

WYROK

z dnia 22 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2013 r. r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2013 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań,**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** na rzecz **Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2409/13

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego z Poznania na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp]), którego przedmiotem jest „Wykonanie zamówienia w Szpitalu Klinicznym im. Heliodora Święcickiego w Poznaniu przy ul. Przybyszewskiego 49 wg II grup: I grupa - dostawa wraz z transportem, rozładowaniem, wniesieniem i uruchomieniem rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami pomocniczymi w ramach zadania „Wyposażenie aparaturowe do badań klinicznych w zakresie molekularnego leczenia złośliwych nowotworów ośrodkowego układu nerwowego u ludzi dorosłych”, II grupa - zaprojektowanie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego podczas realizacji inwestycji i wykonanie robót budowlanych polegających na adaptacji pomieszczeń na potrzeby rezonansu magnetycznego z grupy I wraz z przyległymi pomieszczeniami bloku operacyjnego”. Odwołanie zostało wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ("SIWZ") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego - GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z Warszawy, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwił złożenie oferty Odwołującemu. Skutkiem tego w tym postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Podał także, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczna szkodę. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu – zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp oraz o nakazanie dokonania stosownej (jeśli będzie

obligatoryjna) zmiany ogłoszenia o zamówieniu. W uzasadnieniu odwołania wskazał na parametry techniczne śródoperacyjnego rezonansu magnetycznego 1.5T opisane w Załączniku nr 22.5.01 do SIWZ ("Parametry wymagane - zestawienie parametrów granicznych"), które jego zdaniem zostały opisane w taki sposób, że jedynym wykonawcą zdolnym do złożenia konkurencyjnej oferty jest firma Siemens. Pozostali wykonawcy - w tym Odwołujący - zostali zaś pozbawieni szans na uzyskanie zamówienia. Wykonawca w odwołaniu podniósł 14 zarzutów, które dotyczyły parametrów określonych – w załączniku nr 22.5.01 do SIWZ – w pkt II. 3, pkt II.6, pkt IV.2, pkt IV.4, pkt VI.5, pkt VII.2, pkt VII.3.1VIII.3, pkt VIII.6, pkt VIII.9, pkt VIII.23, pkt XII.5.1, pkt XII.5.2 oraz pkt XV.7.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – pismo z dnia 21 października 2013 r. - uwzględnił zarzuty dotyczące: pkt II. 3, pkt II.6, pkt VII.2, pkt VII.3.1VIII.3, pkt VIII.6, pkt VIII.9, pkt VIII.23, pkt XII.5.1 oraz pkt XII.5.2 i wprowadził stosowne zmiany do dokumentów przetargowych. W pozostałym zakresie [pkt IV.2, pkt IV.4, pkt VI.5 oraz pkt XV.7.] nie wyraził zgody na zmianę parametrów.

Odwołujący, nawiązując do odpowiedzi na odwołanie, podtrzymał tylko zarzut w zakresie punktu IV.2 załącznika nr 22.5.01 do SIWZ w części dotyczącej (...) Cewka śródoperacyjna neurochirurgiczna do badania głowy w reżimie śródoperacyjnym posiadająca min. 8 elementów obrazujących". Zdaniem wykonawcy tak sformułowane wymaganie uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, a systemy rezonansu magnetycznego Odwołującego, dla potrzeb wymaganych przez Zamawiającego współpracują z cewką 6-kanalową. Różnica ilości dwóch kanałów nie ma żadnego znaczenia klinicznego.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia w ramach I grupy - jest przede wszystkim dostawa [wraz z transportem, rozładowaniem, wniesieniem i uruchomieniem] rezonansu magnetycznego wraz z urządzeniami pomocniczymi w ramach zadania „Wyposażenie aparaturowe do badań klinicznych w zakresie molekularnego leczenia

złośliwych nowotworów ośrodkowego układu nerwowego u ludzi dorosłych a w ramach II grupa prace inwestycyjne związane z dostawą [zaprojektowanie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego podczas realizacji inwestycji i wykonanie robót budowlanych polegających na adaptacji pomieszczeń na potrzeby rezonansu magnetycznego z grupy I wraz z przyległymi pomieszczeniami bloku operacyjnego].

Zamawiany w tym postępowaniu rezonans magnetyczny, finansowany ze środków Ministerstwa Szkolnictwa Wyższego i Nauki, ma uzupełnić sprzęt jednostki, w ramach programu centralnego dedykowanego dla jednostek medycznych o charakterze naukowym, który to status posiada Uniwersytet Medyczny w Poznaniu.

Rozpoznając zarzut niezasadnego wymagania w rezonansie magnetycznym [pkt IV.2 załącznika nr 22.5.01 do SIWZ] cewki śródoperacyjnej neurochirurgicznej do badania głowy w reżimie śródoperacyjnym, posiadającej min. 8 elementów obrazujących, Izba przede wszystkim stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że żądana przez niego cewka śródoperacyjna neurochirurgiczna do badania głowy w reżimie śródoperacyjnym z 6 elementami obrazującymi, posiada co najmniej równorzędne właściwości, jak wymagana w niniejszym postępowaniu cewka.

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

W niniejszej sprawie ciężar dowodzenia, w pierwszej kolejności dotyczył Odwołującego [zgodnie z paremią rzymską *ei incubit probatio qui dicit non qui negat*], albowiem to wykonawca, podnoszone zarzuty naruszenia w tym postępowaniu art.7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oparł m.in. na twierdzeniu, że

kwestionowany parametr może spełnić tylko firma Simens oraz, że różnica, co do spornego wymagania nie ma żadnego istotnego znaczenia klinicznego.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że sprzęt, który ma służyć m.in. do badań w operacjach "wybudzeniowych" przy pełnej świadomości pacjenta powinien być szczególnie precyzyjny, celem uzyskania – przy możliwie najmniejszych liczbach powtórzeń skanowania – obrazu elementu operacyjnego, jak najlepszej jakości, eliminując w maksymalnym stopniu liczbę szumów oraz wpływając korzystnie na lepsze rozmieszczenie badanego obszaru i szybkość tego badania.

Zdaniem Izby, cewka z minimum 8 kanałami [8 elementów obrazujących] niewątpliwie – tak jak podnosił Zamawiający - posiada wyższą rozdzielczość, co z kolei pozwala na lepszej jakości obrazowanie takim rezonansem, niż rezonansem wyposażonym w cewki posiadające 6 kanałów i przy cewce 8-kanałowej istnieje realna możliwość uzyskania lepszego obrazu, nawet o 30% w stosunku do obrazu przy zastosowaniu cewki 6-kanałowej.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że różnica dwóch kanałów ma znaczenie kliniczne. Twierdzenie przeciwnie Odwołującego nie zostało w żaden sposób udowodnione.

Izba stwierdza, że rezonans z cewką 6-kanałową oferowany przez Odwołującego niewątpliwie spełnia wszystkie oferowane funkcjonalności i także może być sfinansowany z Programu, na który wskazuje Zamawiający, jednakże te okoliczności nie są przedmiotem sporu w tym postępowaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie może być uznany za dowód fakt opisu spornego parametru [min.8 kanałów] na poziomie min. 6 kanałów w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu - Collegium Medicum, czy też fakt korzystania z rezonansu Odwołującego przy wykonywanych zabiegach przez przewodniczącego Europejskiego Towarzystwa Neurochirurgicznego [w Czechach w szpitalu wojskowym], tym bardziej, że w innych postępowaniach Zamawiający wymagali również rezonansu z cewką min. 8-o [a nawet 10-o kanałową] do prowadzenia badań śródoperacyjnych głowy.

Izba stwierdza również, że celem tego postępowania nie jest standardowa dostawa urządzeń medycznych do radiologii i diagnostyki. Jak już wskazano zamawiany rezonans magnetyczny jest jednym z elementów wyposażenia aparaturowego do badań klinicznych w zakresie molekularnego leczenia złośliwych nowotworów ośrodkowego układu nerwowego u ludzi dorosłych.

Wykonawca nie udowodnił także, że jedynym wykonawcą, który będzie mógł zaoferować rezonans magnetyczny z cewką min. 8 kanałów [elementów obrazujących] jest wykonawca Siemens.

Odwołujący w toku rozprawy wskazywał na jedyne – jego zdaniem – producenta cewek [w tym przypadku z ośmioma kanałami] firmę Tores z Niemiec. To nie oznacza, że jedynym odbiorcą spornych cewek od tej firmy zarówno w Polsce i na rynku europejskim jest firma Siemens.

W konkluzji Izba stwierdza, że w niniejszym stanie faktycznym i w związku z art. 192 ust.7 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie - w granicach rozpoznawanych przez Izbę - zarzucane Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie podlega również uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, albowiem wykonawca nie udowodnił, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, dobierając – bez uzasadnienia klinicznego - parametry i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....