

Sygn. akt: KIO 1442/10

**WYROK**  
**z dnia 26 lipca 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Aneta Mlącka**

**Renata Tubisz**

**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 09 lipca 2010 r. wniesionego przez **TIMKO Sp. z o.o. ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa**, (adres do korespondencji: ul. Kacza 8 lok. 34) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku, ul. Profesora Lotha 26, 76-200 Słupsk**

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża TIMKO Sp. z o.o. ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa 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 uiszczzonego przez **TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 1200 zł (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych) przez firmę

**TIMKO Sp. z o.o. ul. Wł. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Janusza Korczaka w Słupsku** stanowiącej koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie Składu Orzekającego:**

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Im. Janusza Korczaka w Słupsku prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wysokiej klasy cyfrowego aparatu RTG mammograficznego z przystawką do biopsji mammotomicznych. - nr sprawy: 02/PN/NMF/2010. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 09 kwietnia 2010 r. pod numerem 2010/S 69-103445.

W Części III Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w zestawieniu parametrów technicznych pkt II.4 Zamawiający wymagał, aby lampa rentgenowska w oferowanym aparacie posiadała małe ognisko o wielkości mniejszej lub równej 0,1 mm.

W wyjaśnieniach do SIWZ, udzielonych w dniu 12 maja 2010 r., Zamawiający określił, iż wielkości małego i dużego ogniska w lampie rentgenowskiej powinny być określone zgodnie z obowiązującą normą PN-EN 60336 jedną z opisanych w niej metod: fantomu szczelinowego, gwiazdkowego, otworowego.

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2010 r. przesłał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy Siemens sp. z o.o.

Odwołujący zapoznał się z ofertą złożoną firmę Siemens i stwierdził, iż oferowany przez tę firmę aparat mammograficzny nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji technicznej w części dotyczącej wielkości małego ogniska. Zdaniem Odwołującego, wielkość małego ogniska w lampie rentgenowskiej oferowanego przez firmę Siemens aparatu mammograficznego wynosi 0,15, a więc jest większa od lampy wymaganej przez Zamawiającego. Jak twierdzi Odwołujący, firma Siemens podała w ofercie, że wielkość ogniska lampy wynosi 0,1 mm, jednakże nie jest to wielkość ustalona zgodnie z normą PN-EN 60336. Zatem zdaniem Odwołującego oferowany przez firmę Siemens aparat typu Mammomat Inspiration nie spełnia warunków postawionych w SIWZ.

Odwołujący, o zaistniałej sytuacji informował Zamawiającego dwukrotnie.

Obowiązującą w Polsce normą pomiaru wielkości ognisk lamp jest norma PN-EN 60336 (odpowiednik europejskiej normy IEC 60336).

Obowiązująca norma w załączniku w tabeli „C-1” wskazuje, które metody pomiarowe mają być użyte przy określaniu poszczególnych wielkości opisujących ognisko lampy.

Jak twierdzi Odwołujący pomiaru wielkości ognisk, na podstawie normy PN-EN 60336 dokonuje się przede wszystkim przy pomocy kamery szczelinowej. Zdaniem Odwołującego opis poszczególnych metod pomiarowych przedstawionych w normie wyraźnie wskazuje, że metoda oparta o wzór gwiazdkowy jest metodą pomocniczą służącą do oceny zmian ogniska w czasie, tzn. pozwala ocenić, jak zmienia się wartość ogniska w trakcie używania aparatu, przez co wskazuje kiedy należy wymienić lampę rentgenowską. Nie jest to jednak, zdaniem Odwołującego, wzór, który pozwala ocenić wielkość ogniska w nowym aparacie. Ponadto, nie może dawać wyników niezgodnych z metodą dedykowaną do wyznaczania wymiarów ogniska lampy według IEC 60336 - tj. metodą opartą o kamerę szczelinową. Metoda pomiaru oparta o kamerę szczelinową jest metodą podstawową, którą należy stosować dla ustalenia wielkości ognisk.

Jak zauważa Odwołujący, zgodnie z informacjami załączonymi do oferty złożonej przez firmę Siemens sp. z o.o. mammograf „Inspiration” jest wyposażony w lampę o nominalnej wielkości małego ogniska wynoszącej 0,15 mm wg. pomiaru dokonanego za pomocą kamery szczelinowej. Wskazują na ten fakt tabliczki znamionowe mammografu Siemens „Inspiration” zaoferowanego w omawianym zamówieniu, aktualnie wykorzystywane w innych placówkach.

W materiałach informacyjnych podano, że wartość ogniska zmierzona przy pomocy wzoru gwiazdki wynosi 0.1. Jednakże, jak twierdzi Odwołujący, nie oznacza to, iż aparat zaoferowany przez firmę Siemens sp. z o.o. spełnia warunki SIWZ. Wielkość ogniska powinna być bowiem zmierzona przy użyciu kamery szczelinowej, gdyż tego wymaga norma PN-EN 60336. Natomiast wzór gwiazdkowy może jedynie określać zmianę wielkości ogniska

w czasie, tj. zużycie ogniska lampy. Nie jest to jednak metoda, która została ustalona w omawianej normie dla oceny wielkości nowego ogniska.

Obowiązująca norma PN-EN 60336 dokładnie określa sposób pomiaru ogniska (różnymi metodami) i zmierzona zgodnie z tą normą wielkość małego ogniska w tym mammografie wynosi 0,15. Siemens wypełniając tabelkę, załączoną do oferty, wstawił wartość 0,1 zamiast 0,15. Wartość ta nie jest jednak prawdziwa, co potwierdzają inne dokumenty w sprawie. Tym samym oferowany aparat nie spełnia wymagań technicznych postawionych w SIWZ.

Ponadto Odwołujący wskazuje na fakt, iż załączył do odwołania informacje techniczne dotyczące aparatu MammoDiagnost firmy Philips. Aparat ten wyposażony jest w ten sam typ lampy P40 Mo W, jaki oferuje firma Siemens sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu. Przy określeniu danych technicznych lampy wskazano wielkości ognisk: Małe 0,15 i Duże 0,3 zgodnie z IEC 336.

Odwołujący wniósł w dniu 09 lipca 2010 r. odwołanie, w którym zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 PZP, art. 7 ust. 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 26 ust. 4 PZP, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 PZP, art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, art. 91 ust. 1- 3 ustawy pzp.

- 1) Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności:
  - badania i oceny ofert;
  - wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty firmy Siemens jako nie spełniającej wymagań SIWZ. (nie spełnienie wymagań parametrów granicznych), oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania z uwagi na to, iż podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Firma Siemens sp. z o.o. (zwany dalej Przystępującym) zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania wykonawcy TIMKO Sp. z o.o. w całości oraz o utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przystępującego.

Wyjaśnił, iż sprawa spornego parametru była przedmiotem wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Wyjaśnienia te zostały przez Zamawiającego przyjęte, w efekcie czego Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego, Polska Norma PN-EN 60336 (Medyczne urządzenia elektryczne - Promienniki rentgenowskie do diagnostyki medycznej - Charakterystyki ognisk optycznych) z października 2005 r. wprowadza normę europejską EN 60336:2005 i normę międzynarodową CENELEC IEC 60336:2005 (w skrócie: IEC 336), które mają status Polskiej Normy. Norma nie istnieje w wersji polskojęzycznej (za wyjątkiem strony tytułowej), a jej treść udostępniana poprzez Polski Komitet Normalizacyjny zawiera angielskojęzyczną wersję normy EN 60336 (IEC 60336).

Norma w rozdziałach 5 i 6 opisuje 2 metody uzyskiwania radiogramów ogniska - metodą fantomu szczelinowego (focal spot slit radiograms) oraz metodą fantomu otworkowego (focal spot pinhole radiograms). Rozdziały 7 i 8 opisują metodę wyznaczania nominalnej wielkości ogniska na podstawie radiogramów szczelinowych ogniska (focal spot slit radiograms).

Rozdział 10 normy opisuje metodę uzyskiwania radiogramów ogniska przy pomocy fantomu gwiazdkowego (focal spot star radiograms), a rozdziały 11 i 12 metodę określania zależności wielkości ogniska od obciążenia lampy i zmienności wielkości ogniska w czasie eksploatacji.

Dodatkowo rozdział 13 normy zawiera klauzulę dopuszczającą stosowanie innych technik pomiarowych do określania charakterystyk ogniska, w tym jego wielkości, pod warunkiem uzyskiwania zgodności wyników tych pomiarów z technikami prezentowanymi w normie.

Również w obowiązującym Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dn. 25.08.2005 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej w opisie testu specjalistycznego „ognisko lampy rentgenowskiej” dla mammografu (pkt 1.2.6.a w zał. nr 6) dopuszczone zostały 2 metody pomiaru ogniska - z użyciem „fantomu z wzorem radialnym” (fantomu gwiazdkowego) oraz „fantomu ze szczeliną” (fantomu szczelinowego).

Zamawiający w odpowiedzi z dn. 12.05.2010 r. na pytanie nr 1 zadane przez jednego z wykonawców dopuścił możliwość określenia wielkości ogniska zgodnie z normą PN-EN 60336 jedną z opisanych w niej metod: fantomu szczelinowego, gwiazdkowego, otworowego.

Przystępujący w swojej ofercie określił w punkcie 11.4 wielkość małego ogniska 0,1 wg metody z fantomem gwiazdkowym normy PN-EN 60336). Metoda fantomu gwiazdkowego (test wzoru gwiazdki) została dopuszczona przez Zamawiającego, jest opisana i dopuszczona w normie IEC 336.

Przystępujący przywołał także fakt, iż, że podana w rozdz. 8 normy tabela 3 nie przewiduje pośrednich wielkości ogniska między wartościami 0,7/0,15 mm.

**Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta złożona Odwołującego zajęła drugą pozycją w rankingu ofert najkorzystniejszych. Interes prawny Odwołującego mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem uwzględnienie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego dawałoby mu szansę na uzyskanie zamówienia.

Podstawowe znaczenie w rozpoznawanej sprawie ma zgodność przedmiotu zamówienia z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu w odpowiedzi na pytanie nr 1 dotyczące wyjaśnienia postanowień specyfikacji, potwierdził, iż wielkość ognisk powinna być określona zgodnie z obowiązującą normą PN-EN 60336 jedną z opisanych w niej metod: fantomu szczelinowego, gwiazdkowego, otworowego. Zamawiający żadnej z tych metod nie określił nawet jako metody preferowanej, co oznacza, że wszystkie trzy metody pomiaru traktowane były przez Zamawiającego w sposób równorzędny. Zatem Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania wzoru gwiazdkowego, jako jedną z metod do określenia wielkości ogniska. Taka możliwość nie została zmieniona przed terminem otwarcia ofert, zatem stała się dla wykonawców wiążąca.

W przedstawionym przez Odwołującego wyciągu z normy PN-EN 60336, w szczególności z Tabeli C.1 – Metody do oceny specyficznych aspektów charakteryzujących ognisko (FOCAL SPOT), przedstawiono – zgodnie z brzmieniem tytułu tabeli, 3 metody charakteryzujące ognisko. Z tabeli wynika, iż informacje dotyczące ogniska mogą być uzyskiwane przy pomocy kamery szczelinowej, metodą otworową, przy pomocy wzoru gwiazdkowego. Bezsporny zatem jest fakt, iż norma zawiera trzy metody, które służą do oceny aspektów charakteryzujących ognisko, dopuszcza i opisuje 3 metody i wszystkie te metody traktowane są w sposób równorzędny.

W dziale 13 normy jest mowa o alternatywnych metodach pomiaru. Odwołujący powoływał się na frazę: „Przyjmuje się, że producenci lamp RTG (promienników rentgenowskich) potwierdzając zgodność z tą normą mogą wprowadzić techniki pomiaru inne niż określone w tej normie. Jest to dopuszczalne, pod warunkiem, że te techniki pomiarowe zostały skorelowane przez producenta ze standardowymi technikami pomiarowymi i można wskazać, że są równoważne. Zastosowanie tych technik pomiarowych musi dać takie same rezultaty jakie uzyskuje się standardowymi technikami pomiarowymi określonymi w tej normie, aby potwierdzić zgodność z tą normą”.

Odwołujący powołując przytoczony fragment normy twierdził, iż podstawową metodą

określoną w normie jest metoda szczelinowa. Pozostałe zaś techniki pomiarowe, zgodnie z przytoczonym zapisem, powinny prowadzić do takich samych rezultatów, takich samych wyników.

Zdaniem Izby powyższe stwierdzenie mówi o innych technikach pomiaru niż określone w tej normie. Powyżej ustalono, iż norma określa trzy techniki pomiaru parametrów ogniska: metodę z użyciem kamery szczelinowej, metodę otworową oraz metodę wzoru gwiazdkowego. Powyższe wskazanie zatem dotyczy innych technik, niż określone w normie (przytoczone powyżej).

Odwołujący powoływał także fakt, iż podstawową metodą badania ogniska jest metoda szczelinowa. Zaś metoda otworowa i wzoru gwiazdkowego są metodami, które służą do otrzymywania innych parametrów. Na potwierdzenie powyższej tezy, Odwołujący powołał się na treść tabeli: C.1 – Metody do oceny specyficznych aspektów charakteryzujących ognisko (FOCAL SPOT), z której wynika, zdaniem Odwołującego, iż jedynie przy pomocy kamery szczelinowej można uzyskać informacje w zakresie wymiarów ogniska. Zaś przy użyciu metody wzoru gwiazdkowego uzyskuje się tylko informacje w zakresie rozdzielczości, powiększania się ogniska, zmian ogniska w czasie eksploatacji lampy. Jednak jak zostało podniesione podczas rozprawy przez Przystępującego, dysponując danymi w zakresie rozdzielczości granicznej, można pozyskać informacje o wielkości ogniska, zatem metoda wzoru gwiazdkowego prowadzi również do zbadania, określenia wielkości ogniska. Zatem Izba uznała za błędne stanowisko Odwołującego wyrażone w powyższym stwierdzeniu, także dlatego, iż Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dn. 25.08.2005 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej w opisie testu specjalistycznego „ognisko lampy rentgenowskiej” dla mammografu (pkt 1.2.6.a w zał. nr 6) wymienia 2 metody pomiaru ogniska, w tym także metodę z użyciem „fantomu z wzorem radialnym” (fantomu gwiazdkowego) obok metody „fantomu ze szczeliną” (fantomu szczelinowego). Tym samym rozporządzenie Ministra Zdrowia wprost określa metodę fantomu gwiazdkowego jako służącą do pomiaru ogniska.

Podstawowe znaczenie w sprawie ma fakt, iż Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania określenia wielkości ogniska z użyciem metod określonych w normie 60336, w tym w szczególności metodą, o której mówi ww. norma, t.j. metodą tzw. wzoru gwiazdkowego. Wykonawca Siemens sp. z o.o. przedstawił dokument, z którego wynika, iż oferowane przez nią urządzenie spełnia parametr określony przez Zamawiającego w zakresie wielkości małego ogniska lampy RTG, tj. wielkość tego ogniska wynosi nie więcej niż 0,1 mm przy pomiarze z zastosowaniem metody tzw. wzoru gwiazdkowego. Ponieważ wszystkie trzy metody pomiaru ogniska opisane w normie (metoda fantomu szczelinowego, gwiazdkowego, otworowego) traktowane są przez Zamawiającego równorzędnie, wystarczające dla spełnienia wymogów specyfikacji jest, aby wielkość ogniska mierzona

tylko jedną z tych metod wynosiła nie więcej niż 0,1 mm. Oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza spełnia ten parametr, mierzony z zastosowaniem metody wzoru gwiazdkowego.

Izba postanowiła dopuścić dowód z wyciągu z treści normy PN-EN 60336. Jak zostało wykazane na rozprawie, powielenie niewielkich fragmentów normy dokonano wyłącznie w celu dowodowym na potrzeby postępowania, nie zaś w celach technicznych, technologicznych lub komercyjnych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Biorąc pod uwagę nakład pracy pełnomocnika, Izba uznała za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego w wysokości 1200 zł brutto.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie Składu Orzekającego:**

.....

.....