

Sygn. akt: KIO 2729/10

WYROK
z dnia 30 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Członkowie:	Katarzyna Ronikier – Dolańska Renata Tubisz
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 grudnia 2010 r. przez **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** od czynności Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach, ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa tomografu szesnastowarstwowego wraz z montażem”

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do pkt C (układ rentgenowski) poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Maksymalne napięcie używane w protokołach klinicznych: ≥ 135 kV (nie podlega ocenie)”**,
- 2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach, ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach, ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice** na rzecz **TMS Spółka z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2729/10

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach, ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa tomografu szesnastowarstwowego wraz z montażem” (znak sprawy WSZ.XIII.2511/280/2010).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **10.12.2010 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr ogłoszenia 2010/S 240-366782.

Zamawiający w Rozdziale I SIWZ zamieścił opis przedmiotu zamówienia. Powyższy opis został uszczegółowiony w treści załącznika nr 3 do SIWZ. W powyższym załączniku w ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia”.

W dniu **20.12.2010 r.** wykonawca TMS Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę tomografu komputerowego szesnastowarstwowego, nr sprawy WSZ.XI11.2511/280/2/2010, a polegających na wadliwym, w ocenie Odwołującego, sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie postanowień art. 7 ust 1 i art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp poprzez:

- brak uszczegółowienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia i tym samym ograniczeniu dostępu do zamówienia;

- dokonanie w sposób niejednoznaczny opisu przedmiotu zamówienia;

- wprowadzenie parametrów granicznych, które uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w Odwołaniu kwestii

lub ewentualnie:

- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez dokonanie czynności żądanych w odwołaniu, tj. jego uwzględnienie, gdyż jest jednym z potencjalnych wykonawców, który jest w stanie uzyskać to zamówienie o ile usunięte zostaną ograniczenia konkurencyjne oraz przywrócona zostanie zasada równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż po zapoznaniu się i analizie wszystkich dokumentów SIWZ uznał, że Zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. naruszając zasady równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję sporządził SIWZ.

W dalszej części uzasadnienia przedstawił szczegółowe zarzuty dotyczą następujących zapisów SIWZ:

1. Wskazał, iż Zamawiający w ramach realizacji przedmiotu Zamówienia wymaga pełnej integracji z posiadanym systemem PACS/RIS firmy UHC. W ocenie Odwołującego żadne zapisy SIWZ nie precyzują jednak jakie dostawy i czynności powinny zostać wykonane w ramach „pełnej integracji z posiadanym systemem PACS/RIS firmy UHC. Podniósł, że zgodnie z treścią art. 29 pkt 1 ustawy Pzp, to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób „jednoznaczny i wyczerpujący”. Brak jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, w ocenie Odwołującego, uniemożliwia sporządzenie prawidłowego i skutecznego zapytania ofertowego oraz zweryfikowania oferty firmy UHC

Spółka z o.o. pod względem cenowym oraz zgodności przedstawionej oferty z zapisami SIWZ.

Wskazał ponadto, iż wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż Zamawiający. Wykonawca zakłada, że Zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby i posiada pełną wiedzę w tym zakresie dostaw i czynności, które mają być zrealizowane z zakresu przedmiotu zamówienia i wiedza ta powinna być udostępniona w SIWZ wszystkim potencjalnym wykonawcom w celu zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz umożliwienia złożenia im ważnych i porównywalnych ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wyjaśnienie i doprecyzowanie w SIWZ następujących zagadnień:

- czy, jakie i ile licencji należy dostarczyć w ramach integracji?
- czy integracja ta wymagać będzie dostawy sprzętu do obsługi licencji dodatkowych modułów, których zaoferowania wymaga Zamawiający. Jeśli tak, zawniósł o podanie minimalnych parametrów sprzętu, który powinien być zaoferowany w ramach złożonej oferty?
- czy integracja będzie realizowana na sprzęcie komputerowym posiadanym przez Szpital?
- jeśli tak to czy wymagać ona będzie rozbudowy tego sprzętu i w jakim zakresie?
- czy Zamawiający w ramach integracji wymaga szkoleń personelu z zakresu obsługi systemu RIS/PACS?
- czy wszystkie koszty związane z integracją systemu są po stronie wykonawcy ?

2. W odniesieniu do pkt C.2 (Układ rentgenowski) załącznika nr 3 do SIWZ „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia” wskazał na zapis, w którym Zamawiający wymaga: „Maksymalna napięcie używane w protokołach rentgenowskich: ≥ 140 kV (nie podlega ocenie)”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, że tak sformułowany parametr uniemożliwia Odwołującemu. zaoferowanie któregokolwiek z tomografów komputerowych oferowanych przez firmę Toshiba, której jest jedynym autoryzowanym przedstawicielem w Polsce - w tym najnowocześniejszego tomografu komputerowego na świecie, jakim jest 320-rzędowy tomograf komputerowy model AquilionOne.

Wskazał, że wszystkie tomografy firmy Toshiba, technologicznie realizują ów parametr na poziomie wynoszącym 80 -135 kV. Wskazał również, że w protokołach klinicznych rzadko stosuje się napięcia lampy przewyższające 130 kV. W przypadku diagnozowania pacjentów wyjątkowo otyłych wykorzystywane jest twarde promieniowanie powstające przy

napięciu 135 -140 kV (w zależności od producenta tomografu). W tomografach produkowanych przez firmę TOSHIBA, w tym w tomografie, który Odwołujący chciałby zaoferować, została zastosowana nowatorska i unikalna technologia pracy, która polega na uzyskiwaniu założonych rezultatów przy możliwie najniższej dawce. Dzięki materiałowi detektora o wysokiej wydajności i wydajnym algorytmom rekonstrukcji system nie wymaga wysokich prądów i dawek do uzyskania wysokiej jakości obrazów. Poszczególne elementy systemu - lampa Rtg i generator są dobrane tak by umożliwić wykonanie każdego badania bez przestojów związanych z koniecznością chłodzenia lampy i z najwyższą jakością obrazu, która to właśnie wyróżnia systemy tomografii komputerowej firmy TOSHIBA spośród systemów innych producentów oferowanych na rynku.

W związku z powyższym wartość 135 kV jest, w ocenie Odwołującego, wystarczająca do prawidłowego funkcjonowania tomografu i umożliwia wykonywanie wszelkich badań bez utraty wartości diagnostycznej uzyskiwanych obrazów.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie systemu o maksymalnej wartości napięcia anodowego wynoszącej 135 kV oraz odpowiednią modyfikację treści pkt. C.2 Załącznika nr 3 „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia” poprzez nadanie mu brzmienia: Maksymalne napięcie używane w protokołach rentgenowskich: ≥ 135 kV (nie podlega ocenie).

3. W odniesieniu do pkt G.9 (Oprogramowania zainstalowane na konsoli operatorskiej) załącznika nr 3 „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia” wskazał, że Zamawiający wymaga zaoferowania na konsoli operatorskiej oprogramowania do oceny badań perfuzyjnych mózgu. Odwołujący podniósł, że konsola operatorska jest konsolą akwizycyjną, natomiast oprogramowanie do oceny perfuzji mózgu to oprogramowanie postprocessingowe, służące do opracowywania i analizy badań, a nie do akwizycji. Jednocześnie wskazał, że Zamawiający wymaga zaoferowania specjalistycznego oprogramowania do oceny perfuzji (w tym między innymi mózgu) na konsoli lekarskiej (pkt. I.13, I.23).

W związku z powyższym wniósł o rezygnację z wymogu zainstalowania na konsoli operatorskiej oprogramowania do oceny badań perfuzyjnych mózgu, a tym samym wykreślenie pkt. G.9 z treści Załącznika nr 3 „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia”:

4. W odniesieniu do pkt I.13 Załącznika nr 3 „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia” Odwołujący sformułował pytanie, czy Zamawiający wykreśli z treści SIWZ, Załącznika nr 3 „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej

przedmiotu zamówienia" pkt. I.13, gdyż wymaga zaoferowania tego oprogramowania zapisami pkt. I.23.

5. W odniesieniu do pkt I.17, I.18, I.19, I.20 oraz I.22 (Oprogramowanie zainstalowane na konsoli lekarskiej) załącznika nr 3 „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia" Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga oprogramowania do oceny perfuzji za pomocą dedykowanych narządowo, specjalizowanych protokołów.

W ocenie Odwołującego w związku z brakiem w definicji terminu „protokoły specjalizowane", zapis ten uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Wobec powyższego wniósł o dopuszczenie oprogramowania do badań perfuzyjnych umożliwiającego ocenę ilościową i jakościową (mapy barwne), co najmniej następujących parametrów: rBF (miejscowy przepływ krwi), rBV (miejscowa objętość krwi), MTT (średni czas przejścia), TTP (czas do szczytu krzywej wzmocnienia) oraz oceny wolumetrycznej dla narządów wymienionych w pkt. I.17, I.18, I.19, I.20 oraz I.22.

6. Dodatkowo w trosce o jakość systemu stanowiącego przedmiot zamówienia Odwołujący zwrócił się o wprowadzenie dodatkowych wymogów jaki są:

- w pkt D (Parametry badania) zaproponował wprowadzenie następującego zapisu: „Dawka powierzchniowa w mGy potrzebna do uzyskania rozdzielczości niskokontrastowej 5 mm przy różnicy gęstości 3 HU, dla napięcia ≥ 120 kV, określonej dla najkrótszego skanu pełnego, mierzonej na fantomie CATHPAN 20 cm, przy warstwie 10 mm, podać parametry ekspozycji – prąd napięcie, czas ekspozycji” o proponowanej wartości ≤ 17 mGy i z zawnioskowaną punktacją 0-20 pkt, 0 – wartość graniczna, 20 – wartość najmniejsza, pozostałe proporcjonalnie.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego żądania wskazał, że Zamawiający wprowadził co prawda wymóg posiadania przez zaoferowany tomograf możliwości stosowania różnych metod redukcji dawki, ale nie wymaga podania wartości ostatecznej dawki, która często jest wysoka, pomimo stosowania tych metod. Przekłada się to na koszty użytkowania tomografu (stopień zużycia lampy i konieczność jej wymiany), a przede wszystkim na zdrowie pacjenta, co w przypadku pacjentów jakimi są dzieci, ma szczególnie duże znaczenie.

- w pkt. B (Gantry i stół pacjenta) zaproponował wprowadzenie następującego zapisu: „Rzeczywista szerokość zespołu detektorów w osi z, tzw. anatomiczne pokrycie skanowanego obszaru dla obrotu 360° o proponowanej wartości ≥ 24 mm i zaproponowana punktacja: 0-20 pkt, 0 – wartość graniczna, 20 wartość największa, pozostałe proporcjonalnie.

W odniesieniu do powyższej propozycji Odwołujący wskazał, że z klinicznego punktu widzenia, parametr ten jest równie ważnym parametrem co najcieńsza grubość warstwy akwizycyjnej. Szersze anatomiczne pole badania (szerszy detektor), oznacza szerszy zakres badań dynamicznych (naczyniowych), skraca czas badania, oraz, co za tym idzie, wpływa (redukuje) na wielkość dawki, którą otrzymuje pacjent.

W ocenie Odwołującego wprowadzenie modyfikacji SIWZ, które zostały wskazane w treści niniejszego odwołania nie tylko nie wpłynie na zdolności obrazowania, możliwości diagnostyczne, czy parametry użytkowe systemu tomografii komputerowej, który zamierza zakupić Zamawiający, ale umożliwi różnym potencjalnym wykonawcom równy dostęp do przedmiotowego Zamówienia.

W dniu **23.12.2010 r.** Zamawiający dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę zapisów załącznika nr 3 do SIWZ, która została w tym samym dniu zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na sporządzeniu SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, iż na skutek określenia w lit. C (układ rentgenowski) poz. 2 parametru granicznego w postaci „Maksymalne napięcie używane w protokołach klinicznych: ≥ 140 kV (nie podlega ocenie)” nie jest w stanie zaoferować żadnego urządzenia spełniającego powyższy wymóg. Na powyższą okoliczność Odwołujący przywołał dowód w postaci oświadczenia z dnia 27.12.2010 r. złożonego przez upoważnionego przedstawiciela producenta, tj. Toshiba Medical Systems Europe BV, z którego wynika, iż wszystkie systemy tomografii cyfrowej produkowane przez Toshiba Medical Systems Corporation posiadają wartość napięcia anodowego używanego w protokołach klinicznych w zakresie 80-135 kV.

Powyższe nie zostało skutecznie podważone w toku rozprawy przez Zamawiającego. W tym przedmiocie Zamawiający oświadczył w toku rozprawy, że nie posiada wiedzy na temat, czy Odwołujący przy takim napięciu anodowym nie może zaoferowaćżądanego urządzenia, jednak nie kwestionuje tego faktu. Tym samym, w ocenie Izby, w obecnym brzmieniu SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wykazał, iż nie jest w stanie zaoferować żadnego urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego. Wobec powyższego w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie lit. C poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów przywołanych przez Odwołującego w toku rozprawy, a w szczególności pisma z dnia 27.12.2010 r. zawierającego oświadczenie złożone

w imieniu producenta Toshiba Medical Systems Corporation, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do podniesionych w pkt 1, 3, 4 oraz 5 odwołania zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący w toku rozprawy wycofał powyższe zarzuty wskazując, iż Zamawiający zajął stanowisko w tym przedmiocie udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w piśmie z dnia 28.12.2010 r. Wskazał również, iż Zamawiający doprecyzował i wyjaśnił kwestie zawarte w pkt 1 odwołania, zaś w pozostałych punktach, tj. w pkt 3, 4 oraz 5 odwołujący oświadczył, iż dokonane wyjaśnienia oraz zmiany SIWZ umożliwiają mu złożenie oferty i zaoferowanie urządzenia spełniającego wymagania Zamawiającego. W związku z powyższym oświadczył, iż cofa powyższe zarzuty.

Izba wskazuje również, iż z treści odwołania wynika, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy odnieść do wycofanego przez odwołującego punktu 1 (nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie integracji z posiadanym systemem RIS/PACS firmy UHC Spółka z o.o.) oraz pkt 4 i 5 odwołania, w ramach których Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprecyzyjne i niejednoznacznie formułowanie opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, wobec wycofania zarzutów sprecyzowanych w pkt 1, 4 oraz 5 odwołania, przedmiotu orzeczenia Izby nie stanowiło naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż nie podtrzymuje żądań zawartych na str. 7 i 8 odwołania.

I. W odniesieniu do podtrzymanego przez Odwołującego zarzutu zawartego w pkt 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję poprzez wprowadzenie parametrów granicznych które, jak wskazał Odwołujący, uniemożliwiają złożeniu mu oferty Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W zakresie podstawy faktycznej zarzutu odnoszącej się do lit. C (układ rentgenowski) poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ (Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakości przedmiotu zamówienia) Izba ustaliła, iż Zamawiający w powyższym punkcie zawarł następujący wymóg: „Maksymalne napięcie używane w protokołach klinicznych: ≥ 140 kV (nie podlega ocenie)”.

Izba ustaliła ponadto w odniesieniu do powyższego zarzutu, iż powyższy parametr nie został zmieniony w ramach modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego w dniu 23.12.2010 r.

W odniesieniu do powyższego zarzutu na podstawie powołanego dowodu z dokumentu w postaci pisma z dnia 27.12.2010 r. przedstawiciela Toshiba Medical Systems Europe BV – Henrika Richarda S., przedłożonego w toku rozprawy przez Odwołującego, Izba ustaliła, iż Odwołujący nie jest w stanie zaoferować żadnego urządzenia ze względu na wymagany parametr graniczny w postaci maksymalnej wartości napięcia anodowego (≥ 140 kV). Powyższe oświadczenie wskazuje również, iż urządzenia Toshiba umożliwiają uzyskanie pożądaną przez Zamawiającego w lit. E (parametry obrazu) poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ rozdzielczości niskokontrastowej wizualnej ≤ 5 mm przy różnicy gęstości 3 HU określonej dla najkrótszego skanu pełnego zmierzonej na fantomie CATHPAN o średnicy 20 cm dla napięcia ≥ 110 kV dla warstwy 10 mm przy dopuszczonym w powyższym punkcie napięciu 120 kV.

Odwołujący wskazał również w toku rozprawy, iż obniżenie tego parametru (lit. C poz. 2 – maksymalne napięcie używane w protokołach klinicznych ≥ 140 kV) o 5 kV spowoduje, iż urządzenia oferowane przez niego będą spełniać wszystkie parametry określone przez Zamawiającego. W chwili obecnej urządzenia oferowane przez Odwołującego spełniają wszystkie parametry funkcjonalne, nie spełniają jedynie wskazanego powyżej parametru granicznego.

Izba ponadto wskazuje, co podniósł również w trakcie rozprawy Odwołujący, iż żądane przez Zamawiającego maksymalne napięcie anodowe nie jest konieczne do uzyskania jednego z najistotniejszych parametrów decydujących o jakości obrazu diagnostycznego (lit. E – parametry jakości obrazu, poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ), gdzie zostało wskazane, iż wymagana jest rozdzielczość niskokontrastowa wizualna ≤ 5 mm przy różnicy gęstości 3 HU określonej dla najkrótszego skanu pełnego zmierzonej na fantomie CATHPAN o średnicy 20 cm dla napięcia ≥ 110 kV dla warstwy 10 mm. W powyższym zakresie nie sposób uznać argumentu podniesionego przez Zamawiającego w toku rozprawy, że wskazane w lit. E – parametry jakości obrazu, poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ napięcie 110 kV jest napięciem średnim. Powyższa wartość została poprzedzona znakiem „ \geq ”, co oznacza „większe lub równe” i wyklucza uznanie tej wartości za średnią. Parametr ten należy uznać również za spełniony przy minimalnym napięciu równym 110 kV.

Tym samym nawet jeżeli uzyskanie finalnego wyniku w postaci określonej jakości obrazowania jest realizowane dla urządzeń Toshiba przy niższej wartości napięcia

anodowego (max 135 kV) dla użytkownika sposób uzyskania zakładanej funkcjonalności (rozdzielczość niskokontrastowa wizualna na poziomie ≤ 5 mm) nie ma praktycznego znaczenia. Nie ma bowiem znaczenia dla czynności diagnostycznych, czy uzyskanie określonej jakości obrazów diagnostycznych jest wynikiem zwiększenia napięcia anodowego lampy, czy też jest możliwe do uzyskania przy niższym napięciu - jeżeli uzyskane ostatecznie dane (w tym wypadku zakładana rozdzielczość niskokontrastowa wizualna na poziomie ≤ 5 mm) posiadają identyczną jakość i założone parametry graniczne. Wszakże w przypadku tak skomplikowanych urządzeń, jakim jest z pewnością tomograf komputerowy, najważniejszym postępowaniem przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia jest, zgodnie z treścią art. 30 ust. 6 ustawy Pzp, wskazanie wymagań funkcjonalnych, tj. oparcie tego opisu na jego cechach istotnych z punktu widzenia pożądanych i oczekiwanych rezultatów. Wynika to również z faktu, iż producenci tego typu urządzeń uzyskują pożądane w badaniach i diagnostyce funkcjonalności przy użyciu różnorodnych i często bardzo specyficznych dla poszczególnych urządzeń rozwiązań i technologii, które nierzadko są rozwiązaniami będącymi przedmiotem ochrony patentowej.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał w wyjaśnieniach składanych w toku rozprawy, że żądanie dostawy tomografu komputerowego o opisanym w lit. C poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ parametrze granicznym stanowi uzasadnioną, z punktu widzenia klinicznego, potrzebę Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie lit. C pkt 2 załącznika nr 3 do SIWZ Izba uznała za przekonującą argumentację Odwołującego. Po pierwsze, jak zostało to wcześniej podniesione, poszczególni producenci tomografów komputerowych stosują różne rozwiązania techniczne w zakresie uzyskania pożądanej jakości obrazowania diagnostycznego. Wobec powyższego Zamawiający winien uwzględnić dostępne na rynku rozwiązania techniczne przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Nie może jednak eliminować urządzeń, które spełniają założone przez Zamawiającego funkcje, poprzez wprowadzanie parametrów granicznych, które są irrelewantne dla uzyskania żądanych w opisie przedmiotu zamówienia

funkcjonalności. Odwołujący wskazał, iż rozwiązanie techniczne którym dysponują oferowane przez niego urządzenia pozwala na uzyskanie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności urządzenia już przy napięciu anodowym wynoszącym 135 kV, nie zaś napięciu 140 kV – którego wymaga Zamawiający. Zamawiający nie uzasadnił pod względem klinicznym swojego żądania dotyczącego maksymalnego napięcia anodowego na poziomie 140 kV i nie wykazał, jakie funkcjonalności urządzenia nie zostaną zapewnione przez urządzenia dysponujące napięciem wynoszącym 135 kV.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający nie przedstawił dowodu wskazującego, iż opisany w lit. C pkt 2 załącznika nr 3 do SIWZ parametr graniczny został wprowadzony w innym celu niż ograniczenie konkurencji. Podniesiona przez Zamawiającego, w pkt 1 pisma z dnia 28.12.2010 r. (znak WSZ.XIII.2511/280/13/10) zawierającego odpowiedzi na pytania wykonawców oraz w toku rozprawy, argumentacja uzasadniająca wskazane w SIWZ rozwiązanie (parametr graniczny – lit. C pkt 2 załącznika nr 3 do SIWZ) wychodzi poza funkcjonalność wskazaną w dokumentacji postępowania. Na szczególną uwagę zasługuje, w ocenie Izby, zawarty na str. 2 pisma z dnia 28.12.2010 r. (znak WSZ.XIII.2511/280/13/10) fragment odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego: „Elektrony rozpędzone w lampie RTG napięciem 140 kV pozwalają diagnozować pacjentów bardzo otyłych z zachowaniem pełnej wartości diagnostycznej uzyskanego obrazu. Obniżenie wartości maksymalnych kV nawet o 5 kV powoduje znaczące ograniczenie centyla populacji możliwego do zbadania przy braku utraty wartości diagnostycznej uzyskanych obrazów.” Analiza powyższego fragmentu nasuwa pytanie, co jest źródłem „znaczącego ograniczenia centyla populacji możliwego do zbadania przy braku utraty wartości diagnostycznej uzyskanych obrazów” jeżeli oferowane przez Odwołującego urządzenia, jak wynika z oświadczenia złożonego w toku rozprawy, spełniają wszystkie wymagane parametry jakościowe i funkcjonalne żądane przez Zamawiającego już przy napięciu 135 kV.

Izba, uznając prawo Zamawiającego do nabywania urządzeń o wysokich parametrach technicznych, które spełniają jego uzasadnione potrzeby, stwierdziła, że Zamawiający w trakcie rozprawy nie wykazał, że określone przez niego parametry techniczne uzyskiwane przy użyciu wskazanej technologii są wynikiem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego lub konieczności zapewnienia bezpieczeństwa pacjenta.

Izba wskazuje, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej) może i zazwyczaj ma istotny wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Oprócz pozytywnych przesłanek określających sposób dokonania opisu

przedmiotu zamówienia, wyrażonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wprowadza przesłanki negatywne stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy) oraz nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy "lub równoważne" (art. 29 ust. 3 ustawy). Wskazane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Określenie w art. 29 ust. 2 ustawy negatywnych przesłanek określania opisu przedmiotu zamówienia odnosi się bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „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”.

Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący uprawdopodobnił, iż określenie przez Zamawiającego w lit. C poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ parametru granicznego może utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący w toku rozprawy wskazał, iż na krajowym rynku istnieje 4 producentów

tego typu urządzeń (Siemens, Philips, Toshiba oraz General Electric). Powyższe stanowi powszechnie znany fakt, który nie był kwestionowany przez Zamawiającego. Oznacza to, iż wyeliminowanie urządzeń tylko jednego producenta odnosi się do 25% rynku tego typu urządzeń. W ocenie Izby powyższe wyczerpuje hipotezę normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, która posługuje się zwrotem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Powyższe należy odnieść do przepisów regulujących materię związaną z ochroną konkurencji oraz zwalczania praktyk naruszających uczciwą konkurencję. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie zaś z treścią art. 3 ust. 2 ww. ustawy wśród wskazanych przykładowo czynów nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie dostępu do rynku. Tym samym, biorąc powyższe pod uwagę, nieuzasadnione funkcjonalnie i klinicznie wyeliminowanie wszystkich urządzeń jednego z czołowych producentów tomografów komputerowych należy uznać za utrudnianie uczciwej konkurencji.

Ponadto należy wskazać na treść art. 29 ust. 1 ustawy Pzp który m.in. nakazuje dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe wskazuje, że Zamawiający winien uwzględnić w ramach formułowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia istniejące na rynku rozwiązania techniczne i istniejące urządzenia. Ma to znaczenie w przypadku takiego przedmiotu zamówienia jakim jest tomograf komputerowy ze względu na ograniczony krąg potencjalnych wykonawców.

Wobec powyższego Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskutek wprowadzenia w opisie przedmiotu zamówienia (lit. C – układ rentgenowski, poz. 2 załącznika nr 3 do SIWZ) nieuzasadnionego parametru granicznego odnoszącego się do nabywanego urządzenia – tomografu komputerowego powodującego dyskryminowanie rozwiązań technicznych stosowanych przez firmę Toshiba Medical Systems Corporation, co w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji.

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zasługuje on również na uwzględnienie.

Sporządzenie postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się

niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia wchodzi bowiem w zakres czynności przygotowawczych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienia publiczne są istotnym elementem rynku, zaś w odniesieniu do przedmiotu stanowiącego dostawę w niniejszym postępowaniu wyczerpują one niemalże w całości popyt na dane typy urządzeń (specjalistyczne urządzenia medyczne). Ponadto określenie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji determinuje krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego prowadzące, tym samym, do rozszerzenia lub ograniczenia podmiotów zdolnych do jego realizacji.

Izba w pkt I niniejszego uzasadnienia wskazała na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego w każdym przypadku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Wszakże norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest rozwinięciem jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bardziej rygorystyczną zasadę w odniesieniu do zasady chroniącej zachowanie uczciwej konkurencji niż art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Posłużenie się bowiem w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zwrotem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza, iż do stwierdzenia naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

Należy również wskazać, iż za realizację zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do równego traktowania wykonawców nie może być uznane takie działanie zamawiającego, który poprzez sformułowanie jednego parametru granicznego, nieistotnego z punktu widzenia funkcjonalności nabywanego urządzenia, eliminuje produkty oferowane przez jednego z czołowych producentów. Tym samym jeżeli zakładane przez Zamawiającego istotne funkcjonalności nabywanego urządzenia są uzyskiwane przez dostępne na rynku urządzenia w różny sposób to wprowadzenie irrelewantnego dla uzyskania tychże funkcjonalności parametry granicznego prowadzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na skutek stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w konsekwencji doszło również do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady, iż zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia winien zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym stwierdzenie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....