

**Sygn. akt: KIO 2127/11**

**WYROK**  
**z dnia 12 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez Odwołującego - **"Philips Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki**,

przy udziale Wykonawcy - **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **"Philips Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **"Philips Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - **"Philips Polska" Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa**, na rzecz Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 **Suwałkach**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Suwałkach, 14-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup, dostawę, uruchomienie tomografu komputerowego dla SPSW w Suwałkach wraz z adaptacją istniejących pomieszczeń oraz dostawą sprzętu informatycznego i wdrożenia systemu PACS”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września 2011 roku pod numerem 2011/S 181-294656.

Dnia 30 września 2011 roku wykonawca Philips Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195B; 02-222 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. Opisanu przedmiotu zamówienia poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty firmie Philips.
2. Naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretne rozwiązania a nie funkcjonalność, która prowadzi do osiągnięcia tego samego efektu.
3. Określeniu punktacji za parametry oceniane w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Poprzez wskazane powyżej działania i zaniechania Zamawiający naruszył w szczególności art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów,
- 2) zmiany zasad oceny ofert na podstawie ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest jednym z wiodących dostawców tomografów komputerowych, zaś tak sformułowane postanowienia s.i.w.z. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają mu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

1. IV. PARAMETRY SKANU, parametr 3: „Ilość pełnych obrotów układu lampy detektor w czasie 1 sekundy, 0[obr/s];  $\geq 2,5$  obr/s; Bez oceny”.

Zmiana na:

**IV. PARAMETRY SKANU, parametr 3: „Ilość pełnych obrotów układu lampy detektor w czasie 1 sekundy, 0[obr/s];  $\geq 2,4$  obr/s; Bez oceny”.**

2. IV. PARAMETRY SKANU, parametr 13: Maksymalna długość topogramu: > 160; >185 - 20 pkt; ; >170-5 pkt; >160-0 pkt

Zmiana na:

**IV. PARAMETRY SKANU, parametr 13: Maksymalna długość topogramu: > 160, bez oceny.**

3. VII. STACJA LEKARSKA - nr 2, parametr 3: „Pamięć operacyjna (bez uwzględnienia rozwiązań typu cache) z zapewnieniem pełnego jej wykorzystania przez oprogramowanie analizujące obrazy TK; min. 12 GB; Bez oceny”.

Zmiana na:

**VII. STACJA LEKARSKA - nr 2, parametr 3: „Pamięć operacyjna (bez uwzględnienia rozwiązań typu cache) z zapewnieniem pełnego jej wykorzystania przez oprogramowanie analizujące obrazy TK, podać, bez oceny.**

4. VIII. WARUNKI INSTALACYJNE, parametr 3: „Wymagana moc podłączeniowa [kW]; < 110 kW; Bez oceny.

Zmiana na:

**VIII. WARUNKI INSTALACYJNE, parametr 3: „Wymagana moc podłączeniowa [kW];  $\leq 110$  kW; Bez oceny.**

5. I. WYMAGANIA OGÓLNE, parametr 5/ 6.

Tak sformułowane brzmienie parametrów I.5 i I.6 oraz punktacja są niejednoznaczne i preferujące rozwiązania jednej z konkurencyjnych firm. Przy ewentualnym zaoferowaniu przez firmę Odwołującą się tomografu komputerowego 128-warstwowego, firma ta dostałaby za parametry I.3, I.5 i I.6 tylko 100 pkt. Preferowany przez Zamawiającego wykonawca, przy możliwości rozbudowy systemu wg. parametru I.5 i I.6 również otrzymałby 100 pkt, dostarczając aparat znacznie niższej klasy i z pewnością żądając zapłaty za modernizację, bowiem nie ma wzmianki, iż ta modernizacja jest wymagana w przyszłości i nieodpłatnie. Jest to naruszenie postanowień ustawy Pzp.

**Odwołujący wniósł o doprecyzowanie w tej materii parametrów I.5 i 1.6.**

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 30 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 3 października 2011 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Dnia 6 października 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca GE Medical Systems Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9; 02-583 Warszawa.

Zamawiający, dnia 11 października 2011 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. W przypadku nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający oświadczył, iż uznaje odwołanie w zakresie punktów 1, 3 i 4 odwołania, wnosząc w tym zakresie o umorzenie postępowania, natomiast w zakresie punktów 2 i 4 (parametr 5 i 6) wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastąpienia Zamawiającego przez pełnomocnika, na podstawie załączonej faktury VAT.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest zarówno obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Oznacza to zarazem, że obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zachowując zasady ustawowe, zamawiający może tak opisać przedmiot zamówienia, by mu odpowiadał, a jednocześnie nie godził w zasadę uczciwej konkurencji. Wymogu takiego opisania przedmiotu zamówienia, żeby nie utrudniało to uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z koniecznością istnienia zdolności do realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Jeżeli warunki stawiane przez zamawiającego (a wynikające m. in. z opisu przedmiotu zamówienia) znajdują uzasadnienie w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia, to nie może być przyczyną ich ograniczenia fakt, że nie każdy produkt czy usługa dostępna na rynku może je spełnić. Fakt, że niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego i łatwiej uzyskać lepszą cenę oferty niż innemu wykonawcy, nie może być traktowany, jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odnosząc się szczegółowo do stawianych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie zarzutów odnoszących się do punktów 3 i 4 odwołania, Izba uznała zarzuty powyższe za zasadne. Powyższe wynika w fakcie uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w tych dwóch punktach.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego punktu 1 odwołania, Izba stwierdziła, że Odwołujący stawiając żądanie w zakresie modyfikacji parametru odpowiadającego temu punktowi, sformułował żądanie w taki sposób, iż Zamawiający wypełniając żądanie Odwołującego i tak pozbawia Odwołującego możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe wynika z faktu, iż Odwołujący posiadając wiedzę, co do możliwości technicznych swojego urządzenia powinien tak sformułować żądanie, aby odpowiadało ono parametrom urządzenia, które zamierza zaoferować. Przyjęcie twierdzenia, iż parametr  $\geq 2,4$  będzie stanowił zadośćuczynienie parametrowi  $\geq 2,38$  jest niezasadne. Parametr  $\geq 2,38$  zawsze będzie parametrem gorszym niż  $\geq 2,4$  czy  $\geq 2,40$ , gdyż 2,4 i 2,40 to ta sama wartość.

W zakresie zarzutu dotyczącego punktu 2 odwołania – długości topogramu i punktacji przyznanej temu parametrowi przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba zwraca uwagę, iż Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż tak sformułowany parametr uniemożliwia firmie Philips złożenie ważnej oferty nawet na 64 rzędowy tomograf komputerowy Brillance 64. Jednakże na rozprawie Odwołujący przyznał, że przedmiotem jego oferty może być tomograf komputerowy, którego długość topogramu będzie wynosiła 175 cm. Tym samym zarzut odwołania należało uznać za bezzasadny, a parametr i ocenę ustaloną przez Zamawiającego dla oceny tego parametru za prawidłową, nienaruszającą zasady uczciwej konkurencji. Ponadto punktacja przyznana dla spełnienia tego parametru została opracowana przez Zamawiającego odpowiednio do potrzeb Zamawiającego, kwalifikowanych położeniem szpitala.

Odnosnie zarzutów dotyczących 1. „Wymagań ogólnych” parametry 5 i 6, Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Symulacja oceny punktowej przeprowadzona przez Odwołującego nie potwierdziła obaw o zniżenie wartości punktowej za zaoferowane parametry. W ocenie Izby symulacja punktowa przedstawiona w odwołaniu jest błędna, gdyż nie obejmuje punktacji możliwej do uzyskania w parametrze 3 „Wymagań ogólnych” załącznika Nr 2 do s.i.w.z. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo rozgraniczył, premiuując odpowiednio te parametry, które są dla niego przedmiotowo istotne wskazując, jaki rodzaj urządzenia jest dla niego szczególnie ważny, jaki pragnąłby kupić w wyniku przedmiotowego postępowania.

Stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzące do narzucenia zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i ograniczają zakres swobody w podejmowaniu decyzji związanych z działalnością zamawiającego, nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów.

Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym (vide: wyrok KIO z 26 sierpnia 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1702/10).

Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowe rozstrzygnięcie pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania, tj. nie została wypełniona przesłanka określona przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....