

Sygn. akt: KIO 1988/11

WYROK

z dnia 29 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2011 r. przez wykonawcę: **Edo Med Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **Siemens Sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Edo Med Sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Edo Med Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Edo Med Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie** kwotę **346 zł 50 gr** (słownie: trzysta czterdzieści sześć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Dostawa, instalacja i uruchomienie systemu PET-CT wraz z adaptacją pomieszczeń*” zostało wszczęte przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 148-246257) w dniu 4 sierpnia 2011 r.

W dniu 7 września 2011 r. Zamawiający udostępnił na stronie internetowej pismo z tego samego dnia, w którym zawarł wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz informację o jej zmianach.

W dniu 15 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Edo Med Sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 19 września 2011 r. wykonawca Siemens Sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego zmiany treści pkt 60 załącznika nr 1a do SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia*. Odwołujący twierdził, iż Zamawiający, poprzez ustalenie nowej treści powołanego punktu, dokonał naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści pkt 60 w kolumnie trzeciej „*Parametr wymagany*” poprzez nadanie mu treści „ $\leq 0,4$ s”, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zmiany SIWZ w zakresie pkt 60 załącznika nr 1a do SIWZ.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Twierdził on, iż pierwotna treść pkt 60 załącznika nr 1a do SIWZ nie odpowiadała obowiązującym przepisom Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2011 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej (Dz. U. Nr 111 poz. 653), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie świadczeń gwarantowanych. Zmianą dokonaną pismem z dnia 7 września 2011 r. uczynił on treść powołanego punktu załącznika nr 1a do SIWZ zgodną z regulacją powołanego rozporządzenia. W ocenie Zamawiającego postulowana przez Odwołującego zmiana tegoż punktu, tj. zastąpienie wielkości „ $\leq 0,40$ s” wielkością „ $\leq 0,4$ s”, nic nie zmieni, albowiem są one tożsame.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba uznała, iż nie było podstaw ku temu, aby uznać, iż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, o co wnioskował Przystępujący. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego. Konieczne jest zatem dokonanie tej czynności. Nie jest wystarczająca, jak chciałby tego Przystępujący, jedynie zapowiedź jej dokonania. Dalej, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 odwołanie wnosi się w terminie liczonym od dnia

przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Także ten przepis wskazuje, iż konieczne jest dokonanie czynności przez Zamawiającego. Uwzględniając te ustalenia, Izba uznała, iż nie było podstaw do odrzucenia odwołania, z tego tylko powodu, iż Odwołujący w terminie wcześniejszym dowiedział się o zamiarze dokonania zmiany treści SIWZ, w sytuacji, gdy oświadczenie o dokonanej zmianie zostało przekazane Wykonawcom w dniu 7 września 2011 r.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba w toku posiedzenia oddaliła wniesioną przez Odwołującego opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego Wykonawcy: Siemens Sp. z o.o. W ocenie Izby, Odwołujący nie uprawdopodobnił, iż Wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego. Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego przedstawioną przez Odwołującego opinię z dnia 7 lipca 2010 r. wydaną przez Przewodniczącą Sekcji Inżynierii Klinicznej Polskiego Lekarskiego Towarzystwa Radiologicznego oraz opinię z dnia 22 września 2011 r. wystawioną przez p.o. Kierownika Zakładu Radiologii i Radioterapii Pediatrycznej, a także przedstawioną przez Zamawiającego opinię z dnia 20 września 2011 r. wystawioną przez Konsultanta Wojewódzkiego ds. radiologii i diagnostyki obrazowej.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 7 września 2011 r. zmienił treść pkt 60 załącznika nr 1a do SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia*. Jednostka ta określała pożądaną przez Zamawiającego wielkość parametru „*Szybkość rotacji układu lampa – detektor (s)*”. W wyniku powołanej zamiany pierwotna treść kolumny trzeciej „*Parametr wymagany*”: „ $\leq 0,45\text{ s}$ ” została zastąpiona treścią: „ $\leq 0,40\text{ s}$ ”.

Wobec tak dokonanej zmiany treści SIWZ Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustaliła Izba, nie była między Stronami sporna okoliczność, iż Zamawiający określając parametr zamawianego aparatu, powinien kierować się przepisami Rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do tego Rozporządzenia w pkt VI *Świadczenia tomografii komputerowej* w poz. 27. tabeli w kolumnie 4. „*Warunki realizacji świadczeń*” określony został wymóg posiadania przez jednostkę aparatu „*z czasem obrotu nie dłuższym niż 0,4 sekundy*”. Spór sprowadzał się jedynie do problemu, czy wskazania na wielkość „0,40 s” jest dokładniejszym, aniżeli wskazanie na wielkość „0,4 s”, a tym samym, czy zastąpienie tego drugiego pierwszym z nich, może stanowić obostrzenie wymagań określonych w Rozporządzeniu w sprawie świadczeń gwarantowanych.

Odwołujący podkreślał, iż jedynym powodem dokonania kwestionowanej przez niego zmiany treści SIWZ, było zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, dążenie do uczynienia zapisu pkt 60 załącznika nr 1a do SIWZ zgodnym z powołanymi zapisami Rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych. W tym kontekście Odwołujący twierdził, iż poczyniona przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ nie jest uzasadniona jego szczególnymi potrzebami, a tym samym, jako wykraczająca poza zapisy Rozporządzenia, powinna zostać uznana za utrudniającą uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania Wykonawców.

W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podzieliła w tym względzie stanowisko Zamawiającego. Twierdził on, iż dopisanie zera do wartości ułamkowej zapisanej w systemie dziesiętnym nie zmienia tej wartości. Zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie świadczeń gwarantowanych czas obrotu powinien być nie dłuższy niż 0,4 s. Innymi słowy powinien być od niego krótszy, ewentualnie równy. Nie może być jednak od tej wartości większy. Dopisanie do niej po cyfrze 4 jakiegokolwiek cyfry, innej niż zero, spowoduje, że wartość ta przekroczy limit określony przepisami Rozporządzenia, tym samym spowoduje to to, iż w świetle jego przepisów aparat charakteryzujący się taką wielkością nie będzie spełniał wymogów określonych Rozporządzeniem. Nie jest przy tym istotny sposób zaokrąglania ułamków dziesiętnych, na który powoływał się Odwołujący, bowiem, niezależnie od zaokrąglenia wielkości 0,41, lub większej, do pełnej wartości w pierwszej liczbie po przecinku, wartość ta będzie w rzeczywistości większa od wielkości 0,4.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Izby, opisanie przez Zamawiającego wielkości parametru za pomocą zapisu „0,40 s” jest tożsame z opisaniem tegoż parametru w przepisach Rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych, tj. zapisem „0,4 s”. Tym samym Izba uznała, iż kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ jest zgodny przepisami

Rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych i stanowi należyte ich odzwierciedlenie.

Z uwagi na fakt, iż dla Stron oczywistym było, iż Zamawiający zobowiązany jest uwzględniać przepisy Rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych przy określaniu wymagań co do zamawianych urządzeń, Izba uznała, iż nie było podstaw ku temu, aby uznać, że określenie przez niego wymagań co do zamawianego aparatu nie odpowiada jego uzasadnionym potrzebom. Skoro bowiem opisanie parametru za pomocą zapisu „0,4 s” nie narusza, wobec zgodnej opinii Stron, przepisów ustawy Pzp, to nie może tych przepisów naruszać także opisanie tegoż parametru za pomocą zapisu „0,40 s”.

Dlatego też Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił w powyższym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, 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). Izba uwzględniła w szczególności przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby, zasądza ona w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: