

Sygn. akt: KIO 1967/23

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 21 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 lipca 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 10 lipca 2023 r. przez odwołującego: **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Żupnicza 11, 03821 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie** (ul. Partyzantów 2/4, 05802 Pruszków),

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **Siemens Healthcare Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (ul. Żupnicza 11, 03821 Warszawa) kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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**.

Sygn. akt: KIO 1967/23

.....  
**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę Siemens Healthcare Sp. z o.o. z/s w Warszawie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] którego przedmiotem jest: „Zakup tomografu komputerowego jako urządzenia do diagnostyki dla pacjentów psychiatrycznych wraz z adaptacją pomieszczeń, numer sprawy: ZP/AM/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE w dniu 28 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 122-387110.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności na:

- sporządzenie Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez dobór parametrów granicznych w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu;
- określenie sposobu oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez preferowanie rozwiązań określonego producenta (firmy Fuji – aparat Supria 128), a nie obiektywnych walorów użytkowych i funkcjonalnych przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zakresie art. 16, art. 99 ust. 1, 2, 4 a także wnosi o: uwzględnienie odwołania w całości, dokonanie modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów,

Wykonawca podał: „*Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z Wykonawców oferujących na polskim rynku urządzenia będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu. Brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu naraża go na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych*”.

**Do postępowania odwoławczego** nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie upływał w dniu 13 lipca 2023 r. Według informacji podanej przez zamawiającego (pismo z dnia 11/07/23): „*4. kopia odwołania została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://portal.smartppz.pl/mscz> w dniu 10.07.2023 r. (...)*”.

**Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 18/07/23) wniósł o (...)

1. Umorzenie postępowania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt A poz. 22 (Długość stołu), poz. 27 (Wskaźnik

informujące pacjenta o konieczności wstrzymania oddechu i możliwości wypuszczenia powietrza), poz. 97 (System podtrzymujący zasilanie konsoli operatora minimum 3 minuty i konsoli lekarskiej w przypadku zaniku zasilania sieciowego na minimum 15 minut) z uwagi na fakt, że Zamawiający uwzględnił przedmiotowe zarzuty i dokonał odpowiedniej modyfikacji SWZ;

2. Umorzenie postępowania w zakresie zarzutu dot. pkt 2 poz. 40 wobec zmiany SWZ w zakresie tego parametru, co w konsekwencji oznacza, że zarzut odnosi się do postanowienia, które nie funkcjonuje na etapie rozpoznania a tym samym jego rozpoznanie jest bezprzedmiotowe

3. Oddalenie zarzutów w pozostałej części, jako bezpodstawnych;

4. Zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą od Odwołującego.

Dalej podał: „Odnosząc się merytorycznie do postawionych zarzutów, Zamawiający wskazuje, że są one bezpodstawne, a w szczególności brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że opis przedmiotu zamówienia jest nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz utrudniając uczciwą konkurencję, preferując produkty jednego producenta – firmę Fujii i system FCT Speedia. Ponadto Zamawiający wskazuje, że w treści zarzutu, jak i uzasadnienia, Odwołujący nie wskazał, które elementy opisu przedmiotu zamówienia nie pozwalają mu na złożenie ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności, które parametry graniczne to uniemożliwiają. W ocenie Zamawiającego, stawiane zarzuty mają na celu ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów w sposób, który promowałby Odwołującego, natomiast nie mają one nic wspólnego z wytycznymi wskazanymi w art. 99, 240 czy 241 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp), których zresztą naruszenia – za wyjątkiem art. 99 – Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu. Jak rozumie Zamawiający, Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutów odnoszących się do tego, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że dostawcą może być tylko jeden producent, lecz zarzut odnosi się do tego, że poprzez wybiórczą punktację określonych parametrów, preferowany jest produkt firmy Fuji, który otrzyma w tych parametrach najwięcej punktów, co pozwoli tej firmie wygrać przetarg. Zważyć jednak należy, że w odniesieniu do zarzutów wskazanych w pkt A, poz. 17, 18, 21, 27, 33, w pkt C, poz. 3, 5, 8, 9, 10, 12, 13, 20, 34, 35, 42, 43, 47, 55, 58, 73, 74 wskazane tam parametry nie podlegają punktacji, a więc nie mogą w żaden sposób preferować któregoś z wykonawców, skoro żaden z wykonawców nie dostanie za te parametry punktów. Przyznanie punktów, zgodnie z żądaniami Odwołującego oraz wprowadzenie punktacji w odniesieniu do parametrów wskazanych w pkt D spowodowałoby najprawdopodobniej uprzywilejowanie Odwołującego względem innych wykonawców. Dalej wskazał: (...), że zgodnie z dyspozycją art. 240 ustawy Pzp, Zamawiający winien opisać kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a ponadto – zgodnie z art. 241 ustawy Pzp, muszą one mieć związek z przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Z powyższych dyrektyw wynika, że Zamawiającemu pozostawiono swobodę – ograniczoną tymi dyrektywami – co do doboru kryteriów ofert. Wskazał na wyrok KIO sygn. akt KIO 940/13 i podał cyt.: „Zamawiający, podejmując decyzję o ustaleniu kryteriów oceny i wyboru ofert, musi mieć na względzie, że w wyniku oceny ich spełniania ma wybrać ofertę, która będzie faktycznie najkorzystniejsza, tzn. zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez SO w W. w wyroku z 16.06.2003 r., V Ca 1213/02, ZPO 2004, Nr 3, poz. 32, najlepiej zaspokoi potrzeby zamawiającego. W świetle takiego poglądu Sądu, który w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, że «przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów», należy przyjąć za właściwe, że zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert, kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. Kryteria ustalane przez zamawiającego winny być natomiast jednoznaczne i precyzyjne” Z przywołanego wyroku – w zestawieniu z normami wynikającymi z przywołanych przepisów - jednoznacznie wynika, że Zamawiający określa kryteria oceny, który będą odzwierciedlały jego potrzeb oraz możliwości finansowych. Kryteria nie muszą odnosić się do istotnych elementów przedmiotu zamówienia, wystarczy, że będą one z nim powiązane. Żaden z postawionych zarzutów, nie kwestionuje jednoznaczności czy zrozumiałości wskazanych kryteriów. Żaden z przedstawionych zarzutów nie kwestionuje również powiązania kryteriów z przedmiotem zamówienia. Znaczna część odwołania sprowadza się natomiast do gołosłownych stwierdzeń, że opis kryteriów w sposób nieuprawniony promuje jednego z wykonawców, odnosi się do parametrów mało istotnych czy wyklucza wykonawcę z tego zamówienia, brak jest natomiast jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie”. (...) Dalej odniósł się – jak podał - do poszczególnych, nieuwzględnionych zarzutów: (...)

**Odwołujący** w piśmie z dnia 20 lipca 2023 r. oświadczył (...) cofam odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10.07.2023 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Zakup tomografu komputerowego jako urządzenia do diagnostyki dla pacjentów psychiatrycznych wraz z adaptacją pomieszczeń” Numer referencyjny ZP/AM/17/2023, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 122-387110 w dniu 28.06.2023.”.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy -

Prawo zamówień publicznych.

W myśl tego przepisu: „3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”.

Do postępowania odwoławczego – jak ustaliła Izba - nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19/07/23) wskazał na uwzględnione częściowo zarzuty, także na zmianę w zakresie „parametru pkt 2 poz. 40”. W zakresie nieuwzględnionych zarzutów wniósł o oddalenie odwołania a w zakresie uwzględnionym i wprowadzonej zmiany o umorzenie postępowania odwoławczego.

Odwołujący w piśmie z dnia 20 lipca 2023 r. oświadczył o cofnięciu odwołania.

Wobec złożonych oświadczeń stron i ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i na jego podstawie postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczanego od odwołania w całości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....