

POSTANOWIENIE

z dnia 20 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

wobec cofnięcia w dniu **20 grudnia 2012 r.** przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r.

przez wykonawcę: **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza z siedzibą w Pruszkowie**

przy udziale wykonawcy: **EDO MED sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 13500 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 (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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza z siedzibą w Pruszkowie – 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 „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup i montaż rezonansu magnetycznego MRI* (oznaczenie sprawy ZP/DD/20/2012). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało 30 listopada 2012 r. opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S_231-380624 oraz zamieszczone na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej (www.tworki.eu), na której udostępniono również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

10 grudnia 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – GE Medical Systems Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień s.i.w.z., zarzucając Zamawiającemu, że:

1. Ukształtował opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przez co uniemożliwił Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu.
2. Dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, 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 konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty.
3. Dokonał opisu sposobu oceny ofert w kryterium „Jakość” w sposób naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, niezapewniający wyboru oferty najkorzystniejszej.

– Wskutek czego zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 3 i 4, art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 2 pkt 5, art. 41 pkt 7 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący sprecyzował w uzasadnieniu zarzuty i żądania w następujący sposób.

(Ad 1)

Odwołujący podał, że Zamawiający dokonał następującego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozdział III, pkt B, ppkt 1.3 SIWZ): (...) *na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował min. dwiema osobami posiadającymi uprawnienia producenta oferowanego sprzętu*. Na wstępie Odwołujący wskazał, że w treści ogłoszenia o zamówieniu powyższy zapis nie występuje, a w sekcji III.2 ogłoszenia o zamówieniu („Warunki udziału”) Zamawiający odnosi się jedynie do sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz do wiedzy i doświadczenia. W ogłoszeniu nie ma również mowy o konieczności złożenia wykazu osób. Informację o sposobie oceny spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że przedstawiony w treści SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest dalece nieprecyzyjny oraz nie jest związany z przedmiotem zamówienia, a także nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w kontekście czego jest to warunek nieskonkretyzowany i niepodlegający obiektywnej weryfikacji. Zdaniem Odwołującego warunek *dysponowania przynajmniej dwiema osobami posiadającymi uprawnienia producenta oferowanego sprzętu* jest całkowicie abstrakcyjny, niedający się obiektywnie uchwycić. Z treści SIWZ nie wynika jakiego rodzaju uprawnienia muszą posiadać osoby, którymi dysponuje dany wykonawca. Producent nie wydaje żadnych „uprawnień”, nie wynikają one również z obowiązujących przepisów. Co istotne, według Odwołującego, nie sposób wywieść, w jaki sposób Zamawiający będzie sprawdzał czy warunek rzeczywiście jest spełniony. Załącznik nr 5 do SIWZ przewiduje, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku Wykonawca ma złożyć jedynie pisemne oświadczenie. Wobec aktualnej treści SIWZ Odwołujący nie wie jednak czy może zgodnie z prawdą złożyć oświadczenie o treści przewidzianej w Załączniku nr 5 do SIWZ, bowiem nie wiadomo, o jakich „uprawnieniach” jest mowa w rozdziale III, pkt B, ppkt 1.3 SIWZ. Nie wiadomo zatem jaki jest związek omawianego warunku z przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego kolejnym powodem dla którego taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalny jest to, że zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp opis ten musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jest tak z uwagi na niemożność porównania wagi owych „uprawnień

producenta” z zakresem przedmiotu zamówienia. W praktyce nie istnieje jakiś zunifikowany standard „uprawnień” wymagany od osób zajmujących się montażem i uruchomieniem urządzeń tego rodzaju jak aparat rezonansu magnetycznego MRI. Osoby takie dysponują właściwym wykształceniem kierunkowym, kwalifikacjami zawodowymi oraz niezbędnym doświadczeniem zdobytym na gruncie dotychczas zrealizowanych projektów.

W ocenie Odwołującego ponieważ powyższy warunek nie pojawia się w ogłoszeniu o zamówieniu, może to świadczyć o naruszeniu art. 22 ust. 3 i art. 41 pkt 7 pzp, które to przepisy wyraźnie wymagają, aby opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu widniał w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący stwierdził, że jeśli wola Zamawiającego w zakresie wymagań podmiotowych jest prawidłowo odzwierciedlona w ogłoszeniu, to należy wykreślić ppkt 1.3 z rozdziału III, pkt B SIWZ (a w ślad za tym wymóg złożenia wykazu osób z ppkt 3) z Rozdziału III, pkt A SIWZ) – co stanowi żądanie Odwołującego w zakresie pierwszego zarzutu. Alternatywnie Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający chce jednak badać kompetencje kadry wykonawcy, to konieczne jest umieszczenie stosownego nowego warunku w ogłoszeniu o zamówieniu w taki sposób, aby pomiędzy tym ogłoszeniem a SIWZ nie było żadnych różnic.

(Ad 2)

Odwołujący podniósł dwa szczegółowe zarzuty odnośnie postanowień załącznika nr 2 do SIWZ (Część A) – „Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia”.

Po pierwsze odnośnie pkt I.7. oraz I.8.1, w którym określono następujący parametr wymagany: *Homogeniczność pola dla kuli - wartość gwarantowana w ppm, mierzona metodą VRMS, tj. wymagane minimum 24 płaszczyzn pomiarowych – o średnicy 10 cm – Podać wartość.* Odwołujący zarzucił, że tak sformułowane wymaganie uniemożliwia mu złożenie oferty, gdyż z uwagi na brak wyspecyfikowania takiego parametru w oryginalnych dokumentach firmowych producenta nie jest w stanie podać wartości gwarantowanej homogeniczności Dla takiej średnicy Odwołujący jest w stanie podać dane dotyczące homogeniczności pola w kuli – wartości typowej w [ppm], mierzonej metodą Volume-Root-Mean-Square o wysokiej dokładności, tzn. z zastosowaniem min. 24-ech płaszczyzn pomiarowych. Zdaniem Odwołującego poznanie i porównanie wartości typowych homogeniczności pola magnetycznego niesie dla Zamawiającego znacznie więcej informacji niż poznanie i porównanie wartości gwarantowanych, które określają jedynie, że wartość homogeniczności pola dla danego typu magnesu jest nie gorsza niż wartość gwarantowana. Natomiast wartość typowa określa użytkowe parametry homogeniczności pola podczas normalnego wykonywania badań.

Odwołujący wniósł o zmianę pkt I.8.1 załącznika nr 2 do SIWZ (część A) poprzez jego

usunięcie, alternatywnie o zmianę brzmienia punktu I.7. tego załącznika przez nadanie jego treści następującego brzmienia: *Homogeniczność pola dla kuli – wartość typowa w ppm, mierzona metodą VRMS, tj. wymagane minimum 24 płaszczyzn pomiarowych.*

Drugi szczegółowy zarzut dotyczy tego, że choć w pkt III.6 oraz III.7. załącznika nr 2 do SIWZ (część A) Zamawiający zamierza premiować „Cyfrową architekturę cewek. Ilość w pełni cyfrowych cewek z wyjściem optycznym ” oraz „Cyfrową architekturę odbiorczego toru RF. (...)” – to nie stawia wymagania ani nie zamierza premiować parametru bardzo istotnego dla jakości i szybkości obrazowania a związanego bezpośrednio z jakością przetwarzania sygnału odebranego z ciała pacjenta, tj. maksymalnej szerokości pasma dla każdego cyfrowego kanału odbiorczego (tzw. Receive Bandwidth). Przyjmuje się, że wartością minimalną jest 700 kHz dla każdego kanału odbiorczego, niezależnie od rodzaju i architektury odbiorczego toru RF.

Odwołujący wniósł o modyfikację pkt III załącznika nr 2 do SIWZ (część A) przez wprowadzenie następującego dodatkowego wymagania jako pkt 13: *Maks. szerokość pasma dla każdego cyfrowego kanału odbiorczego (receive bandwidth) > 700kHz – Podać [kHz] – Największa wartość: 3 pkt. Inne: proporcjonalnie mniej.*

(Ad 3)

Odwołujący podał, że dla parametrów, w których porównuje się wartości zaoferowanych wielkości, Zamawiający przyjął następującą metodę oceniania: *Najmniej korzystna wartość (odpowiednio Najmniejsza lub Największa): 0 pkt. Najbardziej korzystna wartość (odpowiednio Największa lub Najmniejsza): maksymalna liczba pkt. Pośrednie: proporcjonalnie do różnicy między największą i najmniejszą wartością.*

Zdaniem Odwołującego taka formuła premiowania dodatkowymi punktami jest krzywdząca dla rozwiązania jedynie nieznacznie gorszego od konkurencyjnych. Przykładowo, gdy różnica w odległościach między najlepszym a najgorszym rozwiązaniem będzie wynosiła bardzo niewiele, nieznacznie lepsze rozwiązanie otrzyma maksymalną liczbę punktów, nieznacznie gorsze zaś – nie otrzyma punktów w ogóle. W ocenie Odwołującego stanowi to istotne naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 pzp), zawierającej w sobie konieczność zachowania proporcjonalności przy ocenie ofert, czyli odpowiedniego (adekwatnego), w stosunku do innych wykonawców punktowania oferowanych rozwiązań technicznych, jakościowych, funkcjonalnych itp.

Odwołujący wniósł o zmianę zasad punktacji we wszystkich punktach które zawierają ww. metodę na następującą formułę: *Najbardziej korzystna wartość (odpowiednio Największa lub Najmniejsza): maksymalna liczba pkt. Inne: proporcjonalnie mniej.*

12 grudnia 2012 r. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie

Sygn. akt KIO 2729/12

internetowej. 14 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez EDO MED. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w we właściwej formie, terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tego przystąpienia.

20 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie z tej daty, w której oświadczył, że uznaje zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu oraz zarzut dotyczący parametru homogeniczności pola dla kuli. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że 19 grudnia 2012 r. dokonał w tym zakresie zmian treści s.i.w.z. zgodnych z żądaniami odwołania. Po pierwsze – rozdział III, pkt B ppkt 1.3 otrzymał następujące brzmienie: *Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – spełnienie warunku zostanie uznane za dokonane na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu*. Natomiast w rozdziale V pkt A wykreślono ppkt 3 zobowiązujący do przedłożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Po drugie – w załączniku nr 2 do s.i.w.z. (część A) – *Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia* – w zakresie parametru homogeniczności pola dla kuli zrezygnowano z wymogu podania wartości gwarantowanych, zastępując je wymaganiem podania wartości typowych. W zakresie tych zarzutów Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania przez Izbę.

Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie pozostałych dwóch zarzutów jako niezasadnych.

Zdaniem Zamawiającego rezygnacja z punktowania *szerokości pasma odbiornika RF* nie stanowi naruszenia zasad ustawy pzp. Zamawiający nie podważał istotnego znaczenia takiego parametru. Zwrócił jednak uwagę, że obecnie stosowane są również innego rodzaju technologie, w których określenie szerokości pasma nie ma technologicznego uzasadnienia, w związku z czym producenci rezygnują z podawania tego parametru. Zamawiający podkreślił, że celowo pominął szerokość pasma dla odbiornika RF. Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać wadliwość opisu przedmiotu zamówienia w zakresie przyznawania punktacji za posiadanie *cyfrowej architektury cewek*. Zdaniem Zamawiającego bezspornie cyfrowa architektura cewek ogranicza czas i drogę przekazywania sygnału w formie analogowej, a tym samym stratę sygnału, co ma dla Zamawiającego fundamentalne znaczenie.

W ocenie Zamawiającego również zarzut dotyczący opisu sposobu oceny ofert

Sygn. akt KIO 2729/12

w kryterium jakości jest całkowicie niezasadny, a rozwiązanie proponowane przez Odwołującego doprowadzi w istocie do zatarcia różnic w ocenie technicznej całej oferty i w żaden sposób nie wpłynie na punktowanie korzystniejszych rozwiązań. Zamawiający przewidział najczęściej przyznawanie od 1 do 3 punktów, co oznacza, że celowo punktowane są różnice pomiędzy oferowanymi parametrami. Tymczasem zasady proponowane przez Odwołującego doprowadziłyby do sytuacji, że wykonawcy otrzymywaliby ułamkową punktację, zawierającą minimalną różnicę. Zdaniem Zamawiającego wówczas punktacja w tym kryterium nie odzwierciedlałaby różnic w zaproponowanych parametrach i nie stanowiłaby adekwatnego kryterium oceny oferowanych rozwiązań technicznych.

Również 20 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z tej daty od Odwołującego, w którym oświadczył on, że zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy pzp cofa odwołanie wniesione 10 grudnia 2012 r.

Zarówno odwołanie jak i cofnięcie odwołania zostały podpisane przez członka zarządu i prokurenta, którzy – zgodnie z załączonym do odwołania odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców dla nr KRS:0000040213 – uprawnieni są do reprezentacji GE Medical Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Z uwagi na cofnięcie odwołania – 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, które odbyło się z udziałem Zamawiającego i Przystępującego, którzy się na nie stawili.

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, poz. 238).

Przewodniczący: