Sygn. akt: KIO/UZP 423/08

WYROK
z dnia 16 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Członkowie: **Luiza Łamejko**

Ewa Marcjoniak

Protokolant: **Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 maja 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **105 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Domańskiego 2, 68-200 Żary** protestu z dnia **22 kwietnia 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **105 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Domańskiego 2, 68-200 Żary**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SIEMENS Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**

2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **105 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Domańskiego 2, 68-200 Żary** na rzecz **SIEMENS Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty zastępstwa prawnego;

3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **SIEMENS Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**

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

Zamawiający, 105 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Żarach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wraz z montażem dwugłowicowej gamma kamery SPECT, dostawę miernika aktywności promieniowania, wykonanie prac budowlanych związanych ze wzmocnieniem stropu pod gamma kamerę. W dniu 8 kwietnia 2008r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 68-091758. W tym samym dniu nastąpiła publikacja ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 22 kwietnia 2008r. pismem z dnia 22 kwietnia 2008r. Odwołujący Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł protest, dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucił Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych w sposób, który narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Odwołujący wskazał w proteście na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp Odwołujący wniósł w proteście o dokonanie modyfikacji siwz w zakresie wszystkich podniesionych w proteście parametrów, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł w proteście, iż dobór przez Zamawiającego parametrów technicznych dwugłowicowej gamma kamery SPECT powoduje, że jedynym urządzeniem spełniającym wszystkie wymogi siwz jest gamma kamera Sprint DH-V firmy Mediso (Załącznik nr 5 do siwz Specyfikacja parametrów technicznych dwugłowicowej gamma kamery SPECT"). Odwołujący wniósł o zmianę parametrów w zakresie:

a) Gantry i łóżko pacjenta – (pkt 5) maksymalne obciążenie łóżka pacjenta [kg] z wartości min. 200 kg. na <= 180 kg, Detektory – (pkt 10) liczba fotopowielaczy z wartości „równa 55" na >= 55, (pkt 11) wewnętrzna zdolność rozdzielcza (FWHM) UFOV [mm] z wartości 3,8 mm na <= 4,0 mm; (pkt 15) systemowa rozdzielczość przestrzenna z kolimatorem LEHR [mm] z wartości „<= 7,4 mm" na <= 8,0 mm; (pkt 16) rozdzielczość po rekonstrukcji SPECT centralnie, radialnie i tangencjalnie (wszystkie wartości) [mm] z wartości „< 11 mm" na <= 12,0 mm;

b) Kolimatory - (pkt 21) LEGP (niskoenergetyczny ogólnego zastosowania) – dopuszczenie skrótu nazwy kolimatora LEAP ;

c) Oprogramowanie - (pkt 28) oprogramowanie typu „Image Recovery" – poprawienie omyłki pisarskiej w nazwie oprogramowania „Image Resolution Recovery".

Odwołujący w uzasadnieniu protestu wskazał, że wnioskowane przez niego parametry są typowe dla oferowanych przez wielu producentów gamma kamer. Ponadto zdaniem Odwołującego większa cześć tych parametrów nie ma większego znaczenia diagnostycznego lub funkcjonalnego.

Odwołujący podniósł także, że dobór przez Zamawiającego parametrów technicznych „miernika aktywności promieniowania" (Załącznik nr 6 do siwz „Specyfikacja parametrów technicznych miernika aktywności promieniowania") powoduje, że jedynym urządzeniem spełniającym wymagania siwz jest miernik aktywności promieniowania firmy Biodex, której dystrybutorem w Polsce jest firma Mediso. W uzasadnieniu Odwołujący podał, że opis przedmiotu zamówienia nie definiuje niektórych zakresów minimalnych lub maksymalnych.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r. Zamawiający uwzględnił częściowo protest. Zamawiający oddalił protest w zakresie parametrów Gantry i łóżko pacjenta – (pkt 5) maksymalne obciążenie łóżka pacjenta [kg] min. 200 kg., Detektory – (pkt 11) wewnętrzna zdolność rozdzielcza (FWHM) UFOV [mm] 3,8 mm; (pkt 15) systemowa rozdzielczość przestrzenna z kolimatorem LEHR [mm] <= 7,4 mm; (pkt 16) rozdzielczość po rekonstrukcji SPECT centralnie, radialnie i tangencjalnie (wszystkie wartości) [mm] < 11 mm;

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, że wymagane parametry przekładają się na jakość wykonywanych badań SPECT. Przedmiotowe postępowanie ma na celu zakup urządzeń umożliwiających wykonywanie badań najlepszej jakości, w tym badań pacjentów o wadze przekraczającej 180 kg.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 5 maja 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzut zawarty w proteście, dotyczący parametru maksymalnego obciążenia łóżka pacjenta i w tym względzie naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście, a ponadto wskazał, że jest jednym z czołowych dostawców gamma kamer SPECT do szpitali wojskowych w Europie oraz NATO i z jego doświadczeń wynika, że parametr nośności nie wpływał na decyzję o wyborze urządzenia. Zdaniem Odwołującego nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego o krótkowzroczności i nieracjonalności ekonomicznej decyzji o dopuszczeniu modyfikacji siwz w tym zakresie oraz że spełnienie wymogu dopuszczalnego minimalnego obciążenia łóżka na poziomie min. 200 kg w pełni zabezpieczy sytuacje, gdy pacjent waży ponad 180 kg. ponieważ jest to niemożliwe. Ponadto wymaganie Zamawiającego nie jest podyktowane względami użytkowymi ani też diagnostycznymi, lecz stanowi mechanizm ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu, naruszając zasadę równości i konkurencyjności postępowań.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadą Prawa zamówień publicznych jest, iż określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zawsze decyzję zamawiającego. Prawem zamawiającego i zarazem jego obowiązkiem jest ocena własnych potrzeb i dokonanie zamówienia zgodnie z tymi potrzebami. Zatem określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno zostać dokonane stosownie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Swoboda

zamawiającego w powyższym zakresie ulega jednak ograniczeniom zawartym w przepisie art. 29 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia powinien być dokonany w sposób obiektywny i nieutrudniający uczciwej konkurencji, nie może zawierać sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób. Dyskryminacja wykonawców następuje także w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 5 do siwz pt. Specyfikacja parametrów technicznych Dwugłowicowej gamma kamery SPECT pkt 5) parametr „maksymalne obciążenie łóżka pacjenta [kg]" wskazując jako wymagany warunek graniczny „min. 200 kg".

Izba uznała, że samo nie użycie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametru „typowego" dla oferowanych przez wielu producentów gamma kamer nie jest działaniem sprzecznym z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Jednakże Izba wzięła pod uwagę, że w toku postępowania Zamawiający nie wykazał skutecznie, że wymaganie w zakresie maksymalnej nośności łóżka pacjenta jest podyktowane względami użytkowymi lub też diagnostycznymi. Jak wyjaśnił Zamawiający przedmiotowe postępowanie ma na celu zakup urządzeń umożliwiających wykonywanie badań lepszej jakości, niż wykonywane dotychczas przy użyciu urządzenia będącego w użyciu od ok. 20 lat. Zamawiający wskazał ponadto, że w związku z tendencją wzrostową zjawiska otyłości w społeczeństwie, urządzenie ma zapewnić wykonywanie badań pacjentów o wadze przekraczającej 180 kg. Podał jednocześnie, iż w ostatnim okresie kilku lat rocznie trafia do szpitala zaledwie kilku (ok. 5) pacjentów o wadze przekraczającej 180 kg. Zamawiający nie udowodnił, że pacjenci tacy wymagają w każdym przypadku badania gamma kamerą SPECT. Ponadto wymaganie w zakresie nośności łóżka pacjenta min. 200 kg. w stosunku do 180 kg z pewnością nie zabezpieczy przypadków konieczności wykonania badań pacjentów o wadze przekraczającej 200 kg, które również mogą występować coraz częściej w naszym społeczeństwie.

Izba wzięła pod uwagę, iż Zamawiający nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż wskazując wymaganie 200 kg jako minimalne w zakresie maksymalnej granicy wytrzymałości obciążenia łóżka pacjenta postawił wymóg, uwzględniający tolerancję, realny do spełnienia. Zamawiający bowiem nie wykazał, iż są na rynku obecne gamma kamery

o nośności łóżka przekraczającej wskazany w specyfikacji jako minimalny parametr graniczny 200 kg.

Zamawiający nie wykazał zatem skutecznie, iż przedmiotowe wymaganie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a zatem że wyłącznie produkt o wskazanym parametrze pozwala na realizację potrzeb Zamawiającego w postaci zapewnienia obsługi mieszkańców rejonu województwa w zakresie badań gamma kamerą SPECT.

Zważywszy powyższe okoliczności należało uznać, że przedmiotowy parametr ogranicza w sposób nieuzasadniony krąg potencjalnych wykonawców zamówienia do dostawców urządzenia, które spełni zawarty w siwz warunek techniczny, co stanowi działanie Zamawiającego wbrew zasadzie uczciwej konkurencji.

Odwołujący twierdząc, że określenie przez Zamawiającego parametru dwugłowicowej gamma kamery SPECT dotyczącego maksymalnego obciążenia łóżka pacjenta na tym poziomie powoduje, że jedynym urządzeniem spełniającym wymogi siwz jest gamma kamera Sprint DH-V firmy Meliso, nie udowodnił tego faktu w toku rozprawy. Również Zamawiający nie wykazał skutecznie, iż dwugłowicowe gamma kamery SPECT z łóżkiem o nośności min. 200 kg są produkowane przez więcej niż jednego producenta, a zatem parametr graniczny nośności łóżka pacjenta określony przez Zamawiającego spełnia więcej niż jeden konkretny produkt. Załączona przez Zamawiającego do protokołu ulotka firmy Siemens Sp. z o.o. dotyczyła gamma kamery SPECT CT, które to urządzenie nie stanowi przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast gamma kamera SPECT produkowana przez Philips według wyjaśnień odwołującego nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących parametru w zakresie jednorodności pola. Zamawiający nie przedstawił dowodu przeciwnego na tę okoliczność.

Izba wzięła pod uwagę oświadczenie Odwołującego zawarte w odwołaniu i powtórzone na rozprawie, że dotychczasowe doświadczenie firmy Siemens Sp. z o.o. jako jednego z czołowych dostawców gamma kamer SPECT do szpitali wojskowych w Europie i NATO wskazuje, że parametr nośności łóżka pacjenta nie miał wpływu na decyzję zamawiających o wyborze urządzenia. Natomiast w przypadkach, gdy miał znaczenie dla zamawiającego był wykorzystany w ramach kryterium oceny ofert.

W ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ustalenie przez Zamawiającego w siwz wymogu technicznego dotyczącego maksymalnego obciążenia łóżka pacjenta na poziomie min. 200 kg. w przedmiotowym postępowaniu stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji, stosownie do treści przepisu ust. 2 ww. artykułu. Izba uznała jednocześnie za nie udowodniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu ust. 1 ww. artykułu, zważywszy, że Odwołujący nie wskazał w proteście i odwołaniu, jak również w trakcie rozprawy okoliczności na potwierdzenie zasadności zarzutu dotyczącego nie dokonania

przez Zamawiającego opisania przedmiotu 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.

W konsekwencji naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba uznała, iż Odwołujący wykazał także naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba nie stwierdziła okoliczności, stanowiących przesłanki unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp,

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 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. 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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

_____

* *niepotrzebne skreślić*