

Sygn. akt: KIO 373/10

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 06-100 Pułusk, ul. Daszyńskiego 2.**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zakład**

Opieki Zdrowotnej, 06-100 Pułusk, ul. Daszyńskiego 2 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TMS Sp. z o.o., 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Pułtuskach prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa tomografu komputerowego.

10 marca 2010 r., pismem z 9 marca 2010 r., TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniósł w formie pisemnej odwołanie. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 9 marca 2010 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i art. 29 ust.1 i 2 ustawy. Wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie modyfikacji siwz w zakresie parametrów wskazanych w odwołaniu, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący wywiódł, że zamawiający dokonując w załączniku Nr 3 do siwz zestawienia parametrów granicznych, w szczególności wprowadzając parametr graniczny w pkt 1)2: Gantry, stół pokrycie anatomiczne skanowanego obszaru, dla obrotu 360° nie mniejsze niż 38mm, uniemożliwia odwołującemu udział w postępowaniu i zaoferowanie najwyższej klasy tomografów komputerowych Aquilion 64 i Aquilion CX 64/128 firmy Toshiba, posiadających detektory o rzeczywistej szerokości 32 mm równoznacznej z pokryciem anatomicznego skanowanego obszaru dla obrotu 360°, umożliwiającymi akwizycję badań z użyciem najcieńszej na rynku tomografów komputerowych warstwy akwizycyjnej (0,5 mm). Wskazał, że stosowanie 0,5-milimetrowej warstwy akwizycyjnej umożliwia uzyskiwanie obrazów najwyższej jakości przy badaniach serca, płuc, kręgosłupa szyjnego czy obwodowego układu kostnego. Z kolei rozmiar detektora (rzeczywista szerokość) jest iloczynem ilości warstw i ich grubości, a producent tomografów z takim detektorem tym bardziej powinien być traktowany na równi z innymi producentami, gdyż dostarcza tomografy umożliwiające wykonywanie badań o jakości przewyższającej opisaną w siwz. Wniósł o zmianę punktu 2. Gantry, stół Załącznika 3 do siwz, tak aby rzeczywista szerokość detektora dla akwizycji warstw submilimetrycznych, tzw. pokrycie anatomiczne skanowanego obszaru, dla obrotu 360° nie była nie mniejsza, niż 32 mm oraz dokonanie stosownych zmian w pozostałych punktach siwz mających związek ze zmianą tego parametru granicznego. Odwołujący podniósł ponadto, że oprogramowanie RIS wymienione w punkcie II.76 załącznika Nr 3.2. do siwz przeznaczone jest do celów administrowania danymi pacjenta (wiek, waga, pesel itp.) i nie jest wyrobem medycznym,

który byłby objęty wymogiem rejestracji w Polsce. Zażądał wykreślenia punktu II.76 z Załącznika nr 3.2. Odwołujący się zarzucił nadto, że wymagany w pkt III.6 załącznika Nr 3.2. do siwz system archiwizacji i dystrybucji obrazów (PACS/WEB) winien być rejestrowany w klasie wyrobów medycznych I, a nie jak chciałby zamawiający w klasie IIa. Wniósł o nadanie pkt III. 6 brzmienia: „System posiada deklarację zgodności CE klasyfikującą oprogramowanie w klasie wyrobów medycznych I, stwierdzającą zgodność z dyrektywą Komisji Europejskiej 93/42/EEC”.

Zamawiający zamieścił treść odwołania na stronie internetowej 11 marca 2010 r..

Pismem z 6 kwietnia 2010 r. zamawiający wniósł odpowiedzi na odwołanie, w której wskazał, że przez wymaganie warstwy poniżej 0,65 mm i szerokości detektora powyżej 38mm wymaga zaoferowania systemu zarówno o wysokiej jakości obrazowania i szerokim zakresie badań a powołane w siwz parametry są szczególnie wne w badaniach angiograficznych oraz kardiologicznych. Podniósł, że wymagana ilość 64 rzędów stanowi parametr minimalny. Zamawiający oświadczył, że czołowi producenci systemów tomografii komputerowej, w tym odwołujący, posiadają aparaty spełniające ustalone wymagania, zatem nie naruszył zasad uczciwej konkurencji. Zarzuty dotyczące systemów RIS raz PACS/WEB zamawiający uznał za bezzasadne. Wskazał, że systemy zarejestrowane w Polsce jako wyrób medyczny oferuje co najmniej kilku liczących się producentów (np. AGFA, Alteris), a dla zaspokojenie potrzeb zamawiającego istotne jest, aby oba programowania pochodziły od tego samego producenta, gdyż są to wyroby najwyższej jakości.

GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie 16 marca 2010 r. (pismem z 15 marca 2010 r.) zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując przesłanki przystąpienia wskazane w art. 185 ust. 2 ustawy. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod numerem 2010/S 42 - 061533 2 marca 2010 r. Całość postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz”, była dostępna na stronie internetowej zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający w załączniku nr 3 do siwz „Zestawienie parametrów technicznych” do żądał, aby przedmiot zamówienia posiadał m. in. następujące parametry i funkcje:

1) Wymagania ogólne

1	Tomograf komputerowy posiadający detektor o minimum 64 rzędach elementów detekcyjnych w osi Z urządzenia, umożliwiający akwizycję minimum 64 warstw submilimetrycznych w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa-detektor	Tak, opisać	
---	--	-------------	--

2) Gantry, stół

2	Rzeczywista szerokość detektora dla akwizycji warstw submilimetrycznych, tzw. pokrycie anatomiczne skanowanego obszaru, dla obrotu 360° nie mniejsze niż 38mm	Tak, podać	
---	---	------------	--

3) Parametry skanu

2	Grubość najcieńszej warstwy przy jednoczesnej akwizycji min. 64 jednakowych warstw mniejsze lub	Tak, podać	
---	---	------------	--

Zamawiający w punkcie II.76 (Radiologiczny system informacyjny (RIS)) w załączniku nr 3.2 do SIWZ (Tabela minimalnych wymagań funkcjonalno - użytkowych) postawił wymóg, aby system RIS zarejestrowany był w Polsce jako wyrób medyczny.

W punkcie III.6 (System archiwizacji i dystrybucji obrazów (PACS/WEB) Załącznika 3.2 (Tabela minimalnych wymagań funkcjonalno - użytkowych) do SIWZ wymagał, aby system posiadał deklarację zgodności CE klasyfikującą oprogramowanie w klasie wyrobów medycznych stwierdzającą zgodność z dyrektywą Komisji Europejskiej 93/42/EEC.

Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania, Izba rozpoznała odwołanie na podstawie przepisów ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia

narażają go na poniesienie szkody – uniemożliwiając udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oceny powyższej Izba dokonała przed zbadaniem zarzutów odwołania, uznając, że de lege lata, tak jak w poprzednim stanie prawnym, ocena spełniania przesłanki art. 179 ust. 1 ustawy warunkuje zaistnienie materialno prawnej przesłanki umożliwiającej merytoryczne rozpoznanie zarzutów odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 ustawy. Przywołany przepis stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie, odwołujący nie wywodził, że w dokonanym przez zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia nie została uwzględniona któraś z przesłanek art. 29 ust. 1 ustawy, zatem zamawiający nie dopuścił się jego naruszenia.

Istota zarzutu odwołania oparta jest na podnoszonym naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący na rozprawie wywodził, że w celu spełnienia wymagań zamawiającego może zaoferować wyłącznie tomograf, o wyższych parametrach, co wobec przyjętych kryteriów oceny ofert, faktycznie czyni uzyskanie zamówienia faktycznie niemożliwym.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Podkreślić należy, że w odwołaniu odwołujący podnosił wyłącznie, że postanowienia siwz uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, nie odnosił się też w żaden sposób, do kryteriów oceny ofert.

Rozpoznając odwołanie w granicach określonych art. 192 ust. 7 ustawy, stwierdzić należy, przede wszystkim, że wskazywane jako podstawa zarzutów odwołania okoliczności faktyczne nie odpowiadają ustaleniom wynikającym ze złożonych na rozprawie oświadczeń.

Zgodne twierdzenia zamawiającego i przystępującego wskazują, że warunkom siwz odpowiadają tomografy wszystkich liczących się na rynku producentów, t. j. firm Phillips, Siemens, GE oraz odwołującego, zaś systemy RIS oraz PACS/WEB spełniające wymagania zamawiającego oferowane są przez kilku producentów. Odwołujący twierdzeniom tym nie zaprzeczył, nie podniósł również, ani nie udowodnił, mimo że ciężar zaistnienia ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonany opis przedmiotu zamówienia spoczywa na nim (art. 190 ust. 1 ustawy), że dostęp do wymaganego oprogramowania lub jego implementacja dla urządzenia odpowiadającego opisowi tomografu dokonanego w siwz jest utrudniona.

Izba uznała zatem twierdzenia o możliwości zaoferowania przez odwołującego urządzenia i oprogramowania spełniającego wymagania zamawiającego za nie budzące wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 190 ust. 5 *in fine* ustawy) a zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy za nieudowodnione.

Już choćby z tego względu odwołanie należało oddalić.

Posiłkowo jedynie wskazać należy na ukształtowany w orzecznictwie Izby oraz poparty orzeczeniami sądów okręgowych pogląd, zgodnie z którym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem zasad ustawowych nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Poglądowi temu Izba dała wyraz m. in. w wyroku z dnia 17 stycznia 2008 r.. sygn. Akt KIO/UZP 80/07 podtrzymanym w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt: X Ga 25/08 (niepubl.). W przywołanym wyroku Izba stwierdziła, że „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców.”

Skoro niesporne jest, że co najmniej czterej dostawcy tomografów, w tym odwołujący spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz, to nie można stwierdzić, że uczciwa konkurencja została ograniczona.

To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb. Nie można absolutyzować art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż realizacja zakazu ograniczenia uczciwej konkurencji nie może doprowadzić do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który eliminowałby różnice między produktami oferowanymi poszczególnych wykonawców oraz odbierał zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści siwz umożliwiającego dokonanie wyboru spośród produktów różnych wykonawców, takiego, który najbardziej odpowiada jego indywidualnym potrzebom. Również dopuszczalne jest żądanie przez zamawiającego, zwłaszcza w sytuacji istnienia konkurencji w tym segmencie rynku, oprogramowania o najwyższych standardach jakościowych, potwierdzonych żądanym certyfikatem.

Z faktu, że inni zamawiający – jednostki służby zdrowia są użytkownikami tomografu, który zaoferowałby odwołujący, gdyby zamawiający zmienił postanowienia siwz zgodnie z żądaniami odwołania, nie wynika zobowiązanie każdego zamawiającego – jednostki służby zdrowia - do umożliwienia zaoferowania takiego urządzenia, w każdym postępowaniu. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dokonał wyboru pomiędzy licznymi parametrami, za pomocą których można scharakteryzować tomograf, umożliwiając udział w postępowaniu wszystkim liczącym się producentom oraz osiągnięcie celu, jakim jest uzyskanie najbardziej satysfakcjonujących w danym obszarze badań.

Jednocześnie podnieść należy, zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 3 września 2009 r. sygn. akt 1081/09, że wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego, jakie parametry mają dla niego charakter istotny, podlegający ocenie celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. W przywołanym orzeczeniu, Izba stwierdziła również, że "Takie działanie wykonawcy prowadzi do próby ukształtowania warunków opisu przedmiotu zamówienia w sposób dogodny dla wykonawcy, dający jemu możliwość uwzględnienia w punktacji akurat takich parametrów i właściwości, którymi charakteryzuje się produkowany przez niego, czy dystrybuowany produkt."

Podnieść też należy, że dla stwierdzenia uchybienia przepisowi art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, nie wystarczy jedynie opisanie konkretnego działania, czynności, ale również niezbędnym jest wykazanie niezgodności z prawem wskazanego działania lub zaniechania.

Skoro opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 2 ustawy, to tym bardziej zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy. Izba uwzględniła koszty zamawiającego poniesione z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości 3.599 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.)