

Sygn. akt: KIO 2941/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 9 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

Wobec cofnięcia w dniu 8 stycznia 2014r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę GE Medical Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15**

przy udziale **wykonawcy Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2941/13 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1.umorzyć postępowanie odwoławcze**

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

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup mammografu cyfrowego z tomosyntezą i stacją opisową – szt. 1 dla Zakładu Radiologii i Diagnostyki Obrazowej Centrum Onkologii Instytutu im. Marii Skłodowskiej – Curie Oddział w Gliwicach zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2013r. za numerem 2013/S 240 416917.

Na treść siwz w dniu 20 grudnia 2013r. pisemne odwołanie wniósł wykonawca GE Medical Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 9. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 20 grudnia 2013r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że:

- 1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnych producentów, czym uniemożliwił złożenie oferty odwołującemu,
- 2) dokonał opisu sposobu oceny ofert w kryterium „Ocena parametrów technicznych” w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, niezapewniający wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez preferowanie i promowanie rozwiązań technicznych charakterystycznych dla urządzeń konkretnego producenta, przyjmując zarazem nieobiektywne oraz dyskryminujące właściwości jako podstawę kryterium „Ocena parametrów technicznych”

wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawa) oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

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

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w siwz lub ogłoszeniu o zamówieniu - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia

odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej (jeśli będzie obligatoryjna) zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu wskazał, że po zapoznaniu się z treścią siwz, a w szczególności z treścią załącznika nr 5 do siwz odwołujący stwierdził, że poszczególne postanowienia siwz odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia naruszają przytoczone w petitum przepisy ustawy, w związku z czym należy je zmienić zgodnie z żądaniami odwołującego. Poszczególne parametry graniczne mammografu zostały bowiem opisane w taki sposób, że odwołujący - będąc czołowym światowym dostawcą nowoczesnej aparatury medycznej - nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty, pomimo tego, że oferowane przez niego mammografy zapewniają osiągnięcie zakładanej przez zamawiającego wydajności, funkcjonalności i jakości. Sformułowane przez zamawiającego wymagania uniemożliwiają odwołującemu zaoferowanie zaawansowanego technologicznie systemu mammograficznego Senographe Essential. Podniósł, że jest pionierem w tym sektorze diagnostyki obrazowej. Jako pierwszy na rynku wprowadził cyfrowy detektor do obrazowania piersi. Będąc producentem własnego detektora i lampy RTG, wybrał i zastosował własną technologię. Unikalna dwu-ścieżkowa lampa Apollon oraz detektor z warstwą scyntylicyjną jodku cezu Csl dają niepowtarzalne możliwości obrazowania.

Odwołujący w zakresie parametrów technicznych i eksploatacyjnych zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 5 do siwz podniósł:

1. pkt 15 i 16 Załącznika nr 5 do siwz

Wymogi sformułowane w punktach 15 i 16 Załącznika nr 5 do siwz uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty na będący w jego asortymencie cyfrowy mammograf. Ze względu na nowoczesną i unikalną konstrukcję lampy RTG typu Apollon, nie posiada ona kołpaka, który pozwoliłby na oszacowanie wymaganego parametru pojemności cieplnej lampy (lub kołpaka z lampą) – w rozwiązaniu opatentowanej przez odwołującego lampie nie ma takiego ograniczenia. Ciepło odprowadzane jest z lampy poprzez powietrze, w związku z tym możemy stwierdzić iż pojemność cieplna kołpaka lampy RTG jest nieskończenie duża. Jest to więc wartość największa z oferowanych, ale niemożliwa do oszacowania.

Ponadto podał, że lampa Apollon została wyprodukowana w technologii przyjaznej dla środowiska – nie zawiera oleju i ołowiu. Posiada unikalną, dwu-ścieżkową anodę (molibden, rod) - pozwala to na uzyskanie idealnego dla mammografii spektrum energetycznego promieniowania zarówno dla tkanek gruczołowych, jak i tłuszczowych. Z tego powodu szybkość chłodzenia opatentowanej anody na poziomie 40 kHU/min jest wystarczająca i odpowiednia dla tej technologii. Unikalna anoda sprawia, że Senographe Essential koncernu GE charakteryzuje się jednymi z najniższych zawartościami dawek gruczołowych na rynku.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 15 z treści Załącznika nr 5 do

Siwz oraz o zmianę treści punktu 16 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Szybkość chłodzenia anody - min. 40 kHU/min

2. Dotyczy pkt 25 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg, według odwołującego, faworyzuje rozwiązania, dające analogiczną funkcjonalność jak w systemie oferowanym przez odwołującego, jednocześnie dyskryminując wyroby odwołującego. Powszechnie stosowane systemy kompresji - również system GE - wyposażone są w czujnik kompresji, który zatrzymuje docisk na wcześniej zdefiniowanej sile (w polskim prawie wartość maksymalna musi zawierać się w przedziale 13-20 kG). Dodatkowo, oprócz automatycznej kompresji napędzanej silnikiem - operator ma możliwość ręcznej regulacji siły kompresji przy użyciu pokręteł, dzięki którym siła docisku piersi może być z wyczuciem spersonalizowana dla danej pacjentki. W praktyce klinicznej graniczną siłą kompresji piersi jest granica bólu pacjentki i tylko technik podczas procedury jest w stanie oszacować optymalną grubość/siłę docisku biorąc pod uwagę zarówno komfort pacjentki jak i poprawność techniki mammograficznej.

Odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 25 z treści Załącznika nr 5 do siwz

3. Dotyczy pkt 26 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf.

Mammograf Senographe Essential składa się z dwóch niezależnych modułów – gantry (statywu) oraz generatora. Powierzchnia zajmowana przez generator wynosi jedynie 640x435 [mm] i nie powoduje żadnych ograniczeń podczas instalacji, jednocześnie zapewnia lepsze odprowadzanie ciepła od wysokoczęstotliwościowych elementów generatora, nie wprowadza dodatkowego źródła ciepła w obrębie gantry (lampy, detektora, pozycjonera).

Odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 26 z treści Załącznika nr 5 do siwz

4. Dotyczy pkt 37 i 39 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowane wymagania uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf.

System Senographe Essential posiada między innymi pole widzenia o rozmiarze 19x23 i dedykowaną do niego płytkę kompresyjną o wymiarze 19x23 (z możliwością przesuwania części uciskającej wzdłuż dłuższej krawędzi detektora). Rozwiązanie to jest ekwiwalentne i zapewnia analogiczną funkcjonalność w obrazowaniu piersi.

Odwołujący wniósł zmianę treści punktu 37 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Płytkę kompresyjną dla formatu min. 18x23 cm z możliwością przesuwania części uciskającej wzdłuż dłuższej krawędzi detektora.

Ponadto, odwołujący wniósł zmianę treści punktu 39 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Detektor cyfrowy oparty na amorficznym półprzewodniku o wymiarach min 23 cm x 29 cm oraz formatach obrazowania min 18x23cm oraz min. 23x29 w technologii TFT

5. Dotyczy pkt 40 i 42 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowane wymogi uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. Ze względu na wymagania dotyczące technologii detektora (selenowy) bez warstwy scyntylacyjnej oraz rozmiar piksela (85 um) wykluczona jest technologia przewyższająca swoimi możliwościami obrazowanie w mammografii.

Jako pionier na rynku cyfrowej mammografii odwołujący jako pierwszy wprowadził na rynek detektor cyfrowy do obrazowania piersi. Zarówno lampa RTG, jak i detektor są wyprodukowane przez GE - pozwoliło to na zaprojektowanie całego toru wizji w technologii, która pozwala na uzyskanie najlepszej jakości obrazu przy zoptymalizowanej dawce.

Technologia detektora GE oparta jest jodku cezu - Csl - który stanowi pośrednią warstwę scyntylacyjną, konwertującą promieniowanie w światło. Technologia ta w żaden sposób nie ustępuje wymaganej, ponieważ konwersja światła w sygnał elektryczny jest procesem bardzo efektywnym. W porównaniu do detektora selenowego (o konwersji bezpośredniej) unika się konieczności przykładania wysokiego napięcia rzędu kilku 2,5 [kV] - niezbędnego do wybicia elektronów w warstwie Se. Jest to główna przyczyna znacznie krótszej żywotności detektorów selenowych, a także efektu „ducha” na detektorze.

Odwołujący wniósł o wykreślenie punktów 40 i 42 z treści Załącznika nr 5 do siwz

6. Dotyczy pkt 43 i 44 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowane wymogi uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. W technologii matryc detektorów nie chodzi o minimalizację pikseli, która nie poprawia jakości klinicznej zdjęcia, ale o ich optymalizację. Wymagana przez zamawiającego rozdzielczość (2550x3220) i ściśle z nią związany rozmiar piksela o wymiarze nie większym od 85 um uniemożliwia odwołującemu zaoferowanie systemu z bardzo wydajnym detektorem. Rozmiar piksela na poziomie 100 um jest dobrany idealnie zarówno pod względem rozdzielczości przestrzennej, jaki i możliwości uzyskiwania najlepszego stosunku kontrastu do szumu (dzięki minimalnym szumom elektronicznym). Dopiero suma tych parametrów pozwala na ocenę wydajności wykrywania małych, niskokontrastowych obiektów - takich jak mikrokalcyfikacje w mammografii, utrzymując przy tym dawkę na najniższym poziomie.

Kompleksowo zaprojektowany tor obrazowania mammografu Senographe Essential pozwala na unikalne odwzorowanie obrazu z matrycy detektora na matrycę monitora stacji lekarskiej (1 piksel detektora do 1 piksela monitora).

Odwołujący wniósł zmianę treści punktu 43 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Matryca detektora dla maksymalnego formatu - min. 2394x3062

Ponadto o zmianę treści punktu 44 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Rozmiar piksela - max. 100/jm

7. Dotyczy pkt 53 Załącznika nr 5 do siwz:

Sformułowany wymóg uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. System Senographe Essential wyposażony jest w stację akwizycyjną z monitorem LCD bez możliwości sterowania dotykami. Nie jest to funkcjonalność, która powinna wykluczać rozwiązanie proponowane przez odwołującego. Nie poprawia ono ani wartości klinicznej, ani ergonomii pracy.

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 53 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Monitor obsługowy technika-LCD min. 21", min. 3MP

8. Dotyczy pkt 54 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. System Senographe Essential wyposażony jest w szybę z warstwą ochronną o ekwiwalencie 0,3 mm Pb. Jest to wystarczająca ochrona radiologiczna w zakresie energii promieniowania generowanych podczas mammografii. Każdy system zainstalowany w Polsce pozytywnie przechodził testy SANEPID-u. Nie odnotowano również żadnych przypadków ekspozycji na promieniowanie za szybą ochronną na świecie. Wymóg w takim brzmieniu uniemożliwia zaproponowanie równoważnego, bezpiecznego rozwiązania.

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 54 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Szyba ochronna dla operatora - ekwiwalent min. 0,3 mm Pb.

9. Dotyczy pkt 65 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. Technika wykonywania ekspozycji tomosyntezy bez zatrzymywania głowicy jest jednym z rozwiązań i ma swoje realne ograniczenia. Mammograf Senographe Essential wykonuje ekspozycje tomosyntezy w krokowym trybie ruchu gantry. Jest to rozwiązanie bardziej zaawansowane technologicznie, trudniejsze do wykonania - ale przewyższa konkurencyjne rozwiązania jakością uzyskanych obrazów.

Rozwiązanie odwołującego pozwala na uzyskanie ostrych, wyraźnych zdjęć - bez efektu rozmazania - dzięki czemu wizualizacja mikrokalcyfikacji w zrekonstruowanym obrazie jest bardzo efektywna.

Zaawansowana technologia pozwoliła na utrzymanie dawki gruczołowej dla pacjentki na poziomie dwu-wymiarowej mammografii (co jest unikalnym rozwiązaniem).

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 65 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Ekspozycje użyte do rekonstrukcji wolu metrycznej 3D (tomosyntezy) wykonywane bez zatrzymywania głowicy lampy lub w trybie krokowym (zatrzymanie-ekspozycja).

10. Dotyczy pkt 75 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. Technologia oraz system zarządzania danymi na dysku twardym są bardzo zróżnicowane między dostępnymi na rynku stacjami przeglądowymi. Jest to indywidualne rozwiązanie, zależne od algorytmów oprogramowania, bazujące na jak najefektywniejszym zarządzaniu danymi. Typ trybu pracy dysków w żaden sposób nie ogranicza użytkownikowi możliwości ani efektywności działania, jest to tylko jedno z rozwiązań. Stacja przeglądowa odwołującego wyposażona jest w dyski twarde pracujące w systemie RAID0.

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 75 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Pojemność dysku twardego dla obrazów - min. 9000 obrazów mammograficznych.

11. Dotyczy pkt 79 i 95 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowane wymogi uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf.

Odwołujący zastanawia się czy zamawiający nie uczynił tu przypadkowej pomyłki wpisując zamiast wartości min. 2 szt. monitorów, sztywną wartość 2 szt. Analizując dalsze punkty siwz - w punkcie 95 zamawiający wymaga „możliwości zainstalowania aplikacji HIS/RIS wraz z obsługą trzeciego monitora”. Stacja opisowa odwołującego standardowo wyposażona jest w 3 monitory - dwa diagnostyczne 5Mp oraz jeden 19” (administracyjny);

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 79 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Liczba monitorów - min. 2 szt.

12. Dotyczy pkt 84 i 101 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowane wymogi uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. Odwołujący, jako pionier w rozwiązaniach mammograficznych, posiada dedykowaną mammograficzną stację obrazowo - opisową. Posiada ona wszelkie niezbędne narzędzia do oceny i analizy zdjęć mammograficznych, a także wiele unikalnych rozwiązań zarówno do obrazowania 2D, 3D jak i obrazowania dwuenergetycznego. Wprowadzanie przysłon Tabara jako warunku granicznego jest działaniem uniemożliwiającym wyrównaną konkurencję. Jest to funkcjonalność dodatkowa która nie wpływa na poprawę wizualizacji mikrokalcyfikacji, czy też innych zmian w tkance - te elementy są wypadkową działania całego toru wizji i to one są kluczowe do oceny końcowej badania.

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 84 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Opcje postprocessingowe umożliwiające i zawierające min: zmianę okna obrazowego (wyświetlania), odwrócenie skali szarości, oznaczenie obszarów zainteresowania, ponadto o wykreślenie punktu 101 z treści Załącznika nr 5 do siwz

13. Dotyczy pkt 107 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na cyfrowy mammograf. Odwołujący ma dziesiątki zainstalowanych systemów w krajach, które wymagają zgodności z wytycznymi organizacji EUREF. Senographe Essential spełnia więc wszystkie wymagania stawiane przez EUREF. Po prostu firma GE Healthcare nie ubiegała się i nie ubiega o uzyskanie takiego certyfikatu - jest to czysto marketingowa strategia. Nie ma wymogów posiadania certyfikatów wszystkich prywatnych organizacji przygotowujące wytyczne. Senographe Essential spełnia wszelkie wymagania, regulacje, posiada niezbędne certyfikaty do wykonywania pełnozakresowej mammografii zarówno w diagnostyce, jak i skryningu. Odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 107 z treści Załącznika nr 5 do siwz

14. Dotyczy pkt 108 Załącznika nr 5 do siwz

Sformułowany wymóg faworyzuje rozwiązanie jednego producenta, zmniejszając szanse odwołującego. Senographe Essential wyposażony jest w alternatywne rozwiązanie biopsji stereotaktycznej, bazującej na dwóch ekspozycjach MLO ( $\pm 15^\circ$ ). Jest to metoda bardzo precyzyjna, pozwala na dostęp zarówno pionowy, jak i boczny do zmian w piersi.

Odwołujący wniósł o zmianę treści punktu 108 Załącznika nr 5 do siwz, przez nadanie mu następującej postaci:

Możliwość wykonania biopsji stereotaktycznej.

W ocenie odwołującego wymogi postawione przez zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie nie mają żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Aktualne zapisy siwz powodują, iż odwołujący nie może złożyć zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność urządzeń produkcji GE, ale naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia siwz.

Odwołujący podniósł, że 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 jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.

Opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym,

finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust 1 i art. 29 ustawy oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na poparcie swego stanowiska przywołał Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1 z 2009r. s. 21- 22 Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r., a także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09, wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09.

Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo: wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, wyrok o sygn. akt KIO/UZP 361/10, wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, uchwała KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06

W ocenie odwołującego w świetle przytoczonych przez niego stanowisk orzecznictwa i doktryny zamawiający obowiązany jest ukształtować treść siwz, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych kryteriów oceny i wyboru ofert. Zamawiający określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego, zdaniem odwołującego, zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując siwz w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, w odniesieniu do ustalonego sposobu oceny ofert w ramach kryterium "Ocena parametrów technicznych" odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób tendencyjny przyznaje nieproporcjonalnie dużą liczbę punktów (praktycznie zapewniającą zwycięstwo) tym parametrom, które charakteryzują rozwiązania stosowane przez konkretną firmę, tymczasem pomija w większości ocenę parametrów istotnych z punktu widzenia jakości i szybkości diagnozowania, jeśli są one korzystniejsze dla systemów oferowanych przez odwołującego, lub premiuje je minimalną ilością punktów.

Ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert (oraz sposób dokonania oceny poszczególnych kryteriów) 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

doktryna wskazuje ocenę obiektywnie nieistotnych parametrów / funkcji, co w sposób nieuzasadniony preferuje określone urządzenia/produkty (zob. D. Koba, Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, Warszawa 2010, s. 29). Nie powinno być więc, według odwołującego, 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.

Odwołujący zdaje sobie sprawę z faktu, że zamawiający jest gospodarzem postępowania, co uprawnia go do preferowania określonych rozwiązań funkcjonalnych poprzez stosowaną punktację przy ocenie ofert, jednak takie działanie zamawiającego w niniejszym postępowaniu, zdaniem odwołującego, narusza zasady określone w art. 7 ustawy. Mechanizm oceny parametrów technicznych (obok parametrów granicznych) został tak dobrany, że preferuje rozwiązania konkretnego producenta, nie mając jednocześnie uzasadnienia w rzeczywistych różnicach między ofertami.

W dniu 23 grudnia 2013r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania, wraz z jego kopią i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 grudnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawca Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest na polskim rynku oferentem urządzeń będących przedmiotem zamówienia i chce aby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy, a zarzuty i żądania odwołującego są niezasadne i mają na celu wyłącznie dostosowanie siwz do własnych możliwości ofertowych odwołującego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 grudnia 2013r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta przystępującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 27 grudnia 2013r.

W dniu 27 grudnia 2013r. na piśmie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawca TIMKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Syrokomli 30, wskazał, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wskazując na funkcjonalności niezbędne w jego codziennej pracy. Wedle wiedzy przystępującego kilku dostawców sprzętu medycznego jest w stanie złożyć oferty. Zamawiający nie ma obowiązku

dopuszczać do postępowania wszystkich producentów podobnego sprzętu, zaś oczekiwanie, że zamawiający dostosuje siwz do potrzeb jednego wykonawcy jest niezasadne. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2013 r.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie przedstawił dowodu przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu.

W dniu 9 stycznia 2014r. odwołujący pisemnie złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane tak jak odwołanie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie Siemens spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Natomiast przystąpienie zgłoszone przez TIMKO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie nie spełnia wymagania przekazania kopii zgłoszenia Odwołującemu, co wynika z treści art. 185 ust. 2 ustawy. Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wykazał aby dokonał takiego przekazania, a jest to warunek formalny pozwalający na dopuszczenie wykonawcy jako uczestnika postępowania odwoławczego.

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

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

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

**Przewodniczący: .....**