

Sygn. akt: KIO 2431/13

WYROK

z dnia 23 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2013 r. przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **"Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., ul. Igielna 13, 50-117 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o. o., Wołoska 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **"Nowy Szpital Wojewódzki" Sp. z o.o., ul. Igielna 13, 50-117 Wrocław** kwotę 5 273 zł 31 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście siedemdziesiąt trzy złote trzydzieści jeden groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Nowy Szpital Wojewódzki Sp. z o.o.

z Wrocławia na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Dostawa tomografów komputerowych” składająca się z dwóch części, z których każda obejmuje dostawę, montaż oraz uruchomienie tomografu komputerowego wraz z przystosowaniem pomieszczeń, podłączeniem tomografu do systemu RIS/PACS oraz przeprowadzeniem szkoleń, jednakże w części I dotyczy to tomografu - typ 1 a w części - tomografu - typ 2.

Zdaniem Odwołującego – Siemens sp. z o.o. z Warszawy – Zamawiający wadliwie sporządził Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności:

- 1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez jednoznaczne wskazanie na konkretne rozwiązanie jednego producenta tj. Discovery CT750 HD firmy General Electric;
- 2) określił punktację za parametry oceniane w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, poprzez preferowanie i faworyzowanie konkretnego rozwiązania wymienianej firmy General Electric.

Wskazując na powyższe wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zakresie art.7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego żądaniem, co umożliwi wykonawcy złożenie ważnej oferty na konkurencyjny sprzęt firmy Siemens. Dalej wykonawca podał, że Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim urządzenie będące przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i jest zainteresowany wzięciem udziału w Postępowaniu. Ponadto brak możliwości wzięcia udziału w Postępowaniu naraża go na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych. Podał również, że informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 05.10.2013 r. – [dzień ogłoszenie w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej i publikacja SIWZ na stronach internetowych Zamawiającego] w związku z tym niniejsze odwołanie zgodnie z art. 182 ust 2 pkt. 1 zostało wniesione w przewidzianym terminie.

W uzasadnieniu odwołania podał w szczególności, że w tym postępowaniu w sposób nieuzasadniony ograniczono uczciwą konkurencję, z uwagi na preferowanie jednego, konkretnego rozwiązania Discovery CT750 HD firmy General Electric przy jednoczesnym uniemożliwieniu złożenia oferty przez Odwołującego i innych producentów tomografów komputerowych. Dalej podał, że preferujące konkretnego, jednego wykonawcę parametry nie mają funkcjonalnego i klinicznego uzasadnienia, a dopuszczenie innych rozwiązań pozostałoby bez wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowo-diagnostyczne oferowanego sprzętu, zwiększając tym samym konkurencyjność postępowania tak od strony użytkowej jak i ekonomicznej. Jego zdaniem modyfikacji – zgodnie z żądaniem wykonawcy –

wymaga Z Informacji Ogólnych załącznika nr 6 do SIWZ [Parametry techniczne i eksploatacyjne] dotyczące tomografu komputerowego - typ 1 – pkt 1, pkt 3, pkt 17 i 23 oraz pkt 24 i pkt 32, a także ustalony sposób oceny dla parametru z pkt 33 i pkt 32 oraz z pkt 90 i pkt 91.

Odnosnie pkt 1 podał, że Zamawiający definiuje przedmiot zamówienia jako umożliwiającą akwizycję wielorzędową co najmniej 64 (nienakładających się wzajemnie) warstw dla każdej energii. Sformułowanie dotyczące nienakładania się wzajemnie warstw, zdaniem wykonawcy, nie ma użytkowego sensu, a jedynie jest nieuzasadnionym ograniczeniem dostępu technologii innych niż klasyczna. Z uwagi na powyższe wniósł o usunięcie zapisu o nienakładaniu się warstw z opisu parametru. Odnosnie pkt 3 stwierdził, że Zamawiający wprowadza nieuzasadnione, z punktu widzenia użytkowego ograniczenie w postaci anachronicznego obecnie wymogu stanowiska lekarskiego autonomicznego z własną bazą danych obrazowych, zabraniając tym samym dostępu nowoczesnym technologiom bazującym na rozwiązaniach serwerowych, z wykorzystaniem sieci komputerowych czy też Internetu. Wniósł o usunięcie z opisu parametru sformułowań mówiących o niezależności względem rozwiązań serwerowych, pracy bez sieci LAN i konieczności posiadania własnej bazy obrazowej, co zapewni dostęp do nowoczesnych rozwiązań technologii informacyjnej. Co do pkt 17 i 23 podał, że Zamawiający w pkt 16 wymaga akwizycji i analizy wieloenergetycznej zarówno dla trybu pracy aksjalnej jak i spiralnej, co oznacza uwzględnienie istniejących na rynku technik akwizycji i analizy wieloenergetycznej, w tym dwuenergetycznej, jako spełniających oczekiwania Zamawiającego. Jednocześnie stwierdził, że jednocześnie wprowadza ograniczenia dla tych technik akwizycji wieloenergetycznej przez sformułowania w opisie innych wymaganych parametrów i w tym przypadku wskazał na pkt 17, gdzie wymaga akwizycji tylko w czasie jednego obrotu, a nawet, co wynika z pkt 23, różnica czasowa pomiędzy końcem akwizycji skanu o jednej energii, a końcem akwizycji skanu o drugiej energii nie może być większa niż 100 ms. Są to – zdaniem wykonawcy - wymagania, które w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp innych technik akwizycji wieloenergetycznej, równoważnych z punktu widzenia wymaganych przez Zamawiającego zastosowań diagnostycznych i wynika z tego, że Zamawiający wzorował się na technice akwizycji wieloenergetycznej jednego producenta, a mianowicie techniki kV Switching firmy GE. Wniósł o wprowadzenie opcjonalności: tak/nie dla pkt. 17 i pkt 23. Odnosnie pkt 24 podał, że Zamawiający w pkt 5 wprowadza opcjonalność pochylania gantry, po czym w opisie kwestionowanego parametru wymaga sterowania ruchami gantry i stołu. Wymóg sterowania ruchami gantry oznacza sterowanie pochylaniem gantry, co jest sprzeczne – zdaniem wykonawcy - z pkt 5. Wniósł o usunięcie tej sprzeczności przez zmianę tego sformułowania na: możliwość sterowania ruchami stołu i/lub gantry. Odnosnie pkt 32 stwierdził, że zgodnie z zarządzeniem Prezesa NFZ z dn. 14.10.2008 określającego m.in. wymagania wobec pracowni diagnostycznych, wymagana jest rozdzielczość wysokonastawowa nie mniejsza niż 15 pl/cm, co jest wartością zapewniającą właściwą jakość obrazowania również w zakresie wymaganych przez Zamawiającego zastosowań diagnostycznych. Z uwagi na powyższe wniósł o zmianę granicznego poziomu na nie mniej niż 15 pl/cm. Ponadto, zdaniem wykonawcy, Zamawiający dokonuje wielokrotnej oceny tego samego parametru (pkt.33 i pkt.52) lub tożsamego (pkt. 90 i pkt.91), co w sposób nieuzasadniony premiuje preferowane rozwiązanie. Wniósł o skreślenie pkt 52 i połączenie sztucznego rozdzielania pkt 90 i 91 w jeden parametr.

W podsumowaniu podkreślił, że wymienione powyżej parametry opisujące rozwiązania typowo technologiczne oraz przyjęte przez Zamawiającego wartości graniczne, specyficzne dla konkretnego producenta, ograniczają krąg potencjalnych wykonawców przedmiotowego zamówienia do wyłącznie jednego producenta oraz uniemożliwiają wykonawcy złożenie ważnej oferty na równoważny konkurencyjnie tomograf komputerowy i w konsekwencji naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Dalej podał, że niedopuszczalne jest w świetle ustawy, jak też orzecznictwa KIO, ograniczanie uczciwej konkurencji poprzez wymaganie ściśle określonej technologii przy jednoczesnym uniemożliwianiu oferowania urządzeń odmiennych technologicznie, lecz równoważnych z punktu widzenia możliwości użytkowych oraz klinicznych. Powyższe zarzuty określania parametrów technologicznych oraz wartości parametrów ocenianych niemające uzasadnienia klinicznego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Zamawiający sporządzając Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia i opisując przedmiot zamówienia naruszył przepisy ustawy PZP w zakresie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia a w szczególności w złożeniu w niniejszym postępowaniu ważnej oferty.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został podzielony na dwie części. Pierwsza z nich, podobnie jak i druga obejmuje dostawę, montaż oraz uruchomienie tomografu komputerowego wraz z przystosowaniem pomieszczeń, podłączeniem tomografu do systemu RIS/PACS oraz przeprowadzeniem szkoleń, z tym, że część I dotyczy tomografu typ 1, a część - tomografu typ 2.

Parametry techniczne dla tomografu – typ 1 zostały określone w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], a dla tomografu – typ 2 - w załączniku nr 8 do siwz.

W tym postępowaniu każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę w obu częściach.

W Informacji Ogólnej w pkt 1 dla tomografu – typ 1 wskazano, że zamówieniem objęto „Tomograf komputerowy wysokiej klasy umożliwiający akwizycję wielorzędową, co najmniej 64 (nienakładających się wzajemnie) warstw dla każdej energii. Z kolei dla tomografu – typ 2 - wskazano na „System tomografii komputerowej do badań całego ciała (min. 64-rzędowy, umożliwiający akwizycję/rekonstrukcję minimum 128 warstw w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa/detektor.

Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający wadliwie sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia, albowiem (1) dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców, z uwagi na jednoznaczne wskazanie na konkretne rozwiązanie jednego producenta tj. Discovery CT750 HD firmy General Electric oraz (2) określił punktację za parametry oceniane w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, z uwagi na preferowanie i faworyzowanie konkretnego rozwiązania wskazanej firmy General Electric.

Rozpoznając zarzuty z odwołania, Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą [kontrydiktoryjności](#), która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie ciężar dowodzenia, w pierwszej kolejności dotyczy Odwołującego [zgodnie z paremią rzymską *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*], albowiem to wykonawca, podnoszone zarzuty naruszenia art. 7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oparł na twierdzeniu, że kwestionowane parametry oraz przyjęta zasada punktacji preferuje konkretnego producenta - firmę General Electric.

W toku rozprawy Odwołujący na okoliczność preferowania rozwiązania jednego producenta - Discovery CT750 HD firmy General Electric nie przedstawił żadnego dowodu.

Zdaniem Izby, z argumentacji i żądań wykonawcy wynika, że w odwołanie de facto dotyczy wykazywania przez Odwołującego, że nie spełnia wymaganych parametrów, co uniemożliwia wykonawcy złożenie ważnej oferty i na tym oparte zostały zasadnicze zarzuty dotyczące kwestionowanych parametrów.

Wykonawca nie wskazał również dowodów, że kwestionowane przez niego parametry nie mają funkcjonalnego i klinicznego uzasadnienia. Nie podał również, jakie inne możliwe rozwiązania, niedopuszczone przez Zamawiającego, a mające wpływ na wartości użytkowo-diagnostyczne oferowanego sprzętu, zwiększyłyby konkurencyjność postępowania, tak od strony użytkowej jak i ekonomicznej.

W ocenie Izby, żądania wykonawcy są przede wszystkim ukierunkowane na taką modyfikację parametrów, która umożliwiłaby wykonawcy złożenie oferty w części I – na tomograf - typ1.

Jednocześnie Izba zauważa, że wykonawca nie kwestionuje parametrów z części II, chociaż w toku rozprawy odwoływał się do parametrów. Według oceny Izby czynił to notoryjnie, w celu wykazania tylko braku konsekwencji Zamawiającego, pomijając, że już z definicji zamawianych urządzeń [pkt 1] wynikało jednoznaczne ich zróżnicowanie, ze wskazaniem, że typ1 dotyczy tomografu komputerowego wysokiej klasy, umożliwiającego akwizycję wielorzędową.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wobec opisu tomografu typ 1 – modyfikacja parametrów w żądanym przez Odwołującego zakresie prowadziłyby do obniżenia klasy tomografu typ 1 z części I.

Izba stwierdza dodatkowo, że żądanie zmiany punktu 3 oparte zostało *de facto* na zaniechaniu aktualnie przez wykonawcę realizacji pewnego rodzaju projektów opartych – zdaniem wykonawcy – na anachronicznych rozwiązaniach oraz na promowaniu przez Odwołującego nowoczesnych [jego zdaniem] technologii, bazujących na rozwiązaniach serwerowych z wykorzystaniem sieci komputerowych.

Izba uznała, że Zamawiający ma prawo domagać się rozwiązań klasycznych, jeżeli takie rozwiązanie jest dla jego potrzeb lepsze, w szczególności zapewnia bezpieczniejszą pracę oraz z uwagi na będącą dopiero w budowie sieć komputerową z określonymi już - w dostosowaniu do jego własnych potrzeb - zasadami zarządzania danymi, jednakowo dla całego obiektu.

Izba zwraca również uwagę, że wykonawca żąda zmiany przedmiotu zamówienia z uwagi na własne preferencje technologiczne, a uwzględnienie żądania wykonawcy wymagałoby zmian w projekcie i wprowadzenie dodatkowego serwera w związku z realizacją części I zamówienia oraz konieczność wygospodarowania dodatkowego pomieszczenia dla tego serwera.

Izba zwraca także uwagę, że analogiczne rozwiązanie zostało przyjęte w II części zamówienia, co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego

Reasumując, w niniejszym stanie faktycznym, odwołanie nie podlega uwzględnieniu, albowiem – w okolicznościach niniejszej sprawy - Izba nie uznała, że zarzuty naruszenia art.7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp są zasadne.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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). W niniejszej sprawie Izba nie uznała za udokumentowane koszty usługi hotelowej na kwotę 870 zł, albowiem w opisie faktury brak jest informacji, że dotyczy ona noclegu trzech obecnych na rozprawie pełnomocników, z których dwóch korzystało z przelotu lotniczego na trasie Gdańsk - Warszawa, a drugi z przejazdu pociągiem na trasie Kraków - Warszawa.

.....