

POSTANOWIENIE

z dnia 15 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

wobec cofnięcia w dniu **14 lutego 2012 r.** przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2012 r.

przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62**

przy udziale wykonawcy: **TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz GE Medical Systems Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90 % uiszczanego wpisu.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę wraz z instalacją tomografu komputerowego z akcesoriami dla WSS im. M. Kopernika w Łodzi* (numer sprawy: 182/11). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2012/S_14-022206 z 21 stycznia 2012 r., z tym, że 18 stycznia 2012 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.kopernik.lodz.pl), na której udostępnił również od 23 stycznia 2012 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

2 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – GE Medical Systems Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od postanowień s.i.w.z., zarzucając Zamawiającemu:

1. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez dobór parametrów technicznych uniemożliwiający złożenia oferty Odwołującemu, co w świetle art. 29 pzp stanowi istotne naruszenie przepisów.
2. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez sztuczny dobór parametrów w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp.
3. Alternatywnie – art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp – przez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonania zmian s.i.w.z. w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia – poprzez opisanie za pomocą parametrów funkcjonalnych oraz nieograniczających konkurencji zgodnie z uzasadnieniem odwołania.
2. Alternatywnie – unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Odwołujący sprecyzował następujące zarzuty odnośnie treści s.i.w.z. Zamawiający w 21 stycznia 2012 r. powtórnie ogłosił przetarg na tomograf komputerowy i 23 stycznia 2012 r. opublikował s.i.w.z. wraz z załącznikami. W poprzednim postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, która pod względem merytorycznym całkowicie odpowiadała wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. Obecnie po wprowadzeniu drobnych (nieistotnych klinicznie) zmian

Zamawiający nie dopuścił żadnego urządzenia Odwołującego do postępowania. Zmiany wprowadzone w obecnym kształcie a w porównaniu do poprzedniej wersji załącznika, służą wyłącznie wyeliminowaniu konkurencji. Takie postępowanie jest niezgodne z ustawą pzp.

1. Zamawiający w pkt. 4.16 załącznika nr 3 do s.i.w.z. wymaga: *Procent, o jaki można zmniejszyć dawkę przy użyciu rekonstrukcji z wykorzystaniem iteracyjnego algorytmu rekonstrukcji, automatycznie przetwarzającego wielokrotnie te same surowe dane (RAW) z jednoczesnym zachowaniem jakości obrazu lub jej poprawą – Min. 60 %.* Podawany przez producentów procent redukcji dawki jest wielkością marketingową i nie jest potwierdzony żadnymi pomiarami. Nie ma żadnej obiektywnej metody potwierdzenia redukcji dawki przy stosowaniu danego algorytmu bez dokładnego określenia rodzaju badania, typu pacjenta i wymaganej jakości obrazowania. Redukcja dawki jest inna w przypadku badania brzucha, głowy, czy np. kończyn. Dodatkowo w zależności od BMI pacjenta również zmienia się stopień redukcji dawki. W zależności od wymaganej jakości obrazowania (badania przeglądowe, badania wysokiej rozdzielczości, itp.) stopień redukcji dawki przy zastosowaniu algorytmu iteracyjnego również jest różny. Poszczególne firmy podają, w celach marketingowych, maksymalny możliwy stopień redukcji dawki dla wybranego przypadku. Taki parametr rzadko jest zweryfikowany klinicznie i potwierdzony niezależnymi publikacjami naukowymi. Wartości redukcji dawki są określane różnie przez poszczególnych producentów i nie mogą być w żaden sposób porównywane. Dodatkowo dawka pochłaniana przez pacjenta podczas badania zależy nie tylko od skuteczności algorytmu ale przede wszystkim od dawki pierwotnej. Tak więc procent redukcji dawki nie mówi nic o rzeczywistej dawce jaką pochłonie pacjent podczas badania i tak określony parametr może wyeliminować z postępowania system charakteryzujący się najniższą dawką na rynku. Jednocześnie tak sformułowany parametr umożliwi podawanie niezwyfikowanych klinicznie wartości marketingowych np. dla jednego rodzaju badania. Nie można w postępowaniu przetargowym eliminować wykonawców biorąc pod uwagę nieweryfikowalny parametr marketingowy. Informacja o stopniu redukcji może być wymagana informacyjnie i powinna być potwierdzona niezależnymi publikacjami klinicznymi. Odwołujący żąda wykreślenia tego parametru lub jego zmianę na: *Procent, o jaki można zmniejszyć dawkę we wszystkich rodzajach badań i dla wszystkich pacjentów przy użyciu rekonstrukcji z wykorzystaniem iteracyjnego algorytmu rekonstrukcji, automatycznie przetwarzającego wielokrotnie te same surowe dane (RAW) z jednoczesnym zachowaniem jakości obrazu lub jej poprawą – podać. Do oferty należy dołączyć min. 3 niezależne publikacje kliniczne potwierdzające skuteczność tego algorytmu.*
2. Zamawiający w pkt. 5.20 załącznika nr 3 do s.i.w.z. wymaga „Oprogramowanie do

automatycznego startu badania spiralnego po dotarciu środka cieniującego w badaną okolicę wraz z możliwością opóźnienia zaprogramowanego startu badania w np, przypadku pojawienia się błędnego odczytu wartości gęstości kontrastu w naczyniu, a następnie kontynuowania go bez ponownego wprowadzania zaplanowanego protokołu badania. Takie wymaganie ma na celu wyłącznie wyeliminowanie konkurencji, gdyż z klinicznego punktu widzenia nie ma większego znaczenia czy oprogramowanie ma automatycznie uruchomić skanowanie, czy ma przeprowadzić automatyczną synchronizację startu badania. Systemy GE posiadają oprogramowanie do automatycznej synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego i na tej podstawie operator uruchamia skanowanie. Taki sposób uruchomienia skanowania zapobiega uruchomieniu skanowanie w przypadku błędnego odczytu wartości gęstości kontrastu w naczyniu. Taka drobna zmiana zapisu wprowadzona przez Zamawiającego służy wyłącznie uniemożliwieniu firmie GE złożenia ważnej oferty, nie dając Zamawiającemu żadnych korzyści klinicznych. Odwołujący żąda przywrócenia pierwotnego zapisu tego parametru w brzmieniu: *Oprogramowanie do synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego w zadanej warstwie bez wykonywania wstrzyknięć testowych.*

3. Zamawiający w pkt. 6.22 wymaga zaoferowania: *Oprogramowanie do wizualizacji struktury naczyniowej mózgu i szyi metodą subtrakcji DSA.* Zamawiający w poprzednim postępowaniu dopuścił, na wniosek Odwołującego, nieoferowanie tej funkcjonalności, natomiast w obecnym postępowaniu ponownie wymaga tego parametru, wiedząc, że firma GE nie może go spełnić. Odwołujący żąda wykreślenia tego wymagania z uwagi na znikomą przydatność tego typu oprogramowania. Obecnie, nowoczesne oprogramowania do wizualizacji struktury naczyniowej mózgu i szyi nie korzystają z subtrakcji DSA i charakteryzują się wyższą jakością obrazowania oraz nie wymagają podwójnego naświetlania pacjenta.
4. Zamawiający w pkt. 6.24 wymaga: *Oprogramowanie do automatycznej wizualizacji blaszek miażdżycowych w naczyniach obwodowych z rozpoznawaniem ich gęstości i rodzaju (informacja ilościowa i jakościowa) z możliwością dokonania ręcznej korekty obrysów (min. na 1 konsoli).* Dopisek odnośnie ręcznej korekty obrysów ma na celu wyłącznie wyeliminowanie konkurencji i nie ma żadnego znaczenia klinicznego, gdyż w przypadku skutecznego oprogramowania wysokiej klasy posiadającego możliwość ustalania progów odcięcia wg wartości HU nie ma potrzeby ręcznej korekty obrysów. Odwołujący żąda wykreślenia wymagania ręcznej korekty obrysów.

Odwołanie podpisała pełnomocnik – Anna S. Do odwołania załączono pełnomocnictwo z 13 stycznia 2012 r., według którego osoba ta została upoważniona do dokonywania w imieniu i na rzecz spółki GE Medical Systems Polska wyszczególnionych w pełnomocnictwie czynności, w tym do reprezentowania spółki w postępowaniach prowadzonych w trybie zamówień publicznych, w szczególności do podpisywania i składania odwołań w ramach postępowania odwoławczego. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez działających jako Członkowie Zarządu – Bartłomieja G oraz Marcina K, ujawnionych jako uprawnieni do reprezentacji łącznej Spółki GE Medical Systems Polska w załączonym do odwołania odpisie aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z 30 stycznia 2012 r. Nr KRS: 0000040213.

Wskutek wezwania 3 lutego 2012 r. przez Zamawiającego oraz przekazania kopii odwołania i zamieszczenia jej na stronie internetowej, 6 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej (wpływ bezpośredni) zgłoszenie przystąpienia TSM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie zostało podpisane przez działającą jako Prezes Zarządu – Edytę Cierniewską, ujawnioną jako uprawniona do samodzielnej reprezentacji Spółki TMS w załączonym do przystąpienia odpisie aktualnym z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z 16 grudnia 2011 r. Nr KRS: 0000121166. Do przystąpienia załączono także potwierdzenie przekazania 6 lutego 2012 r. drogą faksową przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu.

14 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z tej daty od Odwołującego, podpisane przez pełnomocnik Annę S, w którym Odwołujący wskazał, iż w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie z 14 lutego 2012 r. i uwzględnienie zarzutów i żądań w całości, a tym samym zobowiązanie do dokonania modyfikacji zgodnie z żądaniami Odwołującego – wycofuje odwołanie na postanowienia ogłoszenia i s.i.w.z. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów pzp z 2 lutego 2012 r.

14 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła również odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje odwołanie w całości. Zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu uzasadnienia zarzutów odwołania – uznał, iż zasługują one na uwzględnienie w całości. Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego, że wymienione w odwołaniu parametry techniczne uniemożliwiłyby Odwołującemu złożenie ważnej oferty. W trosce o zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Zamawiający zobowiązał się do dokonania stosownej

modyfikacji parametrów technicznych przedmiotowego tomografu.

Izba zważyła, iż w tych okolicznościach umorzenie postępowania może nastąpić jedynie z uwagi na cofnięcie odwołania, a nie z powodu uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (zamawiający – uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, odwołujący – cofnięcie odwołania) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W niniejszej sprawie zachodzi jednak pozorna „konkurencja” podstaw umorzenia postępowania odwoławczego, wobec skutecznie zgłoszonego przystąpienia po stronie Zamawiającego. Przystępujący dysponuje bowiem uprawnieniem do wniesienia sprzeciwu, czego konsekwencją byłoby zniweczenie skutku decyzji Zamawiającego w postaci umorzenia postępowania. Wobec tego wyłącznie cofnięcie odwołania stanowi czynność dyspozytywną, która umożliwia umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności Stron i Przystępującego, w szczególności bez konieczności umożliwienia Przystępującemu zajęcia stanowiska co do skorzystania z przysługującego mu uprawnienia. W ocenie Izby umorzeniu postępowania z uwagi na cofnięcie odwołania nie stoi na przeszkodzie fakt podania przez Odwołującego, iż kierował się przy podejmowaniu tej czynności informacją ze strony Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania i zobowiązaniu do dokonania zmian zaskarżonych postanowień s.i.w.z. Odwołujący dysponuje bowiem również informacją o zgłoszonym przystąpieniu, a także nie może nie mieć świadomości obowiązujących przepisów. Z kolei Izba nie jest uprawniona do badania jakimi motywami kierował się Odwołujący przy podejmowaniu decyzji, która została wyrażona w sposób jednoznaczny i oznacza rezygnację z popierania odwołania, niweczącą wszelkie skutki jakie ustawa pzp wiąże z jego wniesieniem.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 w zw. z § 13 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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,

Sygn. akt KIO 220/12

poz. 238).

Przewodniczący: