Sygn. akt: KIO 573/12

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez wykonawcę **Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 80-462 Gdańsk, ul. Jana Pawła II 50**

przy udziale wykonawcy **Dismed Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-520 Warszawa, ul. Krajewskiego 1B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Siemens Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Siemens Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** 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 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 Gdańsku.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 573/12

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gdańsku (dalej: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, instalację i uruchomienie tomografu komputerowego na potrzeby Szpitala. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 marca 2012 r. pod nr 2012/S 51-082955.

W postępowaniu tym wykonawca Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: *odwołujący)* w dniu 23 marca 2012 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:
- sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: *SIWZ)* w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- opisie przedmiotu zamówienia przez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty na 16-warstwowy tomograf komputerowy;
- naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretne rozwiązania producenta

GE Healthcare, a nie funkcjonalność, która prowadzi do osiągnięcia tego samego efektu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp oraz innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

1. Zarzut dotyczący Załącznika nr 6 do SIWZ, tabela nr 1, pkt 3c i 3f, pkt 25 i pkt 43: Odwołujący wniósł o zmianę wartości granicznej dla przedmiotowych parametrów (zakres badania wzdłuż osi z) na 150 cm. Wskazał, iż jest to tylko o 2,6% mniej od wartości wymaganej przez zamawiającego (154 cm). Zdaniem odwołującego, takie pozycjonowanie wartości granicznej dla ww. parametrów nosi w tej sytuacji znamiona restrykcyjne, skierowane na ograniczenie konkurencji.
2. Zarzut dotyczący Załącznika nr 6 do SIWZ, tabela nr 1, pkt 31:

Odwołujący wniósł o zmianę wartości granicznej dla maksymalnej wartości prądu anodowego na 345 mA. Wyjaśnił, że wszystkie maksymalne parametry tomografu o charakterze energetycznym (np. moc generatora, moc lampy RTG, prąd anodowy lampy, pojemność cieplna anody lampy RTG, szybkość chłodzenia anody, pojemność cieplna kołpaka lampy RTG, szybkość chłodzenia kołpaka) uzależnia się na etapie projektowania tomografu od odległości ogniska lampy od detektora (SID), gdyż wymagania na te parametry rosną silnie z kwadratem odległości SID. Wskazał, że odległość SID dostępnych na rynku tomografów 16-warstwowych czołowych producentów zawiera się w przedziale od 94 cm do 107,2 cm. Aparat odwołującego dysponuje najkrótszą na rynku odległością SID (94 cm) i dlatego zapewnia identyczną jak w innych tomografach dawkę promieniowania padającą na jednostkę powierzchni detektora przy najniższych parametrach energetycznych. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie ograniczył w postępowaniu zakresu SID dla tomografów, które mogą być przedmiotem oferty - nie może zatem odrzucić oferty na tomograf o wielkości SID=107,2 cm (największa na rynku) i maksymalnym prądzie anodowym równym wielkości granicznej - 420 mA. Odwołujący wywiódł, że prąd ten daje taki sam efekt, jeśli chodzi o dawkę na jednostkę powierzchni detektora, jak prąd 323 mA w systemie odwołującego (420*(94*94)/(107,2*107,2)=323). Tymczasem tomograf odwołującego dysponuje prądem maksymalnym 345 mA, a więc większym od 323 mA. Odwołujący z powyższego wywnioskował, że prąd 345 mA w tomografie odwołującego daje lepszy skutek niż prąd 420 mA (równy wartości granicznej) w tomografie o wartości SID=107,2 cm. Zdaniem odwołującego, zamawiający formułując przedmiotowy wymóg w sposób nieuwzględniający faktycznych procesów wynikających z relacji geometrycznych w tomografach, doprowadził wbrew logice do sytuacji, w której rozwiązanie korzystniejsze jest niedopuszczone. Działanie takie, w opinii odwołującego, można traktować wyłącznie jako narzędzie służące do sztucznego ograniczenia konkurencji i niezapewniające równego traktowania wykonawców.

3. Zarzut dotyczący Załącznika nr 6 do SIWZ, tabela nr 1, pkt 33: Odwołujący wniósł o zmianę wartości granicznej dla pojemności cieplnej anody na 5 MHU. Wyjaśnił, że wszystkie maksymalne parametry tomografu o charakterze energetycznym (np. moc generatora, moc lampy RTG, prąd anodowy lampy, pojemność cieplna anody lampy RTG, szybkość chłodzenia anody, pojemność cieplna kołpaka lampy RTG, szybkość chłodzenia kołpaka) uzależnia się na etapie projektowania tomografu od odległości ogniska lampy od detektora (SID), gdyż wymagania na te parametry rosną silnie z kwadratem odległości SID. Wskazał, że odległość SID dostępnych na rynku tomografów 16-warstwowych czołowych producentów zawiera się w przedziale od 94 cm do 107,2 cm. Aparat odwołującego dysponuje najkrótszą na rynku odległością SID (94 cm) i dlatego

zapewnia identyczną jak w innych tomografach dawkę promieniowania padającą na jednostkę powierzchni detektora przy najniższych parametrach energetycznych. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie ograniczył w postępowaniu zakresu SID dla tomografów, które mogą być przedmiotem oferty - nie może zatem odrzucić oferty na

tomograf o wielkości SID=107,2 cm (największa na rynku) i pojemności cieplnej anody równej wielkości granicznej - 6 MHU. Odwołujący wywiódł, że pojemność ta daje taki sam efekt, jeśli chodzi o zdolność magazynowania ciepła przez anodę (przy identycznej dawce na jednostkę powierzchni detektora), jak pojemność cieplna 4,6 MHU w systemie odwołującego (6*(94*94)/(107,2*107,2)=4,6). Tymczasem tomograf odwołującego dysponuje pojemnością cieplną anody 5 MHU, a więc większą od 4,6 MHU. Odwołujący z powyższego wywnioskował, że pojemność cieplna 5 MHU w tomografie odwołującego daje lepszy skutek niż pojemność cieplna 6 MHU (równa wartości granicznej) w tomografie o wartości SID=107,2 cm. Zdaniem odwołującego, zamawiający formułując przedmiotowy wymóg w sposób nieuwzględniający faktycznych procesów wynikających z relacji geometrycznych w tomografach, doprowadził wbrew logice do sytuacji, w której rozwiązanie korzystniejsze jest niedopuszczone. Działanie takie, w opinii odwołującego, można traktować wyłącznie jako narzędzie służące do sztucznego ograniczenia konkurencji i niezapewniające równego traktowania wykonawców.

4. Zarzut dotyczący Załącznika nr 6 do SIWZ, tabela nr 1, pkt 34:
Odwołujący wniósł o zmianę wartości granicznej dla maksymalnej szybkości chłodzenia anody na 810 kHU/min. Wyjaśnił, że wszystkie maksymalne parametry tomografu o charakterze energetycznym (np. moc generatora, moc lampy RTG, prąd anodowy lampy, pojemność cieplna anody lampy RTG, szybkość chłodzenia anody, pojemność cieplna kołpaka lampy RTG, szybkość chłodzenia kołpaka) uzależnia się na etapie projektowania tomografu od odległości ogniska lampy od detektora (SID), gdyż wymagania na te parametry rosną silnie z kwadratem odległości SID (patrz powyższy rysunek). Wskazał, że odległość SID dostępnych na rynku tomografów 16-warstwowych czołowych producentów zawiera się w przedziale od 94 cm do 107,2 cm. Aparat odwołującego dysponuje najkrótszą na rynku odległością SID (94 cm) i dlatego zapewnia identyczną jak w innych tomografach dawkę promieniowania padającą na jednostkę powierzchni detektora przy najniższych parametrach energetycznych. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie ograniczył w postępowaniu zakresu SID dla tomografów, które mogą być przedmiotem oferty - nie może zatem odrzucić oferty na tomograf o wielkości SID=107,2 cm (największa na rynku) i maksymalnej szybkości chłodzenia anody równej wielkości granicznej - 840 kHU/min. Odwołujący wywiódł, że ta szybkość chłodzenia daje taki sam efekt, jeśli chodzi o zdolność do odprowadzania ciepła z anody (przy identycznej dawce na jednostkę powierzchni detektora), jak szybkość

chłodzenia 646 kHU/min w systemie odwołującego (840*(94*94)/(107,2*107,2)=646). Tymczasem tomograf odwołującego dysponuje maksymalną szybkością chłodzenia anody 810 kHU/min, a więc większą od 646 kHU/min. Odwołujący z powyższego wywnioskował, że szybkość chłodzenia 810 kHU/min w tomografie odwołującego daje lepszy skutek niż szybkość chłodzenia 840 kHU/min (równa wartości granicznej) w tomografie o wartości SID=107,2 cm. Zdaniem odwołującego, zamawiający formułując ten wymóg w sposób nieuwzględniający faktycznych procesów wynikających z relacji geometrycznych w tomografach, doprowadził wbrew logice do sytuacji, w której rozwiązanie korzystniejsze jest niedopuszczone. Działanie takie, w opinii odwołującego, można traktować wyłącznie jako narzędzie służące do sztucznego ograniczenia konkurencji i niezapewniające równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza uczciwą konkurencję przez preferowanie konkretnych rozwiązań technicznych producenta GE Healthcare, a nie rozwiązań funkcjonalnych, co nie znajduje uzasadnienia w świetle celu, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, że zasada równego traktowania polega na tym, aby zapewnić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia równe szanse w dostępie do rynku zamówień publicznych oraz sprzyjanie celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków przez zamawiających. W ocenie odwołującego, trudno jest mówić o uczciwej konkurencji w przypadku, w którym tylko jeden z kilku mogących się ubiegać o zamówienie wykonawców jest dopuszczony do ubiegania się o zamówienie z urządzeniem 16-warstwowym, pozostali zaś wykonawcy są zmuszeni do zaoferowania tomografów o znacznie wyższych walorach techniczno-diagnostycznych np. 64-warstwowych aparatów, a zatem również droższych, a jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Zdaniem odwołującego, właściwym byłoby zrównanie szans wykonawców przez dopuszczenie tomografu 16-warstwowego, co doprowadziłoby

do konkurencji między wykonawcami, a jednocześnie zapewniłoby zamawiającemu możliwość uzyskania jak najniższej ceny spośród złożonych ofert.

W dniu 28 marca 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła Dismed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W dniu 4 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o dokonaniu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaznaczając, iż modyfikacja ta odzwierciedla stanowisko zamawiającego w odniesieniu do złożonego przez odwołującego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności postanowienia Załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które – w jego ocenie – uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Powyższe w dostateczny sposób potwierdza wykazanie się przez odwołującego interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesieniem w tym zakresie potencjalnej szkody, co z kolei wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, iż niewątpliwie przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i rzutuje na treść przyszłej umowy. Wobec ww. skutków niezbędne jest dochowanie przez zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, ale również z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy jednak zaznaczyć, iż zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy opisie przedmiotu zamówienia nie można utożsamiać z obowiązkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zachowaniem tej zasady jest w tym przypadku nieograniczanie dostępu do zamówienia niektórym podmiotom bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Uprawnieniem zamawiającego i jego suwerenną decyzją jest identyfikacja

własnych potrzeb i takie określenie wymagań, aby dostarczony sprzęt spełniał cel, który przyświeca jego zakupowi.

Izba w niniejszej sprawie nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów, których dotyczą zarzuty. W stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający wyjaśnił, iż jego celem było zakupienie urządzenia wyższej klasy i stosownie do takiego założenia określił minimalne wymogi sprzętu. Izba stwierdziła, że zamawiający jest uprawniony do postawienia takich wymagań co do parametrów nabywanych urządzeń, które zawężają krąg potencjalnych aparatów, jednakże tylko wtedy, gdy zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego

wykonawcy, ale w celu uzyskania produktu w największym stopniu odpowiadającego potrzebom zamawiającego.

W toku postępowania odwoławczego bezsporne stało się, iż treść specyfikacji po jej modyfikacji dopuszcza aparaty 16-warstwowe innych firm niż GE. Obie strony i przystępujący zgodnie twierdzili, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu może złożyć czterech producentów: firmy Toshiba, GE i Philips na tomograf 16-warstwowy i firma Siemens na tomograf 20-warstwowy. Bezzasadne stało się zatem twierdzenie odwołującego, iż dobór parametrów granicznych w specyfikacji uniemożliwia mu złożenie oferty.

Odwołujący na rozprawie utrzymywał jednak, iż oferta na produkowany przez odwołującego tomograf 20-warstwowy byłaby niekonkurencyjna cenowo z innymi ofertami na tomograf 16-warstwowy. Izba uznała okoliczność tę za niewykazaną – odwołujący zaniechał jakiejkolwiek aktywności w postępowaniu dowodowym. Przeciwnie, z porównania przedłożonych przez przystępującego wyciągów z ofert firm Synektik Sp. z o.o. (dystrybutora firmy Siemens) oraz Promed S.A. (dystrybutora firmy GE) złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach wynika, że dystrybutor 20-warstwowego tomografu firmy Siemens był w stanie złożyć ofertę oferując niższą cenę niż dystrybutor 16-warstwowego tomografu firmy GE.

Izba stwierdziła, że odwołujący, zobowiązany do wskazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne, nie wykazał również, iż parametry produkowanego przez niego tomografu 16-warstwowego „dają lepszy skutek" czy nawet taki sam, jak parametry pozostałych 16-warstwowych tomografów. Obliczenia, na których odwołujący oparł swoją argumentację zostały dokonane przy porównaniu hipotetycznych, nieistniejących urządzeń – tomograf firmy Toshiba, który posiada odległość SID odpowiadającą odległości przyjętej w obliczeniach odwołującego posiada znacznie wyższe parametry w zakresie wartości prądu anodowego, pojemności cieplnej anody

---

i maksymalnej szybkości chłodzenia anody niż te wynikające z obliczeń. Wobec powyższego, na podstawie dokonanych przez odwołującego wyliczeń nie można było uznać trafności twierdzeń odwołującego.

Izba uznała zatem, że zamawiający, kierując się celowością i ekonomiką wydatkowania środków oraz przydatnością urządzenia do celów działalności zamawiającego, posiadał do uprawnienie określania parametrów zapewniających mu zaoferowanie przez wykonawców urządzeń spełniających jego wymagania, zaś odwołujący posiada możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszeń przepisów ustawy Pzp przy opisie przedmiotu zamówienia wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……