

WYROK
z dnia 27 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska
Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Carestream Health Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Miejski im. Jana Pawła II w Elblągu ul. Żeromskiego 22** protestu z dnia **23 kwietnia 2009 r.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Carestream Health Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Carestream Health Poland Sp. z o. o. ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Carestream Health Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Miejski im. Jana Pawła II w Elblągu, 82-300 Elbląg, ul. Żeromskiego 22 prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na dostawę aparatu RTG cyfrowego oraz systemu PACS/RIS.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 kwietnia 2009 roku Carestream Health Poland Sp. z o.o., ul. Wyczółki 40, 02-820 Warszawa, zwana dalej odwołującym się, wniosła protest na czynność zamawiającego polegającą na niewłaściwym opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 w związku z art. 30 ustawy Pzp, tj. dokonanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia preferujących konkretnego producenta (wykonawcę).

W uzasadnieniu odwołujący się wskazał, że zamawiający w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1) pkt III umieścił zapis LAMPA RTG Z ZAWIESZENIEM SUFITOWYM. W poz. 14 jest zapis: Pojemność cieplna anody lampy nie mniejsza niż 550 kHU. W ocenie odwołującego się takie działanie zamawiającego jest w świetle dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy nieuprawnione, a jednocześnie nieuzasadnione, gdyż wskazuje jednoznacznie na jednego wykonawcę, tj. firmę Siemens. Odwołujący się wniósł o zmianę zapisu na: Pojemność cieplna anody lampy nie mniejsza niż 400 kHU oraz punktację z dotychczasowej na: największa pojemność – 10 pkt., 400 kHU – 0 pkt., pozostałe wartości oceniane będą proporcjonalnie. Odwołujący się nadmienił, że pojemność cieplna anody lampy nie mniejsza niż 400 kHU zapewnia wystarczająco wysoką wydajność, tj. minimum 100 zdjęć/ godzinę, zwłaszcza, że zamawiający i tak robi mniej ekspozycji w ciągu godziny.

Wskazując na powyższe odwołujący się zażądał:

- 1) uznania wniesionego protestu w całości za zasadny;
- 2) dokonania w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp modyfikacji treści SIWZ w zakresie opisanym w uzasadnieniu protestu, zgodnie z żądaniem odwołującego się, tak aby opis przedmiotu zamówienia nie stawał w pozycji uprzywilejowanej, względem innych potencjalnych wykonawców, produktów mogących być oferowanymi tylko przez jednego producenta lub jego dystrybutorów (przedstawicieli)

Pismem z dnia 30 kwietnia 2009 roku zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu podniósł, że wskazane przez niego parametry lampy podyktowane są dążeniem do uzyskania sprzętu najwyższej jakości. Podkreślił, że szczegółowo przemyślał parametry zamawianego urządzenia i nie widzi podstaw do dokonywania zmian w SIWZ w taki sposób, aby dostosowywać się do oferty odwołującego się. Na rynku jest kilka firm, które oferują urządzenia z pojemnością cieplną anody lampy nie mniejszą niż 550 kWh, więc zarzut, iż parametr ten wskazuje jednoznacznie na jednego dostawcę, tj. firmę Siemens, jest nieuzasadniony. W tym zakresie SIWZ nie została sformułowana w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Zamawiający wskazał na wyrok KIO z 29 sierpnia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 850/08, zgodnie z którym warunek udziału w postępowaniu postawiony przez zamawiającego nie ogranicza konkurencji, jeżeli istnieje duża liczba podmiotów, które mogłyby go spełnić. Ponadto przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 stycznia 2007 roku sygn. akt UZP/ZO/0-76/07, zgodnie z którym „trudność w spełnieniu przez wykonawcę postawionego warunku udziału w postępowaniu nie jest wystarczająca do uznania, że warunek ten mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zamawiający przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, by w postępowaniu uczestniczyli wykonawcy gwarantujący należyte wykonanie zamówienia”. Zamawiający wskazał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 czerwca 2000 roku sygn. akt UZP/ZO/0-0602/00, w myśl którego „jeżeli zamawiający wskaże w SIWZ wymogi techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia trudne do spełnienia dla innego oferenta, to takie postępowanie zamawiającego nie stanowi podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 kwietnia 2003 roku sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, zgodnie z którym ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.

W dniu 8 maja 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty zawarte w proteście. Ponadto podniósł, że w zamawiający rozstrzygając protest nie wskazał żadnych obiektywnych argumentów, które uzasadniałyby ustalenie spornego parametru lampy na poziomie nie mniejszym niż 550 kWh, poza ogólnikowym stwierdzeniem, o dążeniu do uzyskania sprzętu najwyższej jakości. Odwołujący się nie kwestionował, że na rynku istnieją urządzenia, w których rzeczona „pojemność cieplna anody lampy” spełnia ustalony przez zamawiającego poziom, jednak urządzenia te nie mogłyby stać się przedmiotem zamówienia, ponieważ nie spełniają z kolei innych, ustalonych w SIWZ parametrów. Odwołujący się stwierdził, że jedynie urządzenie firmy Siemens YSIO odpowiada wszystkim bez wyjątku, określonym w

SIWZ parametrom, w tym również parametrom dotyczącym właściwości przedmiotowej lampy.

Odwołujący się podkreślił, iż twierdzenia zamawiającego, iż „na rynku jest kilka firm (...)” oraz że (...) „warunek postawiony przez zamawiającego nie ogranicza konkurencji, jeżeli istnieje duża liczba podmiotów, które mogłyby go spełnić (...) łatwo można było by zweryfikować, gdyby w odpowiedzi na protest zamawiający wskazały te firmy oraz oferowane przez nie urządzenia, które odpowiadają wszystkim bez wyjątku parametrom. Zgodnie bowiem zarówno z opiniami doktryny, jak i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, to zamawiający odpierając zarzuty skierowane przeciwko niemu w proteście i dowołaniu winien udowodnić ich bezzasadność, po stronie zaś wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że dokonany opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (KIO/UZP 466/09). W związku z tym, że w odpowiedzi zamawiający nie wykazał żadnego konkretnego dowodu podważającego zarzuty odwołującego się, w ocenie odwołującego się należy przyjąć, że są one zasadne i wiarygodne.

Odwołujący się powołał się na stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach: z dnia 2 kwietnia 2008 roku sygn. KIO/UZP 236/08, zgodnie z którym zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej niż standardowa lub o podwyższonych parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami, z dnia 11 stycznia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 33/07, zgodnie z którym zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca oraz wyrok z dnia 7 stycznia 2008 roku KIO/UZP 28/07, w myśl którego przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnianie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie) lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Skład orzekający Izby na rozprawie z udziałem właściwie umocowanych pełnomocników stron, przeprowadził dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym

specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z przesłuchania świadka, nadto rozważył stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych w niniejszej sprawie. Oferowane przez odwołującego się urządzenie nie odpowiada obecnie ustalonym przez zamawiającego parametrom, co uniemożliwia odwołującemu się skuteczne wzięcie udziału w postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 w związku z art. 30 ustawy Pzp poprzez dokonanie, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego dotyczącego parametru pojemności cieplnej anody lampy, preferując w ten sposób konkretnego producenta (wykonawcę), firmę Siemens.

Istotą niniejszego postępowania odwoławczego jest wobec powyższego rozstrzygnięcie, czy rzeczywiście ustalone przez zamawiającego parametry zamawianego urządzenia spełnia wyłącznie jeden wykonawca – firma Siemens.

Odwołujący się podniósł, iż ciężar dowodu w niniejszym przypadku spoczywa na zamawiającym. Zamawiający, odpierając zarzuty skierowane przeciwko niemu w proteście i odwołaniu, winien udowodnić ich bezzasadność, po stronie zaś wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnienie, że dokonany opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W toku rozprawy Izba przeprowadziła zgłoszony przez zamawiającego dowód z przesłuchania świadka Grzegorza P. na okoliczność istnienia na rynku również innych firm (poza Siemens) oferujących urządzenia o parametrach ustalonych przez zamawiającego.

Z zeznań świadka wynika, że istnieją firmy posiadające w swej ofercie urządzenia o parametrach, których wymagał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Świadek przedłożył do akt sprawy karty katalogowe firm idc oraz Apelem wraz z ich tłumaczeniem przysięgłym. Z przedłożonych kart wynika, iż oferowane przez te firmy urządzenia spełniają parametry ustalone w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała zeznania świadka oraz złożone przez niego dowody za wiarygodne i rzetelne. Świadek w ocenie Izby wykazał się wiedzą niezbędną do wypowiedania się w przedmiotowej kwestii. Jego zeznania były spójne i rzeczowe.

Odwołujący się natomiast nie wykazał zasadności swoich zarzutów. Sąd orzekający, nie negując konieczności jedynie „uprawdopodobnienia”, iż opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję, prezentuje stanowisko, iż w sytuacji, gdy zamawiający przedstawił dowody na poparcie słuszności swoich działań, odwołujący się winien był udowodnić, że tak nie jest. Stanowi o tym przepis art. 188 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W myśl zdania 2 dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wniosek taki płynie również z treści przepisu art. 6 Kodeksu cywilnego, mającego zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie ze wzmiankowanym przepisem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Odwołujący się co prawda przedstawił na rozprawie kopie katalogów firm Swissray i Apelem wywodząc z nich, iż oferowane przez tych producentów urządzenia nie spełniają ustalonych przez zamawiającego parametrów, jednakże katalogi te sporządzone zostały w języku angielskim i odwołujący się nie przedstawił ich przysięgłego tłumaczenia. Obowiązek taki wynika z treści przepisu § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 i z 2008 roku Nr 188, poz. 1156), zgodnie z którym wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski, poświadczony przez tłumacza przysięgłego. Wobec tego Izba, rozpoznając odwołanie, nie mogła wziąć pod uwagę zgłoszonych przez odwołującego się dowodów.

Art. 29 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych w art. 29 ust. 2 zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na ograniczenie konkurencji na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych

nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia (tak też w: Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III.)

Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

Treść przepisów wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji, nie może również bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia musi być tak określony, by odzwierciedlał rzeczywiste, racjonalne potrzeby zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni zamówienie, którego przedmiot stanowi wysoka jakość produktu, adekwatna do celów, jakim ma służyć. Fakt, iż niewielu wykonawców, konkretnie odwołujący się w danej sprawie, nie może spełnić wymagań zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu przepisów Pzp wskazanych przez odwołującego się w niniejszym postępowaniu.

Jak podniesiono powyżej – w dostateczny sposób zostało wykazane, że na rynku istnieją firmy, które są w stanie sprostać wymogom dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawą podnoszonych w odwołaniu zarzutów jest wyłącznie parametr dotyczący lampy do zamawianego aparatu RTG. W związku z tym, że lampa do aparatu jest częścią wymienną i nie jest wykluczone zastosowanie do konkretnego aparatu innej lampy stwierdzić należy, że taki opis przedmiotu zamówienia nie narusza zasady uczciwej konkurencji. O tym, że zasada ta nie została naruszona świadczy również okoliczność, że wymóg zamawiającego, aby pojemność cieplna anody lampy wynosiła co najmniej 550 kHu nie jest wymogiem nadzwyczajnym. W trakcie rozprawy ustalono bowiem, że na rynku funkcjonują aparaty o pojemności cieplnej anody na wyższym poziomie (lampa w aparacie firmy Siemens od 600 do 783 kHu, czy też lampa w aparacie firmy Apelem – od 400 do 1000 kHu). Uwzględniając powyższe wymóg zamawiającego, aby parametr pojemności cieplnej anody wynosił nie mniej niż 550 kHu nie jest wymogiem nadzwyczajnym i nieosiągalnym, a przy jednoczesnej

możliwości technicznej wymiany tego elementu aparatu RTG (lampa) nie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 2 oraz ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....