Sygn. akt ET Ca 158/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 maja 2009r,

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący Sędzia SO Janusz Kasnow&k i

SO Irena Dobosiewicz
Sędzia SOBoanmił Goraj
Sędzia
Protokolant Urszula Wiśniak

w Bydgoszczy
po rozpoznaniu w dniu 13 maja 2009r,
na rozprawie

sprawy z odwołania Tomasza Szelera, Jakuba Musiałka i Adama Szczepanika
wspólników spółki PIXEI- Technology s.c. w Łodzi

przeciwko zamawiającemu Uniwersytetowi Mikołaja Kopernika w Toruniu
Collegium Medicum łm, Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy
o zamówienie publiczne

na skutek skargi Tomasza Szelera, Jakuba Musiałka i Adami Szczepanika
wspólników spółki PIXEL Technology s,c. w Łodzi
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 3 lutego 2009r. sygn. akt. KIO/UZP 91/09, KJO/UZP 92/09

9. oddala skargę,

2. oddala wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

(na oryginale właściwe podpisy)

II Ca 15S/09

lJzasadnieaiie

W dniu 12 grudnia 200S r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008/S 242-322109 opublikowano ogłoszenie Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy o zamówieniu prowadzącym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wielcrzędowego tomografu komputerowego wraz z adaptacja pomieszczeń dla Katedry i Zakładu Radiologii i Diagnostyki Obrazowej, W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego udostępniono specyfikację istotnych warunków zamówienia,

W dniu 24 grudnia 200$ r, Pixel Technology S.C. w Lodzi wniósł protest na postanowienia siwz. Protestujący zarzucił zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców S domagał się modyfikacji siwz poprzez:

wykreślenie wymogu integracji z posiadanym systemem RIS firmy Alteris; wykreślenie wymogu integracji dodatkowych urządzeń z posiadanym systemem PACS firmy Alteris oraz wykreślenie wymogu rozbudowy posiadanego przez. zamawiającego systemu dystrybucji obrazów DICOM. Ewentualnie protestujący domagał się dopuszczania przez zamawiającego zakupu równoważnego systemu RIS, zakupu równoważnego systemu PACS z jednoczesnym podłączeniem posiadanych z Zakładzie Radiologii i DiagDostyki Obrazowej urządzeń, w tym również urządzenia kupowanego W ramach obecnego przetargu oraz zakupu równoważnego systemu dystrybucji obrazów DICOM na cddziały-

W dniu ó stycznia 2009t. zamawiający oddalił protest w całości,

Odwołanie od tego rozstrzygnięcia wniósł wykonawca, klóry zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity; Oz. I,. z 2007 r. Kr 233, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej pzp, przez naruszenie zasady zobowiązującej zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w^{r} sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz art. 29 ust. 1,2 i 3 pzp poprzez opisanie zamówienia w sposób, który mógłby być sprzeczny z wymogami wskazanymi w tym przepisie oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podnosząc te zarzuty odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez dopuszczenie przez zamawiającego zakupu równoważnego systemowa RI5, zakupu równoważnego systemowi PACS z jednoczesnym podłączeniem posiadanych w Zakładzie Radiologii i Diagnostyki Obrazkowej urządzeń, w tym również kupowanego w ramach obecnego przetargu oraz zakupu równoważnego systemowi dystrybucji obrazów DTCOM na oddziały. W żądaniu ewentualnym odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz poprzez wykreślenie wymogu Integracji z posiadanym systemem RIS firmy Alteris, wykreślenie wymogu integracji dodatkowych urządzeń z posiadanym systemem PACS firmy Alteris oraz wykreślenie wymogu rozbudowy posiadanego przez zamawiającego systemu dystrybucji obrazów DICOM. Odwołujący wnosił także o zwrot kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 3 lutego 2009 r. Krajowa Izba Odwoław^{r}cza oddaliła odwołanie, a kosztami postępowania obciążyła odwołującego. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie Izba stwierdziła, że podziela zarzuty odwołującego co do naruszenia przez żarna wdającego przepisów art, 29 ust. 2 i 3 pzp oraz że nie podziela zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy, Izba stwierdziła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nie gwarantujący w pełni zachowanie zasad uczciwej konkurencji w trakcie postępowania oraz określił producenta części zamawianych produktów nie dopuszczając jednocześnie rozwiązań równoważnych. Jednakże, zdaniem Tzby, brak powyższych gwarancji nie oznacza, w dalszym postępowaniu dojdzie bądź może dojść do naruszema zasad konkurencji. Przyjęty z siwz opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji wskazują, iż część zamówienia dotyczącą systemów informatycznych może wykonać jedynie firma /ilteris iako ich producent i właściciel praw wyłącznych, Zatem U firma jest niejako obligatoryjnym podwykonawcą lub przynajmniej udostępniającym innym wykonawcom prawo i możliwość posługiwania się jej oprogramowaniem wrraz z prawem ingerencji i dokonywania odpowiednich modyfikacji programu. Zatem konieczność zakupu wskazanego w siwz producenta wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Są nimi potrzeba zapewnienia efektywnego funkcjonowania jednostki, sprawnej i bezpiecznej realizacji jej celów oraz ekonomicznego i racjonalnego gospodarowania zasobami w trakcie eksploatacji spizętu. KIO stanęła na stanowisku, ae nie istnieje pełna równoważność rozwiązań informatycznych określonego producenta użytkowanych przez zamawiającego, rozumiana jako pełnia zgodności i tożsamości zastosowanych produktów', polegająca przede wszystkim na ich pełnej kompatybilności oraz braku rożnie w obsłudze i stosowaniu. Izba

uznała, że w odniesieniu do systemów informatycznych, które mają pracować w[r] ramach większego zespołu urządzeń posiadanych przez zamawiającego i które mają współpracować z oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego w rumach wykonywania podobnych funkcji, nie jest wystarczające, aby ich równoważność scharakteryzowana i zapewniona została jodynie poprzez tożsamość funkcjonalną polegającą na dedykacji do wykonywania togo samego .rodzaju zadań. Izba podkreśliła, że ustawa, nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat absolutnie

pojmowanej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. W tym zakresie powołała się na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 23 lutego 2007 r. wydany w sprawie X Ga 2S/07. Dlatego KIO uznała za nieracjonalne żądanie odwołującego w przedmiocie nakazania zamawiającemu, aby wbrew' jego potrzebom i obiektywnie pojętym interesom, dopuści! w siwz możliwość zaoferowania rozwiązań innych niż posiadane przez, niego oprogramowanie jedynie ze względu na treść przepisów art. 29 ust 2 i 3 pzp. Izba uznała także, iż wskazane przez odwołującego naruszenia przepisów ustawy nie mają i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania, co przewiduje przepis art. 191 ust. la pzp. Odwołujący nie wykazał, aby nabycie oprogramowania od firmy Altem mogło nastręczać dla niego szczególne trudności czy być niemożliwe. Izba zwróciła uwagę na oświadczenie tej firmy o gotowości podwykouawstwa. dla wszystkich wykonawców na równych warunkach oraz dotychczasową praktykę w tym zakresie. KIO podkreśli!a, że w razie, gdyby firma Alteris rzeczywiście uniemożliwiała złożenie konkurencyjnej oferty pozostałym wykonawcom albo podyktowała im warunki współpracy niezgodne z zasadami współżycia społecznego, to oznaczałoby to złamanie zasad uczciwej konkurencji i pociągałoby konieczność podjęcia przez zamawiającego przewidzianych w ustawie działań w stosunku do oferty wykonawcy lub konieczność unieważnienia przetargu, O kosztach KIO orzekła w myśl przepisów art. 191 ust, 6 i 7 pżp,

Skargę na ten wyrok wnieśli Tomasz. Szeler, Jakub Mulatek i Adam Szczepanik wspólnicy spółki PTXEL Technology s.c. w Łodzi, którzy zarzucili naruszenie art, 29 ust 2 i 3 pzp poprzez jego błędną wykładnię, która doprowadziła do przyjęcia, żc pomimo naruszenia wskazanych powyżej przepisów' przez zamawiającego i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie gwarantujący w pełni zachowania zasad uczciwej konkurencji w czasie

trwania postępowania nie oznacza, to wcale, że do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w dalszym toku postępowania dojdzie, czy też dojść może, podczas gdy właściw[r]a interpretacja tego przepisu winna prowadzić do wniosku, że skoro zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który nie zapewnia w pełni zachowania zasady uczciwej konkurencji to istnieje dużo prawdopodobieństwo, graniczące z pewnością, żc do naruszenia tej zasady dojdzie. Przepis art. 29 ust 2 pzp nic wymaga bowiem udowodnienia, że określenia zawarte w SrWZ, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tą uczciwą konkurencję uniemożliwiają, ake wystarczy wykazać na możliwość jej utrudnienia, co nastąpiło w niruej szym postępowaniu; naruszenie art. 191 ust la pzp poprzez przyjęcie, że nie doszło do naruszenia przepisów' ustawy prawo zamówień publicznych, które może mieć wpływ na wynik postępowania, podczas, gdy Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyraźnie wskazała, że opis przedmiotu zamówienia nie gwarantuje w pełni zasad uczciwej konkurencji co potwierdza naruszenie art, 29 ust 2 pzp, które z pewnością może mieć wpływ na wynik sprawy; naruszenie art. 1 B£ ust ć pzp w zw. z art. 192 ust 2 pzp poprzez niewskazanie w treści uzasadnienia orzeczenia przyczyn dla których odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego do spraw systemów' komputerowych, podczas gdy przeprowadzenie tego dowodu, zdaniem skarżącego jjozwoliłoby W' sposob jednoznaczny ustalić, czy istnieje możliwość konfigurowania systemów innych niż żądane przez zamawiającego, a które byłyby równoważne i spełniałyby dokładnie takie same ftmkcje jak systemy, których producentem jest firma Alteris.

Podnosząc te zarzuty skarżący wniósł, o zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez nakazanie zamawiającemu modyfikacji

treści specyfikacji poprzez dopuszczenie przez zamawiającego zakupu równoważnego systemowi RJS, zakupu równoważnego systemowi PACS z jednoczesnym podłączeniem posiadanych w Zakładzie Radiologii i Diagnostyki obrazowej urządzeń, w tym również kupowanego w ramach obecnego przetargu oraz zakupu równoważnego systemowi dystrybucji obrazów DICOM na oddziały, ewentualnie o; nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji w zaskarżonym zakresie ej.

s

poprzez wykreślenie wymogu integracji z posiadanym systemem RIS firmy Alteris, wykreślenie wymogu integracji dodatkowych urządzofi z posiadanym systemem PACS firmy Aiteri.t oraz wykreślenie wymogu rozbudowy posiadanego przez zamawiającego systemu dystrybucji obrazów DICOM'. Skarżący wnosił także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu systemów komputerowych, na okoliczność ustalenia, czy istnieje możliwość konfigurowania systemów innych niż żądane przez zamawiającego, a które to systemy byłyby równoważne i spełniałyby dokładnie takie same funkcje jak systemy, których dystrybutorem i producentem jest firma Altem oraz dowodu z dokumentów: pisma firmy Altetis z dnia 17 lutego 2009 roku zawierającego informację o ofercie cenowej Lej że firmy oraz pisma skarżącego z dnia 19 lutego 2009 toku zawierającego informację cenową skarżącego w analogicznym zakresie ■ na okoliczność ustalenia, że zaproponowana przez firmę Al tenis cena sprzętu wymaganego przez zamawiającego zgodnie z warunkami SIWZ w porównaniu do ceny równoważnego sprzętu (który byłby w stanie zaoferować skarżący]. jest prawie dwukrotnie wyższa i tym samym narusza zasadę wskazującą, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, wyrażoną w' art, 35 uat 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz, II. z 2005, Sr 249, póz. 2104 ze zm.j Ponadto skarżący domagał się zasądzenia od zamawiającego zwrotu kosztów[r] postępowania w tym kosztów zastępstwa adwokackiego. Skarżący podniósł, że podtrzymuje dotychczasowe stanowisko i podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że jest nim „dostawa wieIurzędowego tomografu komputerowego wraz z wyposażeniem dodatkowym, którego opis parametrów technicznych zamieszczono w załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ wraz z zainstalowaniem, uruchomieniem oraz szkoleniem z obsługi i serwisowania. Przedmiot zamówienia obejmuje także adaptację (w zależności od potrzeb □ferowanego urzątfe^tda) wskazanych przez zamawiającego pomieszczeń w zakresie niezbędnym do zainstalowania i uruchomienia dostarczonej aparatury . W treści załącznika nr 2 „Wymagane Parametry Techniczne[1]’ w rozdziale VIII - Wyposażenie dodatkowe, Wymagania dodaLkowe zamawiający podał w punkcie 22 następujące dane „Rozbudowa systemu RIS firmy Altcris posiadanego przez zamawiającego (w Zakładzie Radiologii i Diagnostyki Obrazowej) o opracowanie 2 X TK, 1 x CR, 3 x USG, 2x ANGIO". W punkcie 23 zamawiający wskazał z kolei wymóg: „Podłączenie do systemu PACS iiimy Alteris posiadanego przez zamawiającego (w Zakładzie Radiologii i Diagnostyki Obrazowej) aparatów 2 x TK (w tym jeden będący przedmiotem przetargu), 1 x CR i 3 x USCi, 2 x ANGIO" oraz w punkcie 24 wymóg: „Rozbudowa posiadanego przez zamawiającego (w Zakładzie Radiologii i Diagnostyki Obrazowej) systemu dystrybucji obrazów DICOM na oddziały szpitalne o kolejnych 25 użytkowników"- Warunki, których spełnienia żąda zamawiający w załącztuku 2, na który powołuje się w treści SIWZ określającej i opisującej przedmiot zamówienia stanowią, zdaniem skarżącego, de facto żądanie rozbudowy posiadanego przez zamawiającego systemu RIS firmy Alteris, podłączenia do posiadanego systemu PACS firmy Alteris dodatkowych aparatów oraz rozbudowy posiadanego przez zamawiającego systemu dystrybucji obrazów' DICOM- Wskazane powyżej systemy RIS oraz FACS są systemami, których producentem i dystrybutorem jest Firma Alteris Sp .z.o.o, z siedzibą w Katowicach. iSkarżący podniósł, ze zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zobowiązany jest do tego, aby w postępowaniu tym mogli wziąć udział wszyscy potencjalni oferenci posiadający w swojej ofercie produkty zawarte w opisie przedmiotu zamówienia mając jednocześnie na uwadze to, Ze opis przedmiotu mówieni a nie może być realizowany z naruszeniem zasady uczciwej

konkurencji i twierdził, t:e w przedmiotowym postępowaniu ttie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji, bo przedmiot zamówienia został określony w sposób wskazujący na konkretny produkt, bez jednoczesnego powołania określenia „lub równoważny". Skarżący nic przeczył, że opisanie przedmiotu zamówienia należy do uprawnień zamawiającego, Secz twierdził, iż nie może się to odbywać w sposób dowolny z pominięciem reguł zawartych w przepisach ustawy pzp w tym w także art. 7 oraz art, 29 ust 2 i 3 pzp-

Podkreslił, że działania zamawiającego naruszają art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy' o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane irytowanie niektórych klientów. Naruszenie tego przepisu

wynika z opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuzasadniony uniemożliwia ubieganie się o przedmiotowe zamówienie w zaskarżonym zakresie innym niż Alteris sp.z.o.o. wykonawcom, Jednocześnie z uwagi na fakt, iż w tym zakresie każdy inny oferent uzależniony Jest od decyzji dotyczącej kwoty, terminu dostarczenia licencji oraz warunków gwarancji (wymaganych przez zamawiającego) wskazanych przez firmę Alicris sp, ze,o., stąd warunki jakie zaproponuje każdy z wykonawców (poza firmą Alteris) będą niekonkurencyjne, gdyż trudno sobie bowiem wyobrazić sytuacje, w której firma Alteris zaproponuje innym wykonawcom takie same warunki jak lc, które sama zamierza zaoferować. Odzwierciedleniem wskazanej argumentacji jest pismo firmy Alteris z dnia 17 lutego 2009 roku zawierające informacje dotyczące oferty cenowej tej firmy, w zakresie spornej części zamówienia, gdzie zaproponowana kwota 764.167,69 brutto jest ceną, bardzo wygórowaną. Dla porównani a wskazał, że oferta skarżącego ■ zawierająca równoważne rozwiązania., w tyra samym zakresie-ZEtwierałaby cenę niemal dwukrotnie niższa^ od tej zaproponowanej przez wykonawcę Alteris.

Skarżący zakwestionował również stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie twierdzeń, że nie jest możliwe uzyskanie pełnej równoważności rozwiązań infoi-matycznych określonego producenta (w tym przypadku chodzi o systemy firmy Alteris użytkowane przez zamawiającego) polegającej na pełnej kompatybilności i dla porównania wskazał na inne postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzone w grudnia 2008 roku przez SPZOZ Lubartów, Przedmiotem tego zamówienia była „dostawa, z, montażem aparatu RTG_. systemu radiografii pośredniej oraz systemu PACS/KfS wraz z serwerem", W postępowaniu tym wzięła udział również firma Alteris Sp. z o,o. Podkreślił, że złożona w powołanym postępowaniu oferta wykonawcy Aheris na część PACS/R1S zawierała cenę oferty brutto; 159.844,89 zł i netto: 147.687,00 zł. W skład tej oferty wchodziły następujące elementy; 1. Serwer FACS - 2IB 2. System RIS - 5 licencji 3. Podłączenie CR, USC, (możliwość TK, i Angio) 4. Licencje 5 e-filrti 5. Gwarancja 36 miesięcy, szkolenie. Gdyby do tej oferty dodać koszt pozostałych elementów, które wymagane sa_t przez zamawiającego w

postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet w Toruniu, tak by ustańć cenę oferty za wszystkie elementy odpowiadające wymogom skarżonego postępowania { to jest dodać elementy: 1. Stacja trzymonitorowa 47.249,(10 netto 7-- System głosowego zapisu L .5 00,0(1 netto 3. Drukarka kodów wraz z czytnikami 1 zestaw i .500,00 zł 4, £ stacji roboczych HP DX24Ó0 z monitorami 17" - 8 x 6000 = 48 000,- zł 5. Kolorowa drukarka HF Color i Drukarka laserowa Xeróx - 3000,- zlj to w sumie oałosc oferty' opiewałaby na kwotę opiewała na kwotę w sumie 238,936,00 zł netto. Dlatego skarżący twierdził, że w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet w Toruniu firma Alteris powinna złożyć ofertę w mniej więcej podobnej do wskazanej powyżej kwoty (cenie ofertyj. Pozostałym zaś wykonawcom za analogiczną cześć zamówienia zaoferował kwotę 700 063,00 zł netto.

Skarżący wskazził, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz żc z treści cytowanego przepisu wynika dla zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który, potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Dla realizacji dyspozycji zawartej w tym przepisie tiie jest konieczne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w$^?$ sposób utrudniający

uczciwą konkurencję. Wystarczy określenie przedmiotu zamówienia, które mogłoby tę konkurencję utrudnić i w tym zakresie powołał się na. stanowisko zajęte w komentarzu: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd, 9 wvd. Deck, Warszawa 2009, str. 141. Podtrzymał też swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust 3 pzp , podkreślił, że zgodnie z treścią art. 29 ust 3 pzp ustawodawca dopuszcza posłużenie się wskaziiinem. znaku towarowego, patentu lub pochodzenia w wyjątkowych sytuacjach, gdy uzasadnione jest to specyfiką zamówienia i jednocześnie, gdy zamawiający nic może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, nakładając obowiązek umieszczenia wyrazów „ lub równoważny". Skarżący nie podzielił również argumentacji Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie okoliczności, z- której wynika, że skoro cześć zamówienia może wykonać jedynie hmia Alteris jako producent i właściciel praw wyłącznych oprogramowania systemów

informatycznych i oprogramowania użytkowego, to inni wykonawcy mogą przecież skorzystać z podwykonawstwa tejże lirmy i podniósł, że korzystanie z usług podwykonawcy jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy startującego w przetargu i wykorzystywane jest zazwyczaj wówczas, gdy dany wykonawca nie jest sani w stanie wykonać określonego zamówienia„ /wrócił uwagę, że usługi podwykonawcy mają zawsze charakter odpłatny 1 tym samym generują^ po stronie wykonawcy dodatkowe koszty. Skarżący Lwierdził, że skoro sam jest w stanie wykonać przedmiotowo zamówienie (przy przyjęciu rozwiązań równoważnych) za konkurencyjną cenę, to brak jest podstaw do mnożenia kosztów poprzez korzystanie z usług wykonawcy Alterii tym bardziej, że jest całkowicie zależny od zaoferowanej przez niego ceny. Podkreślić również, że w związku z pismem firmy Alteńs z dnia 17 lutego 2009 roku zawierającego ofertę cenowa w zakresie spornej części zamówieniu, adresowaną do wszystkich wykonawców, nieaktualne jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że odwołujący nic wykazał, że nabycie

oprogramowania może powodowane szczególne trudności lub być naw[r]ct niemożliwe, Zaoferowana przez tego wykonawcę cena stanowi cenę zaporową lj. tak wysoką, że po obliczeniu pozostałych kosztów', które ponieść musiałby skarżący, w niniejszym postępowaniu nic byłby w stanie złożyć konkurencyjnej oferty z jednoczesnym zyskiem dla siebie, lakic działania zaś przeczyłyby podstawowym zasadom prowadzenia działalności gospodarczej, klóra to działalność zawsze nastawiona jest na zysk. W ocenie skarżącego dla jednoznacznego ustalenia, czy istnieje możliwość konfigurowani a systemów innych niż żądane przez zamawiającego, a które to systemy byłyby równoważne i spełniałyby dokładnie takie same funkcje jak systemy, których producentem i dystrybutorem jest firma Alteris konieczne jest przeprowadzeńic dowodu opinii biegłego z zakresu systemów komputerowych. Dowód ten nie został przeprowadzony na etapie postępowania odwoławczego, a skład orzekający KIO nie wskazał także dlaczego nie dopuścił przedmiotowego dowodu naruszając tym samym normę prawną zawartą w treści arl. 18& ust 6 pzp w zw. z arl. 192 ilsi 2 pzp. Skarżący również wskazał, że KIO naruszyła art. 191 ust la pzp poprzez przyjęcie, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy

prawo zamówień publicznych, które może mieć wpływ na wynik postępowania, podczas, gdy Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazuje, żc opis przedmiotu zamówienia nie gwarantuje w pełni za^ad uczciwej konkurencji co potwierdza naruszenie art- 29 ust 2 pzp, które z pewnością może mleć wpływ na wynik sprawy, Postawienie przez. Krajową Izbę Odwoławczą takiej tezy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że skoro „podziela zarzuty Odwołującego PiXEL Technology s.C- eo do naruszenia w trakcie postępowania art. 29 ust 2 i 5 pzp" to tym samym może mteć to wpływ na wynik postępowania.

Skarżący podniósł, >e posiada interes prawny w złożeniu niniejszej skargi, gdyż jako jeden z wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, w przypadku uwzględniania podnoszonych zarzutów' będzie mógł złożyć konkurencyjną ofertę spełniającą wymogi siwz i w konsekwencji będzie miał szansę na podpisanie ważnej umowy.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie od skatżącego zwrotu kosztów postępowania przed Sądem

Okręgowym, Uzasadniając- swoje stanowisko zamawiający podniósł, że do posiadania systemu RIS/PACS zobowiązuje go rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27 mania 2008 r. w sprawie bazy' danych urządzeń radiologicznych, Zamawiający posiada już działający taki system i dlatego wnosi jedynie o jego rozszerzenie. Celom, który pragnie zrealizować poprzez dostawę wielorzędnwegn tomografu komputerowego wraz z wyposażeniem dodatkowym jest kontynuacja budowy spójnego sytemu informatycznego obsługującego urządzenia Katedry i Zakładu Radiologii i Diagnostyki Obrazkowej oraz racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Podkreślił, że zaoferowanie innego oprogramowania oraz samodzielna ingerencja, czy też modyfikacja już istniejącego oprogramowania nie jest możliwa be? zakupu licencji. Dlatego nie można mówić o istnieniu rozwiązań zapewniających pełną równoważność i zgodność. Zamawiający zwrócił uwagę na trudności: które wystąpiłyby po jego stronie w przypadku modyfikacji siwz zgodnie z żądaniem skarżącego oraz na specyfikę zadań zamawiającego związanych z ochrona, życia i zdrowia. Podniósł, że

formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem, celu takiego postępowania, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej. Zdaniem zamawiającego konstruując opis przedmiotu zamówienia nie działał on w celu ograniczenia konkurencji. Wprawdzie odniósł się do oprogramowania fimy Aheris, ale nie oznacza to, że tym samym naruszył przepis art. 29 ust. 3 ustawy', gdyż odnosi się on do opisu zamawianych towarów, a nie do posiadanych przez zamawiającego urządzeń czy sprzętu. Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia składa się z wielu elementów, a zarzuty- skarżącego należy odnosić- do całego zamówienia, Zwrócił także uwagę, że zamawiający nie może sobie pozwolić na ponoszenie ryzyka wystąpienia awarii lub błędu na poziomie wymiany danych między aplikacjami, gdyż diagnozowanie pacjenta następuje kompleksowo, także poprzez porównanie wyników badań znajdujących się już. w[r] bazie danych. Zamawiający zwrócił też uwagę na okoliczność, iż po wydaniu zaskarżonego wyroku, tirma Aheris zaoferowała wszystkim podmiotom jednakowe warunki zakupu licencji, u tomograf komputerowy może dostarczyć 4 producentów tomografów oraz nieograniczona ilość ich dystrybutorów,

W piśmie procesowym z dnia ó maja 2009 r. zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i dodatkowo podał, że oterty złożyło trzech niezależnych i konkurencyjnych wykonawców; IMS Sp. z o.o., Philips Polska Sp. z o.o. oraz Ge Medical Systems Sp. z o.o.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest bezzasadna. Sąd Okręgowy uznał jedynie jeden z zarzutów podniesiony w skardze za zasadny tj. zarzut naruszenia przepisu art. 1SS ust. ó pzp w zw. ? art. 192 ust, 2 pzp poprzez niewskazanie w Lreści uzasadnienia przyczyn, dla których KIO odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, lecz to uchybienie proceduralne nic miało wpływu na prawidłowość rozstrzygnięcia. Z praepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że funoamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad pro wadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz, dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy' robot budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów

technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. .Terzykowski, W. Dzterżąnowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II. j. Natomiast przepis art 29 ust. 3 ustawy wprowadza zakaz opisywania przedmiotu zamówieniu przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba żer jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyjęła, że zamawiający dokonał opisu zamówienia w sposób sprzeczny w przepisami art. 29 ust. 2 i 2 pzp, lecz uznała, że nie stanowi w takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ' lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Sąd Okręgowy podziela, stanowisko skarżącego, że definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawierają przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 199j r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zw-). Przepis art, 3 ust. 1 tej ustawy stanów, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei przepis art. 15 ust. 1 pkt precyzujże czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu, do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Przepis art. 29 ust. 3 pzp zapobiega czynom nieuczciwej konkurencji wynikającej z an. 15 ust, 1 pkt 3 na gruncie prawa o zamówieniach publicznych. Zdaniem Sądu Okręgowego przepis art. 29 u&t 3 pzp miałby zastosowanie w przedmiotowej sprawie w sytuacji, w której zamawiający dokonywałby wyboru oprogramowania dla Zakładu i Katedry Radiologii Diagnostyki Obrazkowej. Wówczas należałoby stwierdzić, że siwz. w tym zakresie jest sprzeczny z art. 29 u$t. 3 pz.p oraz że taki zapis może skutkować naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Przedmiotem zamówienia, którego dotyczy skarga nie jest jednak zakup oprogramowania, lecz tomografu komputerowego i rozbudowa. Istniejącego oprogramowań ja umożliwiająca podłączenie tomografu do istniejącego już systemu. V> części !I pkt 1 siwz, w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający wyraźnie określił, w załącznikach nr 2 i 3 zawarty jest opis wyposażenia dodatkowego. Bezspornym w sprawie było, że zamawiający posiada już systemy RI5. PACS oraz DICOM. Zatem zasadnym było użycie w siwz. określenia „rozbudowa systemu"- Celem postępowania o udzielenie zamówienia jesl wybór najkorzystniejszej oferty odpowiadające; potrzebom zamawiającego.. a jego potrzeby należy oceniać biorąc pod uwagę wszystkie elementy objęte postępowaniem, a nie tylko jego część istotną z punkin widzenia skarżącego. Sąd Okręgowy uznaje jako prawdziwe twierdzenie skarżącego, że można skonstruować systemy informatyczne kompatybilne 2 systemem juz działającym u zamawiającego i dlatego dopuszczenie dowodu z opinii biegłego było zbędne. Możliwość skonstruowania takiego systemu nie oznacza jeszcze, że jego zakup jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Zdaniem Sądu Okręgowego działanie dwóch, nawet zintegrowanych systemów, rodzi szereg trudności. Są nimi chociażby konieczność posługiwania się przez pracowników zamawiającego różnymi $vs ternami, Z- drugiej strony należy zauważyć, że funkcjonowanie dwóch różnych, lecz zintegrowanych systemów zwiększa możliwość błędnej diagnozy. W takiej sytuacji dochodzi do zsumowania się możliwości popełnienia błędów tkwiących w każdym systemie oraz dodatkowo dochodzi możliwość popełnienia błędu przez elementy integrujące oba systemy. Powyższe okoliczności wynikają z zasad logiki i nie wymagają wiadomości specjalnych. Dlatego biorąc pod uwagę specyficzny rodzaj działalności zamawiającego, iakini jest ochrona życia i zdrowia pacjentów oraz konieczność prowadzenia badań naukowych Sąd Okręgowy uznał, że zamawiający miał uzasadniony interes domagając się rozbudowy istniejącego systemu. Podany w skardze argument, że w szpitalu w Lubartowie współdziałają, ze sobą dwa różne systemy informatyczne jcsl bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, Z tego twierdzenia nie wynika jeszcze, że nie zdarzają się z tego powodu problemy diagnostyczne, Ponadto nie można porównywać zakresu zadań tego szpitala z zakresem zadań zamawiającego, gdyż zamawiający prowadzi kliniki, w których z założenia są leczeni

najcięższej chorzy pacjenci. Ponadto sam skarżący dokonując wyliczeń prawidłowych kosztów zakupu urządzeń firmy Alteris dokonał wyceny dodatkowych elementów; których nie zawierała oferta dla szpitala w Lubartowie. Oceniając zasadność skargi należy mieć na uwadze okoliczność, iż firma Alteris nie złożyła w przedmiotowym postępowaniu oferty' oraz że zaoferowała wszystkim potencjalnym wykonawcom sprzedaż swoich programów na równych warunkach. W tej sytuacji wykonawcy mogą.

konkurować miedzy sobą w ramach innych elementów objętych zamówieniem,

Piątego Sąd Okręgowy uznał, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 29 u&l. 2 i 3 pzp, Konsekwencja^ tego stanowiska jesL bezzasadność zarzutu naruszenia przepisu art. 191 ust- la pzp, Wobec- powyższego Sąd na podstawie przepisu art. 198 ust, 2 pzp skargę jako bezzasadną oddalił. Sąd oddalił także żądanie zasądzenia na rzecz, zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w- postępowaniu odwoławczym* gdyż, nie mieszczą sic one w granicach określonych w art, 98 § 2 k.p.c.