

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 22 maja 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 22 maja 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez: **wykonawcę TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 24A**

przy udziale **wykonawcy Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1310/23 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. Umorzyć postępowanie,**

**2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł. 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**Sygn. akt KIO 1310/23**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę angiografu do Zakładu Radiologii” Znak sprawy: 45/2023/POIŚ2 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 kwietnia 2023 Dz.U./S S84 nr 2523172023-PL.

W dniu 8 maja 2023 r. wykonawca TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84 wniósł odwołanie na treść SWZ. odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 maja 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 8 maja 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa) przez sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie zapisów, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, oraz w sposób preferujący konkretne rozwiązania techniczne określonego producenta, a nie funkcjonalne - prowadzące do osiągnięcia tego samego efektu diagnostycznego;

Wniósł o

1) uwzględnienie odwołania w całości i przywrócenia zasady równego traktowania wykonawców przez nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w treści odwołania,

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie czynności żądanych w odwołaniu, gdyż jest jednym z potencjalnych wykonawców, który jest w stanie uzyskać to zamówienie, o ile usunięte zostaną ograniczenia konkurencyjne oraz przywrócona zostanie zasada równego traktowania wykonawców. odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, zgodnie z postanowieniami art. 505 ust 1 ustawy, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia - jest jednym z wykonawców, który został, poprzez zapisy specyfikacji, pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Wskazał, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do eliminacji dokonanej przez zamawiającego nadmiernie rygorystycznego i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Nadto, objęta odwołaniem czynność zamawiającego, tj. niezgodna z ustawą treść SWZ, prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność zamawiającego w sposób

negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed odwołującego przedmiotowego zamówienia.

W dniu 9 maja 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 10 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11. Wskazał, że jako oferent na rynku polskim urządzeń będących przedmiotem niniejszego postępowania ma interes w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania i jego rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Jednocześnie przystępujący uważał, że zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne i jedynie szkodzą losom postępowania, w żadnym stopniu nie służąc ochronie interesu zamawiającego, co w oczywisty sposób narusza interes przystępującego, jako wykonawcy zainteresowanego wzięciem udziału w postępowaniu. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 listopada 2022 r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu, zgodnie z zasadami ujawnionymi w KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii przystąpienia stronom.

Zamawiający w dniu 18 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje w całości zarzuty odwołującego w zakresie:

A.Część I zarzutów (parametry graniczne): Zarzut 1, 2, 3, 4, 5, 6;

B.Część II zarzutów (parametry oceniane): Zarzut 11, 14.

W pozostałym zakresie, tj. B. Część II zarzutów (parametry oceniane): Zarzut 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, nie podzielił wniosków odwołującego.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez odwołującego:

A. Część 1 zarzutów (parametry graniczne):

Zarzut 1

Dotyczy pkt. 16, 46, 57, 74, 108 załącznika nr 2 do SWZ (arkusz wymaganych parametrów technicznych), dotyczących standardów bryzoszelności, w którym odwołujący wnosi o nakazanie zmian zapisu ww. parametrów,

Zamawiający uwzględnił zarzut i modyfikuje pkt 16, 46, 57, 74, 108 w sposób zaproponowany przez odwołującego.

Zarzut 2

Dotyczy pkt 72 i 106 załącznika nr 2 do SWZ (arkusz wymaganych parametrów technicznych) dotyczący ilości filtrów, w którym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu określenie stawianych wymogów w sposób zapewniający dopuszczenie do udziału w postępowaniu z jednym półprzepuszczalnym filtrem klinowym dla każdej z płaszczyzn. Zamawiający uwzględnił zarzut i modyfikuje treść pkt 72 i 106 w sposób zaproponowany przez odwołującego.

Zarzut 3.

Dotyczy pkt 75 i 109 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych) dotyczący wartości maksymalnej filtracji promieniowania w kolimatorze, w którym odwołujący żąda nakazania zamawiającemu dopuszczenia systemu z dodatkową filtracją — min. mm CU

Zamawiający uwzględnił zarzut i modyfikuje treść pkt 75 i 109 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych) w sposób zaproponowany przez odwołującego.

Zarzut 4

Dotyczy pkt 83 i 118 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych)

dotyczący stosunku sygnału do szumu elektronicznego (sENR) detektora dla pojedynczych pikseli, w którym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu rezygnacji z tych parametrów.

Zamawiający uwzględnił zarzut i usuwa pkt 83 i 118 Załącznika nr 2 do SWZ.

Zarzut 5

Dotyczy pkt 140 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych)

dotyczący możliwości rejestracji obrazu z obniżoną min. o 50% dawką promieniowania względem wartości standardowych, w którym odwołujący wnosi o zmianę lub nakazanie rezygnacji z tego wymogu.

Zamawiający uwzględnił zarzut i usuwa pkt 140 załącznika nr 2 do swz.

Zarzut 6

Dotyczy pkt 183 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych) dotyczący celowników laserowych, w którym odwołujący wnosi o nakazanie rezygnacji z tego wymogu lub zmianę.

Zamawiający uwzględnił zarzut i modyfikuje treść pkt 75 i 109 załącznika wymaganych parametrów technicznych) w sposób zaproponowany przez odwołującego.

B Część 2 zarzutów (parametry oceniane)

Zarzut 11

Dotyczy pkt 42 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych)

dotyczący szybkości silnikowej regulacji wysokości stołu, w którym odwołujący wnosi o nakazanie rezygnacji z punktacji parametru,

Zamawiający uwzględni zarzut i modyfikuje treść pkt 42 w sposób oczekiwany odwołującego, wobec czego ww. punkt otrzymują następujące brzmienie:

42. Szybkość silnikowej regulacji wysokości stołu - podać

Zarzut 14

Dotyczy pkt 63, 64, 97, 98 Załącznika nr 2 do SWZ (Arkusz wymaganych parametrów technicznych) dotyczący maksymalnej obciążalności ogniska lampy, w którym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu potwierdzenia, że wartości powinny być zgodne z odpowiednią normą, to jest normą IEC 60613:2010,

Zamawiający uwzględni zarzut i modyfikuje treść pkt 63, 64, 97, 98 Załącznika nr 2 do SWZ w sposób zaproponowany przez odwołującego.

W pozostałym zakresie, to jest: Zarzut 7,8,9,10,12,13, 13, 15, 16, 17, zamawiający nie podzielił wniosków odwołującego z uwagi na uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Jak słusznie w uzasadnieniu do odwołania zauważył sam odwołujący, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby, w tym również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki ma osiągnąć.

Przedstawione w Zarzutach:7,8, 9, 10, 12,13, 13, 15, 16, 17 sposoby modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny premiuje urządzenie proponowane przez odwołującego.

Przedstawione przez odwołującego rozwiązania nie realizują w lepszy sposób potrzeb zamawiającego, a jedynie podnoszą wartość punktową oferty odwołującego,

Jednocześnie odwołujący zarzuca zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada obiektywnym i uzasadnionym potrzebom zamawiającego. wynika z tego, że to odwołujący, a nie zamawiający, lepiej zna potrzeby zamawiającego.

Należy przy tym zauważyć, że zamawiający przychylił się i uwzględnił wszystkie zarzuty odwołującego, które, w ocenie odwołującego, uniemożliwiły mu złożenie oferty, modyfikując opis przedmiotu zamówienia w sposób dokładnie taki, jak wskazał odwołujący. Ocena techniczna jest jednym z kilku kryteriów oceny ofert. Należy tutaj wskazać, iż na konkurencyjność oferty mają również wpływ pozostałe kryteria oceny ofert, które odwołujący może uwzględnić w swojej ofercie.

w związku z powyższym zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części zarzutów uznanych przez zamawiającego, W pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania.

W dniu 19 maja 2023 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 22 maja 2023 r.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła wykonawcę Siemens Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i ust. 2 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania.

Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy - odwołującemu zwraca się 90% wpisu. W związku z powyższym odwołujący spełnił warunki do zwrotu wpisu. Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 15 000,00 zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500,00 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji postanowienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący: .....**