

Sygn. akt: KIO 2812/10

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant:            Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62**

przy udziale:

- **EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- **Warbud S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162a** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest utworzenie pracowni PET-CT dla potrzeb Regionalnego Ośrodka Onkologicznego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi.

21 listopada 2010 r. zamawiający zawiadomił o zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 8.5 lit d). Zmiana została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego 21 grudnia 2010 r.

Siemens Sp. z o. o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec dokonanej zmiany, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 grudnia 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 i 2, art. 30 ust 1 i 2 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 21 grudnia 2010 r. oraz nadanie pkt 8.5.lit d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmienia:

„d) Zamawiający wymaga, by zaoferowany cyklotron spełniał wymogi dopuszczenia do obrotu i użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie (kopie potwierdzone „za zgodność”) - deklaracja zgodności z Dyrektywą 2004/108/WE kompatybilność elektromagnetyczna (EMC) wystawiona przez producenta.”

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że wymaganie złożenia deklaracji zgodności wprowadzone w toku postępowania – 29 listopada 2010 r. nie było przypadkowe - zamawiający na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia chciał sprawdzić, czy oferowany element przedmiotu zamówienia posiada dokumenty potwierdzające jego możliwość użytkowania zgodnie z przeznaczeniem w instalacji będącej przedmiotem zamówienia w sposób spełniający wymagania ustawowe.

Zaniechanie weryfikacji w tym zakresie stanowiłoby ryzyko zaoferowania przez wykonawcę wyrobu

spełniającego wymagania obowiązujących przepisów prawa jedynie na podstawie oświadczenia wykonawcy. Odwołujący uznał ustalone uprzednio wymaganie zamawiającego załączenia do oferty również certyfikatu jednostki notyfikowanej, która uczestniczyła w

ocenie zgodności za wymaganie niewynikające z obowiązujących przepisów - ze względu na charakter aparatury - niebędącej wyrobem medycznym.

Odwołujący podniósł, że uchylenie dokonanej zmiany zostało dokonane nie wskutek skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej, lecz w wyniku pytania jednego z uczestników postępowania – wniosku o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił, że zamawiający błędnie przyjął za prawdziwe stanowisko uznające cyklotron za element instalacji stacjonarnej.

Odwołujący wskazał, że wykonawca nie udowodnił, że cyklotron jest niedostępny na rynku w innej postaci, niż w celu zainstalowania w danej instalacji stacjonarnej. Poglądowi temu przeczy deklaracja zgodności załączona do odwołania, dotycząca cyklotronu oferowanego przez Siemens.

Podkreślił, że powszechna dostępność urządzenia na rynku wyklucza zaliczenie tego urządzenia do "instalacji stacjonarnych" oraz, że zamawiający na skutek zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszcza złożenie oferty niezgodnej z przepisami, „która być może w ogóle nie uzyska wymaganych prawem dopuszczeń do obrotu”.

Odwołujący oświadczył, że wg jego wiedzy Deklaracje Zgodności CE stanowią warunek dopuszczenia do obrotu i użytkowania. Wywiódł, że dopuszczenie możliwości zaoferowania urządzenia, które nie spełnia na dzień składania oferty wymagań obowiązujących przepisów prowadzi do sytuacji, gdy porównywane byłyby w postępowaniu produkty nieporównywalne - niekonkurencyjne (posiadający wymagane prawem certyfikaty produkt oferowany przez Siemens oraz inny niespełniający takich wymagań, co do którego nie jest wiadomym, czy takowe deklaracje kiedykolwiek uzyska) a w dodatku niezgodne z obowiązującym prawem.

Do postępowania odwoławczego przystąpili – EDO MED Sp. z o. o. w Warszawie po stronie zamawiającego oraz WARBUD S.A. w Warszawie po stronie odwołującego. Obaj wykonawcy zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli odpowiednio o oddalenie i o uwzględnienie odwołania.

W czasie posiedzenia zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wywodził prawidłowość dokonanej zmiany i wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 września 2010 r., pod numerem 2010/S181-276083.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest utworzenie pracowni PET/CT wraz z cyklotronem i zapleczem laboratoryjnym do produkcji radiofarmaceutyków (roboty budowlane, adaptacja pomieszczeń wraz z dostawą aparatury, urządzeń medycznych i niemedycznych) wraz z oprogramowaniem. Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia - na przedmiot zamówienia składają się m i.:

4.7.8. Dostawy niezbędnego sprzętu i aparatury wraz z oprogramowaniem do potrzeb produkcji radiofarmaceutyków i prowadzenia badań diagnostycznych PET/CT wraz z jego instalacją i uruchomieniem;

4.1.9. Uzyskanie wszelkich zezwoleń wymaganych przez prawo atomowe i inne akty prawne w związku z występowaniem promieniowania jonizującego stosowanego w celach diagnostyki i terapii medycznej

Pkt 8.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera informację o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom. Wyliczenie oznaczone kolejnymi literami alfabetu nie zawierało litery d).

29 listopada 2010 r. zamawiający zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia uzupełnił pkt 8.5. o brakujący wg kolejności numeracji podpunktów pkt 8.5 lit d) wymagając, aby wykonawcy złożyli również dla potwierdzenia, iż zaoferowane wyroby spełniają wymogi dopuszczenia do obrotu i użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, dostarczenia dla zaoferowanego cyklotronu deklaracji zgodności z dyrektywą 2004/108/WE (kompatybilność elektromagnetyczna EMC) wystawionej przez producenta cyklotronu oraz dodatkowo certyfikatu jednostki notyfikowanej, która uczestniczyła w ocenie zgodności.

W wyniku wniosku jednego z wykonawców zamawiający 21 grudnia 2010 r. dokonał kolejnej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający odstąpił od wymogu ustalonego w pkt 8.5. lit. d) i wskazał, iż w zamian wymaga, aby dokonana w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia instalacja cyklotronowa, w skład której wchodzi montaż cyklotronu spełniała wymagania Dyrektywy 2004/108/WE, w związku z powyższym na etapie instalacji wykonawca winien jest dokonać potwierdzenia zgodności kompatybilności elektromagnetycznej instalacji zgodnie z wymaganiami obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 29 listopada 2010 r. oraz 21 grudnia 2010 r. oraz pisma wykonawcy – wniosku o zmianę.

Izba uwzględniła również:

1. Pismo Państwowej Agencji Atomistyki z 17 grudnia 2010 r. złożone do akt sprawy przez zamawiającego;

2. Deklaracje zgodności dotyczące cyklotronów oferowanych przez odwołującego oraz GE Healthcare - złożone do akt sprawy przez odwołującego;
3. Zezwolenie Prezesa Polskiej Agencji Atomistyki z 26 października 2009 r. na uruchomienie pracowni akcelatorowej w Centrum Onkologii – Instytucie im. Marii Skłodowskiej - Curie w Gliwicach, deklaracji zgodności systemu cyklotronu CYCLONE 18/9 oferowanego przez Ion Beam Applications S.A., oświadczenia Michaela Baelena w imieniu Ion Beam Applications S.A. - złożone do akt sprawy przez przystępującego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

Uprawnieniem wykonawców kwestionujących opis przedmiotu zamówienia wynikającym z norm art. 29 ust. 1 oraz art. 30 Pzp jest jedynie domaganie się takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi złożenie prawidłowej, nie podlegającej odrzuceniu

oferty tzn. sformułowania użyte przez zamawiającego powinny w sposób wyraźny identyfikować przedmiot zamówienia, określać go i opisywać.

W ocenie Izby, dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w objętej sporem części dotyczącej cyklotronu - odpowiada dyspozycji przywołanych przepisów.

Dyrektywą płynącą z art. 29 ust. 2 Pzp jest przede wszystkim zakaz ustalania preferencji w opisie przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, niedozwolony jest taki opis przedmiotu zamówienia, który bez dostatecznego uzasadnienia uniemożliwia złożenie oferty wykonawcy, bądź grupie wykonawców.

Izba ocenia, że nawet przy przyjęciu, że dokument deklaracji zgodności referuje się do opisu przedmiotu zamówienia (z czym Izba się nie zgadza), dopuszczenie możliwości złożenia deklaracji zgodności po instalacji cyklotronu nie stanowi ograniczenia konkurencji. Przeciwnie – rozszerza krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Wyniki postępowania dowodowego uprawadapadabiają tezę, że obecnie jedynie dwóch wykonawców - Siemens i GE Healthcare oferuje cyklotrony posiadające deklaracje zgodności. Tymczasem przystępujący jest wykonawcą, którego zdolność do realizacji zamówienia nie budzi wątpliwości Izby – przystępujący wyposażył pracownię akcelatorową w Centrum Onkologii – Instytucie im. Marii Curie Skłodowskie w Gliwicach w systemu cyklotronu CYCLONE 18/9 produkcji Ion Beam Applications S.A.

Nie można wykluczyć pewnego ryzyka zamawiającego wskutek dopuszczenie możliwości dokonania potwierdzenia zgodności kompatybilności elektromagnetycznej instalacji na etapie realizacji zamówienia. Jednak wykazywanie, że z uwagi na interes zamawiającego zasadne jest żądanie złożenia deklaracji producenta wraz z ofertą – bo tylko wtedy zdaniem odwołującego korzystanie z powstałej instalacji jest pewne, nie mieści się w granicach określonych zarzutami odwołania.

Dokonana przez zamawiającego zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia mieści się w istniejącym porządku prawnym.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, deklaracja zgodności nie stanowi treści oferty. Nie budzi wątpliwości Izby, że jest ona dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego – dokumentem o charakterze przedmiotowym wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) stanowi, o możliwości zamawiającego żądania złożenia m.in. próbek, oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Możliwość wymagania złożenia

dokumentów o charakterze przedmiotowym jest zatem uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiającego.

Zamawiający nie jest zobowiązany do żądania złożenia deklaracji zgodności wraz z ofertą. Warto zauważyć, że zamawiający nie jest też zobowiązany do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie w razie wniesienia środków ochrony prawnej. Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem. Tylko wtedy może być osiągnięty cel postępowania – wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego i zawarcie umowy, której ważność nie będzie kwestionowana. Zamawiający może zatem dokonać korekty wadliwych postanowień specyfikacji w wyniku pytania zadanego przez wykonawcę co do treści specyfikacji zgodnie z uprawnieniem wynikającym z art. 38 ust. 4 Pzp, ale również wyłącznie z inicjatywy własnej. Zauważyć też trzeba, że w czasie rozprawy w istocie toczył się spór, co do prawa - sporna była kwestia możliwości kwalifikacji cyklotronu jako części instalacji stacjonarnej w myśl przepisów Dyrektywy 2004/108/WE i w konsekwencji możliwość odstąpienia od obowiązku uzyskania dla cyklotronu odrębnej deklaracji zgodności.

Stwierdzić trzeba, że odwołujący nie poparł głoszonej przez siebie tezy o obowiązku uzyskania deklaracji zgodności przez cyklotron oraz braku możliwości zakwalifikowania go jako instalacji stacjonarnej żadnym dowodem. Pogląd zamawiającego znajduje natomiast oparcie w treści pisma Polskiej Agencji Atomistyki podmiotu odpowiedzialnego za wydawanie zezwoleń na uruchomienie pracowni zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 listopada 2000 r.- Prawo atomowe (Dz. U. z 200r., Nr 98,poz. 1071 ze zm.). Z pisma wynika, że cyklotron jest traktowany jako duże urządzenie stacjonarne oraz, że wymaganie kompatybilności elektroenergetycznej dla cyklotronu jest niecelowe, a potwierdzenie zgodności winno nastąpić po instalacji.

Z powyższym korelują powoływane przez przystępującego (a niezaprzeczonego przez odwołującego) okoliczności dotyczące wyposażenia pracowni akcelatorowej w Centrum Onkologii w Gliwicach. Izba uznała w oparciu o treść zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie pracowni, deklarację zgodności oraz oświadczenia Michaela B. w imieniu Ion Beam Applications S.A, że instalacje systemów Cyclone 18/9 są klasyfikowane jako instalacje stacjonarne, do których stosuje się przepisy Dyrektywy 2004/108/EC dotyczące instalacji stacjonarnych. Izba uznała tym samym, że o ile cyklotron jest produkowany wyłącznie w celu montażu w danej instalacji nie musi posiadać odrębnej deklaracji zgodności. Posiadanie przez cyklotron odrębnej deklaracji zgodności umożliwia traktowanie cyklotronów „produkowanych seryjnie” jako aparatury w rozumieniu Dyrektywy 2004/108/EC.

Wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała stanowisko zamawiającego za prawidłowe. Odstąpienie od konieczności złożenia deklaracji zgodności elektromagnetycznej

oferowanego cyklotronu wraz z ofertą nie narusza przepisów prawa i zmierza do zwiększenia konkurencji w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

.....