

WYROK

z dnia 23 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 8 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa aparatury oraz sprzętu medycznego* (nr postępowania DZP.271-400/2014) prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** przy udziale wykonawcy: **CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego – TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – Szpitala Specjalistycznego im. Ludwika Rydygiera w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 4170 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania

1

Sygn. akt KIO 43/15

odwoławczego – uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 43/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa aparatury oraz sprzętu medycznego* (nr postępowania DZP.271-400/2014).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_249-441214 z 27 grudnia 2014 r., z tym że 29 grudnia 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.rydygierkrakow.pl}, na której udostępnił

również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 stycznia 2015 r. Odwołujący: TIMKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „Timko”} wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dla pakietu nr 3 – mammografu cyfrowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1, 2 i 3 – przez wprowadzenie szeregu warunków, które uprzywilejowują Siemens lub dystrybutorów mammografów tego koncernu, a praktycznie takie sformułowanie tych warunków, że możliwe jest zaoferowanie tylko jednego określonego typu produktu.
2. Art. 7 ust. 1 pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków technicznych opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ dla pakietu nr 3 w następujący sposób:

1. Generator wysokiego napięcia, pkt 173 – zmianę warunku granicznego na: *Min. 500 mAs*.
2. Lampa RTG, pkt 177 – wykreślenie tego punktu.
3. Lampa RTG, pkt 182 – zmianę warunku granicznego na: *Min 800 kHU*.

3

Sygn. akt KIO 43/15

4. Statyw mammograficzny, pkt 194 – zmianę warunku granicznego na: *Min 70-140 cm*.
5. Statyw mammograficzny, pkt 196 – zmianę warunku granicznego na: *min. 350 stopni*.
6. Konsola technika – stacja akwizycyjna, pkt 223 – wykreślenie wymogu posiadania funkcji *pomiaru kąta*.
7. Konsola technika – stacja akwizycyjna, pkt 227 – wykreślenie tego punktu.
8. Konsola technika – stacja akwizycyjna, pkt 229 – zmianę warunku granicznego na: *min. +1-7 stopni*.
9. Wymagania dodatkowe, pkt 247 – wykreślenie tego punktu.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania {numeracja wg systematyki żądań}.

{ad 1} generator wysokiego napięcia, pkt 173

Odwołujący podał, że wprowadzono tu warunek graniczny dla maksymalnej wartości ekspozycji na poziomie 600 mAs.

Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia dla wprowadzenia warunku granicznego na poziomie 600 mAs. Nie są znane publikacje wskazujące na to, że w mammografii konieczne jest stosowanie tak dużych wartości ekspozycji. Natomiast zastosowanie w oferowanym przez Odwołującego aparacie detektor o podwyższonej czułości umożliwia pracę z mniejszymi parametrami ekspozycji, a tym samym z mniejszymi dawkami promieniowania.

{ad 2} lampa RTG, pkt 177

Odwołujący podał, że wprowadzono tu wymóg lampy z anodą wykonaną z dwóch różnych materiałów.

Odwołujący zarzucił, że preferowanie anody wykonanej z dwóch różnych materiałów jest przykładem preferowania rozwiązania koncernu Siemens, który stosuje takie lampy (o anodzie molibdenowej i wolframowej).

Odwołujący dodał, że w technologii cyfrowej opartej na detektorze selenowym optymalnym rozwiązaniem jest stosowanie anody wolframowej (tj. jednomateriałowej). Inne rozwiązania prowadzą do zwiększenia dawki promieniowania. Ponadto anoda dwumateriałowa charakteryzuje się gorszymi parametrami termicznymi i jest przez to mniej wydajna.

{ad 3} lampa RTG, pkt 182

Odwołujący podał, że punkt ten określa minimalną wartość pojemności cieplnej lampy na poziomie 1500 kHu.

Zdaniem Odwołującego wprowadzenie wymogu bardzo dużej pojemności cieplnej lampy lub kołpaka wiąże się ściśle ze stosowaną w aparacie Siemens lampą o małej

4

Sygn. akt KIO 43/15

pojemności cieplnej anody. Natomiast większość producentów stosuje lampy o dużej pojemności cieplnej anody i duża pojemność cieplna kołpaka z lampą nie jest wtedy wymagana. Odwołujący dodał, że lampy o dużej pojemności cieplnej anody cechują się większą niezawodnością.

Odwołujący wnioskował o dopuszczenie takiego rozwiązania równoważnego.

{ad 4} statyw mammograficzny, pkt 194

Odwołujący podał, że określono tu minimalny zakres ruchu głowicy w pionie.

Według Odwołującego wnioskowany przez niego zakres 70-140 cm jest wystarczający dla przeprowadzania badań w całej populacji pacjentek oraz w przypadku pacjentek na wózkach inwalidzkich. A rozszerzanie tego zakresu nie ma uzasadnienia merytorycznego.

{ad 5} statyw mammograficzny, pkt 196

Odwołujący podał, że określono tu minimalny zakres kąta obrotu ramienia.

Odwołujący podniósł, że wprowadzone w oferowanym przez niego urządzeniu ograniczenie zakresu kąta obrotu ramienia do 350 stopni ma uzasadnienie merytoryczne. Jest to związane z tym, że w każdej pozycji jest możliwe wykonywanie badania stereotaktycznego które wymaga dodatkowego obrotu głowicy o kolejne 15 stopni. Biopsja i tomosynteza są możliwe również w pozycji odwróconej.

{ad 6} konsola technika – stacja akwizycyjna, pkt 223

Odwołujący stwierdził, że w mammografii nie wykonuje się pomiarów kąta, gdyż badana piers jest uciśnięta, w związku z tym jest odkształcona i żadne kąty nie są zachowane.

{ad 7} konsola technika – stacja akwizycyjna, pkt 227

Odwołujący podał, że ograniczono tu możliwość wprowadzenia łączenia pikseli podczas akwizycji obrazu.

Odwołujący sprecyzował, że wnosi o dopuszczenie możliwości łączenia pikseli podczas akwizycji (przy obniżeniu rozdzielczości), gdyż takie rozwiązanie, wprowadzone w oferowanym przez niego aparacie, umożliwia wykonanie badania tomo bez zwiększania dawki promieniowania, co nie jest możliwe do osiągnięcia w urządzeniach Siemens. Według Odwołującego słuszność wybranego przez niego rozwiązania potwierdzają badania kliniczne oraz to, że aparat taki jest stosowany w badaniach przesiewowych piersi.

{ad 8} konsola technika – stacja akwizycyjna, pkt 229

Odwołujący podał, że wprowadzono tu wymóg, aby zakres skanu tomosyntezy wynosił minimum +/- 12 stopni.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone przez Zamawiającego kryterium nie ma uzasadnienia merytorycznego, gdyż im większy kąt, tym dłuższy czas badania oraz mniejsze

5

Sygn. akt KIO 43/15

pole widzenia. Lepszym rozwiązaniem jest praca przy mniejszych kątach obrotu.

{ad 9} inne, pkt 247

Odwołujący podał, że wprowadzono tu wymóg zrzutu danych poprzez protokół HL7.

Odwołujący podniósł, że naturalnym protokołem wymiany danych dla urządzeń diagnostycznych jest protokół DICOM 3.0. Przy jego pomocy jest możliwe wysłanie wszystkich niezbędnych danych. Według Odwołującego wprowadzenie dodatkowego wymogu w zakresie HL7 nie ma uzasadnienia merytorycznego i ma na celu ograniczenie stosowania rozwiązań równoważnych.

Odwołujący podsumował powyższe zarzuty, stwierdzając, że Zamawiający wprowadził szereg warunków granicznych w techniczno- zakresie parametrów eksploatacyjnych urządzenia. Dokonując doboru tych parametrów i ich wielkości granicznej

nie kierował się rzeczywistą wartością diagnostyczną aparatu i jego funkcjonalnością. Celowo wręcz wprowadził wymogi uniemożliwiające oferowanie aparatów bardziej zaawansowanych technicznie, stosujących rozwiązania umożliwiające zmniejszenie dawki promieniowania i skracające czas badania. Doprowadziło to do sytuacji, w której nie jest możliwe złożenie oferty na aparat o równoważnych albo i lepszych cechach funkcjonalnych. Prowadzi to wprost do nieuzasadnionej preferencji wykonawcy oferującego produkty koncernu Siemens w stosunku do innych wykonawców.

23 stycznia 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie {pismo datowane na 22 stycznia 2015 r.}, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający powołał się na wstępie na to, że opis przedmiotu zamówienia może spowodować odrzucenie oferty, stąd ustawodawca kładzie szczególny nacisk na zachowanie w tym zakresie uczciwej konkurencji. Odzwierciedleniem tego są przepisy zawarte w art. 29 - 31, z uwypukleniem w art. 29 ust. 2 (ale też ust. 1 i ust. 3), iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję {*Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, Jerzy Pieróg, 2015}.

Zdaniem Zamawiającego treść odwołania w żaden sposób nie wykazuje (wręcz wydaje się, że Odwołujący w ogóle nie zamierza niczego wykazywać), że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, ani też, że opis mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, gdyż nie wystarczy samo sformułowanie takiego zarzutu.

Według Zamawiającego Odwołujący przedstawił wyłącznie zestaw lakonicznych i niejednoznacznych twierdzeń, z których część być może nawet dotyczy produktu koncernu Siemens, niemniej jednak jeżeli tak jest, nie sposób nawet stwierdzić o jaki produkt chodzi

6

Sygn. akt KIO 43/15

(rzekomo przecież określonego typu). Co istotniejsze, nie sposób również na podstawie takich wypowiedzi potwierdzić, że sformułowanie warunków faktycznie wyklucza wszelkie inne podmioty, poza koncernem Siemens lub jego dystrybutorami.

Następnie Zamawiający zajął następujące stanowisko odnośnie zakwestionowanych parametrów:
{ad pkt 173}

Bez znaczenia jest, że Odwołujący nie zna publikacji wskazujących na to, że w mammografii konieczne jest stosowanie tak dużych (600 mAs) wartości ekspozycji, a to wobec faktu niewykazania, że taki parametr jest możliwy do spełnienia wyłącznie przez koncern Siemens.
{ad pkt 177}

Odwołujący informuje, że warunek to przykład na preferowanie koncernu Siemens. Nie wykazuje jednak, że inni producenci nie spełniają takiego warunku.
{ad pkt 182}

Odwołujący wprost posługuje się tu zwrotem – większość producentów, i bynajmniej nie twierdzi, że mniejszość to wyłącznie koncern Siemens. Jeśli więc istnieje mniejszość, która jest w stanie spełnić taki warunek, nie sposób uznać, że naruszenie prawa ma miejsce. Nie bez znaczenia jest jednak to, że Odwołujący nie przedstawiając żadnych dowodów, uniemożliwia weryfikację zasadności twierdzenia.
{ad pkt 194}

Ten pkt to przykład niefrasobliwości w formułowaniu zarzutów i ich uzasadnień. Po pierwsze, tego typu kwestie z powodzeniem można rozwiązywać poprzez instytucję pytań. Po drugie, brak jakiegokolwiek związku pomiędzy propozycją odwołującego a zarzutem preferowania określonego typu produktu koncernu Siemens. Brak wreszcie dowodu na to, że zakres 70 - 140 jest wystarczający dla całej populacji pacjentek oraz pacjentek na wózkach inwalidzkich.
{ad pkt 196, 223 i 247}

Jak wyżej.

Zamawiający dodał, że również podsumowanie odwołania zawiera wyłącznie nieudowodnione (wręcz nieuzasadnione), gołosłowne twierdzenia, tymczasem art. 190 ust. 1 pzp w sposób wyraźny nakłada na uczestników postępowania obowiązek wskazywania

dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zamawiający powołał się na to, że w przypadku zobiektywizowanych potrzeb dopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, w którym sprecyzowane istotne wymagania ograniczają liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tytko producenta. W takim wypadku celem takiego opisu przedmiotu zamówienia nie jest preferowanie

7

Sygn. akt KIO 43/15

określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego produktu odpowiadającego jego potrzebom. Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych i jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia, trudnych bądź wręcz niemożliwych do spełnienia przez danego wykonawcę, nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim umożliwić dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Podkreślenia również wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat sprzętu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności. Wymaga także podkreślenia, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych prowadzące do podporządkowania dokonywanych zamówień wyłącznie interesom wykonawców i tym samym narzucenie zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, prowadziłoby do utrudnienia prowadzenia działalności, a także realizacji wyznaczonych zadań, nie dając pogodzić się z podstawowym celem ustawodawcy wyrażonym w przywołanych przepisach. {sygn. akt KIO/UZP 1848/09}

Zamawiający podsumował, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, działając na podstawie ustawy pzp, wyspecyfikował przedmiot zamówienia przez podanie niezbędnych wymagań technicznych i funkcjonalnych, nie wskazując ani znaków towarowych, ani konkretnych produktów lub producentów. Obiektywnym uzasadnieniem dla określenia spornych warunków granicznych są wyłącznie potrzeby kliniczne Zamawiającego.

Pismem z 13 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował, że 9 stycznia 2015 r. przekazał drogą elektroniczną zawiadomienie o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania, a także zamieścił je na swojej stronie internetowej.

12 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło, w formie pisemnej, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez CONSULTRONIX S.A. z siedzibą w Krakowie {spółkę zwaną również

8

Sygn. akt KIO 43/15

dalej w skrócie „Conultronix”).

Wobec dokonania zgłoszenie w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła,

aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Przystępujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania (ogłoszenie o zamówieniu i s.i.w.z.)

Izba, co do zasady, nie dopuściła dowodów zgłoszonych przez Odwołującego i Zamawiającego, w postaci wydruków w języku angielskim, gdyż zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia

9

Sygn. akt KIO 43/15

ich tłumaczenie na język polski.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostawa do siedziby Zamawiającego aparatury oraz sprzętu medycznego, w tym w ramach części nr 3 zamówienia (zwanej również „pakietem nr 3” – mammografu cyfrowego. Został on opisany w tabeli znajdującej się w załączniku nr 1 do s.i.w.z., zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, za pomocą szeregu wymagań granicznych, zamieszczonych w pkt od 166 do 255, usystematyzowanych wg. następującego podziału: wymagania ogólne (pkt od 166 do 168), generator wysokiego napięcia (pkt od 169 do 175), lampa RTG (pkt od 176 do 185), funkcje automatyczne i obsługiwane ręcznie (pkt od 186 do 191), statyw mammograficzny (pkt od 192 do 204), detektor cyfrowy (pkt od 205 do 213), konsola technika – stacja akwizycyjna (pkt od 214 do 232), stanowisko obrazowo-opisowe dla radiologa (pkt od 233 do 241), wymagania dodatkowe (pkt od 242 do 259).

Wśród tych parametrów wymaganych znajdują się parametry objęte zarzutami odwołania, których opis został adekwatnie zrelacjonowany w uzasadnieniu odwołania. Uzupełnienia jedynie wymaga, że:

- w pkt 194 zakres ruchu głowicy został określony jako min. 70 – 150 cm (wysokość powierzchni stolika od podłogi;
- w pkt 196 zakres obrotu głowicy został określony jako min. 360° ;
- w pkt 227 parametr został opisany w następujący sposób: *Rozdzielczość zdjęć używanych do sporządzenia rekonstrukcji wolumetrycznej 3D (tomosyntezy) taka sama jak rozdzielczość zdjęć mammograficznych 2D (nie dopuszcza się łączenia pikseli).*

{załącznik nr 1 do s.i.w.z.; okoliczności niesporne}

Aktualnie na rynku cyfrowych mammografów występują urządzenia co najmniej następujących producentów: Fuji, General Electric, Giotto, Hologic, Philips i Siemens.

Z wyjątkiem Hologic i Philips pozostali producenci mają w swojej ofercie urządzenia, które spełniają parametr z pkt 227 (przytoczony powyżej) oraz 229 (zakres skanu tomosyntezy min. +/- 12°).

{zestawienie złożone przez Przystępującego; pkt 229 w tabeli przedstawionej przez Odwołującego; okoliczność niesporna}.

W trzywymiarowym liniowym modelu tomosyntezy piersi (...) *Zwiększenie kąta skanu poprawia funkcję MTF przy niskich częstotliwościach, czego rezultatem jest lepsza detekcja*

10

Sygn. akt KIO 43/15

dużych, niskokontrastowych zmian typu masa w fantomie. Dla trybu z łączeniem pikseli zaobserwowano zmniejszenie szumów kosztem zmniejszenia rozdzielczości i odwrotnie dla trybu pracy w pełnej rozdzielczości, a wybór trybu pracy detektora może zależeć od dawki oraz poszukiwanych zmian.

{tłumaczenie streszczenia artykułu z *Medical Physics*, 2009 r.}

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie zamierza się ubiegać, a także może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż może to rzutować na możliwość uzyskania przez niego tego zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania w pierwszej kolejności Izba zważyła, że choć na wstępie odwołania wskazano również na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 3 pzp, odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności dotyczących naruszenia tych przepisów. Z odwołania nie wynika zatem na czym miałyby polegać uchybienie przez Zamawiającego obowiązкови opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań o okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W odwołaniu nie podano również w jaki sposób Zamawiający miałby naruszyć zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyłączeniem sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Już z odwołania natomiast wynika, że do opisu przedmiotu zamówienia nie użyto takich określeń.

Z tych względów Izba stwierdziła, że wszystkie sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania zarzuty dotyczą naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, przy czym chodzi tu o tzw. pośrednie ograniczenie konkurencji, gdyż niesporne było, że w opisie przedmiotu zamówienia nie odwołano się do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób,

11

Sygn. akt KIO 43/15

który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi konkretyzację na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp generalnej zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający przestrzeganie uczciwej konkurencji.

Przedmiotem sporu było 9 objętych zarzutami odwołania parametrów, które zdaniem Odwołującego ograniczają, a wręcz wyłączają konkurencję, gdyż możliwe jest zaoferowanie wyłącznie mammografów cyfrowych marki Siemens.

Z art. 190 ust. 1 pzp wynika, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co obejmuje również dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony

przeciwnej, przy czym dowody takie mogą być przedstawiane aż do zamknięcia rozprawy.

Izba zważyła, że ponieważ Odwołujący wykazał zupełny brak skutecznej inicjatywy dowodowej, zarzuty zawarte w odwołaniu pozostały nieudowodnionymi twierdzeniami, a w konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu. Należy zaznaczyć, że choć przyjmuje się w orzecznictwie, że w odniesieniu do naruszenia art. 29 ust. 2 pzp wystarczające jest wykazanie możliwości ograniczenia konkurencji, nie zwalnia to z obowiązku udowodnienia, że taka sytuacja zachodzi w konkretnej sprawie. Odwołujący nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych w odwołaniu, a te zgłoszone na rozprawie – podlegały oddaleniu z powodów formalnych. Należy przy tym zauważyć, że jeden ze zgłoszonych dowodów wykracza poza zakres zarzutów i żądań odwołania, gdyż dotyczy innych parametrów, co wynika z odrębnie naniesione numeracji. Tymczasem kognicja Izby ogranicza się do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu. Natomiast nic konkretnego nie wynika z faktu, że m.in. system mammograficzny marki Hologic *przeszedł z sukcesem test „typu”* organizacji EUREF {co wynika z jedyne go przetłumaczonego fragmentu drugiego ze zgłoszonych dowodów}.

Odwołujący wręcz odstąpił na rozprawie od wykazywania zasadności poszczególnych zarzutów, w tym od wykazania, że Zamawiający ograniczył konkurencję wyłącznie do urządzeń marki Siemens, na rzecz ogólnikowych wywodów o konieczności dopuszczenia oferowanych przez niego urządzeń (w domyśle marki Hologic) jako urządzeń nowocześniejszych i o lepszych parametrach niż opisane przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach Izbie nie pozostało nic innego jak wyrażenie stanowiska, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w pełni zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający posiadając wiedzę o przeznaczeniu zamawianego mammografu cyfrowego, w tym potrzebach klinicznych (zarówno badania przesiewowe, jak i diagnostyka trudnych przypadków), jest uprawniony do stawiania wysokich wymagań granicznych, o ile nie narusza w sposób nieuprawniony konkurencji. W sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie uzasadnione,

12

Sygn. akt KIO 43/15

a za takie Izba uznała wymagania określone w tej sprawie, Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty. Okoliczność, że Odwołujący nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na wzięcie udziału w postępowaniu z powodu niespełniania określonych parametrów nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie wykazał, że wymagania określone w s.i.w.z. i kwestionowane przez Odwołującego nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, nie wykazał też, że stawiając określone wymagania zamawiający preferuje jednego wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, a także uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3600 zł, oraz kosztów dojazdu dwóch osób kolejną na wyznaczone posiedzenie Izby, w kwocie 570 zł – na podstawie odpowiednio faktury VAT i biletów przedłożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

13