

WYROK
z dnia 7 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Marzena Teresa Ordysińska Anna Packo
Protokolant:	Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, ul. Bialska 104/118, 42-200 Częstochowa** protestu z dnia 1 kwietnia 2009 r.

przy udziale **RTA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zelwerowicza 11/14, 02-928 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego:

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 984 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Marii Panny, ul. Bialska 104/118, 42-200 Częstochowa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz kosztów dojazdu pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny z siedzibą w Częstochowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, montaż i uruchomienie akceleratora z wyposażeniem – 1 kpl. do Zakładu Radioterapii W.Sz.S. wraz z przeprowadzeniem szkoleń personelu i wykonaniem adaptacji pomieszczeń bunkra dla instalacji oferowanego akceleratora (kod CPV 33151000-3)”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 marca 2009 r., nr 2009/S 53-076407. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” wniósł protest dotyczący postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, na skutek czego Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o dokonanie zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w punktach wskazanych w uzasadnieniu protestu, poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych względnie wyłączenie z przedmiotu zamówienia modernizacji posiadanego przez Zamawiającego akceleratora celem zapewnienia integracji z oferowanym systemem zarządzania i weryfikacji.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał m.in., iż:

1. w pkt 8 załącznika nr 1 do SIWZ „zestawienie parametrów wymaganych (odcinających)”, tj. :
 - a) w poz. 8.1, poz. 8.3 i poz. 8.6 - Zamawiający zażądał zaoferowania rozwiązania technologicznego „Cone Beam CT”,
 - b) w poz. 8.2, poz. 8.4 i poz. 8.5 - Zamawiający zażądał zaoferowania systemu IGRT,które ograniczają konkurencję, nie pozwalając zaoferować innych rozwiązań niż opisane w SIWZ;
2. w pkt 5.4 załącznika nr 1 do SIWZ „zestawienie parametrów wymaganych (odcinających)” Zamawiający postawił wymóg dostarczenia blatu o konfiguracji identycznej, jak na akceleratorze firmy ELEKTA , który jest przez niego posiadany; tym samym warunek ten może spełnić tylko jeden wykonawca, tj. wykonawca RTA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „RTA”, będący przedstawicielem przedmiotowej firmy;
3. w pkt 10.1 załącznika nr 1 do SIWZ „zestawienie parametrów wymaganych (odcinających)” Zamawiający zawarł wymóg przeprowadzenia modernizacji posiadanego przez niego akceleratora firmy ELEKTA, a więc działań, które mogą być przeprowadzone tylko przez przedstawiciela firmy ELEKTA, bądź też nałożenie, poprzez ten wymóg, skorzystania z usług podwykonawcy, tj. wykonawcy RTA będącego przedstawicielem firmy ELEKTA.

W dniu 2 kwietnia 2009 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu protestu, zamieścił kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2009 r. wykonawca RTA przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie).

Pismem z dnia 7 kwietnia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie (wpływ do Odwołującego w dniu 8 kwietnia 2009 r.). Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż:

1. W zakresie zarzutu dotyczącego rozwiązania technologicznego „Cone Beam CT” wszyscy potencjalni wykonawcy stosują przedmiotową technologię w swoich urządzeniach i to właśnie to rozwiązanie techniczne jest powszechne na rynku, a jego wdrożenie, jak i zastosowanie w oferowanym przedmiocie zamówienia nie wpływa na warunki konkurencji.
2. Błat stołu funkcjonującego akceleratora został zakupiony w drodze przetargu. Przedmiotowy blat nie został wyprodukowany przez firmę ELEKTA i może zostać dostarczony przez każdego z wykonawców.
3. W punkcie 10.1 załącznika nr 1 do SIWZ oczekuje on modernizacji funkcjonującego dotychczas akceleratora tylko w przypadku, gdy oferowany system weryfikacji i zarządzania nie umożliwiłby jego dołączenie.

Nadto podniósł, iż uwzględnienie wniosków Odwołującego doprowadziłoby do sytuacji:

1. braku oferty na system weryfikacji i zarządzania dla nowego przyspieszacza,
2. braku zgodności procedur leczenia na obydwu przyspieszaczach poprzez konieczność zaakceptowania dwóch różnych systemów weryfikacji i zarządzania wykorzystywanych w ośrodku jednocześnie,

a co jest niedopuszczalne z powodu wymogów jakości leczenia.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 kwietnia 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 17 kwietnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty, argumenty i wnioski zawarte w proteście, wnosząc dodatkowo o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, zamieścił kopię odwołania oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 kwietnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca RTA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie warunków granicznych oferowanego urządzenia w sposób ograniczający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania konkurentów, nie potwierdził się.

Istotnie na etapie opisu przedmiotu zamówienia może dojść do ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią art. 29 ustawy Pzp Zamawiający, sporządzając SIWZ, zobowiązany jest bowiem opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji, przy czym zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego urządzenia nie odpowiadającego jego potrzebom (jakościowym, funkcjonalnym, czy wymaganym parametrom technicznym). Ma on bowiem prawo tak określić przedmiot zamówienia aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż „ustawodawca postawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrow, A.Kurowska, Warszawa 2006, s. 80).

Oznacza to, iż okoliczność istnienia innych technologii niż bezwzględnie wymagana przez Zamawiającego, nie oznacza konieczności ich dopuszczenia, w sytuacji, gdy żądanie określonej technologii i systemu jest uzasadnione z punktu widzenia interesu Zamawiającego, ale i interesu pacjentów, jak również pozwala na złożenie oferty przez co najmniej dwóch wykonawców.

Niewątpliwie Zamawiający, określając przedmiot zamówienia, opisał go w sposób jednoznaczny, szczegółowo wskazując wymagane parametry graniczne, które wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie zawierają sformułowań, wskazujących na jednego, określonego producenta, czy też dystrybutora. Twierdzenia Odwołującego stawiane w trybie przypuszczającym, nie są poparte żadnymi dowodami i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Tak więc w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niemniej jednak, odnosząc się do zarzutów, dotyczących poszczególnych postanowień SIWZ należy stwierdzić:

W zakresie zarzutu pierwszego, dotyczącego systemu IRTG i technologii CBCT Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Zestawienie parametrów wymaganych (odcinających)” określił wymagane parametry dla zamawianego akceleratora

terapeutycznego, żądając w pkt 8, ppkt 8.1.-8.6. „akcelerator wyposażony w system IGRT” realizacji funkcji IGRT w oparciu o technologię „Cone Beam CT”.

Odwołujący podniósł, iż tak postawione wymogi faworyzują wyłącznie jedno rozwiązanie technologiczne, co nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia funkcjonalnego, a jedynym dążeniem Zamawiającego, przy tak określonych parametrach granicznych, jest uzyskanie kompatybilności z urządzeniami już posiadanymi.

Izba, w oparciu o oświadczenia stron oraz uczestnika złożone na rozprawie, ustaliła, iż na rynku polskim funkcjonują dystrybutorzy trzech producentów akceleratorów, wyposażonych w system IGRT. Natomiast w technologię wymaganą przez Zamawiającego (CBCT) są wyposażone akceleratory oferowane przez co najmniej dwóch wykonawców: wykonawcę RTA (dystrybutora firmy ELEKTA) oraz firmę Varian. Także sam Odwołujący posiada w swojej ofercie akcelerator posiadający technologię IGRT, wyposażony w system CBCT. Niemniej jednak – jak oświadczył na rozprawie – nie posiada on konfiguracji wymaganej w tym postępowaniu. Tym samym nie może wziąć w nim udziału, mimo iż oferowana przez niego technologia jest rozwiązaniem nowoczesnym oraz powszechnym na rynku tego rodzaju sprzętu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, iż tak postawiony wymóg umożliwi złożenie oferty wyłącznie jednemu wykonawcy. Nie zaprzeczył i temu, że oczekiwana przez Zamawiającego technologia IGRT i system CBCT są akceptowane przez środowisko medyczne i wdrożone w ośrodkach terapeutycznych na terenie kraju, stanowiąc jednocześnie skuteczne narzędzie kontroli jakości leczenia. Powyższe uzasadnia także prowadzona aktualnie rozbudowa linii terapeutycznej i konieczność zachowania kompatybilności akceleratora zarówno już posiadanego, jak i tego, który ma być obecnie zakupiony. Fakt, iż Odwołujący nie może złożyć oferty w niniejszym postępowaniu, nie oznacza jeszcze, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego konfiguracji blatu, Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 5 „Stół terapeutyczny”, ppkt 5.4. zamieścił wymóg „konfiguracja blatu identyczna jak na posiadanym akceleratorze”.

Odwołujący podniósł, iż takie postanowienie narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający powinien tak określić wszystkie parametry graniczne stołu, aby możliwe było złożenie ofert równoważnych, a nie preferowanie stołu jednego producenta, dystrybutorem produktów którego jest wykonawca RTA i, który ma posiadać konfigurację identyczną, jak na akceleratorze posiadanym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż posiadany przez Zamawiającego blat stołu został wyprodukowany, jak oświadczył Zamawiający i Przystępujący, będący jego dostawcą, a czemu Strony nie zaprzeczyły, przez firmę Medical Intelligence. Blat stołu nie jest elementem aktywnym i

można go dowolnie łączyć, jak podniósł na rozprawie Przystępujący i Zamawiający, a potwierdzeniem czego jest Dyrektywa nr 93/42, która pozwala na łączenie urządzeń różnych producentów. Z powyższego więc wynika, iż blat stołu o konfiguracji wymaganej w niniejszym postępowaniu może dostarczyć każdy z potencjalnych wykonawców, gdyż producent jest w stanie wyprodukować tego rodzaju stół dla konkretnego akceleratora. Istotnie wymaga to dodatkowych nakładów finansowych ze strony dostawców akceleratorów, jak również przeprowadzenia testów dotyczących współpracy tego rodzaju blatu z określonym urządzeniem, jest być może czasochłonne, tym niemniej jednak nie jest to niemożliwe.

Skoro więc wymóg konfiguracji obydwu przyspieszaczy, już posiadanego przez Zamawiającego oraz tego, który zostanie nabyty w wyniku przedmiotowego postępowania, ma zapewnić ich wymiennność w razie ewentualnej awarii oraz stałe i niezakłócone funkcjonowanie Zakładu Radioterapii, żądanie jego spełnienia jest uzasadnione. Tym samym Zamawiający, stawiając żądanie konfiguracji blatu stołu z akceleratorem przez niego posiadanym nie naruszył wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu trzeciego, dotyczącego modernizacji posiadanego przez Zamawiającego akceleratora, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 10.1 zamieścił wymóg, aby „dostawca zapewnił modernizację posiadanego przez zamawiającego akceleratora w celu zapewnienia integracji z oferowanym systemem zarządzania i weryfikacji”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż poprzez tak postawiony wymóg nakłada on na potencjalnych wykonawców obowiązek skorzystania z usług podwykonawcy, tj. podmiotu, który dostarczył posiadany już przez Zamawiającego akcelerator.

Izba ustaliła, iż postawienie takiego wymogu jest podyktowane „możliwością wykorzystywania obydwu akceleratorów w ramach zintegrowanej linii terapeutycznej opartej o system weryfikacji i zarządzania”. Zamawiający podkreślił, iż w radioterapii powinno się posiadać linię terapeutyczną jednego producenta, mimo to zastosował tryb konkurencyjny, który pozwala na zaoferowanie sprzętu przez różnych producentów, czy też ich dystrybutorów. Niemniej jednak sprzęt ten musi bezwzględnie współpracować ze sprzętem obecnie przez niego posiadanym. Tak więc modernizacja istniejącego akceleratora, wymagana jest tylko wówczas, gdy oferowany przez wykonawcę system weryfikacji i zarządzania nie uniemożliwiłby dołączenia drugiego urządzenia do działającej już linii terapeutycznej. A jak wynika z oświadczeń Przystępującego złożonych na rozprawie dostawcy akceleratorów, wbrew twierdzeniom Odwołującego, tego typu działań się podejmują. Tym samym Zamawiający, w taki sposób formułując postanowienia SIWZ nie tylko, że nie doprowadził do ograniczenia konkurencji, ale przeciwnie – wyraźnie wskazał, że ofertę mogą złożyć również dostawcy sprzętu innego producenta, niż sprzęt już przez niego posiadany – w takim wypadku żądając od tych wykonawców dostosowania sprzętu już

posiadanego przez Zamawiającego do nowo zaoferowanych produktów, co miało na celu zapewnić ciągłość pracy całej linii terapeutycznej.

Dlatego też izba uznała, że i poprzez ten zapis nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego przedłożonych przez strony: wydruków ze stron internetowych, faktur, jak i materiałów dotyczących innego postępowania, uznając je za dokumenty prywatne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, oraz koszty dojazdu pełnomocnika w wysokości 384,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*