Sygn. akt: KIO 1112/15

WYROK
z dnia 10 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2015 roku przez wykonawcę: **TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84, 02- 952 Warszawa,**
w postępowaniu prowadzonym przez: **Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja** Śniadeckiego, **ul. M. Skłodowskiej-Curie 26, 15-950 Białystok,**

przy udziale wykonawcy: **Synektik S. A. z siedzibą w Warszawie, Al. Witosa 31, 00-710 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,** i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),** uiszczoną przez wykonawcę: TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od wykonawcy: TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Samodzielnego Publicznego ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Jędrzeja Śniadeckiego **kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1112/15

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny ZOZ Wojewódzki Szpital Zespolony im. Jędrzeja Śniadeckiego dalej: postępowanie (zwany *„Zamawiającym")* prowadzi o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Zakup rezonansu magnetycznego,* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej *„ustawą Pzp".*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 maja 2015 roku pod numerem 2015/S 094-168845. Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana dalej: *„SIWZ")* zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16 maja 2015 roku.

W dniu 26 maja 2015 roku wykonawca TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: *„Odwołującym")* wniósł odwołanie wobec treści i postanowień SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla określonego wyrobu konkretnego producenta, czym uniemożliwił Odwołującemu złożenie ważnej oferty. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów. Opcjonalnie wnosił o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, iż postanowienia SIWZ powodują, że Odwołujący, będący autoryzowanym przedstawicielem producenta - firmy Toshiba Medical Systems Corporation, światowego lidera w zakresie urządzeń do diagnostyki obrazowej, nie jest w stanie złożyć ważnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty na dostawę przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego przyczyną tego nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność urządzeń produkcji Toshiba Medical Systems Corporation, ale naruszające uczciwą konkurencję postanowienia SIWZ. Zdaniem Odwołującego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdził, że do naruszenia tej zasady dochodzi w sytuacji stworzenia przez Zamawiającego ograniczeń w zakresie możliwości złożenia oferty przez wykonawców, które to ograniczenia nie znajdują obiektywnego uzasadnienia, tj. nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego i czynnikami technicznymi. Odwołujący podniósł, że opisane przez Zamawiającego parametry nie mają funkcjonalnego i klinicznego uzasadnienia oraz, że dopuszczenie innych rozwiązań pozostawałoby bez wpływu na wartości użytkowo-diagnostyczne oferowanego sprzętu, a jednocześnie spowodowałoby wymierne korzyści u Zamawiającego wynikające ze zwiększenia konkurencyjności postępowania. Zauważył, że jeśli w postępowaniu jest zachowana konkurencyjność, to jednocześnie wpływa to znacząco na wartość kupowanego urządzenia oraz na zaoferowane przez potencjalnych wykonawców funkcjonalności.

Odwołujący kwestionował parametry określone w Załączniku nr 1 do SIWZ – *Formularz Szczegółowy Oferty, Zestawienie parametrów technicznych – rezonans magnetyczny (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) .*

Odnosząc się do parametru dotyczącego aplikacji klinicznych opisanego w pkt 6.8.2. Załącznika nr 1 do SIWZ – *obrazowanie równoległe w oparciu o algorytmy na bazie rekonstrukcji przestrzeni k (GRAPPA, GEM lub odpowiednio do nomenklatury producenta)* Odwołujący zwrócił uwagę, że algorytm na bazie rekonstrukcji przestrzeni k (np. GRAPPA) jest jednym z algorytmów stosowanych w obrazowaniu równoległym, związanym z konkretnym rozwiązaniem technologicznym, a nie oferowaną funkcjonalnością i nie powinien stanowić „granicznego". wymóg warunku Odwołujący stwierdził, że ten uniemożliwia mu złożenie ważnej, konkurencyjnej oferty z jakimkolwiek z systemów rezonansu magnetycznego firmy Toshiba Medical Systems Corporation, znajdujących się ofercie Odwołującego. Wobec powyższego wnosił o wykreślenie ww. punktu lub dopuszczenie systemu rezonansu magnetycznego bez obrazowania wymaganego zapisami pkt. 6.8.2.

W dalszej kolejności Odwołujący kwestionował wymóg dotyczący parametrów skanowania, wskazany w pkt 8.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ, tj.: *min. grubość warstwy dla skanów 2D (parametr wymagany: ≤ 0,2 mm), (sposób oceny: = 0,2 mm – 0 pkt; < 0,2 mm – 2 pkt).* Odwołujący podniósł, że warstwy o grubości 0,2 mm cechują się tak bardzo niskim SNR, że nie mają żadnego praktycznego zastosowania klinicznego. Wyjaśnił, że w praktyce klinicznej dla aparatów 1,5 T stosuje się 1-5 mm grubości warstw, natomiast w celu uzyskania cieńszych warstw stosuje się techniki 3D, które zapewniają wyższą przestrzenną rozdzielczość i wyższy stosunek sygnału do szumu w porównaniu do technik 2D. Odwołujący stwierdził, że wymóg ten uniemożliwia mu złożenie ważnej, konkurencyjnej

oferty z jakimkolwiek z systemów rezonansu magnetycznego firmy Toshiba Medical Systems Corporation, znajdujących się ofercie Odwołującego. Wobec powyższego wnosił o modyfikację ww. punktu w następujący sposób: *Min. grubość warstwy dla skanów 2D (parametr wymagany: ≤ 0,5 mm), (sposób oceny: = 0,5 mm – 0 pkt; < 0,5 mm – 2 pkt).*

Ponadto, Odwołujący kwestionował wymagania odnoszące się do parametrów magnesu opisane w pkt 1.4. *Wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie x/y (parametr wymagany: ≤ 2,5 m)* oraz w pkt 1.5. *Wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie z (parametr wymagany: ≤ 4,0 m).* Zdaniem Odwołującego powyższe wymagania łącznie z kombinacją pozostałych parametrów uniemożliwiają mu zaoferowanie systemów rezonansu magnetycznego, znajdujących się w ofercie Odwołującego. Wyjaśnił, że rozkład linii 0,5mT nie ma żadnego wpływu na jakość obrazowania i jest parametrem czysto technologicznym. Odwołujący wskazał, że aparat jaki zamierza zaoferować jest jednym z najkrótszych dostępnych na rynku, a w konsekwencji linia 5G ma zasięg 3,0 m w płaszczyźnie XY i 5,0 m w kierunku osi Z. Odwołujący podniósł, że w zasięgu linii 5G nie powinni znajdować się przypadkowi ludzie, co oznacza, że w sytuacji, gdy linia 5G wychodzi poza obszar pomieszczenia, w którym znajduje się magnes, należy zastosować dodatkowe ekranowania w celu ograniczenia pola. Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią SIWZ oferent ma obowiązek wykonania adaptacji pomieszczeń zgodnie z wszelkimi przepisami i wszelkie ewentualne dodatkowe koszty ekranowania obciążają oferenta/wykonawcę. Wobec powyższego wnosił o modyfikację powyższych parametrów w następujący sposób:
1.4. Wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie x/y (≤ 3,0 m);
1.5. Wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie z (≤ 5,0 m).

W dniu 29 maja 2015 roku wykonawca Synektik S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: *„Przystępującym"),* doręczył Prezesowi Izby – w formie pisemnej - przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1112/15 po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że ww. wykonawca, zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej, w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony, jak również przedstawił dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym, że ww. wykonawca skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego,* przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba uwzględniła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej

Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: *„SIWZ"),* jak również dowody z dokumentów złożonych przez Strony i Przystępującego, z następującymi wyjątkami:

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentu złożonego przez Przystępującego toku rozprawy w postaci kopii artykułu naukowego, z uwagi na to, że Przystępujący przedłożył dokument w języku angielskim (podkreślić należy też, że został złożony jedynie fragment artykułu) wraz z tłumaczeniem na język polski zaledwie jednego zdania z przedmiotowego artykułu. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (j.t. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) *Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania*

odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

W ocenie Izby nie sposób uznać złożenia fragmentu artykułu wraz z tłumaczeniem wyłącznie jednego zdania wyrwanego z kontekstu za dowód przedstawiony w sposób prawidłowy.

Izba nie uwzględniła również dowodów złożonych przez Odwołującego w postaci kopii ofert złożonych przez Odwołującego, jak i Przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Powiatowy w Zambrowie oraz w postaci zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14.05.2015 r. w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. błogosławionego księdza Jerzego Popiełuszki we Włocławku, ze względu na fakt, iż dokumenty te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zawiera jedynie zestawienie ofert i przyznaną punktację, a oferty, o których mowa powyżej, jak wyjaśnił Przystępujący, a czego nie kwestionował Odwołujący, zostały złożone w czerwcu 2015 roku i nie zostały jeszcze ocenione) wobec czego Izba uznała, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa rezonansu magnetycznego do Działu Diagnostyki Obrazowej Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Zespolonego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku Wojewódzkiego i wraz z transportem, rozładunkiem, wniesieniem, zainstalowaniem uruchomieniem, nieodpłatnym przeszkoleniem wskazanego przez Zamawiającego personelu oraz serwisem – gwarancyjnym oraz wykonanie pełnej pomieszczeń przeznaczonych adaptacji do użytkowania rezonansu magnetycznego (Rozdz. A, pkt 4 lit. a) SIWZ).

W załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz Szczegółowy Oferty) Zamawiający zawarł zestawienie parametrów technicznych – rezonans magnetyczny (od pkt 1.1. do pkt 13.4.), stanowiące szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Wśród tych parametrów są parametry objęte zarzutami odwołania, a mianowicie:

- wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie x/y (≤ 2,5 m) (pkt 1.4.);

- wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie z (≤ 4,0 m) (pkt 1.5.);
- obrazowanie równoległe w oparciu o algorytmy na bazie rekonstrukcji przestrzeni k (GRAPPA, GEM lub odpowiednio do nomenklatury producenta) (pkt 6.8.2.);
- min. grubość warstwy dla skanów 2D (≤ 0,2 mm) (pkt 8.2.2.).

Izba uznała, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia przepisów

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim zauważyć należy, że całkowicie chybione są zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Tym samym naruszenie powołanego powyżej przepisu nie jest możliwe na obecnym etapie postępowania, w sytuacji, gdy kwestionowane są postanowienia SIWZ, a nie został jeszcze dokonany wybór oferty najkorzystniejszej.

Z kolei przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Z treści zarzutów podniesionych przez Odwołującego, nie wynika, aby Odwołujący jakiekolwiek jak i z uzasadnienia odwołania zgłaszał zastrzeżenia w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, iż jest on niejednoznaczny bądź niewyczerpujący, czy nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a wyłącznie takie okoliczności mogą stanowić podstawę naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przeciwnie, z treści uzasadnienia odwołania, wynika, że Odwołujący doskonale rozumie, jakie są wymagania Zamawiającego i jak mogą przełożyć się one na treść oferty.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wszystkie sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania zarzuty dotyczą naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,* a także naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, iż: *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,* i zważyła, co następuje.

Z brzmienia art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

W doktrynie wskazuje się, że: *„Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07: "Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)". Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji.”.*
(por. Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 29 ustawy - Prawo zamówień publicznych (w:) Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014).

Zatem, do naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dochodzi już w przypadku wystąpienia możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia naruszenia powołanego przepisu nie jest konieczne bowiem udowodnienie naruszenia uczciwej konkurencji. Niemniej jednak konieczne jest udowodnienie, że zaistniała możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez sporządzenie przez Zamawiającego opisu

przedmiotu zamówienia w określony sposób.

Izba w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2015 r. (sygn. akt: KIO 56/15), iż: *„Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie powyższego przepisu może polegać*

na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku. Dalej wskazać należy, że rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. W świetle *sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 P.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie "celu dowodowego" nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje - powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być wykazane.”.*

Ponadto, warto przywołać pogląd wyrażony w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2015 roku (sygn. akt: KIO/KD 110/14), iż: *„Trzeba mieć na względzie, że zarówno warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również opis przedmiotu zamówienia nie muszą zapewniać nieograniczonej możliwości złożenia oferty przez każdy podmiot funkcjonujący w danej branży, czy sektorze rynku. Zamawiający ma prawo limitować dostęp do uzyskania zamówienia, o ile podyktowane jest to racjonalnymi, obiektywnymi względami.”.*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił i nie uzasadnił w sposób przekonujący, że kwestionowane przez niego parametry techniczne w sposób istotny i bezzasadny ograniczają konkurencję.

Podnieść należy, że okoliczność, iż Odwołujący nie posiada w swojej ofercie urządzenia, który pozwoliłby mu na wzięcie udziału w postępowaniu z powodu niespełniania określonych parametrów nie przesądza jeszcze o tym, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący zwracał uwagę na okoliczność, że jako autoryzowany przedstawiciel producenta oferowanego sprzętu, tj. Toshiba Medical Systems Corporation, światowego lidera w zakresie urządzeń do diagnostyki obrazowej nie jest w stanie złożyć ważnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty. Jednak w ocenie Izby nie przesądza to jednak o naruszeniu przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych,

charakterystycznych dla określonego wyrobu konkretnego producenta, czym uniemożliwił Odwołującemu złożenie ważnej oferty, jednakże Odwołujący nie wyjaśnił dla jakiego producenta są to charakterystyczne rozwiązania, nie przedstawił w odwołaniu jakiejkolwiek innej argumentacji, poza tym jednym ogólnikowym stwierdzeniem. Dopiero z wywodów przedstawionych w toku rozprawy okazało się, że zdaniem Odwołującego tylko urządzenie Siemens spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, co jednak nie zostało przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie podjął jakiejkolwiek próby udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia tej okoliczności.

Aktualnie, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w toku rozprawy i niekwestionowanym przez Zamawiającego, na rynku rezonansów magnetycznych występują urządzenia następujących producentów: General Electric (GE), Philips, Siemens i Toshiba. Zdaniem Zamawiającego i Przystępującego produkty Siemens i GE spełniają

wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że rezonans magnetyczny firmy Philips nie spełnia parametru określonego w pkt 6.8.2. Załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący natomiast podnosił, że jedynie urządzenie Siemens spełnia wymagania Zamawiającego, a GE nie będzie spełniać parametru określonego w pkt 8.2.2. Jednak, jak już wyżej wspomniano, nie wykazał tego w żaden sposób.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby w pełni zabezpieczyć swoje uzasadnione potrzeby. Zamawiający posiadając wiedzę o przeznaczeniu zamawianego rezonansu magnetycznego, jego lokalizacji, warunkach przyszłego wykorzystania urządzenia, jak i wiedzę o własnych potrzebach klinicznych, jest uprawniony do stawiania nawet wysokich wymagań, jeśli ma to służyć celowi prowadzonego postępowania, tj. uzyskaniu sprzętu o odpowiednich funkcjonalnościach, dostosowanego do warunków Zamawiającego. Dopiero w przypadku stwierdzenia braku takiego uzasadnienia dla wprowadzanych parametrów technicznych można byłoby mówić o możliwości naruszenia konkurencji w sposób nieuprawniony.

W toku rozprawy, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, przedstawili argumentację, która zdaniem Izby potwierdza, że kwestionowane przez Odwołującego parametry znajdują swoje obiektywne uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego.

Odnosząc się do parametru dotyczącego aplikacji klinicznych wskazanego w pkt 6.8.2. Załącznika nr 1 do SIWZ: *obrazowanie równoległe w oparciu o algorytmy na bazie rekonstrukcji przestrzeni k (GRAPPA, GEM lub odpowiednio do nomenklatury producenta)* Zamawiający wyjaśniał, że ten typ obrazowania w oparciu o algorytm na bazie rekonstrukcji przestrzeni k będzie miał istotne znaczenie przy niektórych rodzajach badań, m.in. przy badaniu miejsc chorobowych na pograniczu kości i struktur miękkich, gdzie mogą

występować zakłócenia w postaci artefaktów, gdyż obrazowanie w oparciu o wskazane powyżej algorytmy pozwala na eliminowanie takich zakłóceń. Zdaniem Zamawiającego obrazowanie równoległe w oparciu o algorytmy na bazie rekonstrukcji obrazów (SENSE), wymagane zgodnie z pkt 6.8.1. Załącznika nr 1 do SIWZ oraz obrazowanie równoległe w oparciu o algorytmy na bazie rekonstrukcji przestrzeni k to dwie komplementarne metody, które są stosowane wymiennie i każdorazowo dobór jednej z nich zależy od danego przypadku, od rodzaju prowadzonych badań. Jednocześnie technika obrazowania równoległego oparta o algorytmy na bazie rekonstrukcji przestrzeni k pozbawiona jest wad obrazowania równoległego opartego o algorytmy na bazie rekonstrukcji obrazów.

Z kolei odnosząc się do parametru dotyczącego parametrów skanowania wskazanego w pkt 8.2.2. Załącznika nr 1 do SIWZ: *min. grubość warstwy dla skanów 2D* (parametr wymagany: ≤ 0,2 mm); (sposób oceny: = 0,2 mm – 0 pkt, < 0,2 mm – 2 pkt.) Zamawiający wyjaśniał, że wskazana przez niego, oczekiwana, minimalna grubość warstwy dla skanów 2D ma szczególne znaczenie przy badaniu dzieci, gdzie badaniu podlegają małe struktury. Izba uznała za uzasadnioną argumentację Zamawiającego także w tym zakresie. Ponadto, Zamawiający wskazywał, że parametr ten ma również związek z rozdzielczością i jakością samego aparatu. Odwołujący mimo, iż wskazał w odwołaniu, że warstwy o grubości 0,2 mm cechują się tak niskim SNR, że nie mają żadnego praktycznego zastosowania klinicznego oraz, że w praktyce klinicznej dla aparatów 1,5 T stosuje się 1–5 mm grubości warstw, to jednak w żaden sposób nie wykazał, a nawet nie podjął próby wykazania, że faktycznie taka grubość warstw nie ma praktycznego zastosowania klinicznego, co podnosił w odwołaniu. Podnieść należy, że mimo, iż Odwołujący twierdził, iż w praktyce klinicznej dla aparatów 1,5 T stosuje się 1-5 mm grubości warstw, to sam wnosił o modyfikację przedmiotowego parametru w taki sposób, by podane przez Zamawiającego wartości 0,2 mm, zastąpić wartością 0,5 mm, wyjaśniając, iż może on zaoferować jedynie urządzenie charakteryzujące się parametrami skanowania dla min. grubości warstw dla skanów 2D o wartości 0,5 mm i, że dopiero modyfikacja tego parametru umożliwi mu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty. Zwracał również uwagę na zależność pomiędzy czasem badania a stosowaną grubością warstw, wyjaśniając, że im cieńsza warstwa tym dłuższy czas badania. Jednak jak słusznie zauważył Zamawiający istotna jest precyzyjność wyników badania, a nie tylko sam czas badania.

Co do parametrów opisanych w pkt 1.4. Załącznika nr 1 do SIWZ: *wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT) w płaszczyźnie x/y (parametr wymagany: ≤ 2,5 m)* oraz w pkt 1.5. Załącznika nr 1 do SIWZ: *wymiar pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT)*

w osi z (parametr wymagany: ≤ 4,0 m) w ocenie Izby Odwołujący również nie wykazał, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony opisał przedmiotowy parametr i, że w sposób

nieuprawniony ograniczył konkurencję. Odwołujący podkreślał, że rozkład linii 0,5 mT nie ma żadnego wpływu na jakość obrazowania i jest parametrem czysto technologicznym. Wyjaśniał również, że zamierza zaoferować rezonans magnetyczny, który jest jednym z najkrótszych dostępnych na rynku i z uwagi na wymiary tego urządzenia, wymiary pola rozproszonego osiągają wyższe wartości. Zauważył przy tym, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca ma obowiązek wykonania adaptacji pomieszczeń zgodnie z wszelkimi przepisami, a wszelkie ewentualne dodatkowe koszty ekranowania obciążać będą wykonawcę. Zważyć należy, że sam Odwołujący w odwołaniu wskazał, że w zasięgu linii 5G nie powinni znajdować się przypadkowi ludzie. Stwierdził ponadto, że w sytuacji, gdy linia 5G wychodzi poza obszar pomieszczenia, w którym znajduje się magnes, należy zastosować dodatkowe ekranowania w celu ograniczenia pola, co w jego ocenie jest dopuszczalne na mocy postanowień SIWZ, odnoszących się do konieczności adaptacji pomieszczeń. W trakcie rozprawy Odwołujący powołał się na normę PN-T-06580-1 i wyjaśnił, że określa ona zasady ochrony pracy w polu magnetycznym. Odwołujący podnosił w toku rozprawy, że ograniczenie negatywnego oddziaływania może być dokonywane przez stosowanie różnorodnych rozwiązań technologicznych m.in. przez oznakowanie strefy 5G bądź też przez zastosowanie dodatkowego ekranowania.

W ocenie Izby, niezależnie od konieczności dokonania odpowiedniej adaptacji pomieszczeń przeznaczonych do użytkowania rezonansu magnetycznego, a tym samym i możliwości jakie w tym względzie dawały postanowienia SIWZ, Zamawiający miał prawo do określenia zasięgu pola rozproszonego 5 Gauss z uwzględnieniem warunków w jakich ma być użytkowany rezonans magnetyczny. Odwołujący wskazywał, że parametr ten nie ma żadnego wpływu na jakość obrazowania, co kwestionował jednak Przystępujący wskazując, że im większe będą wymiary pola rozproszonego, to tym większe są możliwości zakłócenia przebiegu badania przez wystąpienie tzw. artefaktów trzeciej ręki. Jednak niezależnie od tego czy faktycznie większe wymiary pola rozproszonego 5 Gauss (0,5 mT), zarówno w płaszczyźnie x/y, jak i w osi z miałyby wpływ na jakość obrazu, to stwierdzić należy, że parametry te mają istotne znaczenie z uwagi na oddziaływanie na ludzi i sprzęt znajdujący się w jego zasięgu. Zamawiający wyjaśniał, że wartości przez niego określone odnoszą się do rzeczywistych wymiarów pomieszczenia. Zdaniem Izby Zamawiający mógł określić maksymalne granice oddziaływania strefy 5G, w sposób przez siebie wskazany. Sposoby ograniczenia oddziaływania strefy 5G wskazane przez Odwołującego prawdopodobnie byłyby skuteczne, jednak podstawową metodą ograniczenia takiego oddziaływania jest ograniczenie zasięgu samego pola. Odwołujący zwrócił uwagę na konieczność przestrzegania zasad BHP, jednak zawsze jest ryzyko, że jednak w zasięgu oddziaływania, pomimo zastosowania odpowiedniego oznakowania, znajdą się przypadkowi

ludzie. Odwołujący żądał modyfikacji parametrów przez zwiększenie wartości o 0,5 m w pkt 1.4. Załącznika nr 1 do SIWZ i o 1,0 m w pkt 1.5. Załącznika nr 1 do SIWZ. Są to znaczące wartości. Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie sposób uznać, że parametry określone w pkt 1.4. i 1.5. Załącznika nr 1 do SIWZ nie znajdowały swojego uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego w tym zakresie należy stwierdzić, że sam fakt, że Odwołujący zrealizował w sposób prawidłowy dostawy systemów rezonansu magnetycznego na rzecz innych Zamawiających (tj. na rzecz Szpitala Specjalistycznego im. J. Dietla w Krakowie, Pracowni TMS Diagnostyka Sp. z o. o. w Warszawie, Powiatu Tomaszowskiego, Centrum Medycznego „Diagnostyka" NZOZ w Białymstoku) dokonując jednocześnie prac adaptacyjnych pomieszczeń przeznaczonych na pracownie rezonansu magnetycznego, nie oznacza, że w tym postępowaniu parametry dotyczące wymiarów pola rozproszonego 5 Gauss zostały nieadekwatnie określone do potrzeb Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzuty podniesione przez

Odwołującego są całkowicie nieuzasadnione.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 ww. Rozporządzenia wysokość wpisu od odwołania w niniejszej sprawie wynosi 15.000 zł. Natomiast z brzmienia przepisu § 3 pkt 1 Rozporządzenia, o którym mowa powyżej, wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis.

Izba wzięła również pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym: *Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Mając na uwadze powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Ponadto, z uwagi na fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. Rozporządzenia, stanowiącym, iż: *W przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę, Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2,* wniosek Zamawiającego o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….