

**WYROK**  
**z dnia 4 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków**

przy udziale wykonawcy **CONSULTRONIX S.A., ul. Raclawicka 58, 30-017 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** na rzecz **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków** kwotę **508 zł 00 gr** (słownie: pięćset osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa instalacja i uruchomienie stołu do biopsji stereotaktycznej.

W dniu 14 sierpnia 2013 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 157-273690 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu. W tym samym dniu zamawiający udostępnił na swojej stronie specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”]. Szczegółowe wymagania techniczne i eksploatacyjne co do przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w załączniku nr 1a.

W dniu 23 sierpnia 2013 r., wobec treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ odwołanie wniósł wykonawca TIMKO Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), [dalej także, jako „Pzp”], poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie szeregu warunków, które uprzywilejowują koncern Siemens, urządzenia sprzedawane przez ten koncern lub jego dystrybutorów oraz, de facto wskazują na konkretny produkt firmy Siemens, jako jedyny możliwy do zaoferowania w przedmiotowym przetargu.

Odwołujący wnosil o:

- 1) nakazanie zamawiającemu, aby dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez: zmianę zapisu punktu 13.2 SIWZ (Aukcja elektroniczna) w zakresie ilości ofert nie podlegających odrzuceniu w przypadku których ogłaszana jest aukcja - „co najmniej 2 ważne oferty”,
- 2) nakazanie zamawiającemu, aby dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę następujących warunków technicznych opisanych w załączniku nr 1a do SIWZ (parametry techniczne i eksploatacyjne):
  - a) Punkt 2 Tabeli, poprzez dopuszczenie stołu z otworem o średnicy 25 cm;
  - b) Punkt 3 Tabeli. Poprzez dopuszczenie stołu o zakresie regulacji wysokości wynoszącym 102-145 cm;
  - c) Punkt 6 Tabeli, poprzez rezygnację z wymogu przesuwu bocznego stołu - usunięcie punktu z tabeli;
  - d) Punkt 7 Tabeli, poprzez rezygnację z wymogu oferowania płaskiego blatu – usunięcie punktu z tabeli;

- e) Punkt 9 Tabeli, poprzez dopuszczenie generatora o mocy maksymalnej 2,38 kW;
- f) Punkt 11 Tabeli, poprzez dopuszczenie aparatu o zakresie napięć generatora wynoszącym 22-34kV;
- g) Punkt 12 Tabeli, poprzez dopuszczenie aparatu o zakresie nastaw mAs wynoszącym 20 - 400 mAs;
- h) Punkt 13 i 14 Tabeli, poprzez dopuszczenie urządzenia o maksymalnej wartości prądu w trybie manualnym i AEC wynoszącym 80 mA;
- i) Punkt 17 Tabeli, poprzez dopuszczenie aparatu wyposażonego w lampę jednoogniskową o rozmiarze 0,25 mm;
- j) Punkt 24 Tabeli, poprzez dopuszczenie urządzenia o zakresie długości igieł wynoszącym 50-180 cm;
- k) Punkt 30 Tabeli, poprzez dopuszczenie, jako równoważnego systemu pozycjonowania opartego o współrzędne kartezyjańskie (XYZ), lub usunięcie punktu z tabeli;
- l) Punkt 34 Tabeli, poprzez dopuszczenie systemu archiwizacji badań na CD/DVD bez dogrywania viewera;
- m) Punkt 37 Tabeli, poprzez dopuszczenie monitora o przekątnej 18,1 cala;
- n) w „Uwagach i wyjaśnieniach” do załącznika nr 1a do SIWZ, poprzez wprowadzenie wymogu „rok produkcji nie wcześniej niż 2013r.” w miejsce obecnego wymogu 2012r.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący wskazywał, iż zamawiający umieścił w tabeli szereg wymogów, które nie mają merytorycznego uzasadnienia, preferują rozwiązania przestarzałe nie stosowane w aparatach znajdujących się w chwili obecnej w produkcji. Ze względu na to, że wymagania mogą być spełnione jedynie przez produkowany w ubiegłych latach stół do biopsji firmy Siemens, zamawiający zadaniem odwołującego dopuszcza aby aparat był wyprodukowany w zeszłym (2012) roku. W ocenie odwołującego wyspecyfikowany w ten sposób aparat został już wycofany z produkcji a wiele technologii w nim zastosowanych nie jest obecnie kontynuowanych. Uzasadniając opisane wyżej żądania co do zmiany parametrów technicznych i eksploatacyjnych odwołujący wskazywał, iż:

- a) „Ze względu na specjalne ukształtowanie i konstrukcje stołu jest to średnica [25 cm] wystarczająca do przeprowadzania biopsji. Specjalny anatomiczny kształt oferowanego przez nas stołu umożliwia lepsze pozycjonowanie pacjentki przez co biopsja może być wykonana przez mniejszy otwór”. [dot. średnicy otworu w stole],
- b) „Wyższe zawieszenia stołu ułatwia wykonywanie biopsji ze względu na większą ilość przestrzeni po stolem. Zakres wysokości oferowany przez nasz stół jest o wiele wygodniejszy”. [dot. zakresu ruchu pionowego blatu stołu],

- c) „W zastosowanym przez nas rozwiązaniu istnieje możliwość przesuwania na boki uchwyty igły (układ nawigacji XYZ). W związku z tym boczny przesuw stołu jest zbędny. Boczny przesuw stołu jest konieczny jedynie w przypadku polarnego (starszego) systemu wyznaczania pozycji. Konieczność przesuwania stołu utrudnia wykonanie procedury.” [dot. bocznego przesuwu blatu],
- d) „W naszym rozwiązaniu zastosowano blat ukształtowany do anatomii pacjentki. Wyposażony w dodatkowy zestaw poduszek do pozycjonowania . Zapewnia to wyższy komfort pacjentce a tym samym ułatwia wykonanie biopsji.” [dot. blatu roboczego],
- e) „W naszym urządzeniu zastosowano nowoczesny detektor o wysokiej czułości w związku z tym możliwe stało się ograniczenie dawki niezbędnej do wykonania zdjęcia. Dzięki temu możliwe jest wykonywanie zdjęć przy mniejszych parametrach ekspozycji : kV ,mA i mAs. Jest to w tym przypadku duża zaleta naszego rozwiązania.” [dot. mocy generatora],
- f) „W naszym urządzeniu zastosowano nowoczesny detektor o wysokiej czułości w związku z tym możliwe stało się ograniczenie dawki niezbędnej do wykonania zdjęcia. Dzięki temu możliwe jest wykonywanie zdjęć przy mniejszych parametrach ekspozycji: kV ,mA i mAs. Jest to w tym przypadku duża zaleta naszego rozwiązania.” [dot. zakresu napięć generatora dla aparatu],
- g) „W naszym urządzeniu zastosowano nowoczesny detektor o wysokiej czułości w związku z tym możliwe stało się ograniczenie dawki niezbędnej do wykonania zdjęcia. Dzięki temu możliwe jest wykonywanie zdjęć przy mniejszych parametrach ekspozycji: kV ,mA i mAs. Jest to w tym przypadku duża zaleta naszego rozwiązania.” [dot. zakresu nastaw mAs aparatu],
- h) „W naszym urządzeniu zastosowano nowoczesny detektor o wysokiej czułości w związku z tym możliwe stało się ograniczenie dawki niezbędnej do wykonania zdjęcia. Dzięki temu możliwe jest wykonywanie zdjęć przy mniejszych parametrach ekspozycji: kV ,mA i mAs. Jest to w tym przypadku duża zaleta naszego rozwiązania.” [dot. maksymalnej wartości prądu w trybie manualnym i AEC],
- i) „Jest to wielkość zoptymalizowana pod względem jakości obrazu i dawki promieniowania. Dodatkowo lampy jednoogniskowe charakteryzują się większą trwałością.” [dot. rozmiaru lampy jednoogniskowej],
- j) „Jest to zakres pokrywający powszechnie stosowane na rynku długości igieł.” [dot. długości igieł],
- k) „Oferowany w naszym urządzeniu układ współrzędnych zapewnia wysoka dokładność pozycjonowania przy wyeliminowaniu konieczności przesuwania

pacjentki na boki co skraca czas wykonania zabiegu i jego uciążliwość dla pacjentki.”  
[dot. systemu pozycjonowania igły],

- l) „Obrazy otrzymane podczas wykonywania zabiegu nie są obrazami diagnostycznymi i nie są wydawane pacjentowi. Jednocześnie urządzenie wysyła zdjęcia do systemu PACS gdzie mogą być zarchiwizowane z pozostałymi badaniami pacjenta i łączenie nagrane na płycie z viewerem.” [dot. nagrywarki CD],
- m) „Jest to wielkość w pełni wystarczająca do obsługi systemu biopsyjnego w zakresie wskazania miejsca pobrania wycinka.” [dot. wielkości monitora podglądowego],
- o) „Aktualny zapis „nie wcześniej niż 2012” preferuje firmę Siemens z tego powodu, że posiada ona stare zapasy magazynowe urządzeń które wyszły już z produkcji. Oczywiście jest w takim przypadku (kryterium oceny – cena Brutto 100 %), że Oferenci, którzy wystartują oferując stare urządzenia będą w stanie zaproponować niższą cenę niż Oferenci którzy zaoferują pełnowartościowe urządzenia z aktualnej produkcji cieszące się powodzeniem na rynku.” [dot. roku produkcji urządzenia].

Odnosnie zapisów dotyczących warunków przeprowadzenia aukcji elektronicznej odwołujący wskazywał, iż nie widzi merytorycznego uzasadnienia dla sytuacji, w której istnieje tylko 2 producentów (potencjalnie 2 ważne oferty) i nie dochodzi do aukcji, która ma na celu zakup urządzenia po najkorzystniejszej dla zamawiającego cenie, a możliwość taka zaistnieje jedynie w przypadku złożenia, co najmniej 3 ważnych ofert.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa instalacja i uruchomienie stołu do biopsji stereotaktycznej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2013 r., pod numerem 2013/S 157-273690. W tym samym dniu zamawiający udostępnił na swojej stronie SIWZ. Zgodnie z postanowieniami pkt 3.1.1. SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1a do specyfikacji. W załączniku nr 1a do SIWZ, zamawiający określił m.in. następujące wymagane parametry techniczne i eksploatacyjne:

- 1) Stół pacjenta:
  - a) Średnica otworu w stole min. 28 cm,
  - b) Zakres ruchu pionowego blatu stołu min. 85 – 125 cm,
  - c) Przesuw boczny blatu min. +/- 10 cm,
  - d) Błat roboczy całkowicie płaski,

- 2) Generator:
  - a) Moc generatora min. 5 kW,
  - b) Zakres wysokiego napięcia min. 20 – 35 kV,
  - c) Zakres nastaw mAs min. 3 – 720 mAs,
  - d) Maksymalna wartość prądu min. 125 mA
  - e) Automatyka AEC min. 125 mA,
- 3) Lampa RTG:
  - a) Wielkość małego ogniska lampy RTG max. 0,1 mm,
- 4) System prowadzenia igły:
  - a) Stosowane długości igieł min. 30-175 mm,
  - b) System pozycjonowania igły oparty na współrzędnych polarnych,
- 5) Konsola technika:
  - a) Nagrywarka CD – możliwość nagrywania ołów z viewe­rem DICOM,
  - b) Monitor poglądowy płaski min. 19 cali.

Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 1a do SIWZ, „uwagi i objaśnienia” zamawiający zastrzegł rok produkcji urządzenia jako „nie wcześniej niż 2012”. Zgodnie z pkt. 13.1. SIWZ jako jedyne kryterium oceny ofert zamawiający wskazał cenę przypisując jej wagę 100%. W pkt. 13.2. SIWZ zamawiający wskazał, iż po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu.

Dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób przytoczony powyżej leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 2 września 2013 r., udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców i jednocześnie dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie wymagań technicznych i eksploatacyjnych opisanych w załączniku nr 1a do SIWZ co do:

- 1) Stół pacjenta:
  - a) Średnica otworu w stole min. 25 cm, (wymagana wielkość – 0 pkt, największa - 5 pkt, inne proporcjonalnie mniej),
  - b) Zakres ruchu pionowego blatu stołu min. 102 – 125 cm, (możliwość obniżenia stołu do 102 cm- 0 pkt),
  - c) Przesuw boczny blatu min. +/- 10 cm, - parametr wykreślony,
- 2) Generator:
  - a) Moc generatora min. 2,38 kW, (wymagana wielkość – 0 pkt, największa - 5 pkt, inne proporcjonalnie mniej),
  - b) Zakres wysokiego napięcia min. 22 – 34 kV,
  - c) Zakres nastaw mAs min. 20 – 400 mAs,

- d) Maksymalna wartość prądu min. 80 mA, (wymagana wielkość – 0 pkt, największa - 5 pkt, inne proporcjonalnie mniej),
  - e) Automatyka AEC
- 3) Lampa RTG:
- a) Wielkość małego ogniska lampy RTG - podać – (wielkość ogniska 0,1 mm – 5 pkt, większa – 0 pkt),
- 4) System prowadzenia igły:
- a) Stosowane długości igieł min. 50-175 mm,
- 5) Konsola technika:
- a) Monitor poglądowy płaski min. 18,1 cali.

Ponadto zamawiający zmodyfikował brzmienie pkt 13.1. poprzez zmianę kryteriów oceny ofert. Zamawiający określił, iż ocena ofert dokonana zostanie w oparciu o kryterium ceny – waga 70% oraz w oparciu o kryterium parametry techniczne i eksploatacyjne – waga 30%. Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 26 sierpnia 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Consultronix S.A. z siedzibą w Krakowie, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w



sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podkreślić należy, iż dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające będzie uprawdopodobnienie, iż opis przedmiotu zamówienia narusza uczciwą konkurencję. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy w ocenie Izby odwołujący nie tylko nie wykazał, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób naruszający uczciwą konkurencję, ale również tego nie uprawdopodobnił. Z przedłożonych przez odwołującego na rozprawie dowodów wynika wyłącznie, iż produkt, który chciałby zaoferować nie spełnia wymogów opisanych przez zamawiającego. Zdaniem Izby, okoliczność ta nie stanowi jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji. Fakt, iż nie wszyscy wykonawcy działający na rynku będą w stanie zrealizować zamówienie nie przesądza jeszcze o naruszeniu dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro wymagania zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia wynikają z jego uzasadnionych potrzeb, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, to brak jest podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszenia wspomnianego przepisu. Izba wskazuje, iż to zamawiający, jako gospodarz postępowania uprawniony jest do określenia, jakie dobro chce nabyć, o jakich funkcjonalnościach, parametrach wynikających z jego uzasadnionych potrzeb. Tym samym nie sposób uznać, iż zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ingeruje w powyższe uprawnienia zamawiającego, gdyż nakazuje jedynie dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałoby, iż przedmiot zamówienia określony został w sposób wskazujący na konkretny produkt. Wbrew twierdzeniom odwołującego brak jest dowodów na to, iż wymogi i parametry opisane w załączniku nr 1a do SIWZ prowadzą do konieczności zaoferowania wyłącznie produktu firmy SIEMENS. Izba zwraca uwagę, iż rolą odwołującego było wykazanie, iż obiektywnie opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, a wymogi postawione przez zamawiającego nie wynikają z jego uzasadnionych potrzeb, a nie ograniczenie się wyłącznie do wykazania, iż oferowany przez niego produkt nie odpowiada wszystkim wymogom zamawiającego.

Izba pominęła w swoich rozważaniach zarzut dotyczący opisanych przez zamawiającego warunków przeprowadzenia aukcji elektronicznej gdyż odwołujący zarzut ten na rozprawie cofnął.

Mając na względzie powyższe, za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 stawy Pzp gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o 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).

**Przewodniczący:** .....