

**Sygn. akt KIO 2353/10**

**WYROK**  
**z dnia 15 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Emil Kawa**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 października 2010 r. przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SIEMENS Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Łodzi**.

**Przewodniczący .....**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi 93-513 Łódź ul. Pabianicka 62 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wraz z instalacją tomografu komputerowego”- Znak 106/10 ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 204/2010 poz. 311278 w dniu 20.10.2010r. W dniu 29 października do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Siemens Sp. zo.o. ul. Żupnicza 11 03-821 Warszawa zwanym dalej „odwołującym”. Odwołanie zostało wniesione od zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zakresie art.7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 2. i wnosi o: uwzględnienie odwołania w całości poprzez dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty, gdyż zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy PZP sporządził specyfikację, naruszając zasady równego traktowania wykonawców, nie utrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia i tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie ważnej oferty na konkurencyjny sprzęt firmy Siemens. Podniósł, że zamawiający wypełniając dyspozycję art. 7 ustawy pzp winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a dokonując opisu przedmiotu zamówienia ma obowiązek sporządzić go zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący rozwiązania konkurencyjne, w sposób jednoznacznie wskazujący na konkretne rozwiązanie, konkretny produkt jakim jest tomograf komputerowy Aquilion 64 firmy Toshiba, stawiając w uprzywilejowanej pozycji wyłącznie tych wykonawców,

którzy mogą zaoferować ten jeden produkt. Takie działanie jednoznacznie wskazuje na naruszenie zasady chroniącej zachowanie uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisach Pzp. Opis przedmiotu zamówienia nie może godzić w zasadę uczciwej konkurencji i stanowi o rażącym naruszeniu przepisów.

Wskazując na powyższe odwołujący w odwołaniu przedstawił cztery zarzuty do zapisów siwz które jego zdaniem wskazują na naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut I – odwołujący wskazał ,że W pkt.1.2 Załącznika do SIWZ „Parametry Wymagane" zamawiający dyskryminuje rozwiązanie odwołującego, bazujące na innej niż klasyczna technologia, przez wprowadzenie wymagania dotyczącego parametru technologicznego, jakim jest ilość 64 rzędów detektora, zamiast wymagania parametru użytkowego w postaci ilości 64 warstw uzyskiwanych w trakcie pełnego obrotu układu lampa - detektor, przez co narusza zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ w wyniku takiego postępowania, odwołujący zmuszony jest do oferowania urządzenia wyższej klasy (64 rzędy i 128 warstw) niż w przypadku konstrukcji klasycznej (64 rzędy i 64 warstwy)..Ponadto powołując się na wyrok ZA podaje ,że z punktu widzenia klinicznego nie jest istotne przy użyciu ilu rzędów obrazu zostaną uzyskane liczy się tylko jakość uzyskanych obrazów zatem cechy funkcjonalne przedmiotu zamówienia powinny stanowić cel dążenia zamawiającego. Wobec tego wnosi o zmianę powyższych wymagań na zapis w siwz o treści –„tomograf komputerowy 64-warstwowy"

Zarzut II - W pkt.1.3 Załącznika do SIWZ „Parametry Wymagane" zamawiający wprowadza sztuczne ograniczenie w postaci akwizycji 64 przyległych i nie nakładających się na siebie warstw zamiast akwizycji 64 warstw, co staje w sprzeczności z dalszymi oczekiwaniami Zamawiającego w postaci akwizycji warstw w badaniach kardiologicznych (IN/33, 34 i V.57), gdyż w takim przypadku warstwy uzyskiwane są przy współczynniku pitch dużo mniejszym od jedności, co skutkuje nakładaniem się warstw akwizycyjnych w czasie pełnego obrotu. Takie sformułowanie parametru jest wewnętrznie sprzeczne.

W związku z powyższym wnosi o modyfikację brzmienia powyższego zapisu na:  
„tomograf komputerowy umożliwiający jednoczesną akwizycję minimum 64 warstw submilimetrowych w czasie jednego pełnego obrotu 360° zespołu lampa-detektor".

Zarzut nr III- W pkt.IV.43 Załącznika do SIWZ „Parametry Wymagane” zamawiający oczekuje akwizycji spiralnej i rekonstrukcji w trybie wysokiej rozdzielczości przy dowolnym kącie pochylenia gantry. W nowych rozwiązaniach tomografii komputerowej nie jest potrzebne wykonywanie badań w trybie spiralnym z gantry pochylanym pod dowolnym kątem, ponieważ można uzyskiwać rekonstrukcje wielopłaszczyznowe pod dowolnym kątem z zestawu danych obrazowych uzyskanych bez pochylenia gantry.

Wobec powyższych zastrzeżeń wniósł o modyfikację zapisów SIWZ poprzez dopuszczenie możliwości akwizycji spiralnej i rekonstrukcji w trybie wysokiej rozdzielczości bez konieczności pochylenia gantry. Jednakże nie dokonał sprecyzowania żądania poprzez wskazanie konkretnego oczekiwanego zapisu siwz.

Zarzut IV - W pkt.VI.101 Załącznika do SIWZ zamawiający oczekuje zaoferowania pakietu oprogramowania w pełni automatycznej analizy parametrów funkcjonalnych lewej komory serca a w ramach tych parametrów funkcjonalnych, kurczliwości odcinkowej. Takie sformułowanie parametru uniemożliwia złożenie odwołującemu ważnej oferty, pomimo iż odwołujący może zaoferować równoważną funkcję w postaci pogrubienia ściany lewej komory serca.

Odwołujący wnosi o modyfikację siwz w ten sposób aby dopuszczona została możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego przez wprowadzenie zapisu: kurczliwość odcinkowa lub pogrubienie ściany lewej komory serca.

Odwołując wnosząc o dokonanie powyższych zmian wskazał po raz kolejny iż ważną ofertę na tak sformułowany zestaw parametrów wymaganych i ocenianych może złożyć tylko wykonawca oferujący aparat Aquilion 64 producenta Toshiba. Ponadto podniósł ,że opisane w zarzutach określania wartości parametrów granicznych nie mające uzasadnienia klinicznego, a uniemożliwiają mu złożenie ważnej oferty na przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał za zasadne zarzuty w/w pod nr III i IV oraz wniósł o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów. W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, że całkowicie bezpodstawny jest zarzut co do opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na tomograf jednego producenta – Toshiba, jest chybiony gdyż wymogi mogą być spełnione nie tylko przez

jednego wykonawcę, ale przez innych wykonawców, będących w stanie zaoferować tomografy komputerowe 64-rzędowe produkowane przez firmy; GE Healthcare, Philips, Siemens oraz Toshiba.. Wskazał że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust.2 ustawy pzp jest chybiony gdyż przepis ten nie nakazuje 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 wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Powołał się na wyrok KIO 1246/10 gdzie Izba stwierdziła, że wykonawca, który dysponuje np. określoną technologią nie może domagać się od konkretnego zamawiającego dostosowania jego potrzeb do możliwości technicznych czy potencjału danego wykonawcy. Tym samym Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, chroniący jego zobiektywizowany interes. Odnosząc się do zarzutu ozn. Nr I zamawiający podniósł iż wbrew twierdzeniu odwołującego, określenie tomograf 64 rzędowy nie jest określeniem parametru technologicznego, tylko istotnym parametrem użytkowym, gdyż w porównaniu z tomografem 32 -rzędowym w ciągu jednego obrotu układu lampa-detektor umożliwia zobrazowanie ponad dwukrotnie większego fragmentu badanej okolicy pacjenta. Tym samym wymaganie zaoferowania 64-rzędowego tomografu komputerowego nie jest czynem utrudniającym uczciwą konkurencję, naruszającym zasady równego traktowania wykonawców, oraz właściwego opisu przedmiotu zamówienia a odwołujący dysponuje jako producent tomografami o wymaganych przez zamawiającego parametrach, ale chce wymóc na zamawiającym zakup tomografu o gorszych parametrach.

Odnosnie zarzutu ozn. jako pkt.II zamawiający podaje ,że zamawiany tomograf przeznaczony jest do pracy w nowoprojektowanym Centrum Urazowym którego zadaniem będzie realizować zadania związane z ratowaniem ludzi w zagrożeniu życia i zdrowia. Takie zadania, które odnoszą się bezpośrednio do życia ludzkiego kształtują specjalne potrzeby, związane przede wszystkim z koniecznością skrócenia do minimum czasu udzielenia pomocy i postawienia diagnozy. Konieczność szybkiej diagnostyki w zakresie urazów ciała wskazuje, iż cel ten w sposób najpełniejszy realizuje właśnie tomograf komputerowy z możliwością pracy w trybie nienakładających się i przylegających warstw z szerokim zestawem detektorów (tomograf o dużej liczbie rzędów detektorów). To z kolei powoduje, że określony obszar ciała można zbadać przy mniejszej liczbie obrotów

a więc w krótszym czasie, Jest to ważne np. przy badaniach klatki piersiowej i jamy brzusznej, gdy dla uniknięcia artefaktów (zniekształceń), konieczne jest czasowe wstrzymanie oddechu przez pacjenta, a często przywieziony pacjent jest nieprzytomny i wykonujący badanie musi „wstrzelić” się z badaniem pomiędzy jednym a drugim oddechem. Również krótszy czas badania minimalizuje też dawkę promieniowania jaką otrzymuje pacjent w trakcie badania oraz zmniejsza nagrzewanie jak również zmniejsza zużycie kosztownej lampy RTG. Podkreślił iż odwołujący ma możliwość złożenia oferty, która nie będzie podlegała odrzuceniu i której przedmiotem mogą być tomografy komputerowe modele: Somatom Definition AS 64 lub Somatom Definition Dual Source Odwołujący w trakcie rozprawy podnosił fakt, że nie ma potrzeby aby zamawiający ustalał wymóg zakupu dla swoich potrzeb tomografu 64 –rzędowego gdyż tomografy komputerowe odwołującego 32-rzędowe są szybsze w działaniu, tzn. lekarz szybciej otrzymuje wynik, niż przy innych dostępnych na rynku urządzeniach 64-rzędowych innych producentów. Oferowany przez niego sprzęt nie spełnia tylko wymogów co do ilości rzędów, natomiast spełnia wymogi odnośnie funkcjonalności i w wielu parametrach jest lepszy, niż tomografy o 64-rzędach i 64-warstwach. Będąc zmuszany wymogiem zamawiającego do zaoferowania tomografu 64-rzędowego nie ma szans na wygranie postępowania gdyż jego tomografy 64-rzędowe są prawie dwukrotnie droższe niż tomografy innych producentów.

Zamawiający wskazał opis kryterium oceniania którym będzie się kierował przy wyborze oferty, ustalając że zaoferowana cena stanowi do 70% wagi a parametry funkcjonalno- techniczne do 30% wagi

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego

interes w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania ma większą szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, oznaczonych w odwołaniu jako punkty III i IV cofnął w tym zakresie odwołanie, natomiast pozostawił do rozpatrzenia przez Izbę zarzuty oznaczone nr I i II.

Izba ustaliła, że podany przez strony w pismach procesowych stan faktyczny sprawy, jest klarowny i nie kwestionowany przez strony, dlatego też nie prowadzono w tym zakresie dalszego postępowania.

Istotą sporu w niniejszym postępowaniu jest żądanie odwołującego obniżenia przez zamawiającego parametru użytkowego tomografu z wymaganego 64- rzędownego na 32-rzędowy, który to zdaniem odwołującego w całości zaspokoi potrzeby zamawiającego. Ponadto odwołujący wskazał, że tomografy odwołującego czy to 32 czy 64-rzędowe są relatywnie droższe od tomografów innych producentów i tym samym odwołujący w sytuacji kiedy cena stanowi aż 70 % wagi oceny ofert nie ma większych szans na uzyskanie zamówienia.

Kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała że zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia nie uniemożliwił żadnemu wykonawcy niezależnie od tego czy jest lub czy nie jest producentem sprzętu będącego przedmiotem niniejszego postępowania, udziału w tym postępowaniu. Producenci – a jak ustalono w trakcie postępowania odwoławczego jest ich co najmniej czterech, oraz inni wykonawcy mogący zakupić – w celu odsprzedaży sprzęt u producenta i mogą konkurować zarówno warunkami technicznymi oferowanego sprzętu jak i jego ceną. Grupa producentów tomografów o parametrach oczekiwanych przez zamawiającego jest wystarczająco liczna oraz formalnie nie

zamknięta ,aby zapewnić konkurencyjność niniejszego postępowania. Tym samym ewentualna przewaga szans niektórych wykonawców nie jest naruszeniem art. 7 ust.1 ustawy pzp co miałyby miejsce w przypadku uniemożliwienia z góry niektórym wykonawcom udziału w postępowaniu bez uzasadnionych obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Takie podejście zdaniem Izby nie zasługuje na ochronę, gdyż jednym z celów regulacji art. 7 ust.1 ustawy jest zabezpieczenie interesów publicznych związanych z racjonalnym i celowym wydatkowaniem środków publicznych. W trakcie postępowania przed Izbą w sposób jednoznaczny ustalono, że tomografy 64 – rzędowe są urządzeniami nowszej generacji niż 32 –rzędowe. Pozwalają w sposób szybszy dokonywać diagnozy pacjentów szczególnie tych będących w ciężkim stanie pourazowym. Ponadto zmniejszają czas napromieniowywania rentgenowskiego jakiemu poddawany jest pacjent, a tym samym również pozwalają na mniejsze zużycie lampy rentgenowskiej liczonej na jedno badanie. Pomimo iż jak wykazał odwołujący , że jego tomograf który chciałby zamawiającemu zaoferować posiada 32 rzędy i 64 warstwy to i tak o ponad 6% szybciej dostarcza badany obraz, niż aparaty posiadające 64 rzędy i 64 warstwy, to jednak Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego o przewadze tomografu 64 rzędowego w wykonywaniu badania osób będących po ciężkich urazach, gdyż przede wszystkim takie osoby będą przywożone do tworzonego Centrum Urazowego. Nadto Izba uznaje za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego ,że stanowisko odwołującego byłoby zasadne gdyby zamawiany tomograf miał być używany do diagnostyki w poradniach diagnostycznych, a nie na oddziale ratunkowym do diagnozowania pacjentów z ciężkimi i wielonarządowymi obrażeniami ciała u osób w stanie nagłego zagrożenia życia. Szybkość przetworzenia danych na obraz nie jest najważniejsza, ważny jest fakt aby w czasie jednego obrotu lampy-detektora nastąpiło zdiagnozowanie jak największej powierzchni ciała osoby, gdyż im więcej jest rzędów, tym szybszy jest czas zeskanowania określonej powierzchni ciała pacjenta. Tomograf 64 rzędowy przy jednym obrocie lampy obejmuje badaniem około 40 mm badanej okolicy ciała pacjenta, przy około 19 mm badania powierzchni ,przez tomograf 32 –rzędowy. Takie stanowisko zamawiającego Izba uznała za przekonujące do zakupu tomografu 64-rzędowego.

Izba uznała, że odwołujący może konkurować z innymi ewentualnymi wykonawcami w tym postępowaniu oferując tomograf 64-rzędowy ,gdyż bardzo dobre – zdaniem zamawiającego, parametry techniczne pozwolą mu na uzyskanie 30% punktów za



parametry funkcjonalno- techniczne, a jako producent sprzętu może zaoferować wyrób bez marż handlowych i tym samym uzyskać dla siebie korzystny wynik postępowania. Nadto na obecnym etapie postępowania nie można wskazać czy inni wykonawcy będą zainteresowani udziałem w przedmiotowym postępowaniu i jakie złożą oferty.

Izba nie stwierdza sprzeczności zapisów postanowień wymagań pkt. 1.3 z wymaganiami postawionymi w punktach IV.33, IV.34, V.57., gdyż wobec powyższych ustaleń odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu przeciwnego.

Dlatego też Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu, podnosząc dodatkowo, że zarzut naruszenia art. 7 ust.3 ustawy Pzp jest całkowicie chybiony gdyż dotyczy on sytuacji po wyborze oferty, a nie jak w niniejszym postępowaniu- opisu przedmiotu zamówienia. W związku z cofnięciem odwołania w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego zarzuty oznaczone nr III i IV nie podlegały badaniu i ocenie przez Izbę.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak na wstępie orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

Nie zasądzono kosztów zastępstwa prawnego dla zamawiającego z powodu braku takiego wniosku.

**Przewodniczący .....**