

Sygn. akt: KIO/UZP 154/08

WYROK
z dnia 7 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 6 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02-665 Warszawa Al. Wilanowska 372** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląskie Centrum Onkologii 53-413 Wrocław Pl. Hirszfelda 12** protestu/protestów* z dnia **5 lutego 2008 r.**

przy udziale **SIEMENS Sp. Z o.o., ul. Żupnicza 11 03-821 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02-665 Warszawa Al. Wilanowska 372**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02-665 Warszawa Al. Wilanowska 372** na rzecz **Dolnośląskiego Centrum Onkologii 53-413 Wrocław Pl. Hirszfelda 12** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02-665 Warszawa Al. Wilanowska 372**.

U z a s a d n i e

Odwołujący, po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę rezonansu magnetycznego wraz z adaptacją pomieszczeń z podziałem na dwa etapy realizacji, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 5 kc., w przypadku podpisania umowy z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Podniósł, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób wskazujący na konkretnego wykonawcę tj. firmę Siemens.

Konkretyzując zarzuty wskazał:

1. W załączniku nr 1 do specyfikacji – lista parametrów granicznych w pkt I 9 „Typowa homogeniczność pola magnetycznego w kuli 40 cm (mierzona metodą VRMS min. 24 plane plot) Zamawiający postawił wymagania, którego go eliminują poprzez postawienie wymogu, aby dla systemu rezonansu magnetycznego pomiar homogeniczności pola magnetycznego odbywał się w minimum 24 płaszczyznach. Zwracając uwagę, że oferowane przez niego systemy rezonansu magnetycznego posiadają wiodące w klasie wartości homogeniczności pola magnetycznego i mają znaczący (ok.60%) udział w rynku podniósł, że ograniczenie się przez Zamawiającego tylko do parametru liczby płaszczyzn pomiarowych z pominięciem liczby punktów pomiarowych w płaszczyźnie pomiarowej, który to parametr jest najwyższy w

systemach rodziny Signa firmy GE Medical Systems, wniósł o usunięcie zapisu o liczbie płaszczyzn pomiarowych z SIWZ. Ponadto wskazał, że ze względu na źle sformułowany warunek w załączniku nr 2 do SIWZ w kolumnie „Nazwa parametru” w pkt I 4-8 jego systemy nie będą mogły zdobyć punktów bez zmiany parametrów ocenianych.

2. W załączniku nr 1 do SIWZ – lista parametrów granicznych w pkt II 4. „Max szybkość narastania Slew Rate we wszystkich osiach x, y, z dla amplitudy zdefiniowanej w pkt. II. 2” postawiono wymóg, aby wartość ta była ≥ 200 T/m/s eliminując tym samym systemy Odwołującego, które posiadają wartości Slew Rate 120 T/m/s, lecz o kształcie i powtarzalności impulsów nie oferowanych przez inne aparaty rezonansu magnetycznego. Właściwości tego systemu uzasadniają dokonanie zmiany powyższego wymogu na ≥ 120 T/m/s.

3. Odwołujący wniósł również o wykreślenie z SIWZ parametru opisanego w zał. Nr 1 do specyfikacji – w pkt IV 2. „technologia cewek zintegrowanych umożliwiającą równoczesne stosowanie elementów pomiarowych rozmieszczonych w różnych cewkach (technologia Atlas, technologia TIM lub inna wg nomenklatury producenta)”, podnosząc, że oferowane systemy o innym rozwiązaniu dają nieporównywalnie lepsze rezultaty w zakresie jakości wykonywanych obrazowań.

4. W załączniku nr 1 do SIWZ – lista parametrów granicznych w pkt V 1. „Dopuszczalne obciążenie płyty stołu (z uwzględnieniem pełnego zakresu ruchu stołu)” Zamawiający wymaga, aby zaoferowana wartość była ≥ 180 kg. Wymóg taki eliminuje systemy Odwołującego, które oferują stół pacjenta o maksymalnym obciążeniu 159 kg, co wystarczy dla zapewnienia prawidłowego obrazowania w znakomitej większości przypadków w pełnym zakresie, także osób o większej wadze, jednak bez możliwości ruchu góra-dół. Jednocześnie wskazał, że oferowany stół pacjenta jest odłączany i przewoźny, co zwiększa bezpieczeństwo badań. Wniósł o zmianę powyższego wymogu na ≥ 155 kg.

Zarzut formułowania w siwz warunków z naruszeniem uczciwej konkurencji Odwołujący uzasadnił również faktem, że pozostali uczestnicy postępowania także nie są w stanie spełnić tych warunków. Parametry graniczne zostały określone w ten sposób, że eliminują także aparaty firm Toshiba i Philips.

Aparat firmy Toshiba nie spełnia parametru pkt I 5. „Rozkład linii pola magnetycznego 0,5 mT (x,y,z) od izocentrum.

Parametry graniczne określone w pkt II 4”Max szybkość narastania Slew Rate we wszystkich osiach dla amplitudy zdefiniowanej w pkt II. 2”, w pkt IV 2. „Technologia cewek zintegrowanych umożliwiającą równoczesne stosowanie elementów pomiarowych rozmieszczonych w różnych cewka (technologia Atlas, Tim lub inna wg nomenklatury

producenta), w pkt IV 6. „Wielokanałowa cewka (typu array) do całego CNS (głowa + cały kręgosłup) (lub kombinacja cewek)...” o minimum 36 elementach pomiarowych, oraz w pkt V 1. „Dopuszczalne obciążenie płyty stołu (z uwzględnieniem pełnego zakresu ruchu stołu)” – eliminują aparat firmy Philips.

W przedstawionym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, jedynie aparat firmy Siemens – Avanto !.5 SQ-engine jest w stanie spełnić wymagania Zamawiającego, co prowadzi do eliminacji innych uczestników postępowania. Opis przedmiotu zamówienia z przedstawionymi konkretnymi parametrami utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na jednego wykonawcę, który może spełnić opisane warunki.

Wskazując na powyższe wniósł o wykreślenie ewentualnie zmianę przedmiotowych warunków w zakresie wskazanych parametrów, a alternatywnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, gdyż jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że zarzuty dotyczące określenia przedmiotu zamówienia są bezprzedmiotowe i treść siwz spełnia warunki określone przepisami prawa i nie naruszył przepisów Prawa zamówień publicznych oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stwierdził, że ma prawo określić przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb oraz dopuścić do udziału tych wykonawców, którzy potencjalnie mają możliwość realizacji zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego. Może zatem określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż określone wymogi nie pozwalają wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Odnosząc się kolejnych zarzutów odwołania stwierdził:

1. Podając wymagania co do homogeniczności (jednorodności) pola Zamawiający określił metodę pomiarową tj. VRMS (Volume Root Mean Square) 24 plane plot. Jest to metoda dokładniejsza od VRMS 12 plane plot i bardziej reprezentatywna od wcześniej używanej „peak-to-peak”. Dokonując pomiarów w wielu punktach na 24 płaszczyznach pomiarowych uzyskuje się wysoką dokładność pomiaru i minimalizuje allasing czyli zjawisko zniekształcenia „obrazu z pomiaru” w wyniku zbyt małej ilości próbek w procesie rasteryzacji. Zamawiający zakwestionował zarzut, że wymóg ten eliminuje Odwołującego, gdyż folder aparatu MRJ „Signa HDx 3.0T – Technical Data” potwierdza stosowanie przez Odwołującego metody VRMS 24 plane plot do badania homogeniczności pola magnetycznego tego aparatu.
2. Zamawiający wskazał, że dwa główne parametry systemu MRJ wpływające na jakość

obrazów i szybkość ich tworzenia to amplitudy gradientów pola magnetycznego i szybkość ich narastania czyli Slew Rate. Jako ośrodek onkologiczny przewiduje, że badania wykonywane na zamawianym aparacie będą należały do najdłuższych i najtrudniejszych w interpretacji spośród wszystkich wykonywanych badań. Zależy mu więc na czasie i jakości – stąd wymagania postawione zał. Nr 1 do SIWZ pkt II 4.

3. Oceniając zarzut do pkt IV 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że jako ośrodek onkologiczny widzi konieczność wykonywania badań całego ciała podczas jednej wizyty pacjenta. Badanie takie jest możliwe przy pomocy klasycznych cewek dedykowanych do poszczególnych narządów, ale wymaga dużego zaangażowania technika i jest czasochłonne. System cewek łączonych (zintegrowanych) ułatwia i przyspiesza wykonywanie takich badań. Podane w SIWZ nazwy handlowe takich systemów są przykładowe i nie ograniczają wykonawców sformułowaniem „technologii Atlas, Tim lub innej według nomenklatury producenta.”.
4. Ustalając wymogi dot. Obciążenia stołu Zamawiający wziął pod uwagę tendencję producentów aparatury diagnostycznej wynikającą z badań dotyczących otyłości stającej się problemem globalnym. Wg jego wiedzy wiodący producenci aparatury (m.in. Toshiba, Siemens) oferują obciążenie płyty stołu nawet 200kg.

Wskazując powyższe wskazał, że Jego intencją jest zakup najnowocześniejszego systemu MRJ bazującego na najbardziej zaawansowanych technologiach i cechującego się najwyższymi parametrami jakościowymi i funkcjonalnymi.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania uznając, że jest ono nieuzasadnione. Podniósł, że opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. Wskazując na specyfikę dostarczanego aparatu rezonansu magnetycznego przewidzianego do badań w ośrodku o profilu onkologicznym stwierdził, że niezwykle istotne są parametry zapewniające jak największą funkcjonalność przekładającą się na skuteczność, efektywność i bezpieczeństwo. Wskazał, że Zamawiający może i powinien dokonać wyboru spośród możliwych rozwiązań, które następnie precyzyjnie opisuje z zachowaniem wymogów stawianych treścią art. 29 i 30 ustawy. Zamawiający może zatem wybrać jedno z wielu rozwiązań technologicznych, z zachowaniem zasad Pzp. Dokonany opis przedmiotu zamówienia nie narusza przepisów, a okoliczność, że Odwołujący nie jest w stanie zaoferować aparatu wymaganego przez Zamawiającego nie stanowi uzasadnienia do zmiany warunków w zakresie parametrów w tym postępowaniu, ani też przesłanki do jego unieważnienia. Zakwestionował również zarzut, że wymagane parametry graniczne spełnia wyłącznie oferowane przez niego urządzenie stwierdzając, że również aparat firmy Toshiba może spełniać wymagane warunki techniczne.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedstawionych w sprawie dokumentów, a w szczególności po przeanalizowaniu treści postanowień

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedłożonych przez uczestników dokumentów oraz wysłuchaniu stron zważył, co następuje:

Zgodnie z art 29 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto ustawa wymaga, by opis był dokonany za pomocą cech technicznych i jakościowych przy uwzględnieniu norm wymienionych w art. 30. Powołany przepis art. 29 nakazuje dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Odwołujący deklarując, że jest dostawcą aparatu o wysokich walorach funkcjonalnych stwierdza, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia uniemożliwiają mu złożenie oferty, która mogłaby być wybrana, jako że parametry graniczne określone w załączniku nr 1 do SIWZ stanowią opis konkretnego rozwiązania technologicznego i urządzeń konkretnego producenta. Analizując treść zarzutu skład orzekający Izby nie stwierdził w treści siwz wskazania konkretnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. W pkt IV.2 załącznika nr 1 do specyfikacji Zamawiający wymaga technologii cewek zintegrowanych umożliwiających równoczesne stosowanie elementów pomiarowych rozmieszczonych w różnych cewkach. Opis tego parametru, jak wynika z postępowania dowodowego, nie identyfikuje konkretnego producenta, a wskazane dodatkowo dwie technologie o nazwach własnych Atlas lub Tim należy uznać za wskazanie przykładowe. Jest ono przy tym uzupełnione klauzulą „lub inna wg nomenklatury producenta”, co oznacza, że przyjmując nawet, że zastosowano w opisie wskazanie pochodzenia w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, w ocenie składu orzekającego oznacza dopuszczenie rozwiązania spełniającego omawiany warunek, stosowanego przez innych producentów, a tym samym uznanie dopuszczenia rozwiązania równoważnego spełniającego opisany parametr graniczny. Okoliczność, iż nie wszyscy producenci stosują opisaną technologię nie oznacza samo w sobie nieuzasadnionego rzeczowo ograniczenia dostępu do zamówienia.

Zarzut dotyczący wymogu maksymalnego dopuszczalnego rozkładu linii pola magnetycznego (pkt. I.5) skład orzekający uznaje za niezasadny wobec istnienia technicznych możliwości ograniczania tego pola poprzez zastosowanie urządzenia typu klatka Faradaya o określonym składzie materiałowym.

Określona w SIWZ metoda pomiaru homogeniczności (jednorodności) pola magnetycznego mierzona w co najmniej 24 płaszczyznach jest w ocenie Izby dopuszczalna i zapewniająca możliwość porównania parametru przy pomocy jednolitej metody w różnych urządzeniach. Niezależnie od faktu, że metoda ta przy oczekiwanej geometrii pomiarowej nie jest jedynym sposobem pomiaru i oceny jednorodności pola, Izba stwierdza, w tym również na podstawie dopuszczonego dowodu z opinii prywatnej, złożonego przez Odwołującego, że zwiększenie

liczby płaszczyzn niewątpliwie zwiększa dokładność otrzymanego wyniku. W toku sprawy nie wykazano, że oczekiwana metoda jest dostępna wyłącznie jednemu producentowi lub jest niedostępna innym, w tym Odwołującemu.

Wymagane w liście parametrów dopuszczalne obciążenie stołu nie stanowi, w ocenie składu elementu mającego na celu eliminację potencjalnych wykonawców; parametr ten spełnia szereg urządzeń dostępnych na rynku, a twierdzenie, że został określony w celu dostosowania do innych urządzeń diagnostycznych Zamawiającego, Izba uznała za wiarygodne.

Izba nie uznaje ponadto, że ustalenie granicznej wartości parametru szybkości narastania Slew Rate służyło eliminacji potencjalnych dostawców. Wielkość tego mierzalnego parametru i jej związek z szybkością prowadzenia działań diagnostycznych może mieć merytoryczne uzasadnienie w specyfice prowadzonej działalności przez Zamawiającego.

Skład orzekający nie uznał przy tym za udowodnione twierdzenie Odwołującego, że jedynym dostępnym na rynku aparatem do rezonansu magnetycznego spełniającym łącznie parametry graniczne wyznaczone w SIWZ jest wyłącznie aparat oferowany przez Przystępującego do postępowania po stronie Zamawiającego, jakkolwiek opisane i oczekiwane technologie mają zaledwie kilkuletnią historię i nie są stosowane przez wszystkich producentów aparatów do rezonansu magnetycznego. Okoliczność ta nie stanowi jednak, w ocenie Izby, podstawy do stwierdzenia, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz.1503 ze zm.).

Reasumując skład orzekający nie stwierdził, iż opis parametrów granicznych w SIWZ stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jakkolwiek niesporne jest, iż urządzenia, którymi dysponuje Odwołujący nie spełniają łącznie warunków wymaganych w niniejszym postępowaniu. Tym samym Izba uznała za dopuszczalny opis przedmiotu zamówienia uzasadniony szczególnymi oczekiwaniami jakościowymi i względami użytkowymi w dłuższej perspektywie .

Z powyższych względów Izba nie znalazła podstaw do unieważnienia postępowania lub nakazania Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym przez Odwołującego. Nakazanie takich zmian byłoby przy tym niezgodne z przepisami art. 38 ust. 4 Ustawy Pzp biorąc pod uwagę, że niektóre z warunków (parametrów) stanowią jednocześnie niezmiennie kryteria oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawo Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*