okresie. Odwołujący kwestionował powyższe wskazując, że wpływ na szybkość badania ma nie tylko szerokość jednej warstwy skanowania, ale także szybkość obrotu lampy i szybkość przesuwu stołu. Biorąc pod uwagę łącznie wszystkie parametry, to zdaniem Odwołującego urządzenie Siemens, które zamierza zaoferować posiada takie parametry, które zupełnie eliminują różnice w szerokości badania, a oceniając je łącznie przyspieszają badanie pacjenta (skanowanie takiej samej powierzchni) o kilkanaście procent. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Izby, czy posiada konkretne obliczenia w zakresie objętym tym zarzutem, nie udzielił odpowiedzi stwierdzając, że Odwołujący nie udowodnił tego twierdzenia.

Przystępujący odnosząc się do tego zarzutu przedłożył dokument w postaci wyciągu z oferty Odwołującego, w której Odwołujący oferuje innemu Zamawiającemu – Centrum Onkologii w Warszawie tomograf, który również w tym postępowaniu spełniałby w pełni wymogi Zamawiającego. Odwołujący odnosząc się do powyższego stwierdził, że Przystępujący nie zauważa, iż w postępowaniu dla Centrum Onkologii Simens składa ofertę na tomograf o szerokości detektora 19,2 mm, czyli o takiej szerokości warstwy (poz.12) o jaką występuje w tym postępowaniu.

Izba oceniając powyższy dowód stwierdziła, iż Odwołujący zasadnie wywiódł, że poza szerokością warstwy skanowania jest w stanie spełnić pozostałe wymagania Zamawiającego w obszarach kwestionowanych w odwołaniu, co spowoduje, że szybkość skanowania takiej samej powierzchni ciała pacjenta będzie szybsza. Tym samym Izba w oparciu o przepis art.

29 ust.2 Pzp uznała, że dokonany opis może w sposób nieuzasadniony utrudniać uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Biorąc pod uwagę argumentacje stron postępowania oraz Przystępującego Izba uznała, że nie zostało wykazane, że tomograf który zamierza zaoferować Odwołujący będzie – biorąc pod uwagę wszystkie parametry mające wpływ na szybkość badania pacjenta, wolniejszy, mniej dokładny czy też mniej funkcjonalny i nowoczesny niż tomograf o szerokości skanowania jednej warstwy min 20 mm. Tym samym Izba uznała za zasadny przedmiotowy zarzut nakazując Zamawiającemu dopuszczenie możliwości zaoferowania tomografu o szerokości warstwy co najmniej 19,2 mm. Zdaniem Izby takie zaoferowane urządzenie będzie spełniało wymóg zamawiającego, przy czym taki wykonawca w kryterium tego parametru, które może ustalić Zamawiający winien uzyskać „0” punktów. Izba przyjęła szerokość warstwy 19,2 mm w miejsce żądanej szerokości 19 mm, gdyż Odwołujący wskazywał na rozprawie, że może taki tomograf zaoferować.

Odnosnie zarzutów oznaczonych numerami od 4 do 6 Izba uznaje, że łączy je pewna wspólna zależność i tym samym zostaną ocenione łącznie. Dokonując oceny poczynionych ustaleń w tym zakresie oraz argumentacji stron, Izba w pełni podziela argumentację faktyczną Zamawiającego wskazaną w odpowiedzi na odwołanie, a poczynione tam ustalenia faktyczne wskazujące na niezasadność podniesionych zarzutów przyjmuje za własne.

Dodatkowo Izba podkreśla, że w trakcie postępowania dowodowego zarówno przez Zamawiającego jak i Przystępującego zasadnie wykazywano, że stawiane zarzuty i żądania w pkt 4-6 zmierzają do próby zaoferowania Zamawiającemu sprzętu o gorszych parametrach niż ten, którego oczekuje Zamawiający, z czym Izba się zgadza. W odróżnieniu od zarzutu nr 3 uwzględnionego, to w zakresie tych zarzutów (4-6) nie wykazano, że oferowany tomograf z parametrami oczekiwanymi przez Odwołującego spełniałby w pełni uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Podnoszona argumentacja nie została poparta żadnym dowodem. Ponadto z wyciągu z oferty Simens dla ww. Centrum Onkologii wynikało, że przy dopuszczeniu tomografu o szerokości warstwy 19,2 mm wymagania z pkt 4-6 mogą być przez Odwołującego spełnione.

Izba dodaje, że żądanie w zakresie zarzutu 6, aby Zamawiający zrezygnował z oceny rozdzielczość przestrzennej voxela jest nie tylko niezasadne ze względu, iż dotyczy to rozdzielczości uzyskiwanego obrazowania badań tomografem, mającym wpływ na precyzję odczytania wyniku badań, ale także ze względu, iż Odwołujący oczekuje wykreślenia wymagania SIWZ w tym zakresie, a nie jego zmniejszenia. Niewątpliwym jest, że żądanie wykreślenia, a nie zmiany danego postanowienia SIWZ jest najdalej idącą ingerencją w treść SIWZ mogącą oddziaływać na inne postanowienia i tym samym może zostać nakazana Zamawiającemu tylko w szczególnie uzasadnionych sytuacjach. Zauważyć należy także, że

Odwołujący na rozprawie wskazywał, że posiada urządzenie o rozmiarze voxela 0,4, natomiast w wymaganiu Zamawiającego jest to 0,35 a więc o 0,05 odcina Odwołującemu możliwość zaoferowania tego urządzenia. Wystarczającym, zdaniem Izby byłoby żądanie zmniejszenia tego wymagania zamiast żądania jego wykreślenia. Jednakże postawionego zarzutu i żądania Odwołujący nie zmodyfikował do swoich potrzeb. Tym samym zarzut ten został oddalony.

W zakresie zarzutu siódmego dotyczącego integracji z systemem DoseWatch Odwołujący postawił zarzut i żądanie dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego. Izba uznała zasadność stanowiska Zamawiającego, że niezasadnym i nieekonomicznym byłoby że dla spełnienia wymagań Odwołującego zmuszanie Zamawiającego do posiadania 2 systemów, a tym samym ponoszenia dodatkowych kosztów szkolenia personelu w tym zakresie, kosztów utrzymania tych systemów, itp. Niewątpliwym jest że, obecny dysponent tego systemu dopuszcza możliwość udostępnienia go innemu podmiotowi, który otrzyma zamówienie. Jak wykazał na rozprawie Przystępujący GE wykonywał już wielokrotnie integracje sprzętu dostarczonego przez Odwołującego i Odwołujący zna stawkę za integrację, która wynosi około 400 tys. zł brutto. Na marginesie tego zarzutu Izba zauważa iż Zamawiający winien rozważyć kwestię możliwości nabycia praw autorskich do oprogramowania tego typu, gdyż niewątpliwym jest, że przy każdej kolejnej dostawie sprzętu dla szpitala będzie ponosił koszty z tym związane, a kwota którą zapłaci licencjodawcy wykonawca zostanie wliczona w cenę oferty.

Natomiast w zakresie kosztów postępowania wskazać należy, że zgodnie z art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Pzp. Przekładając brzmienie powyższego przepisu na grunt niniejszej sprawy wskazać należało, że do rozpoznania w odwołaniu po cofnięciu części zarzutów pozostało pięć zarzutów z których jeden został uwzględniony. Koszty postępowania stanowiła tylko kwota wpisu, gdyż strony nie złożyły wniosków o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocników. Wobec powyższego Zamawiający został zobowiązany do zwrotu Odwołującemu 1/5 kwoty wpisu.

Podobnie wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 gdzie Sąd stwierdził, że w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt

XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący