

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 13 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paulina Nowicka

wobec cofnięcia w dniu **10 maja 2013 r.** przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r.

przez wykonawcę: **TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa nowego aparatu mammograficznego dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej COZL* (nr postępowania ZP/3311/PN-57/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie**

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącej 90 % uiszczanego 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 niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie – 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, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publiczne pn. *Dostawa nowego aparatu mammograficznego dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej COZL* (nr postępowania ZP/3311/PN-57/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_051-084045 z 17 kwietnia 2013 r., zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://bip.cozl.eu>), na której udostępnił od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 833.333,33 zł, co stanowi równowartość 207.317,48 euro.

26 kwietnia 2013 r. (pismem z tej daty) TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów następujących przepisów ustawy pzp: art. 2 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 2 i art. 2 pkt 8, art. 2 pkt 10, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 i 4, a także naruszenie art. 535 i 536 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp - przez:

- 1) wprowadzenie warunku odbioru od Zamawiającego mammografu Mammomat Novation DR rok prod. 2008,
- 2) wprowadzenie do specyfikacji zapisów, które powodują, że niemożliwe staje się prawidłowe skalkulowanie ceny oraz złożenie oferty zgodnej z treścią specyfikacji,
- 3) wprowadzenie szeregu warunków, które uprzywilejowują koncern Siemens, mammografy sprzedawane przez ten koncern lub jego dystrybutorów,
- 4) opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, tj. znaku towarowego firmy Siemens,
- 5) wykroczenie poza wymagania, które może podać Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, związane z realizacją zamówienia,

- 6) ustalenie wag kryteriów oceny ofert w sposób, który preferuje produkty koncernu Siemens,  
– i tym samym przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy przez:

- 1) usunięcie z nich zapisów o warunku odbioru przez wybranego wykonawcę mammografu Mammomat Novation DR rok produkcji 2008,
- 2) zmianę kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty polegającą na zmianie wag kryteriów na następujące: cena – 90%, parametry jakościowe – 10%,
- 3) zmianę warunków technicznych opisanych w załączniku nr 7 do SIWZ w niżej opisany sposób:
  - a) *Wymagania ogólne* – wykreślenie pkt 2 dotyczącego oceny czy podzespoły takie jak lampa, generator i statyw pochodzą od tego samego producenta,
  - b) *Generator wysokiego napięcia* – rezygnacja z oceny pkt 5,
  - c) *Lampa RTG*:
    - w pkt 2 wykreślenie przyznawania punktacji za anodę wykonaną z dwóch różnych materiałów,
    - przyznanie punktacji za pojemność cieplną anody (pkt 4), analogicznie do oceny w pkt 5, tj. maksymalna wartość oferowanego parametru – 5 pkt, minimalna wartość oferowanego parametru – 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie,
  - d) *Statyw mammograficzny*:
    - rezygnację z przyznawania punktacji w pkt IV.3,
    - wprowadzenie punktacji za parametr – odległość ognisko-detektor obrazu (pkt. IV.6), w zakresie: wartość maksymalna – 10 pkt, wartość minimalna – 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie,
  - e) *Detektor cyfrowy* – wprowadzenie wyceny parametru *rozmiar piksela*, przez przyznawanie punktacji: 10 pkt za najmniejszą wartość piksela, 0 pkt za największą wielkość piksela, pozostałe proporcjonalnie,
  - f) *Konsola technika*:
    - wykreślenie pkt 3 w zakresie przyznawania punktacji za zaoferowanie stołu operatora z pulpitem sterowanym z regulacją wysokości,
    - rezygnację z oceny pkt VI.6,
  - g) *Inne*:
    - zaniechanie przyznawania punktacji za pkt 4,

– wykreślenie pkt 9.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

#### I. uzasadnienie braku podstaw wprowadzenia warunku odbioru używanego mammografu

Odwołujący stwierdził, że w świetle punktu III 2.6 SIWZ, punktu XIII pkt 4.b), § 1 ust. 3 i 4 projektu umowy, kosztorysu ofertowego (załącznik nr 4) oraz innych, szczegółowych zapisów specyfikacji – warunkiem udziału w postępowaniu jest *odbior* od Zamawiającego używanego mammografu koncernu Siemens. W ocenie Odwołującego jest to obejście przepisów dotyczących sprzedaży używanych rzeczy ruchomych przez podmioty będące jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż Zamawiający uzależnia zawarcie umowy sprzedaży nowego mammografu cyfrowego (który jest przedmiotem zamówienia publicznego) od zawarcia umowy sprzedaży używanego mammografu cyfrowego. Przedmiotem zamówienia publicznego są więc następujące czynności prawne: po pierwsze – umowa sprzedaży nowego mammografu cyfrowego, w której jeden z wykonawców będzie sprzedawcą, a kupującym będzie Zamawiający, po drugie – umowa sprzedaży używanego mammografu cyfrowego, w której jeden z wykonawców będzie Kupującym, a Zamawiający będzie sprzedawcą. Przy czym obie umowy mają być zawarte równocześnie, a zawarcie jednej umowy jest warunkiem zawarcia drugiej. Odwołujący wywiódł, że użycie w specyfikacji określenia *warunek* nie przesądza o tym, z jaką konstrukcją prawną mamy w tym wypadku do czynienia, gdyż nie jest to ani warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 pzp, ani wymaganie w rozumieniu art. 29 ust. 4 pzp, ani warunek w rozumieniu art. 89 Kodeksu cywilnego, tj. zdarzenie przyszłe i niepewne.

W opinii Odwołującego przez wprowadzenie obowiązku odbioru używanego mammografu Zamawiający przekroczył granice zamówień publicznych wynikające z ustawy, gdyż elementem zapłaty za dostawę nowego mammografu cyfrowego nie może być inny, używany mammograf cyfrowy. W świetle definicji zawartej w art. 2 pkt 13) pzp zamówienia publiczne - to umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Z innych przepisów ustawy pzp wynika natomiast, że odpłatność umów odnosi się do ceny towaru lub usługi w rozumieniu ustawy o cenach. Potwierdza to także treść art. 36 ust. 1 pkt 12) pzp, która obliuguje zamawiającego do umieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu obliczenia ceny. Według Odwołującego wynika z tego, że zapłata ceny za towar lub usługę to zapłata w pieniądzu, a nie zapłata w innym towarze. Zamawiający nie może zatem wymagać, aby wybrany wykonawca odebrał od niego używany mammograf cyfrowy. Warunek taki jest sprzeczny z istotą zamówienia publicznego, które ma służyć zapewnieniu m.in. rzetelności i przejrzystości wydatkowania środków publicznych. Natomiast zupełnie inne procedury obowiązują w przypadku sprzedaży ruchomości

należących do podmiotów, które są uznawane za jednostki sektora finansów publicznych.

Odwołujący wywiódł, że odebranie mammografu cyfrowego nie jest dostawą czy usługą w rozumieniu definicji przedstawionych w art. 2 pkt 2) i 10) pzp. Dostawa w rozumieniu ustawy pzp to nabywanie rzeczy, praw lub innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Natomiast usługi to inne świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są one usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b pzp. Nabycie używanego sprzętu medycznego od Zamawiającego nie jest usługą – jest to umowa sprzedaży ruchomości w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego. Z tego względu zdaniem Odwołującego taki warunek nie może być elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił również, że uzależniając zawarcie umowy od odbioru używanego mammografu, Zamawiający ogranicza krąg odbiorców potencjalnie zainteresowanych taką ofertą, gdyż mammograf obecnie użytkowany przez Zamawiającego mógłby być odebrany przez inny podmiot leczniczy, a nie przez przedsiębiorcę, który zajmuje się tylko sprzedażą sprzętu medycznego. Następnie Odwołujący wywiódł, że nałożenie obowiązku odbioru używanego mammografu Mammomat Novation DR faktycznie uprzywilejowuje producenta tego urządzenia, tj. koncern Siemens, w imieniu którego na terenie Polski działa Siemens sp. z o.o. Producent ma możliwość różnorodnego wykorzystania takiego sprzętu. Poza odsprzedaż może go m.in. rozmontować, wykorzystać na części zamienne, do prezentacji handlowych itp. Takich możliwości nie ma natomiast inny wykonawca, w szczególności jeżeli zajmuje się sprzedażą sprzętu medycznego firm konkurencyjnych wobec koncernu Siemens. Odwołujący wskazał, że spółka Siemens na podstawie umowy zawartej w trybie z wolnej ręki zajmuje się serwisowaniem mammografu, gdyż prace te może wykonywać tylko podmiot posiadający uprawnienia nadane przez producenta urządzenia. W ocenie Odwołującego okoliczności te wskazują na naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający przekroczył granice opisu przedmiotu zamówienia wynikające z art. 29 ust. 3 i 4 pzp. Zdaniem Odwołującego umieszczenie w pkt 2.2. SIWZ jako elementu przedmiotu zamówienia czynności polegającej na odbiorze od zamawiającego mammografu Mammomat Novation DR – stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 pzp, polegające na odwołaniu się do znaku towarowego używanego przez koncern Siemens. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 29 ust. 4 pzp zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia, wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące m.in. zatrudnienia osób, utworzenia funduszu szkoleniowego, zwiększenia wpłat pracodawców. Jednak ustawa pzp w żadnym miejscu nie zezwala, aby

warunkiem udziału w postępowaniu przetargowym był odbiór od zamawiającego jakichkolwiek rzeczy ruchomych.

W ocenie Odwołującego wprowadzone do specyfikacji postanowienia powodują, że niemożliwe staje się prawidłowe skalkulowanie ceny oraz złożenie oferty zgodnej z treścią specyfikacji. Odwołujący podał, że zgodnie z pkt XII 4 specyfikacji: *b) W cenę oferty należy wliczyć cenę oferowanej aparatury oraz inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia (np. transport, ubezpieczenie, przeszkolenie pracowników w zakresie obsługi sprzętu i inne) i cenę serwisowania przez cały okres gwarancji. Cenę ofertowa należy pomniejszyć o wartość zdemontowanego i odebranego od COZL mammografu Mammomat Novation DR rok produkcji 2008. c) W cenie ofertowej brutto należy uwzględnić wszelkie koszty (brutto wraz z podatkiem VAT).* Według Odwołującego przytoczone zapisy wskazują, że nie będzie możliwe prawidłowe obliczenie ceny oferty, w sposób zgodny z zasadami kalkulacji cen oraz wymaganiami Zamawiającego. Zapis ten nie uwzględnia bowiem, że dla każdego z oferentów nabycie używanego mammografu koncernu Siemens od Zamawiającego jest kosztem związanym z realizacją umowy i tym samym nabycie tego aparatu powiększa ostateczną cenę wykonania usługi. Nie jest więc możliwe, aby cena oferty została pomniejszona o wartość zdemontowanego i odebranego mammografu, jak tego wymaga Zamawiający. W opinii Odwołującego zapisy specyfikacji naruszają także sposób ustalania ceny, który wynika z Kodeksu Cywilnego. W świetle art. 535 kc cena jest ekwiwalentem, który płaci kupujący za przeniesienie na niego własności rzeczy przez sprzedawcę. Jak stanowi art. 536 § 1 kc cenę można określić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Zdaniem Odwołującego te przepisy prawa również potwierdzają, że w ostatecznej cenie wykonania usługi musi być wliczony koszt odbioru używanego mammografu cyfrowego i nie może on pomniejszać ostatecznej ceny realizacji zamówienia publicznego.

Odwołujący wywiódł na końcu, że konstrukcja *odbioru* mammografu cyfrowego jest sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa z następujących powodów. Projekt umowy załączony do SIWZ nie zawiera postanowień dotyczących sprzedaży mammografu cyfrowego, mimo że taka umowa zostanie faktycznie zawarta, przez co sprzedaż używanego mammografu cyfrowego nie zostanie prawidłowo udokumentowana. Według Odwołującego spowoduje to, że związku z odbiorem używanego mammografu nie zostanie wystawiona przez Zamawiającego – jako sprzedawcy tego wyrobu medycznego – faktura VAT, mimo jednoznacznego obowiązku, który wynika z przepisów podatkowych. Ponadto SIWZ w żadnym miejscu nie przewiduje możliwości udostępnienia mammografu w celu jego prawidłowej wyceny, czy też ustalenia stanu technicznego.

II. uzasadnienie żądania zmiany warunków technicznych (parametrów granicznych)

w załączniku nr 7 do SIWZ

*Wymagania ogólne*

*pkt 2 – ocena czy podzespoły takie jak lampa, generator i statyw pochodzą od tego samego producenta.*

Zdaniem Odwołującego pochodzenie tych elementów od jednego producenta nie daje podstaw do oceny, że mammograf będzie lepszy. Natomiast punktacja taka ma na celu preferowanie koncernu Siemens, który jest producentem wielu urządzeń i praktycznie wszystkich podzespołów do mammografów takich jak lampa, generator lub statyw. Odwołujący stwierdził, że istnieje wiele firm specjalizujących się w produkcji podzespołów medycznych, które są w stanie wykonać wyroby równie dobre jakościowo jak koncern Siemens – na przykład producent lamp rentgenowskich, firma Varian, z której dostaw korzysta wielu producentów aparatury rentgenowskiej.

*I. Generator wysokiego napięcia – pkt 5*

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zamierza przyznawać punktację za wartość ekspozycji, przy czym maksymalna wartość oferowanego parametru to 5 pkt, minimalna wartość – 0 pkt, a pozostałe wartości są oceniane proporcjonalnie.

Odwołujący wywiódł, że ponieważ duża wartość ekspozycji oznacza dużą dawkę promieniowania otrzymaną przez pacjenta podczas badania, Zamawiający preferuje w ten sposób stare rozwiązania koncernu Siemens – z detektorami o niskiej czułości, które wymagają dużej dawki promieniowania i są dużo bardziej szkodliwe dla pacjentów.

*II. Lampa RTG*

*pkt 2 - punktacja za anodę wykonaną z dwóch różnych materiałów*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający preferuje anodę wykonaną z dwóch różnych materiałów i jest to kolejny przykład na preferowanie rozwiązania koncernu Siemens, który stosuje takie lampy (o anodzie molibdenowej i wolframowej). Według Odwołującego w technologii cyfrowej opartej na detektorze selenowym optymalnym rozwiązaniem jest stosowanie anody wolframowej (tj. jednomateriałowej). Inne rozwiązania prowadzą do zwiększenia dawki promieniowania. Ponadto anoda dwumateriałowa charakteryzuje się gorszymi parametrami termicznymi i jest przez to mniej wydajna.

Odwołujący wniósł, aby zobowiązać Zamawiającego do przyznania punktacji za pojemność cieplną anody (pkt 4), analogicznie do oceny w pkt 5 (tj. maksymalna wartość oferowanego parametru – 5 pkt, minimalna wartość oferowanego parametru – 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie), gdyż pojemność cieplna anody lampy jest parametrem co najmniej tak samo istotnym dla pracy lampy, jak pojemność cieplna kołpaka z punktu 5. Odwołujący zwrócił uwagę, że ponieważ to właśnie w anodzie wydzielą się ciepło i to ona ulega zużyciu, a nie kołpak, ocena tego parametru jest istotna.

*IV. Statyw mammograficzny*

Odwołujący wniósł, aby zobowiązać Zamawiającego do wykreślenia przyznawania punktacji w pkt 3 statyw mammograficzny – zakres ruchu głowicy. Według Odwołującego ocena tego parametru pozbawiona jest jakiegokolwiek znaczenia praktycznego, gdyż wszystkie oferowane na rynku aparaty umożliwiają wykonanie zdjęcia w pozycji siedzącej i stojącej, często również wykonywanie biopsji stereotaktycznej w pozycji na boku, a ponadto zawsze można pracownię wyposażyć w krzesło o odpowiedniej wysokości siedziska dla danego typu aparatu.

W opinii Odwołującego ważne jest natomiast wprowadzenie punktacji za parametr - odległość ognisko – detektor obrazu (pkt 6), w zakresie: wartość maksymalna – 10 pkt, wartość minimalna – 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie. Odwołujący uzasadnił, że większa odległość pomiędzy ogniskiem i detektorem obrazu poprawia ergonomię urządzenia, ułatwia pozycjonowanie pacjenta oraz umożliwia łatwe instalowanie akcesoriów do powiększeń obrazu i wykonywania biopsji.

*V. Detektor cyfrowy*

Odwołujący wniósł także, aby w zakresie detektora cyfrowego wprowadzić wycenę parametru *rozmiar piksela* – przez przyznawanie 10 pkt za najmniejszy rozmiar piksela, 0 pkt za największy rozmiar piksela, pozostałe proporcjonalnie. Odwołujący uzasadnił, że wielkość piksela jest jednym z najważniejszych parametrów urządzeń z detektorem cyfrowym, gdyż wpływa bezpośrednio na rozdzielczość obrazu, a tym samym na możliwość oceny drobnych zmian w piersi. Jest to zatem parametr bezpośrednio przenoszący się na możliwości diagnostyczne aparatu i świadczy o jego jakości.

*VI. Konsola technika*

Odwołujący domagał się również wykreślenia pkt 3 w zakresie przyznawania punktacji za zaoferowanie stołu operatora z pulpitem sterowanym z regulacją wysokości oraz rezygnację z oceny pkt 6 - ilości zapamiętanych obrazów bez kompresji min. 9 000. Zdaniem Odwołującego taka cecha mammografu ma minimalne znaczenie praktyczne, a wskazuje jedynie na preferowanie produktów firmy Siemens.

*Inne*

W części *Inne* dla Odwołującego istotne było usunięcie pkt 4, w którym jego zdaniem Zamawiający preferuje funkcjonalność nie mającą zastosowania praktycznego. Odwołujący stwierdził, że europejskie i polskie przepisy wymagają aby zdjęcia CC i MLO były wykonywane z kratką przeciwozproszeniową. Natomiast proponowane przez koncern Siemens rozwiązanie, do którego odnosi się pkt 4 załącznika nr 7 do SIWZ, zdaniem Odwołującego uznać można jedynie za ciekawostkę techniczną.

Odwołujący wskazał, że wykreślenie pkt 9 powinno być konsekwencją uchylecia



obowiązku odbioru przez wybranego wykonawcę od Zamawiającego używanego mammografu cyfrowego.

III. uzasadnienie żądania zmiany wag kryteriów oceny ofert

W ocenie Odwołującego wprowadzone wagi za poszczególne kryteria wraz z punktacją za poszczególne parametry techniczne powodują, że w praktyce największe szanse na zdobycie zamówienia ma wykonawca oferujący mammograf droższy, który charakteryzuje się następującymi cechami: po pierwsze – podzespoły takie jak lampa, generator i statyw pochodzą od tego samego producenta, po drugie – ma większą wartość ekspozycji od mammografów oferowanych przez innych producentów, po trzecie – posiada mniej nowoczesną anodę wykonaną z dwóch różnych materiałów, po czwarte – posiada stół operatora z pulpitem sterowania z regulacją wysokości. Odwołujący zarzucił, że takie sformułowanie kryteriów oceny ofert skutkuje naruszeniem obowiązku równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający ocenia funkcjonalność polegającą na regulacji wysokości stolika operatora, która ma znaczenie drugoplanowe. Jednocześnie zapomina o rzeczach tak ważnych, jak szybkość działania mammografu cyfrowego, wielkość dawki czy jakość obrazu diagnostycznego, które to parametry opisują rzeczywistą jakość aparatu. Według Odwołującego potwierdza to, że Zamawiający ocenia rozwiązania stosowane przez koncern Siemens, co powoduje uprzywilejowanie wykonawcy oferującego produkty tego koncernu w stosunku do innych wykonawców.

29 kwietnia 2013 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesionym odwołaniu oraz kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

9 maja 2013 r. wpłynęła do Izby faksem (10 maja 2013 r. w formie pisemnej) odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający stwierdził, że z odwołania powziął informację, że naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 pzp, w szczególności poprzez wprowadzenie obowiązku demontażu i odbioru używanego mammografu Mammomat Novation DR. Zamawiający podał, że 29 kwietnia 2013 r. – działając zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 pzp – unieważnił postępowanie ze względu na zaistnienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego

(do odpowiedzi na odwołanie załączono zawiadomienie z 29 kwietnia 2013 r.). Zamawiający wyjaśnił, że konstruując SIWZ nieświadomie wprowadził dyskryminujące postanowienia. Zdaniem Zamawiającego modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu, a zamieszczenie postanowień niezgodnych z przepisami właściwych ustaw, stanowi wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Zamawiający przywołał wyrok z 20 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1184/12), w którym wskazano, że nie jest możliwe w toku badania i oceny ofert dokonywanie zmian warunków zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych, nawet gdyby były one obiektywnie niezasadne z uwagi na ich, np. nieracjonalność czy trwałe przeszkody uniemożliwiające potwierdzenie spełnienia takiego warunku. W takim przypadku zamawiający co najwyżej może rozważyć unieważnienie postępowania - tak jak to wynika z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Zamawiający powołał się również na wyrok z 25 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1733/10), w którym stwierdzono, że unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp uprawnieni są do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę podleganie unieważnieniu umowy z mocy przepisu art. 146 ust. 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać zamawiającym możliwości niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obarczone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wykraczającymi jednak poza dyspozycję art. 146 ust. 1 pzp. Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania – zawarcia ważnej umowy w sprawie jego wykonania. Aby było to możliwe Zamawiający musi nie tylko opisać przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i wyczerpujący, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jaki produkt mogą zaoferować (przepis art. 29 ust. 1 pzp), ale jednocześnie ten sposób opisu nie może utrudniać uczciwej konkurencji, jak również, co do zasady, nie może polegać na wskazaniu znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (przepisy art. 29 ust. 2 i 3 pzp).

Ponadto Zamawiający dostrzegł, że w przedmiotowej sprawie mogło dojść do nieprawidłowego zdefiniowania dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2) ustawy pzp oraz art. 1 ust. 2 lit c) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r., str. 114, dalej zwanej „dyrektywą

klasyczną”), przez wprowadzenie dodatkowego warunku uczestnictwa w postępowaniu, w postaci demontażu i odbioru używanego sprzętu, to jest czynności znajdującej się poza zakresem regulacji ustawy pzp i dyrektywy klasycznej. Mogło to spowodować wszczęcie zamówienia, które w przyjętym kształcie nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13) ustawy pzp oraz art. 1 ust. 2 lit. a) i lit. c) dyrektywy klasycznej, gdyż zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 13) pzp – ustawa dotyczy zamówień publicznych, którymi są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zdaniem Zamawiającego powyżej wskazane okoliczności oznaczają ziszczenie się przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp, wobec niemożności sanowania prowadzonego postępowania w inny sposób, który byłby prawidłowy. Zamawiający poinformował, że zamieścił informację o unieważnieniu postępowania na swojej stronie 29 kwietnia 2013 r.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby, że zgodnie z art.192 ust. 2 pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy nie oznacza, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż konieczne jest również ustalenie wpływu tego naruszenia na wynik postępowania. Ocena wpływu naruszenia ustawy na wynik postępowania dokonywana jest przez Izbę z uwzględnieniem istniejącego w dniu rozprawy stanu faktycznego. Zamawiający podniósł ponownie, że 29 kwietnia 2013 r. podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Zamawiający powołał się również na następujące fragmenty uzasadnienia wyroku Izby z 13 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2408/12): *...pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie zamawiającego. (...) w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. ...Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. ...Izba ma legitymację prawną do oceny czynności zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów*

*ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.*

Zamawiający ocenił, że w tych okolicznościach rozstrzygnięcie w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy jest bezcelowe i nie może odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Unieważnienie postępowania w swoich skutkach prowadzi do uchylenia wszystkich czynności podjętych w postępowaniu, a rozstrzygnięcie o prawidłowości tych czynności staje się bezprzedmiotowe. Ponieważ postępowanie zostało unieważnione, to żadna z czynności wcześniejszych nie mogła mieć w chwili rozpoznania odwołania znaczenia dla wyniku tego postępowania. W związku z tym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 pzp.

10 maja 2013 r. o godz. 16:30 do Izby wpłynęło pismo Odwołującego zatytułowane *Wniosek o umorzenie postępowania*. W jego treści sformułowano alternatywnie dwa wnioski w tym zakresie.

Po pierwsze – Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 pzp. Jako uzasadnienie tego wniosku przywołano następujący fragment uzasadnienia decyzji Zamawiającego z 29 kwietnia 2013 r.: *...zaistniała nieusuwalna, istotna wada postępowania, co uniemożliwia także zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy. Dokonano niewłaściwego ukształtowania treści zamówienia, wychodząc poza ramy zamówienia publicznego na dostawę, o których mowa w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych, a także dokonano błędnego opisu przedmiotu zamówienia, co miało bezspornie wpływać na jego wynik, w szczególności przez brak możliwości jednakowej oceny przedmiotu dostawy w złożonych ofertach, a w ślad za tym wyboru najkorzystniejszej oferty, należy unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych*. Odwołujący poinformował również, że w po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Po drugie – *w przypadku nie przychylenia się KIO do powyższego wniosku* – Odwołujący na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy pzp wniósł o cofnięcie odwołania wniesionego 26 kwietnia 2013 r. oraz o umorzenie postępowania odwoławczego. Odwołujący

W związku z alternatywnym wnioskiem Odwołujący w podsumowaniu wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego jako bezprzedmiotowego oraz o odstąpienie od zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego. Dodatkowo na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie 2 ustawy pzp wniósł o zwrot uiszczonego wpisu na podany przez siebie rachunek bankowy.

13 maja 2013 r. na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący potwierdził, że cofa

wniesione odwołanie. Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie, pomimo że prawidłowo został zawiadomiony o jego terminie.

Zarówno odwołanie, jak i jego cofnięcie zostało podpisane przez członka zarządu TIMKO sp. z o.o., który – zgodnie z załączonym do odwołania odpisem aktualnym z rejestru przedsiębiorców dla nr KRS: 0000172073 z 19 listopada 2013 r. – uprawniony jest do samodzielnej reprezentacji tej spółki. Ponadto cofnięcie odwołania zostało potwierdzone zgodnym oświadczeniem prawidłowo umocowanych pełnomocników Odwołującego, którzy stawili się na posiedzenie z udziałem stron.

Z uwagi na cofnięcie odwołania przed otwarciem rozprawy – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

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:** .....