

Sygn. akt: KIO/UZP 407/08

WYROK
z dnia 16 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Marzena Teresa Ordysińska Anna Packo
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OK Medical Systems Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 60-622 Poznań, ul. Warmińska 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 96** protestu z dnia 15 kwietnia 2008r.

przy udziale **Carestream Health Poland Sp. z o.o., 02-820 Warszawa, ul. Wyczółki 40** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 96 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OK Medical Systems Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 60-622 Poznań, ul. Warmińska 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 64-700 Czarnków, ul. Kościuszki 96** na rzecz **OK Medical Systems Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 60-622 Poznań, ul. Warmińska 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OK Medical Systems Sp. z o.o., Sp. komandytowa, 60-622 Poznań, ul. Warmińska 1**.

U z a s a d n i e n i e

Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Czarnkowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę wraz z montażem: - cyfrowego aparatu kostno-płucnego z dwoma detektorami oraz systemem archiwizacji PACS, systemem teleradiologii wraz z integracją z systemem HIS Esculap, - analogowego aparatu kostno-płucnego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 1 kwietnia 2008 r., nr 2008/S 63-085180.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2008 r., zamieszczonym na stronie internetowej w tej samej dacie, Zamawiający poinformował wykonawców o udzieleniu odpowiedzi na zadane pytania do treści SIWZ, jednocześnie rozszerzając niektóre parametry techniczne dotyczące generatora, stołu do radiografii oraz wymogów dotyczących stanowiska operatora.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ” i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 2 w związku z art. 29 i art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Jednocześnie Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż nie jest możliwa modyfikacja SIWZ.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż Zamawiający:

- opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wyspecyfikowanie parametrów technicznych, które wskazują na sprzęt jednego producenta;
- wymaga dostarczenia generatora 65 kW oraz lampy o mocach ognisk małe 30 kW i duże 50 kW, mimo iż, moc generatora nigdy nie zostanie wykorzystana przy zastosowaniu lampy o tak małych mocach ognisk;
- wymaga dostarczenia generatora o mocy min. 50 kW i lampy o mocach ognisk 30 kW małe i 70 kW duże, mimo iż parametry ogniska są zawyżone i generator o mocy 50 kW nie pozwoli na wykorzystanie potencjału takiej lampy;
- wymaga dostarczenia w generatorze modułu startera lampy wysokoobrotowego, co pozostaje w sprzeczności z żądaniem dostarczenia lampy o szybkości wirowania anody min. 2.800 obr/min i w konsekwencji nie możliwym jest dostarczenie aparatów o wymaganej konfiguracji;
- wymaga dostarczenia płaskiego cyfrowego detektora z czujnikiem LANMIT 4 czyli wykonanego w konkretnej technologii firmy Canon, co powoduje naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2008 r., zamieszczonym na stronie internetowej w tej samej dacie, Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, zamieścił kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2008 r. MEDITECH Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Dopiewo przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2008 r. Carestream Health Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, jednocześnie wskazując, iż przedmiot zamówienia określił w sposób odpowiadający jego potrzebom. Ponadto wskazał, iż w pewnym zakresie istnieje możliwość modyfikacji SIWZ. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w faksem w tej samej dacie.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, a mianowicie dodatku nr 1a, „w wierszu VI.3 w kolumnie opisującej wartość wymaganą dla czujnika do wyrażenia „LANMIT 4” dodał słowa „lub równoważny”.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 5 maja 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 30 kwietnia 2008 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w odwołaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie stosownych zmian w SIWZ, tj. załączników nr 1a i 1b, zgodnie jego propozycją wskazaną na stronach 3, 4 i 5 przedmiotowego odwołania, przy czym nie podtrzymał wniosku o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 6 maja 2008 r., zamieszczonym na stronie internetowej w tej samej dacie, Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, zamieścił kopię odwołania, jednocześnie wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 maja 2008 r. (pismem z dnia 12 kwietnia 2008 r.) Carestream Health Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego.

Odwołujący złożył na rozprawie wnioski o unieważnienie przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dodatku nr 1a do SIWZ „I. Cyfrowy aparat kostno-płucny” szczegółowo wyspecyfikował parametry techniczne oraz wymaganą wartość wskazanych parametrów dla: generatora, zawieszenia sufitowego lampy rtg, stołu do radiografii, statywu do zdjęć odległościowych oraz wielofunkcyjnego, przenośnego płaskiego detektora cyfrowego do statywu płucnego oraz stołu rtg”.

Odwołujący, zarówno w proteście, jak i odwołaniu podniósł, iż parametry graniczne wskazane przez Zamawiającego w tabeli dodatku nr 1a do SIWZ spełnia tylko aparat marki Arcoma, a dla detektora produkt marki Canon.

Zarzut ten potwierdził się. Istotnie Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, wskazał na jeden konkretny produkt, a co za tym idzie jednego producenta.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących poszczególnych parametrów technicznych m.in. ustalono, co następuje:

Zarzut dotyczący określenia parametrów technicznych stołu do radiografii w sposób wskazujący, iż jego jedynym producentem jest firma Arcoma nie potwierdził się. Zamawiający przedłożył bowiem na rozprawie kopię materiałów promocyjnych firmy Siemens (dane techniczne „Ysio” oraz tłumaczenie z języka angielskiego), z których jednoznacznie wynika, iż przedmiotowa firma ma w swojej ofercie także stół o wymaganych parametrach technicznych.

Natomiast potwierdził się zarzut dotyczący użycia nazwy własnej technologii firmy Canon (LANMIT 4) w sposób sprzeczny z art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ pierwotnie użył dla określenia parametru technicznego w pozycji VI.3 tabeli (dodatek nr 1 do SIWZ) „czujnik” nazwy „LANMIT 4”. Dopiero, na skutek protestu na postanowienia SIWZ wniesionego przez Odwołującego dokonał modyfikacji przedmiotowego zapisu, dodając wyrazy „lub równoważny”.

Niewątpliwie, jeśli Zamawiający popełnił błąd w formułowaniu postanowień SIWZ treść art. 38 ustawy Pzp „wskazuje na możliwość (a nawet konieczność) dokonania modyfikacji SIWZ (M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 187). Bezspornym jest, iż Zamawiający w sposób sprzeczny z art. 29 ustawy Pzp określił, iż wymaga zaoferowania czujnika „LANMIT 4”, wskazując poprzez użycie tej nazwy, iż żądanym produktem jest produkt marki Canon. W takim przypadku, o ile błąd taki zostanie wychwycony, Zamawiający nie może zostać pozbawiony możliwości jego korekty. Wniesienie protestu i postawienie zarzutu nieprawidłowego określenia czujnika jako „LANMIT 4” spowodowało, iż błąd ten zauważono i powinien on być naprawiony. Możliwość taką dawało uwzględnienie protestu w tym zakresie i zmodyfikowanie postanowień SIWZ. Zamawiający, rozstrzygając protest, jedynie zastrzegł możliwość modyfikacji SIWZ, jednak nie określając w jakim zakresie czynność ta zostanie dokonana. Następnie zmodyfikował SIWZ, jednakże nie zapowiadając dokonania tej czynności w rozstrzygnięciu spowodował, iż na skutek nieuwzględnienia protestu czynność ta mimo, iż dokonana zgodnie z żądaniem protestu, pozwala Odwołującemu podnieść ten zarzut także na etapie postępowania odwoławczego.

Zarzut dotyczący detektora, tj. wskazania parametrów technicznych, które spełnia jedynie produkt marki Canon potwierdził się. Zarówno z materiału przedłożonego przez Odwołującego (załącznik do protestu s. 51 akt postępowania - kserokopia detektora marki Canon (CXDI-50G)), jak i jedynej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu (kserokopia załączników do oferty sporządzona z oryginałów dokumentów załączonych do

oferty – materiały Canon – System radiografii cyfrowej CXDI-50G) wynika, iż istotnie jedynie produkt tej marki spełnia wymagania Zamawiającego. Nie potwierdziła się argumentacja Zamawiającego, iż tak postawione wymogi spełnia także produkt marki Thales. Z analizy przedłożonego przez Zamawiającego materiału dotyczącego produktu tej marki wynika, iż produkt ten nie spełnia już chociażby jednego z parametrów technicznych, tj. zawartego w pozycji VI.17 tabeli (dodatek nr 1a do SIWZ) „wymiary detektora”, które Zamawiający określił na „max.49,1x47,7x2,3cm”. Natomiast detektor marki Thales posiada wymiary „466x477x230 mm”, co oznacza, iż wymiary przedmiotowego urządzenia są mniejsze niż wymagane przez Zamawiającego.

Zarzut dotyczący określenia parametrów technicznych generatora w sposób pozwalający na ich spełnienie tylko przez produkt marki Arcoma potwierdził się. Z przedłożonych materiałów nie wynika aby jakakolwiek firma poza produktem firmy Arcoma miała w swojej ofercie generator wyposażony w minimum 2000 programów anatomicznych. Nie potwierdzają tego także materiały przedłożone, zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego. Wynika z nich jedynie, iż produkt marki Arcoma o mocy 32 kW, 40 kW, 50 kW i 65 kW posiada jedynie 768 programów. Generatory produkowane przez inne firmy wyposażone są również w zbliżoną ilość programów (około 760). Jak podniósł Odwołujący na rozprawie, taką ilość programów (2000) można osiągnąć poprzez iloczyn pozycji lub ich konfigurację.

Zgodnie z treścią art. 29 ustawy Pzp Zamawiający, sporządzając SIWZ, zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który nie mógłby utrudniać uczciwej konkurencji, przy czym Zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia aby uzyskać oczekiwany efekt, gdyż „ustawodawca postawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes” (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, A. Kurowska, Warszawa 2006, s. 80).

Niewątpliwie Zamawiający zamierzał zakupić aparat o wyższej jakości niż standardowy, mający zapewnić możliwość wdrożenia w przyszłości nowych procedur, jak i minimalizujący koszt jego zakupu. Niemniej jednak, określając przedmiot zamówienia, tak określił parametry techniczne żądanego produktu, iż w sposób nie budzący żadnych wątpliwości dało się przyporządkować określone parametry techniczne konkretnym produktom oferowanym przez konkretnego producenta. Powyższe potwierdza i fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła tylko jedna firma i zaoferowała produkt właśnie marki Arcoma, a detektor marki Canon.

W kontekście powyższego należy podkreślić, iż Zamawiający powinien „unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które by wskazywały na konkretne urządzenie lub konkretnego producenta. Trudno mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretne urządzenie, przy czym wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, aby mógł je spełnić tylko jeden wykonawca lub jeden konkretny produkt” (A. Kurowska, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, Warszawa 2006, s. 80). Produkt taki nie musi być wyraźnie nazwany, wystarczy że wykonawca chcący spełnić wymogi Zamawiającego musi dostarczyć jeden konkretny produkt, w przedmiotowym przypadku firmy Arcoma.

Zarzut naruszenia art. 35 ustawy o finansach publicznych nie może być rozpatrzony, gdyż zarzut ten może być rozpatrzony jedynie przez organy, które uprawnione są do kontrolowania wydatków jednostek samorządu terytorialnego, w tym także szpitali, dla których organem założycielskim jest powiat, a naruszenie ustawy o finansach publicznych nie może być przedmiotem protestu.

Ponadto Izba stwierdziła, iż art. 180 ust. 8 ustawy Pzp określa zawartość protestu. Brak wskazanych w nim elementów powoduje, iż są to jedynie braki formalne. A ponieważ Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów, które szczegółowo określono zarówno w proteście, jak i odwołaniu, brak elementu formalnego w postaci ponowienia wniosku o unieważnienie postępowania, a złożonego przez Odwołującego na rozprawie, nie może skutkować jego oddaleniem.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów: art. 22 ust. 2 w związku z art. 29 i art. 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze dokonane ustalenia w przedmiotowym postępowaniu i działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uznała, iż konieczne jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, iż obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Zamawiający bowiem dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 29 ustawy Pzp. Nadto należy podnieść, iż unieważnienie postępowania jest konieczne na tym etapie, a nie byłoby

konieczne, gdyby zamawiający przesunął termin otwarcia ofert do czasu rozstrzygnięcia odwołania.

Skład orzekający Izby, dokonując oceny przywołanych w odwołaniu zarzutów, przede wszystkim w kontekście zarzutu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, oparł się również na przedłożonych przez Strony na rozprawie wydrukach ze stron internetowych dotyczących opisu produktów oferowanych przez firmy działające w przedmiotowej branży, traktując je jak oświadczenia stron. Po zapoznaniu się z ww. materiałami Izba stwierdziła, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał konkretny produkt jednego producenta (Arcoma, a w przypadku detektora Canon). Zamawiający nie wykazał, iż sprzęt produkowany przez innego producenta, niż Arcoma, spełnia jego wymagania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*