

WYROK

z dnia 22 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Jolanę Annę Barut prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MEDLAMP Sprzęt Medyczny Jolanta Anna Barut

ul. Dzika 14, 95-100 Zgierz

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Województwo Lubelskie – Lubelska Wojewódzka Dyrekcja Inwestycji z siedzibą w Chełmie

ul. Stephensona 5a, 22-100 Chełm

protestu z dnia 14 kwietnia 2009 r.

przy udziale **KENDROMED Sp. z o.o. ul. Sołtysowicka 25a, 51-168**

Wrocław zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Województwo Lubelskie – Lubelską Wojewódzką Dyрекcję Inwestycji z siedzibą w Chełmie ul. Stephensona 5a, 22-100 Chełm i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jolanę Annę Barut ul. Dzika 14, 95-100 Zgierz,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Województwo Lubelskie – Lubelską Wojewódzką Dyрекcję Inwestycji z siedzibą w Chełmie ul. Stephensona 5a, 22-100 Chełm** na rzecz **Jolanty Anny Barut ul. Dzika 14, 95-100 Zgierz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jolanty Anny Barut ul. Dzika 14, 95-100 Zgierz.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i montaż zestawów szpitalnych wieloinstalacyjnych, lamp zabiegowych, zbiornika tlenu oraz butli gazów medycznych do Szpitala Wojewódzkiego w Chełmie*, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 marca 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 62-089194. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej tego samego dnia. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.200.000 zł, tj.

309.509,68 euro. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych (dwie części). Odwołanie dotyczy części I, której przedmiotem jest dostawa i montaż zestawów szpitalnych nadłóżkowych ściennych, zestawów szpitalnych w wersji kolumnowej, lamp zabiegowych sufitowych, podłączenie zestawów do istniejącej instalacji gazów medycznych i elektrycznych, oraz przeprowadzeniu prób, rozruchów, badań, szkoleń i odbiorów.

14 kwietnia 2009 r. Odwołujący złożył protest na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu, iż w „Zestawieniu parametrów i warunków wymaganych” lampę zabiegowo – operacyjną sufitową jednoczasową opisał w sposób ograniczający konkurencję poprzez użycie parametrów technicznych wskazujących na konkretny model aparatu konkretnego producenta. Opis przedmiotu zamówienia zawiera bowiem szereg wymaganych parametrów technicznych, które wskazują na jednego producenta – firmę BERCHTOLD model D540 serii CHROMOPHARE, której jedynym dystrybutorem jest KENDROMED Sp. z o.o., co wyklucza zaoferowanie innych urządzeń. Zastrzeżenia Odwołującego budzą następujące punkty „Zestawienia parametrów i warunków wymaganych”:

1. pkt 7. – zakres regulacji natężenia światła lampy od 70[klux]do 150 [klux] ± 5 [klux],
2. pkt 10. – zakres regulacji wielkości minimalnej i maksymalnej o średnicy pola bezcieniowego w polu operacyjnym od 170 do 280 mm ± 5mm,
3. pkt 12. – zakres pracy bez konieczności ogniskowania 70 – 200 cm ± 5 cm,
4. pkt 13. – kopyła wyposażona oryginalnie w tzw. brudny uchwyt w postaci relingu okalającego min 50% średnicy kopyły,
5. pkt 6 – jedna lampa wyposażona w dodatkowe oświetlenie górne (tzw. endoskopowe) umieszczone w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy.

Na poparcie swojej tezy Odwołujący sporządził zestawienie, które dostępne na rynku lampy i jakich parametrów nie spełniają oraz dołączył dane katalogowe z katalogu KENDROMED Sp. z o.o. zestawu lampy D540 serii CHROMOPHARE uzyskanych ze strony internetowej www.kendromed.pl.

Zdaniem Odwołującego wskazane parametry techniczne mają na celu jedynie wyeliminowanie innych wykonawców, bowiem preferowane lampy nie są urządzeniami ani nowatorskimi, ani posiadającymi jakiekolwiek wyjątkowe cechy. Zamawiający naruszył więc art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na jego pochodzenie, podczas gdy nie było do tego podstaw. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jego pochodzenie możliwe jest tylko w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i jednocześnie nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu powinny towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”.

Odwołujący zażądał zmiany w „Zestawieniu parametrów i warunków wymaganych – przedmiot zamówienia: lampa zabiegowo – operacyjna sufitowa jednoczaszowa – 21 kpl i dopuszczenia:

1. lamp operacyjnych z centralnym halogenowym 150 W źródłem światła (lampy takie zawierają dwie żarówki – 1 żarówkę główną i 1 rezerwową, która włącza się, tylko w przypadku awarii żarówki głównej o następujących parametrach:

- średnica zewnętrzna kopuły 53 cm,
- brak dodatkowego oświetlenia górnego (tzw. endoskopowego) umieszczonego w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy,
- „brudny” uchwyt na kopule okalający mniej niż 50% średnicy kopuły,
- natężenie oświetlenia z kopuły regulowane w zakresie od 31 kLux do 124 kLux,
- średnica pola operacyjnego z kopuły od 160 do 310 mm,
- głębokość oświetlenia L1 + L2 – 129,2 cm,
- zakres pracy bez konieczności ogniskowania 52 – 181,2 cm,
- z elektronicznym systemem aktywacji żarówki rezerwowej, który nie wymaga zawodnego mechanicznego systemu pozycjonowania i spełniająca wszystkie pozostałe parametry

i

2. lamp operacyjnych z centralnym halogenowym 150 W źródłem światła o następujących parametrach:

- średnica zewnętrzna kopuły 65 cm -brak dodatkowego oświetlenia górnego (tzw. endoskopowego) umieszczonego w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy,
- „brudny” uchwyt na kopule okalający mniej niż 50% średnicy kopuły
- natężenia oświetlenia z kopuły regulowane w zakresie od 39 kLux do 156 kLux,
- średnica pola operacyjnego z kopuły od 175 do 320 mm,
- głębokość oświetlenia L1 +L2 – 109 cm,
- zakres pracy bez konieczności ogniskowania 50 – 160 cm z elektronicznym systemem aktywacji żarówki rezerwowej, który nie wymaga zawodnego mechanicznego systemu pozycjonowania i spełniająca wszystkie pozostałe parametry

i

4. lamp operacyjnych z centralnym halogenowym 80 W źródłem światła o następujących parametrach:

- średnica zewnętrzna kopuły 56,7 cm,
- brak dodatkowego oświetlenia górnego (tzw. endoskopowego) umieszczonego w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy,
- natężenia oświetlenia z kopuły regulowane w zakresie od 65 kLux do 130 kLux,
- temperatura barwowa 4300 K,
- średnica pola operacyjnego z kopuły od 140 do 220 mm,
- głębokość oświetlenia L1 +L2 – 89cm,
- zakres pracy bez konieczności ogniskowania 50 – 180 cm i spełniająca wszystkie pozostałe parametry

i

4. lamp operacyjnych z centralnym halogenowym 120 W źródłem światła o następujących parametrach:

- średnica zewnętrzna kopuły 56,7 cm,
- brak dodatkowego oświetlenia górnego (tzw. endoskopowego), umieszczonego w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy,
- natężenia oświetlenia z kopuły regulowane w zakresie od 60 kLux do 120 kLux,
- temperatura barwowa 4300 K,
- średnica pola operacyjnego z kopuły od 140 do 220 mm,
- głębokość oświetlenia L1 +L2-89cm,
- zakres pracy bez konieczności ogniskowania 50 -180cm i spełniająca wszystkie pozostałe parametry

i

5. lamp operacyjnych z centralnym halogenowym 150W źródłem światła o następujących parametrach:

- średnica zewnętrzna kopuły 72,6 cm,
- brak dodatkowego oświetlenia górnego (tzw. endoskopowego), umieszczonego w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy,
- natężenia oświetlenia z kopuły regulowane w zakresie od 80 kLux do 160 kLux,
- temperatura barwowa 4300 K,
- średnica pola operacyjnego z kopuły od 160 do 280 mm,
- głębokość oświetlenia L1 +L2 – 105 cm,
- zakres pracy bez konieczności ogniskowania 50 – 180 cm i spełniająca wszystkie pozostałe parametry

lub ewentualnie unieważnienia postępowania w zakresie części I.

24 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o oddaleniu protestu stwierdzając, iż opisując przedmiot zamówienia nie naruszył art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opis jest zgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego z zachowaniem zasad ustawowych, co nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji

zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Oferty składane przez wykonawców mają bowiem stanowić odpowiedź na zapotrzebowanie Zamawiającego zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez Odwołującego nie stanowią dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób naruszający zasady wynikające z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający opisując sprzęt podał cechy techniczne, zgodnie z art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie wskazał znaku towarowego, patentu lub pochodzenia. Wskazanie przez Odwołującego, że tego rodzaju sprzęt jest produkowany przez jedną firmę, nie oznacza automatycznie, że Zamawiający naruszył ustawę określając przedmiot zamówienia. Jeżeli Zamawiający udzielając zamówienia opisuje przedmiot zamówienia w granicach dozwolonych przepisami prawa, nie można zarzucić mu utrudniania uczciwej konkurencji.

4 maja 2009 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 5 maja 2009 r.) odwołanie od rozstrzygnięcia protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. dokonanie, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia preferujących konkretnego producenta – firmę BERCHTOLD.

Zdaniem Odwołującego samo zastosowanie trybu konkurencyjnego – przetargu nieograniczonego nie jest wystarczające do uznania konkurencyjności samego postępowania, szczególnie gdy Zamawiający, zasłaniając się swoimi bliżej nie sprecyzowanymi „indywidualnymi potrzebami” poprzez opis przedmiotu zamówienia zawęży ową konkurencyjność do wyrobów jednego producenta. Opis przedmiotu

zamówienia winien odpowiadać potrzebom Zamawiającego, ale powinien on swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami, czego nie uczynił w rozstrzygnięciu protestu. Argumentacji, iż przygotowując opis Zamawiający posłużył się informacją zebraną na rynku medycznym, wybierając możliwie najlepsze parametry urządzeń różnych producentów nie sposób negować, lecz temu opisowi odpowiadają całościowo tylko wyroby firmy BERCHTOLD, zaś lampy innych producentów, pomimo że posiadają większość z opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów, różnią się często szczegółami, co eliminuje je z przedmiotowego postępowania.

Zamawiający co prawda dopuścił możliwość zaoferowania lamp operacyjnych o innych parametrach technicznych niż było to wymagane pierwotnie, jednak w zmodyfikowanym opisie przedmiotu zamówienia pozostawił elementy, które i tak nie pozwalają zaoferować innych lamp niż firmy BERCHTOLD.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu, przystąpienia oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie dotyczy parametrów opisanych w załączniku nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych. Przedmiot zamówienia: LAMPA ZABIEGOWO-OPERACYJNA SUFITOWA JEDNOCZASZOWA – 21 kpl.”

Parametry w kwestionowanych przez Odwołującego w proteście punktach: 6, 7, 10, 12 i 13 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały opisane w następujący sposób:

pkt 6. Jedna z lamp wyposażona w dodatkowe oświetlenie górne (tzw. endoskopowe) umieszczone w górnej części czaszy jako dodatkowy reflektor sterowany automatycznie z ramienia czaszy lampy,

pkt 7. Zakres regulacji natężenia światła lampy regulowany w zakresie od 70 [klux] do 150 [klux] ± 5 [klux],

pkt 10. Zakres regulacji, wielkości minimalnej i maksymalnej średnicy pola bezcieniowego w polu operacyjnym od 170 do 280 mm ± 5 mm,

pkt 12. Zakres pracy bez konieczności ogniskowania: 70 – 200 cm ± 5 cm,

pkt 13. Kopuła wyposażona oryginalnie w tzw. brudny uchwyt w postaci relingu okalającego min 50% średnicy kopuły.

W odpowiedziach na zapytania wykonawców dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (będących w istocie nie prośbami o wyjaśnienie jej treści, lecz wnioskami o modyfikację) udzielonych w piśmie z 8 kwietnia 2009 r. – odpowiedź na pytanie 9, 10, 11, 13, 14 Zamawiający zmienił szereg wskazanych pierwotnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów i wymagań:

Pytanie nr 9: Czy Zamawiający dopuści lampy z oświetleniem endoskopowym zamontowanym na sztywnym ramieniu lampy, włączającym się automatycznie po wyłączeniu oświetlenia?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza lampy z oświetleniem endoskopowym zamontowanym na sztywnym ramieniu lampy.

Pytanie nr 10: Czy Zamawiający dopuści lampy o zakresie regulacji 160 – 80 kLux?

Odpowiedź: Tak.

Pytanie nr 11: Czy Zamawiający dopuści lampy o temperaturze barwowej 4300K?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza lampy o temperaturze barwowej ≥ 4300 K.

Pytanie nr 12: Czy Zamawiający dopuści lampy o współczynniku odwoływania barw CRI=93

Odpowiedź: Parametry lamp w tym zakresie pozostają bez zmian.

Pytanie nr 13: Czy Zamawiający dopuści lampy o zakresie regulacji, wielkości minimalnej i maksymalnej średnicy pola bezcieniowego w polu operacyjnym od min.160 do max. 330 mm ?

Odpowiedź: Tak.

Pytanie nr 14: Czy Zamawiający dopuści lampy o głębokości wstępnie zogniskowanego oświetlenia $(L1+L2) \geq 110$ [cm]?

Odpowiedź: Tak.

Na pozostałe propozycje zmian wymagań Zamawiający nie wyraził zgody.

Głównym argumentem Zamawiającego było to, iż ma on prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a oferty składane przez wykonawców mają stanowić odpowiedź na to zapotrzebowanie. Jakkolwiek tej generalnej zasadzie nie można odmówić słuszności, po zapoznaniu się z działaniami Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz wysłuchaniu jego stanowiska podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż działania Zamawiającego tej zasadzie nie odpowiadają.

Po pierwsze, ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wskazali żadnej innej konkretnej lampy niż Chromophare D540 produkcji Berchtold, która posiadałaby wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry. Samo stwierdzenie, iż w Unii Europejskiej muszą takie lampy istnieć ani wymienienie nazw producentów lamp bez wskazania konkretnych produktów Izba uznaje za niewystarczające. Lecz, co najważniejsze – Zamawiający nie wykazał, iż pierwotnie sporządzone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zestawienie parametrów ma dla niego istotne znaczenie. Wręcz przeciwnie – dopuścił od nich szereg wyjątków – na co wyraźnie wskazują zacytowane powyżej odpowiedzi (pomijając fakt, iż te „dopuszczenia” dotyczą konkretnych produktów – bo taki niewątpliwie był cel pytających wykonawców, co już samo w sobie jest niezgodne z *lege artis* tworzenia opisu przedmiotu zamówienia). Dodatkowo podczas rozprawy Zamawiający wykazał, iż w ogóle nie rozumie znaczenia wartości granicznych podanych w punktach 7, 10 i 12 stwierdzając, iż za spełniające wymagania uznałby przykładowo podane zakresy, które zupełnie nie odpowiadały zapisom w tych

punktach. W związku z tym Izba uznaje za uzasadnione zarzuty dotyczące punktu 7,10 i 12.

Natomiast w odniesieniu do wymagania zawartego w punkcie 6. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, iż w niniejszym postępowaniu zamawia on 21 lamp, lecz wymóg posiadania oświetlenia endoskopowego postawił tylko w stosunku do jednej z nich, gdyż funkcja ta jest mu potrzebna w gabinecie urologicznym. Izba uznała, iż wymagania Zamawiającego w tym zakresie nie są wygórowane w stosunku do potrzeb i tymi potrzebami są uzasadnione.

Natomiast w odniesieniu do wymagania zawartego w punkcie 13. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, iż wskazana długość „brudnego uchwytu” ułatwia personelowi medycznemu manewrowanie lampą podczas zabiegów. Dodatkowo wskazał, iż istnieje kilku producentów lamp z wymaganym uchwytem. Odwołujący potwierdził, że trzy lampy dwóch innych niż Berchtold producentów takie uchwyty posiadają. Zatem w odniesieniu do tego parametru Izba uznała, iż zarzut, że tylko lampa Chromophare D540 może go spełnić, nie potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych opisując przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na jego pochodzenie, podczas gdy nie było do tego podstaw Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się. Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia użył parametrów technicznych i wymagań funkcjonalnych, a nie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia produktu w znaczeniu użytym w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz opis tych parametrów był nieprawidłowy – błąd ten stanowi jednak naruszenie art. 29 ust. 2, a nie ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Użyte bowiem w ust. 3 określenie „pochodzenie” należy wiązać nie z pochodzeniem od danego producenta, ale z pojęciem „kraj, region pochodzenia”, a więc „oznaczeniem geograficznym”, o którym mowa w art. 174 ustawy Prawo przemysłowe, czyli oznaczeniem odnoszącym się bezpośrednio lub pośrednio do nazwy miejsca, miejscowości, regionu lub kraju (teren), które identyfikują towar pochodzący z tego terenu, jeśli

określona jakość, dobra opinia lub inne cechy towaru są przypisywane przede wszystkim pochodzeniu geograficznemu tego towaru.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba orzeka tylko w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji. Izba nie uznała za uzasadnione nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób podany w żądaniach Odwołującego, czyli wskazujący na konkretne produkty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....