

Sygn. akt: KIO 551/12

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2012 r. przez **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Siemens Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Siemens Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zakup wraz z dostawą urządzeń medycznych do radiologii i diagnostyki*.

W dniu 19 marca 2012 r. wykonawca Siemens Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nieutrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia i tym samym uniemożliwił Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Postępowanie Zamawiającego w sposób nieuzasadniony ogranicza uczciwą konkurencję poprzez preferowanie konkretnych rozwiązań technicznych, a nie funkcjonalnych, co nie ma żadnego uzasadnienia w świetle celu, jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Zdaniem Odwołującego, preferujące konkretnego, jednego wykonawcę (w niektórych częściach przedmiotu zamówienia) parametry nie mają bowiem funkcjonalnego i klinicznego uzasadnienia, a dopuszczenie innych rozwiązań pozostałoby bez wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowo-diagnostyczne oferowanego sprzętu, zwiększając tym samym konkurencyjność postępowania. Pomimo iż Odwołujący jest dostawcą innowacyjnych i nowoczesnych technologii w zakresie m. in. diagnostyki obrazowej będącej przedmiotem Postępowania, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż nie może złożyć Zamawiającemu ważnej oferty.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły następujących postanowień SIWZ:

1. Część nr 3 (jednopłaszczyznowy aparat RTG do śródoperacyjnej angiografii cyfrowej)

a) Załącznik nr 12, pkt 4

Zamawiający wymaga dostawy aparatu ze statywem, którego *obszar badania pacjenta bez konieczności przemieszczania go na stole* wynosi co najmniej 195 cm. Jeśli przyjąć zgodnie z logiką i interesem Zamawiającego, że pod pojęciem *obszar badania* rozumie się zakres ruchu statywu nad przepuszczalną dla promieniowania częścią stołu z możliwością wykonywania ruchów statywu w całym zakresie projekcji LAO/RAO, to tak sformułowany wymóg uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Odwołujący wniósł o zmianę warunku granicznego na co najmniej 105 cm. Podniósł, że Zamawiający w pkt 85-100 opisuje chirurgiczny stół pacjenta zintegrowany z angiografem. Obszar badania w przypadku aparatu z takim stołem jest znacznie mniejszy aniżeli w przypadku typowego stołu angiograficznego. Stół chirurgiczny ma mniejszy wysięg (w przypadku stołu, który Odwołujący może zaoferować, jest to 139 cm od strony głowy pacjenta, zaś w przypadku typowego stołu angiograficznego – 224 cm), co ogranicza możliwość wykonywania badania w projekcji P-A (LAO/RAO = 0°). W systemie, który Odwołujący może zaoferować, zakres badania z uwzględnieniem tego ograniczenia wynosi 105 cm.

b) Załącznik nr 12, pkt 29

Zamawiający oczekuje podania czasu gotowości do uzyskania fluoroskopii po restarcie systemu (komputera i generatora) oraz wymaga, by czas ten nie przekraczał 140 sekund. Odwołujący podniósł, że tak sformułowany wymóg uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty i wniósł o dopuszczenie systemu, w którym restart generatora nie jest wykonywany równocześnie z restartem komputera. Odwołujący wskazał, że w przypadku aparatu, który może zaoferować, restartowany jest wyłącznie system cyfrowy. Producent nie przewiduje funkcjonalności restartu generatora poza trybem serwisowym, gdyż z uwagi na konstrukcję aparatu funkcjonalność ta jest zbędna. Co więcej, dzięki takiej architekturze systemu użytkownik ma unikalną możliwość wykonywania prześwietlenia nawet w sytuacji, gdy komputer jest niedostępny (np. w wyniku awarii lub krytycznego błędu oprogramowania). Poprawia to bezpieczeństwo pacjenta i komfort operatora w trakcie zabiegu.

c) Załącznik nr 12, pkt 55

Zamawiający wymaga, aby zaoferowany aparat posiadał funkcjonalność *angiografia peryferyjna całych kończyn z jednego wstrzyknięcia kontrastu z DSA*.

Odwołujący podniósł, że tak sformułowany wymóg uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty i wniósł o usunięcie z SIWZ tego parametru. Podniósł, że wysięg wymaganego w tym postępowaniu stołu chirurgicznego, który może zaoferować, jest mniejszy aniżeli typowego stołu angiograficznego o 85 cm. Do badań kończyn dolnych pacjent musiałby zatem zostać umieszczony w pozycji odwrotnej (tj. nogi w miejscu głowy). Do tego z kolei nie jest przystosowany algorytm badania peryferyjnego, opracowany dla stołu dedykowanego badaniom naczyniowym. Takie badanie na stole chirurgicznym można jednak przeprowadzić ręcznie – również z DSA, ale nie z jednego wstrzyknięcia kontrastu. Wówczas każdy krok odpowiadający wielkości pola widzenia detektora będzie wymagał podania oddzielnej porcji środka kontrastowego.

d) Załącznik nr 12, pkt 89

Zamawiający wymaga dostawy *płyty pacjenta wieloelementowej przeziernej dla promieniowania RTG z możliwością regulacji położenia elementów* i wyznacza minimalną liczbę 5 elementów.

Odwołujący podniósł, że tak sformułowany wymóg uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty i wniósł o zmianę tego wymogu na „minimum 3 elementy”. Podniósł, że producent stołu chirurgicznego, który Odwołujący może zaoferować, zastąpił dotychczas dostępne rozwiązanie, z 5 elementami, nowocześniejszym. Nowa wersja płyty wieloelementowej pozwala na pełną integrację stołu z angiografem i wykorzystanie wielu do tej pory niedostępnych funkcjonalności ramienia C (m. in. automatyczny ruch do zapamiętanej pozycji, możliwość wykonywania angiografii rotacyjnej z rekonstrukcją 3D, system ochrony przed kolizją).

e) Załącznik nr 12, pkt 93

Zamawiający wymaga, aby *dopuszczalne całkowite obciążenie wieloelementowej przeziernej dla promieniowania RTG płyty pacjenta* było nie mniejsze niż 300 kg.

Odwołujący podniósł, że tak sformułowany wymóg uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty i wniósł o jego zmianę na „>180 kg”. Wskazał, że dopuszczalne obciążenie płyty wieloelementowej to 180 kg, natomiast kolumna stołu ma nośność 360 kg, ale dźwiga jeszcze blat i akcesoria.

f) Załącznik nr 12, pkt 138

Zamawiający wymaga, aby aparat USG posiadał automatyczną optymalizację spektrum – przesunięcie linii bazowej i ustawienie skali – jednym przyciskiem.

Odwołujący wniósł o usunięcie tego zapisu, podnosząc, że jest to rozwiązanie stosowane w najwyższej klasie aparatów USG, powodujące znaczne przedrożenie zakupu i ograniczające konkurencję.

g) Załącznik nr 12, pkt 140

Zamawiający wymaga, aby aparat USG posiadał funkcję pracy w trybie wielokierunkowego nadawania i odbierania wiązki ultradźwiękowej z min. 8 kątami ugięcia wiązki.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie 3 kątów, podnosząc, że większe wartości stosowane są w najwyższej klasie aparatów USG, co powodowałoby znacznie wyższe koszty zakupu i ograniczenie konkurencji.

2. Część nr 6 (aparaty przewoźnych RTG tzw. ramię C)

W załączniku nr 18 do SIWZ, pkt 11 Zamawiający wymaga zasilacza wysokiej częstotliwości min. 50 kHz.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie aparatu z generatorem wysokiej częstotliwości pracującym, w zakresie 15-30 kHz. W świetle przepisów dotyczących tych aparatów zdefiniowany jest jedynie generator wysokiej częstotliwości bez parametryzacji tej wartości. Częstotliwość pracy generatora systemu Odwołującego jest tego samego rzędu wielkości, co wymagana przez Zamawiającego. Konkretna wartość częstotliwości nie ma wpływu ani na dokładność ustawiania wartości napięcia fluoroskopii, czy radiografii, ani na żadne inne funkcje kliniczne aparatu. Powszechnie przyjmuje się, że w rentgenodiagnostyce zakres wysokiej częstotliwości, to zakres kilohercowy, a ten warunek aparat, który Odwołujący może zaoferować, spełnia z nadmiarem co najmniej kilkunastokrotnym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania, umożliwiający Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Odwołujący podniósł w odwołaniu również zarzuty dotyczące następujących postanowień SIWZ: część 1 zał. 8 pkt 11, część 3 zał. nr 12, pkt: 38, pkt 42, pkt 58, pkt 122, pkt 130, pkt 139, 145, 152, 166, 172, część 6 zał. 18 pkt: 3 i 19. Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, że w związku z dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ, cofa zarzuty dotyczące ww. postanowień specyfikacji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie rozpatrzyła merytorycznie zarzutów, które – ze względu na dokonaną modyfikację SIWZ – nie zostały przez Odwołującego podtrzymane, ograniczając rozpoznanie sprawy do zarzutów dotyczących postanowień SIWZ zamieszczonych w załączniku nr 12 pkt: 4, 29, 55, 89, 93, 138, 140 oraz w załączniku nr 18 pkt 11.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie dowodowe nie wykazało, aby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Po pierwsze należy wskazać, że tezy odwołania sprowadzają się do twierdzenia, iż opisane przez Zamawiającego wymagania dotyczące sprzętu będącego przedmiotem zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty. Odnosząc się do tak sformułowanych zarzutów Izba podkreśla, że brak jest jakichkolwiek podstaw do utożsamiania niespełniania przez danego wykonawcę opisanych w SIWZ wymagań z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalnym jest, że nie każdy wykonawca prowadzący działalność w określonej branży może złożyć ofertę. Istotą tych postępowań nie jest umożliwienie złożenia oferty wszystkim przedsiębiorcom działającym w danej branży, ale zagwarantowanie racjonalnego wydatkowania środków przy jednoczesnym zapewnieniu jakości odpowiadającej potrzebom zamawiającego. Zdarzają się w postępowaniach przetargowych sytuacje, kiedy ze względu na przedmiot zamówienia i złożone oczekiwania zamawiających, wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia spełnia tylko jeden wykonawca, co samo w sobie nie uzasadnia wniosku o utrudnianiu uczciwej konkurencji. Jeżeli wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, nawet wygórowane, są uzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego, nie można mu zarzucić naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 15 kwietnia 2011 sygn. akt: KIO 680/11, że ograniczenia konkurencji są w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne, a dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych zwiększa się wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać.

Odwołujący, zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie, zmierzał do dostosowania opisu przedmiotu zamówienia do swojej aktualnej oferty handlowej, stwierdzając np. że oferowane przez niego rozwiązania – mimo że inne – są co najmniej tak samo dobre jak rozwiązania opisane w SIWZ. Podkreślić jednak należy, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług. Jest on zatem uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, tak aby dokonane zakupy spełniały oczekiwania. O ile opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie chęcią faworyzowania konkretnego przedsiębiorcy i dyskryminowania innych, wykonawcy nie mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za Zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Zamawiający ma bowiem prawo samodzielnie, bez ingerencji innych podmiotów, określać własne potrzeby. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 lutego 2011 r.

sygn. akt: KIO 233/11, nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ. W niniejszej sprawie Odwołujący próbował określić za Zamawiającego jego potrzeby, wskazując np., że parametry czy funkcjonalność wymagane w SIWZ dotyczą aparatów najwyższej klasy, co zwiększa koszty zamówienia. Takie stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem decyzja co do jakości sprzętu, który ma być przedmiotem zamówienia, jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego.

W niniejszej sprawie Zamawiający przedstawił na rozprawie przekonujące i racjonalne argumenty, uzasadniając opisane w SIWZ wymagania względami prawidłowej i nowoczesnej diagnostyki, rodzajem i specyfiką zabiegów, które będą wykonywane przy pomocy zakupionych urządzeń, potrzebami personelu i pacjentów. W ocenie Izby przedstawiona argumentacja świadczy o tym, że wymagania co do kwestionowanych w odwołaniu parametrów i funkcjonalności sprzętu medycznego nie zmierzały do utrudnienia uczciwej konkurencji, ale do zakupu urządzeń w jak największym stopniu odpowiadających potrzebom prowadzonej przez Zamawiającego działalności diagnostycznej.

Odwołujący podnosił, że wymagania Zamawiającego wskazują na konkretny sprzęt oferowany przez Przystępującego, nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie tej tezy, poprzestając na gołosłownych twierdzeniach. Tymczasem, zgodnie z art. 6 KC oraz 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie wykazał, że urządzenia oferowane przez Przystępującego odpowiadają opisowi zamieszczonemu w SIWZ. Próbował jedynie uprawdopodobnić, że inni wykonawcy nie spełniają wymagań Zamawiającego, co – jak wskazano powyżej – nie może samo w sobie przesądzać o utrudnianiu uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących załącznika nr 12 pkt 4 i 29, Izba wskazuje, że Odwołujący dopiero na rozprawie podniósł brak precyzji opisanych w tych punktach wymagań. Natomiast zarzuty odwołania opierały się na innych tezach, w których nie została podniesiona niejasność opisu, ale brak uzasadnienia dla określonych przez Zamawiającego wymagań. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący, przed wniesieniem odwołania nie skorzystał z zagwarantowanych ustawą narzędzi pozwalających usunąć ewentualne wątpliwości dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w powyższym zakresie. Powyższe wskazuje, że Odwołujący nie miał wątpliwości interpretacyjnych w odniesieniu do tych postanowień SIWZ, ale podważał ich zasadność, co zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: