

WYROK

z dnia 28 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

**Członkowie: Anna Packo
Ewa Sikorska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Powiatowy w Kętrzynie, ul. M.C.Skłodowskiej 2, 11-400 Kętrzyn** protestu z dnia 13 listopada 2009 r.

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2.kosztami postępowania obciąża Szpital Powiatowy w Kętrzynie, ul. M. C. Skłodowskiej 2, 11-400 Kętrzyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez Szpital Powiatowy w Kętrzynie, ul. M.C.Skłodowskiej 2, 11-400 Kętrzyn na rzecz TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,**

- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa.**

Uzasadnienie

Szpital Powiatowy w Kętrzynie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę, instalację i uruchomienie minimum 6-cio rzędowego tomografu komputerowego wraz z adaptacją i przystosowaniem pomieszczeń przeznaczonych na pracownię tomografii komputerowej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 listopada 2009 r., nr 2009/s 212-305694, natomiast specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ” w tym samym dniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 16 listopada 2009 r. (pismem z dnia 13 listopada 2009 r.) wykonawca TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym” wniósł protest na postanowienia SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 29 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych w sposób, który narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a tym samym w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego protestu w całości i dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w proteście, wnosząc o ewentualne unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in.:

- odnośnie pkt 1.4 załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” Zamawiający postawił wymóg, aby oprogramowanie specjalistyczne medyczne konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji dodatkowej diagnostycznej rekonstrukcyjno opisowej lekarskiej pochodziło od jednego producenta i objęte było certyfikacją medyczną od TK. Powyższe powoduje, iż stosowane jest kryterium podmiotowe dzielące potencjalnych wykonawców na oferujących konsolę operatorską i konsolę lekarską z oprogramowaniem specjalistycznym wyprodukowanym przez jednego producenta lub różnych producentów. Odwołujący podkreślił, że mimo, iż oprogramowanie specjalistyczne na konsoli operatorskiej i lekarskiej pochodzi od różnych producentów to zachowana jest

pełna kompatybilność i zdolność obrazowania tych konsol. Dlatego też wniosk o modyfikację SIWZ, poprzez dopisanie „(...) lub różnych producentów (...)”.

- odnośnie pkt 1.1. załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” Zamawiający postawił wymóg, aby „tomograf komputerowy min. 24 rzędowy, umożliwiający akwizycję min. 6 warstw submilimetrycznych w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa-detektor, Tak podać ilość oferowaną aktywnych rzędów i warstw”. Powyższe powoduje, iż pojęcie parametru jest niejednoznaczne i niejasne, tym samym, wykonawcy dowolnie mogą podać wartości dla skanu heliakalnego lub spiralnego, uniemożliwiając obiektywne porównanie i właściwą ocenę parametru.
- odnośnie pkt II.8. załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” Zamawiający postawił wymóg, aby „szybkość chłodzenia anody równa lub większa niż 800 {kHU/min}, Tak, podać „Parametr jest punktowany „Najwyższa wartość 20 pkt. Pozostałe proporcjonalnie”. Powyższe powoduje, iż pojęcie parametru jest niejednoznaczne i niejasne, gdyż wykonawcy dowolnie mogą wpisać szybkość maksymalną lub ciągłą.
- odnośnie pkt IV.2 oraz IV.3 załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” Zamawiający postawił wymóg:
 - „identyczny interfejs obsługi konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji diagnostyczno rekonstrukcyjno opisowej”,
 - „identyczny system operacyjny konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji diagnostyczno rekonstrukcyjno opisowej oraz obsługa zaoferowanych aplikacji postprocesingowych”,

Parametry ww. punktów pokrywają się i dotyczą tego samego wymogu, dlatego też jeden z ww. punktów należy wykreślić.

W dniu 24 listopada 2009 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż opisu przedmiotu zamówienia dokonał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostępnej wiedzy oraz dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Opisując przedmiot zamówienia położył nacisk na funkcjonalność oraz kierował się rozwiązaniami, które w przyszłości będą sprawiały możliwie jak najmniej problemów techniczno-użytkowych. Podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wskazuje tylko jednego producenta, tj. Philips Healthcare. Nadto dodał, iż Odwołujący nie ma prawa narzucać Zamawiającemu sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 2 grudnia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma bezpośredni do Prezesa UZP i Zamawiającego w dniu 3 grudnia 2009 r.), podtrzymując podniesione wcześniej zarzuty oraz argumenty zawarte w proteście. Dodatkowo, podnosząc naruszenie art. 5 k.c.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1 dotyczący nieuzasadnionego wymogu dotyczącego oprogramowania konsoli postawionego w pkt 1.4 załącznika nr 2 potwierdził się.

Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” pkt 1.4 zamieścił wymóg, aby oprogramowanie specjalistyczne medyczne konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji dodatkowej diagnostycznej rekonstrukcyjno opisowej lekarskiej pochodziło od jednego producenta i objęte było certyfikacją medyczną od TK.

Uzasadniając tak postawiony wymóg, Zamawiający podkreślił, w tym także na rozprawie, iż skupił się na funkcjonalności, a nie na wymaganych parametrach, gdyż niezbędne jest dla niego prawidłowe użytkowanie zamawianego urządzenia. Nadto dodając, iż uzasadnieniem żądania jednakowego oprogramowania konsoli operatora i konsoli lekarskiej (opisowej), a tym samym pochodzenia tego oprogramowania od jednego producenta jest zachowanie możliwości samodzielnej obsługi konsoli operatora i lekarskiej (opisowej) przez dyżurującego lekarza.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż w niniejszym stanie faktycznym brak jest uzasadnienia merytorycznego do żądania, aby oprogramowanie specjalistyczne medyczne konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji dodatkowej diagnostycznej rekonstrukcyjno opisowej lekarskiej pochodziło wyłącznie od jednego producenta.

Izba nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, uznając iż nie przedstawił on żadnego racjonalnego argumentu uzasadniającego tak postawiony wymóg. Twierdzenie jakoby oprogramowanie nie stanowiło części integralnej tomografu, a co miało by uzasadniać żądanie pochodzenia oprogramowania wyłącznie od jednego producenta, w kontekście tego, że Zamawiający dopuścił – jak podniósł Odwołujący, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył - aby określone elementy (wskazane w SIWZ, w tym np. wstrzykiwacz kontrastu, kamera do wydruku obrazów) pochodziły od innych producentów również nie zasługuje na uwzględnienie. Oprogramowanie każdej konsoli, czy będzie

pochodziło od jednego, czy też od różnych producentów zapewne spełni wszelkie wymagania dotyczące funkcjonalności. A przecież Zamawiającemu chodziło – jak konsekwentnie podkreślał na rozprawie – właśnie o funkcjonalność. Okoliczność, iż oprogramowanie każdej konsoli pochodzić będzie od innego producenta nie oznacza, że przedmiotowe konsole nie będą funkcjonalne. Zamawiający nie potrafił także podać żadnego racjonalnego uzasadnienia wskazującego na uwarunkowania diagnostyczne, czy też użytkowe uzasadniające żądanie aby oprogramowanie przedmiotowych konsoli pochodziło od jednego producenta. Konieczność obsługi obu konsoli przez dyżurującego lekarza taką okolicznością być nie może. Ewentualne obawy braku kompatybilności oprogramowania konsoli (oprogramowania konsoli operatora i konsoli lekarskiej (opisowej) oraz wystąpienie problemów technicznych, w przypadku wystąpienia których brak byłoby możliwości wyegzekwowania prawidłowości ich działania są także nieuzasadnione. Z treści SIWZ, jak również projektu umowy (§ 11) jednoznacznie bowiem wynika, iż oferowany aparat ma być objęty gwarancją, w ramach której mają być wykonywane nie tylko przeglądy okresowe, ale i wszelkie naprawy gwarancyjne, a Odwołujący – jak oświadczył na rozprawie - dysponuje serwisem posiadającym autoryzację producenta oferowanego sprzętu. Tym samym uznać należy, że brak jest jakichkolwiek przesłanek, które uniemożliwiałyby zaoferowanie oprogramowania pochodzącego od różnych producentów. Zamawiający, modyfikując SIWZ, powinien zmodyfikować postanowienie pkt 1.4 załącznika nr 2 w taki sposób, aby oprogramowanie konsoli mogło pochodzić od jednego producenta lub od różnych producentów.

Zarzut 2 dotyczący nieprecyzyjnego opisu punktu 1.1. załącznika nr 2, tj. akwizycji warstw potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” pkt 1.1 zamieścił wymóg „tomograf komputerowy min. 24 rzędowy, umożliwiający akwizycję min 6 warstw submilimetrycznych w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa – detektor”.

Tak postawiony wymóg zakwestionował Odwołujący, wskazując, iż skoro tomograf komputerowy może dokonywać akwizycji różnych ilości warstw, a więc zarówno dla skanu spiralnego, dla skanu sekwencyjnego, jak również dla obu tych warstw jednocześnie brak doprecyzowania postawionego przez Zamawiającego wymogu czyni go nieczytelny.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego, stwierdzając iż faktycznie brak wskazania, które z warstw oceniać będzie Zamawiający powoduje, iż tak postawiony wymóg nie jest precyzyjny. Skoro bowiem możliwa jest akwizycja warstw dla skanu spiralnego, dla skanu sekwencyjnego, jak również dla obu tych warstw jednocześnie należy jednoznacznie wskazać wykonawcom, ilość których warstw jest dla niego istotna i, która

będzie podlegała ocenie. Tymczasem Zamawiający nie tylko, że nie potrafił podać na rozprawie sposobu w jaki dokonałby oceny tak postawionego wymogu w sytuacji, gdy każdy z wykonawców wskazałby ilość skanów dla innej warstwy, ale również wyjaśnić chociażby powodów, dla których tak skonstruował przedmiotowy wymóg. Tym samym twierdzenia Zamawiającego, iż przy konstruowaniu SIWZ, w tym wymogów stawianych tomografowi komputerowemu, kierował się zachowaniem zasady uczciwej konkurencji w kontekście tak nieprecyzyjnego postanowienia nie zasługują na uwzględnienie. Dlatego też, dokonując modyfikacji SIWZ, kwestionowany parametr należy doprecyzować.

Zarzut 3 dotyczący nieprecyzyjnego opisu punktu II.8 załącznika nr 2, tj. szybkości chłodzenia anody potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” pkt II „Generator i lampa RTG” ppkt 8 zamieścił wymóg, aby szybkość chłodzenia anody była równa lub większa od 800 [kHu/min]. „Tak, podać Parametr jest punktowany. Najwyższa wartość 20 pkt. Pozostałe proporcjonalnie”.

Jak słusznie podniósł Odwołujący istnieją dwa parametry szybkości chłodzenia anody, tj. maksymalna szybkość chłodzenia i ciągła szybkość chłodzenia. Dlatego też brak wskazania, który z parametrów będzie w niniejszym stanie faktycznym podlegał ocenie Zamawiającego rzeczywiście powoduje możliwość złożenia nieporównywalnych ofert. Nawet sam Zamawiający nie potrafił wskazać na rozprawie, jak w takiej sytuacji postąpi, a więc jak oceni oferty, zachowując konsekwentnie powoływaną przez niego zasadę uczciwej konkurencji. Wartość chłodzenia anody można bowiem – jak podkreślił Odwołujący – ustalić na dowolnym poziomie granicznym ze wskazaniem o jaką wartość faktycznie chodzi. Tak więc dla zachowania przedmiotowej zasady wystarczy precyzyjny opis stawianego wykonawcom wymogu, a Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ zobowiązany jest ów parametr szczegółowo określić.

Zarzut 4 dotyczący punktów IV.2 i IV.3 załącznika nr 2 potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych granicznych” pkt IV „Oprogramowanie dodatkowej stacji diagnostycznej lekarskiej i stacji operatorskiej technika” ppkt 2 i 3 zamieścił odpowiednio następujące postanowienia.

- „identyczny interfejs obsługi konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji diagnostyczno rekonstrukcyjno opisowej” (pkt 2),
- „identyczny system operacyjny konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji diagnostyczno rekonstrukcyjno opisowej oraz obsługa zaoferowanych aplikacji postprocesingowych” (pkt 3),

w przypadku odpowiedzi „Tak”, przyznając wykonawcy w każdym z ww. kryteriów „10 pkt”, natomiast w przypadku odpowiedzi „Nie”, przyznając „0 pkt”.

W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, iż już z literalnego brzmienia ww. postanowień SIWZ wynika, iż dotyczą one tej samej funkcjonalności, tj. identycznego interfejsu obsługi konsoli operatorskiej akwizycyjnej technika i stacji diagnostyczno rekonstrukcyjno opisowej. Tym samym, jak słusznie podniósł Odwołujący, brak jest merytorycznego uzasadnienia dla dwukrotnego punktowania tego samego parametru, zwłaszcza, że na rynku istnieją tomografy komputerowe posiadające identyczny interfejs. Dlatego też Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ, powinien wykreślić jeden z ww. punktów.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba uznała, iż Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....