

Sygn. akt: KIO 1587/17

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **16 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 lipca 2017 r.** przez wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Władysława Syrokomli 30, 03-335 Warszawa; Biuro handlowe (adres do korespondencji): ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa, 2 04-749 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.), Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TIMKO Sp. z o.o., ul. Władysława Syrokomli 30, 03-335 Warszawa; Biuro handlowe (adres do korespondencji): ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawa - Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Zakup cyfrowego mammografu oraz przewoźnego cyfrowego aparatu RTG w podziale na dwa zadania*”, znak sprawy D-30/N/17, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 138 - 282861 z 21.07.2017 r., przez Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa, 2 04-749 Warszawa zwany dalej: „*Zamawiającym*”. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” oraz ogłoszenia o zamówieniu w dniu 21.07.2017 r.

W dniu 31.07.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TIMKO Sp. z o.o., ul. Władysława Syrokomli 30, 03-335 Warszawa; Biuro handlowe (adres do korespondencji): ul. Kacza 8 lok. 34, 01-013 Warszawa zwaną dalej: „*TIMKO Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” wniosła odwołanie postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.07.2016 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

- naruszenie art. 29 ust. 1-3 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję i poprzez opisanie takiego rodzaju parametrów i ich źródła, które wskazują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, albowiem prowadzi to do wyeliminowania Odwołującego i produktów innych producentów, a tym samym uniemożliwia wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy, w szczególności poprzez to, że:

a. w **Załączniku dla Zadania I - Parametry techniczno - użytkowe** w części „Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą” w pkt 1 określono wymóg ”Rozbudowa posiadanego przez Zamawiającego mammografu o hardware oraz software umożliwiające zainstalowanie opcji badań 3D (tomosyntezy) oraz wykonywanie biopsji stereotaktycznej pod kontrolą mammografu”, które to wymaganie niezasadnie odnosi się do posiadanego przez Zamawiającego

mammografu, a przecież przedmiotem niniejszej postępowania jest zakup nowego mammografu;

**b. w Załączniku dla Zadania I - Parametry techniczno użytkowe** w punktach wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu, określono parametry techniczne, które to wymagania preferują jednego producenta tj. firmę FUJI, a jednocześnie dyskryminują Odwołującego, jego produkty oraz innych wykonawców uniemożliwiając złożenie równoważnych ofert i tym samym należy je zmienić;

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmian w SIWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi i wskazanymi w treści uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej (jeśli będzie obligatoryjna) zmiany ogłoszenia o zamówieniu, w tym w szczególności o nakazanie wydłużenia terminu składania ofert o 35 dni od dnia publikacji zmian do SIWZ, umożliwiając wykonawcom na przygotowanie ofert w terminie przewidzianym ustawowo. W przypadku, gdyby w ocenie Izby zakres kognicji pozwalał na rozstrzygnięcie i orzeczenie co do zasadności unieważnienia postępowania, to mając na uwadze zakres i liczbę wykazanych w niniejszym postępowaniu naruszeń, żądanie Odwołującego w najdalej idącym zakresie rozciąga się również na żądanie unieważnienia postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa na miejsce wskazane przez Zamawiającego, w jego siedzibie, kompletnych, nowych fabrycznie aparatów: cyfrowego mammografu oraz przewoźnego cyfrowego aparatu RTG w podziale na dwa zadania w zgodnej konfiguracji wykazanej w załącznikach nr 3 i 4 stanowiących integralną część SIWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa zadania: Zadanie I - aparat cyfrowy mammograf z opcją tomosyntezy oraz przystawką do biopsji – 1 szt. Zadanie II - przewoźny cyfrowy aparat RTG do zdjęć przyłóżkowych z dwoma panelami w tym jeden dla noworodków - 1 szt. 1. Po zapoznaniu się z treścią SIWZ Odwołujący stwierdza, że poszczególne postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy, w związku z czym należy je zmienić.

I. W załączniku nr 2 do SIWZ Zadanie nr I - „Parametry techniczno użytkowe” w punkcie dot. „Inne funkcjonalności - wykonanie badań z tomosyntezą” w pkt. 1, zawarto błędny opis parametru, który brzmi następująco: *„Rozbudowa posiadanego przez Zamawiającego mammografu o hardware oraz software umożliwiając zainstalowanie opcji badań 3D (tomosyntezy) oraz wykonanie biopsji stereotaktycznej pod kontrolą mammografu”*,

W ocenie Odwołującego ww. zapis powinien brzmieć następująco (o co wnosil Odwołujący): *„Zakup i instalacja do niniejszego nowego mammografu opcji badań 3D (tomosyntezy) oraz biopsji stereotaktycznej pod kontrolą mammografu”*

W ocenie Odwołującego nastąpił poważny błąd, polegający na rażącej rozbieżności w opisie przedmiotu zamówienia zadania nr 1, ponieważ:

1. zgodnie z opublikowanym ogłoszeniem o zamówieniu, Zamawiający wyraźnie określił w samym tytule przedmiotu zamówienia Sekcja II. pkt.II.oraz w kilku pozostałych punktach m.in. Sekcja II.pkt.1.4., Sekcja II.pkt.2.4. dot. zadania nr 1, że **przedmiotem zamówienia jest po „ZAKUP i dostawa aparatu cyfrowego mammografu z opcją tomosyntezy oraz z przystawką do biopsji - 1 szt”, a nie „ROZBUDOWA posiadanego przez Zamawiającego mammografu** o hardware oraz software umożliwiające zainstalowanie opcji badań 3D (tomosyntezy) oraz wykonanie biopsji stereotaktycznej pod kontrolą mammografu".
2. zgodnie z treścią SIWZ zamówienie dotyczy „przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie o wartości szacunkowej przekraczające 209.000euro, zgodnie z umową zawartą pomiędzy Międzyleskim Szpitalem Specjalistycznym w Warszawie a Wojewódzkim Mazowieckim pn. Zakup sprzętu i aparatury medycznej", która również wskazuje na zakup nowego urządzenia, a nie na rozbudowę obecnie posiadanego przez Zamawiającego.
3. zgodnie z załącznikiem „Formularzem ogólnym ofert" i pkt. 2.1. załączonej umowy oferent podaje jedną cenę oferty netto i jedną cenę oferty brutto tylko i wyłącznie na zakup „aparatu cyfrowego mammografu z opcją tomosyntezy oraz przystawką do biopsji szt. 1", a nie na jedną cenę na zakup mammografu bez w/w opcji i drugą cenę na rozbudowę „starego" mammografu o nowe opcje tomosyntezy i przystawkę do biopsji.
4. równolegle zgodnie z załączonym do SIWZ projektem umowy w paragrafie 1 pkt.I. „przedmiotem umowy jest zakup przez Zamawiającego kompletnie nowego aparatu - mammografu z opcją tomosyntezy oraz przystawką do biopsji zwany dalej mammografem"
5. zgodnie z załączoną umową do SIWZ w paragrafie 1 pkt. 2. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca oświadczył, że aparat będący przedmiotem umowy jest produktem jednej firm, a nie różnych firm. Jest to bardzo ważny pkt. umowy, gdyż spełnienie tego warunku przez jakiegokolwiek Wykonawcę jest możliwe tylko i wyłącznie przy zakupie kompletnego nowego mammografu, który będzie posiadał od razu opcję tomosyntezy oraz przystawkę do biopsji. Wynika to z faktu, że Zamawiający napisał, że posiada już mammograf i gdyby przedmiotem niniejszego postępowania miała być rozbudowa „starego" mammografu już posiadanego przez Zamawiającego, to jedynym dostawcą tej rozbudowy o opcję tomosyntezy i przystawkę do biopsji w Polsce i na świecie jest producent tego mammografu, czyli tylko jeden Wykonawca. W takiej sytuacji Zamawiający naruszyłby ustawę o zamówieniach publicznych ogłaszając postępowanie tylko i wyłącznie dla jednego dostawcy.

Nie sposób bowiem przyjąć, że połączenie (grupowanie) w jednym przedmiocie zamówienia zarówno wymogu *Rozbudowy posiadanego przez Zamawiającego mammografu*

o hardware oraz software umożliwiającą zainstalowanie opcji badań 3D (tomosyntezy) jak i dostawy nowego urządzenia, która tą rozbudowę zapewnia byłoby uzasadnione i zgodne z przepisami Ustawy.

Zwracamy uwagę, że stosownie do przepisu art. 29 ust. 1 Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, jednakże z uwzględnieniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowaniem zasad uczciwej konkurencji (ust. 2). Są to fundamentalne zasady udzielania zamówień. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. Na etapie ich określania przez Zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie, nieuzasadnione celem udzielania zamówienia, może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług oraz specyficznym powiązaniem/połączeniem nabywanych produktów - tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, na co wskazaliśmy powyżej.

Charakter ww. naruszenia wyraźnie opisuje ukształtowane orzecznictwo w podobnych sprawach. I tak przykładowo w wyroku KIO z 2010-04-12 KIO/UZP 361/10 stwierdzono *„Jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”* Wskazał również, że szczególnym przypadkiem naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia jest, np. grupowanie leków w pakiety w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków niezwiązanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie (analogicznie jak grupowanie/połączenie wymogu dostawy nowego urządzenia i jednoczesne wymaganie rozbudowy już posiadanego). Podobnie KIO w wyroku z 19.6. 2008 r., KIO/UZP 553/08: *„Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do*

dezynfekcji drzwi - strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznała, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 PrZamPubl".

W sytuacji, gdyby uznać, że zamiarem Zamawiającego jest jednak zakup nowego mammografu i rozbudowa o opcje tomosyntezy i przystawki biopsyjnej, która ma dotyczyć „starego” posiadanego przez Zamawiającego mammografu, to wówczas Zamawiający ogłaszając niniejsze postępowanie jako nieograniczone w ramach jednego zadania i zakupu, popełnił poważny błąd co do kwalifikacji i musiałby w konsekwencji unieważnić postępowanie. Wynika to z faktu, że dostawcą opcji do posiadanego przez Zamawiającego mammograf jest tylko i wyłącznie jeden Wykonawca -producent tego mammografu. Jakikolwiek producent innego mammografu, który chciałby złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu nie może tego zrobić, bo nie ma w swojej ofercie opcji do mammografu, który posiada już Zamawiający. Oczywiście teoretycznie inni producenci mogą zwrócić się do producenta mammografu Zamawiającego o sprzedaż opcji tomosyntezy i przystawki biopsyjnej do „starego” aparatu zamawiającego, ale ten producent nie ma obowiązku dać takiej oferty innym podmiotom, nie musi zgodzić się na warunki zawarte w SIWZ lub ewentualnie może dać ofertę, ale z ceną bardzo wysoką, aby inni wykonawcy nie mogli być konkurencyjni cenowo, itp.

II. Ponadto, Zamawiający w poszczególnych wymienionych poniżej punktach Załącznika SIWZ dla Zadania I – „Parametry techniczno użytkowe”, wymaga

**1. Zamawiający wymaga aby:**

<b>Generator wysokiego napięcia</b>				
1.	Generator wysokoczęstotliwościowy. Częstotliwość przetwarzania	min. 30 kHz		bez punktacji

**Wnosimy o zmianę** tego wymogu na następujący:

<b>Generator wysokiego napięcia</b>				
1.	Generator wysokoczęstotliwościowy. Częstotliwość przetwarzania	min. 20 kHz		bez punktacji

Zadaniem generatora wysokiego napięcia jest wytworzenie napięcia stałego. Miarą jakości pracy generatora może więc być poziom tętnień lub czas potrzebny do osiągnięcia założonego napięcia. Częstotliwość pracy generatora wysokoczęstotliwościowego nie ma wpływu na te parametry. W szczególności przy tak dużych częstotliwościach jak 20 czy 30 kHz. Zmiana tego wymogu umożliwi złożenie ważnej oferty.

## 2. Zamawiający wymaga aby:

<b>Generator wysokiego napięcia</b>			
2.	Generator wolnostojący	TAK	bez punktacji

**Wnosimy o usunięcie tego punktu ze specyfikacji.**

Wymaganie aby rządzenie było wyposażone w generator wolnostojący jest sprzeczne z podstawowymi zasadami ergonomii. Tego typu rozwiązanie stosowane jest w starych konstrukcjach. W nowoczesnych mammografach generator jest zwykle zabudowany w kolumnie mmografu lub konsoli sterującej mammografu. Zmiana tego wymogu umożliwi złożenie ważnej oferty.

## 3. Zamawiający wymaga aby:

<b>Generator wysokiego napięcia</b>			
6.	Maksymalna wartość ekspozycji w mAs	Min. 600 mAs (podać)	bez punktacji

**Wnosimy o zmianę tego wymogu na następujący:**

<b>Generator wysokiego napięcia</b>			
6.	Maksymalna wartość ekspozycji w mAs	Min. 500 mAs (podać)	bez punktacji

Maksymalna energia (a tym samym dawka promieniowania) nie ma wpływu na jakość otrzymywanych obrazów oraz prędkość pracy mammografu. Stosowany w oferowanym przez Odwołującego mammografie detektor wymaga mniejszych dawek promieniowania, a tym samym mniejszej wartości energii „mAs”. Zmiana tego wymogu umożliwi złożenie ważnej oferty.

## 4. Zamawiający wymaga aby:

<b>Lampa RTG</b>			
3.	Prędkość wirowania anody	min. 10000 obr/min Podać	bez punktacji



**Wnosimy o zmianę** tego wymogu na następujący:

<b>Lampa. RTG</b>			
3.	Prędkość wirowania anody	min. 9500 obr/min Podać	bez punktacji

Różnica w prędkości 9500 a 10000 ob.r/min nie ma znaczenia dla jakości obrazowania. Różnice w podawanej prędkości wirowania anody wynikają również z różnej częstotliwości sieci zasilającej i konieczności dostosowania prędkości wirowania do warunków zasilania panujących w danym kraju. Jest to konieczne ze względu na potencjalne powstawanie zakłóceń. Zmiana tego wymogu umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

**5.Zamawiający wymaga aby:**

<b>Statyw mammograficzny</b>			
3.	Zakres ruchu głowicy w pionie. Podać odległość powierzchni stolika od podłogi. (ruch motorowy)	Min. 69 cm -150 cm (podać)	bez punktacji

**Wnosimy o zmianę** tego parametru na następujący:

<b>Statyw mammograficzny</b>			
3.	Zakres ruchu głowicy w pionie. Podać odległość powierzchni stolika od podłogi. (ruch motorowy)	Min. 71 cm -140 cm (podać)	bez punktacji

Proponowany przez Odwołującego zakres regulacji wysokości jest wystarczający dla populacji kobiet mieszkających w Polsce. Zmiana tego wymogu umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

**6.Zamawiający wymaga aby:**

<b>Statyw mammograficzny</b>			
10.	Przycisk umożliwiający automatyczne przemieszczenie aparatu do pozycji odpowiedniej do następnej "projekcji	TAK	bez punktacji

Wymagane rozwiązanie może powodować wypadki podczas wykonywania badań. W sytuacji gdzie jeden przycisk jest wystarczający do uruchomienia ruchu możliwe jest jego przypadkowe naciśnięcie. Obracające się ramię może uderzyć w pacjentkę. Zmiana tego wymogu umożliwi złożenie ważnej oferty.

**7.Zamawiający wymaga aby:**

<b>Detektor cyfrowy</b>			
-------------------------	--	--	--

8.	Czas pomiędzy diagnostycznymi ekspozycjami	Max. 15s podać		bez punktacji
----	--	----------------	--	---------------

**Wnosimy o zmianę tego wymogu na następujący:**

<b>Detektor cyfrowy</b>				
8.	Czas pomiędzy diagnostycznymi ekspozycjami	Max. 25s podać		bez punktacji

Zmiana tego wymogu umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Dalsze skracanie tego czasu nie powoduje przyspieszenia pracy mammografu. Nie ma fizycznej możliwości spozycjonowania pacjentki do nowego ujęcia w tak krótkim czasie. Wprowadzony przez Zamawiającego wymóg jest sztuczny i nie ma odzwierciedlenia w pracy urządzenia.

**8. Zamawiający wymaga aby:**

<b>Konsola technika = stacja akwizycyjna</b>				
13.	Funkcje: - zmiana kontrastu i jasności, - powiększenie wybranego fragmentu, - pomiary kąta, - dodawanie tekstu do obrazu, - pomiar długości -nanoszenie znaczników mammograficznych w postaci graficznej - wyświetlanie zdjęcia podglądowego każdorazowo po wykonaniu projekcji mammograficznej z możliwością akceptacji bądź odrzucenia	TAK		bez punktacji

**Wnosimy o zmianę tego wymogu na następujący:**

<b>Konsola technika = stacja akwizycyjna</b>				
	Funkcje: - zmiana kontrastu i jasności, - powiększenie wybranego fragmentu,			

13.	- dodawanie tekstu do obrazu, - pomiar długości -nanoszenie znaczników mammograficznych w postaci graficznej -wyświetlanie zdjęcia podglądowego każdorazowo po wykonaniu projekcji mammograficznej z możliwością akceptacji bądź odrzucenia	TAK		bez punktacji
-----	--	-----	--	---------------

W badaniach mammograficznych nie wykonuje się pomiaru kąta. Wynika to z tego, że ułożenie piersi jest niepowtarzalne i nie ma możliwości porównywania tego kąta pomiędzy badaniami. EW. kąt zmierzony na ekranie nie ma odzwierciedlenia w budowie anatomicznej piersi.

### 9.Zamawiający wymaga aby:

Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą			
1.	Rozbudowa posiadanego przez Zamawiającego mammografu o hardware oraz software umożliwiające zainstalowanie opcji badań 3D (tomosyntezy) oraz wykonywanie biopsji stereotaktycznej pod kontrola mammografu.	TAK	bez punktacji

**Wnosimy o usunięcie** tego punktu ze specyfikacji.

Zamawiający nie posiada mammografu cyfrowego z możliwością rozbudowy o funkcje 3D. Wymóg nadmiarowy, niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

**10. Zamawiający wymaga aby:**

<b>Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą</b>			
2.	Dostępne 2 tryby wykonywania tomosyntezy	TAK/NIE	Tak -10 pkt Nie - 0 pkt

**Wnosimy o usunięcie** tego punktu ze specyfikacji.

Stosowanie przez użytkownika 2 trybów może prowadzić do błędów w diagnostyce.

**11. Zamawiający wymaga aby:**

<b>Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą</b>			
3.	Kąt ekspozycji dla tomosyntezy >17,5 stopnia	Tak, podać	bez punktacji

**Wnosimy o zmianę** tego wymogu na następujący:

<b>Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą</b>			
3.	Kąt ekspozycji dla tomosyntezy >14,5 stopnia	Tak, podać	bez punktacji

Możliwość wykonania tomosyntezy przy mniejszym kacie jest zaletą urządzenia.

Zwiększanie kąta tomosyntezy powoduje zmniejszenie obszaru rekonstrukcji.

Zmiana tego wymogu umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

**12. Zamawiający wymaga aby:**

<b>Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą</b>			
5.	Wielkość piksela w tomosyntezie	max. 75 µm	Najmniejsza wielkość piksela - 20 pkt, największa 0 pkt. Pozostałe proporcjonalnie

**Wnosimy o zmianę** tego wymogu na następujący:

<b>Inne funkcjonalności - wykonywanie badań z Tomosyntezą</b>			
5.	Wielkość piksela w tomosyntezie	max. 140 µm	Bez punktacji

Zmiana tego wymogu umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Stosowana przez Odwołującego metoda łączenia pikseli pozwala na zmniejszenie dawki niezbędnej do uzyskania skanów wysokiej jakości. Zostało to potwierdzone uzyskaniem certyfikatu FDA.

### 13. Zamawiający wymaga aby: Zestaw do wykonywania biopsji

4.	Maksymalna waga pozycjonera	Max. 5.5 kg		bez punktacji
----	-----------------------------	-------------	--	---------------

**Wnosimy o zmianę** tego wymogu na następujący:

### Zestaw do wykonywania biopsji

4.	Maksymalna waga pozycjonera	Max. 7 kg		bez punktacji
----	-----------------------------	-----------	--	---------------

Zmiana tego wymogu umożliwi Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Na ergonomię zestawu ma wpływ nie tylko jego waga, ale również sposób montowania. Praktyka wykazuje, że przystawka o wadze 7 kg może być bez problemu zainstalowana przez każdego technika.

### 14. Zamawiający wymaga aby:

#### Wymagana funkcjonalność i wyposażenie

2.	Możliwość ustawienia automatycznego uśpienia po określonym czasie nieaktywności celem przedłużenia życia detektora i zmniejszenia zużycia energii.	TAK		bez punktacji
----	--	-----	--	---------------

**Wnosimy o usunięcie** tego punktu ze specyfikacji.

Powyższe wymagania w pierwotnym ich brzmieniu uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty.

W ocenie Odwołującego wymogi postawione przez Zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie nie mają żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Pomimo iż Odwołujący przedstawicielem firmy HOLOGIC, która jest absolutnym nr 1 na świecie w produkcji mammografów, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż Odwołujący nie może złożyć Zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność urządzeń produkcji HOLOGIC, ale naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ i wybiórczo uszczegółowione niektóre z parametrów.

Opisane przez Zamawiającego parametry graniczne wskazują na konkretne produkty oferowane przez firmę FUJI, przez co naruszają prawo Odwołującego do udziału w Postępowaniu na warunkach zapewniających równe traktowanie i zachowanie uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z Postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust 1 i art. 29 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Odwołującego potwierdza Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) oraz dotychczasowe orzecznictwo. UZP /Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 z 2009 r., s. 21-22, [www.uzp.gov.pl/](http://www.uzp.gov.pl/) w jednej ze swych opinii stwierdził, że: *„Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)”. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.*

Podkreślił, że w dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: *„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych*

wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych".

Nawiązaniem do powyższego orzeczenia będzie z pewnością wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: "Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji". Tożsame stanowisko znalazło się w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09.

Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, Izba podniosła, iż: "w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców". Analogicznie przedstawia się uzasadnienie wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, gdzie Izba wywiodła, że: "Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który w sposób pośredni wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez jednego wykonawcę, narusza fundamentalne zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji"

Powyższa argumentacja została przedstawiona jeszcze dalej w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, gdzie Izba stwierdziła, że; "(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot Ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzi do sytuacji w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym".

Zgodnie z orzecznictwem naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale i pośredni - por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, w którym Izba uznała, że: "Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu

zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego". Identyczne stanowisko wyrażone zostało również w uchwale KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09: „Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak że aby je spełnić oferent musi dostarczyć Jeden konkretny produkt".

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. W wyroku z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06 Zespół Arbitrów orzekł, że: "Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędna równowagę pomiędzy Jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu". Zdaniem Odwołującego wskazana w ww. wyroku równowaga została naruszona w niniejszym Postępowaniu, w związku z czym niezbędna jest stosowna modyfikacja postanowień SIWZ.

Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć Postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem Postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych kryteriów oceny spełnienia wymagań parametrów technicznych oraz wyboru ofert. Zamawiający określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SIWZ w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 01.08.2017 r. (umieszczając na stronie internetowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.



W dniu 02.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez FUJIFILM Europe GMBH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178; 02-486 Warszawa zwanej dalej: „FUJIFILM Europe GMBH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 11.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie i przedłużył termin składnia ofert zgodnie z art. 12 a ust. 2 pkt 1 Pzp. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez Dyrektora dr J. R.. Jednocześnie przekazał wraz z odpowiedzią poprawione parametry techniczno-użytkowe i poinformował, że w dniu 11.08.2017 r. dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie i umieścił ją na swojej stronie internetowej, jak również dokonał zmiany treści ogłoszenia w zakresie terminu składnia ofert zgodnie z art. 12 a ust.2 pkt 1 Pzp. Dodatkowo, odnosząc się jednakże do pierwszego z zarzutów Zamawiający stwierdził, że w sposób niewłaściwy użył przymiotnika „posiadanego”, co zauważył i zrozumiał Odwołujący. W ocenie Zamawiającego w tym zakresie wystarczającym było by zadanie pytania w trybie przewidzianym przepisami ustawy, a nie formułowanie zarzutu we wniesionym środku zaskarżenia. Trudno bowiem uznać powyższe za *poważny błąd polegający na rażącej rozbieżności w opisie przedmiotu zamówienia*. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający ma prawo do zakupu produktu o określonych parametrach i określonej jakości, zgodnie z jego potrzebami. To nie wykonawca decyduje o tym, jaki produkt Zamawiający winien zakupić. O postępowaniu Zamawiającego zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji świadczy ilość pytań zadawanych przez innych potencjalnych wykonawców zamówienia, jak również brak z ich strony zarzutu postawionego przez Odwołującego się. Nie mniej jednak uwzględniając żądanie wnoszącego środek zaskarżenia Zamawiający zmienił parametry techniczno-użytkowe w zakresie zadania I. Zamawiający przedłużył także, jak stwierdził termin składania ofert zgodnie z art. 12a Pzp.

W dniu 11.08.2017 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 11.08.2017 r. wezwał FUJIFILM Europe GMBH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce - na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 14.08.2017 r. (faxem) FUJIFILM Europe GMBH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce wniósło pismo, w którym stwierdziło, że nie wniesie sprzeciwu do czynności Zamawiającego.

W dniu 16.08.2017 r. w związku z postanowieniem Izby z 07.08.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron. Na posiedzeniu umocowany pełnomocnik Zamawiającego – nie zmienił swojego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości.

Przystępujący się nie stawiał mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia /dowód zawiadomienia w aktach postępowania/. Biorąc pod uwagę przekazane pismo o braku sprzeciwu oraz nieobecność Przystępującego na posiedzeniu, co także należy traktować jako przejaw braku sprzeciwu, z uwagi na profesjonalny charakter Wykonawcy, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie złożył sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1587/17 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....