

Poznań, dnia 10.06.2009 r.
WCO/EZ/___3315___/2009

Protestujący:
Siemens Sp. z o.o.
ul. Żupnicza 11
03-821 Warszawa

Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 46/2009 – Zakup, dostawa i montaż aparatu rtg z torem wizyjnym i systemu radiografii cyfrowej.

ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU.

Na podstawie art. 183 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, Zamawiający: **oddala w całości protest** złożony przez spółkę pod firmą: „Siemens” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

UZASADNIENIE:

Dnia 13 maja 2009 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony nr 46/2009 na zakup, dostawę i montaż aparatu rtg z torem wizyjnym i systemu radiografii cyfrowej. Zamawiający umożliwił składanie ofert częściowych, którymi objęte były między innymi – w ramach pakietu nr 1 – Uniwersalny system rentgenowski składający się z aparatu zdalnie sterowanego do radiografii i fluoroskopii typu telekomando oraz stanowiska do radiografii cyfrowej (detektor płaski) dedykowany do badań płuc. W załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także zrozumiały przedstawił parametry, jakim powinien odpowiadać będący przedmiotem tej części zamówienia uniwersalny system rentgenowski. W dniu 21 maja 2009 roku zamawiający skorygował siwz poprzez zmianę szeregu wymaganych parametrów, które spełniać winien objęty przetargiem sprzęt.

Wobec postanowień zmodyfikowanej siwz protest wniosła spółka pod firmą: „Siemens” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez uniemożliwienie (w kilku punktach) oceny parametrów technicznych urządzeń zaoferowanych przez wykonawców oraz utrudnianie uczciwej konkurencji poprzez wysokie punktowanie parametrów granicznych nieuzasadnionych

względnymi klinicznymi oraz niestosowanie zasady proporcjonalności w ocenie tych parametrów. Protestujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, iż zamawiający sporządził modyfikację siwz w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W dalszej części uzasadnienia protestujący odniósł się do parametrów technicznych wskazujących, jego zdaniem, na:

- błędne określenie punktacji za wielkość oraz moc ogniska dużego, uniemożliwiające na dokonanie prawidłowej oceny ofert
- niesprecyzowanie wielkości dawki w ramach zintegrowanego systemu pomiaru dawki oraz niewskazanie punktacji za ten parametr
- nieprawidłową zmianę punktacji z 5 na 10 punktów, za przestarzały, zdaniem protestującego, zamknięty wodny system chłodzenia detektora bez dodatkowego chłodzenia zewnętrznym powietrzem
- błędne określenie minimalnej rozdzielczości detektora i maksymalnego rozmiaru piksela w porównaniu z minimalnym wymiarem pola
- naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie błędnego systemu oceny polegającego na przyznaniu za wartości graniczne 0 punktów, zaś za określone przez zamawiającego wartości maksymalne lub pseudo optymalne preferującego jednego dostawcę i przyznawanie największej ilości punktów bez stosowania oceny zgodnej z zasadą proporcjonalności dla wartości pozostałych

W konkluzji protestujący podniósł, że wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy – Prawo zamówień publicznych przy sporządzaniu siwz postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może być obciążone wadą powodującą nieważność zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6) Ustawy – Prawo zamówień publicznych, co uzasadnia zdaniem „Siemens” Sp. z o.o. wniosek o unieważnienie postępowania.

W dniu 05 czerwca 2009 roku do przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosiła spółka pod firmą „Promed” S.A. z siedzibą w Warszawie, wywodząc swój interes prawny z faktu bezzasadności zarzutów podniesionych w proteście oraz wniesienia protestu po upływie terminu przewidzianego przepisami ustawy. „Promed” S.A. wniosła o odrzucenie protestu na podstawie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych uzasadniając swoje stanowisko faktem wniesienia protestu po upływie terminu.

Odnosząc się do merytorycznych zarzutów protestującego, przystępujący wskazał, że błędy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są w przeważającej części

wynikiem oczywistych omyłek popełnionych przez zamawiającego, a nadto że to zamawiający jest uprawniony do określenia przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, zaś w zakresie systemu chłodzenia detektora niedopuszczalne jest arbitralne określanie przez protestującego wymaganych przez zamawiającego rozwiązań technicznych jako przestarzałych, w szczególności w sytuacji, gdy nie jest to zgodne ze stanem faktycznym.

Zważywszy na treść przepisu art. 181 ust. 4 pkt 2) Ustawy – Prawo zamówień publicznych należy uznać, iż „Promed” S.A. zgłosiła przystąpienie do protestu po upływie terminu wskazanego w przywołanym przepisie, a zatem nie stała się uczestnikiem postępowania toczącego się na skutek protestu. Zgodnie ze wskazanym przepisem uczestnikami postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron, i którzy przystąpili do postępowania do upływu terminów, o których mowa w art. 180 ust. 3, jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Artykuł 180 ust. 3 Ustawy – Prawo zamówień publicznych określa termin na wniesienie protestu dotyczącego postanowień siwz na 14 dni od dnia jej zamieszczenia na stronie internetowej. W niniejszym postępowaniu siwz zamieszczona została na stronie internetowej w dniu 21 maja 2009 roku, a zatem termin na wniesienie protestu, a co za tym idzie także na przystąpienie do postępowania upływał w dniu 04 czerwca 2009 roku. Ponieważ „Promed” S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania w dniu 05 czerwca 2009 roku należy uznać, że przystąpienie nastąpiło z uchybieniem terminu przewidzianego w ustawie, a zatem nie może zostać przez zamawiającego uwzględnione, zaś przystępujący nie stał się wskutek tego uczestnikiem postępowania toczącego się wskutek wniesienia protestu.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga kwestia terminowości wniesienia protestu przez „Siemens” Sp. z o.o. W ocenie zamawiającego protest wniesiony został w przewidzianym przepisami Ustawy – Prawo zamówień publicznych terminie. Dotyczy on bowiem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w takim przypadku zastosowanie znajduje art. 180 ust. 3 pkt 2) (ponieważ wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy – Prawo zamówień publicznych). Z uwagi zaś na fakt, iż przywołany przepis przewiduje 14 dniowy termin liczony od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej (co w niniejszej sprawie miało miejsce w dniu 21 maja 2009 roku) należy uznać, iż termin do wniesienia protestu upływał w dniu 04 czerwca 2009 roku, zaś protest „Siemens” Sp. z o.o. wniesiony został w dniu 03 czerwca 2009 roku, a zatem z zachowaniem terminu ustawowego.

W ocenie zamawiającego argumentacja zawarta we wniesionym proteście jest częściowo zasadna w części dotyczącej punktów J.3, I.1, I.8, K.3 i K.4 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym odpowiednio punktacji za wymiar ogniska dużego lampy rentgenowskiej, określenia wymaganej mocy generatora tej lampy, wskazania sposobu oceny zintegrowanego systemu pomiaru dawki generatora rtg, a także sposobu określenia rozdzielczości i wymiarów pola detektora. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, iż protestujący domagał się unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy – Prawo zamówień publicznych, zaś wymienione w proteście i uznane przez zamawiającego za zasadne wady siwz nie uzasadniają takiego unieważnienia, albowiem zgodnie z treścią art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych zamawiający w uzasadnionych przypadkach uprawniony jest przed upływem terminu składania ofert do dokonania zmiany postanowień siwz, należy uznać, iż żądanie protestującego jest zbyt daleko idące, i w związku z tym protest podlega oddaleniu w całości

Odnosząc się do poszczególnych zapisów siwz zakwestionowanych przez protestującego należy wskazać, iż (poszczególne literowo-cyfrowe oznaczenia poszczególnych punktów odnoszą się do punktów wymienionych w załączniku numer 3 do siwz (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane):

Punkt J.3.

Zamawiający częściowo podziela argumentację protestującego, uznając, iż w opisie tego punktu doszło do oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na błędnym określeniu punktacji za wymiar ogniska dużego. W rzeczywistości w specyfikacji punktacja winna zostać wskazana w sposób następujący (przy wymogu granicznym wielkości ogniska dużego $\leq 1,3$ mm):

ognisko o wielkości $> 1,0$ mm = 0 pkt.

ognisko o wielkości $\leq 1,0$ mm = 5 pkt.

Zamawiający dokona odpowiedniej modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, albowiem omyłka powyższa nie uzasadnia unieważnienia postępowania, a jedynie dokonanie stosownej korekty postanowień siwz.

Punkt I.1.

Zamawiający podziela argumentację protestującego i wskazuje, iż w siwz doszło do oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na niewskazaniu, iż wymieniona we wskazanym punkcie załącznika numer 3 do siwz moc generatora jest mocą minimalną. W rzeczywistości moc generatora winna zostać w siwz określona jako:

moc generatora ≥ 65 kW

Zamawiający dokona odpowiedniej modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, albowiem omyłka powyższa nie uzasadnia unieważnienia postępowania, a jedynie dokonanie stosownej korekty postanowień siwz.

Punkt I.8.

Zamawiający podziela argumentację protestującego i wskazuje, iż w siwz doszło do oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na niewskazaniu, że zintegrowany system pomiaru dawki stanowi parametr graniczny. W rzeczywistości w rubryce punktacja w kwestionowanym punkcie winien znaleźć się zapis: „bez oceny”

Zamawiający dokona odpowiedniej modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, albowiem omyłka powyższa nie uzasadnia unieważnienia postępowania, a jedynie dokonanie stosownej korekty postanowień siwz.

Punkt K.2

Jeżeli chodzi o zarzuty odnoszące się do punktu K.2 załącznika numer 3 do siwz dotyczącego systemu chłodzenia detektora, należy podnieść, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej sam fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia niektórym wykonawcom wzięcie udziału w przetargu nie może być *per se* uznawany za ograniczający konkurencję. Jak trafnie stwierdziła KIO w wyroku z dnia 12 listopada 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1155/08) „Skoro wymagane parametry mogą spełnić produkty kilku wykonawców, fakt, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu, nie powoduje naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych”. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 09 października 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1024/08) uznając m. in. iż

„1. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji.

2. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.”

Podkreślenia wymaga również fakt, iż zamawiający określając przedmiot zamówienia publicznego uprawniony jest do postawienia takich wymogów, które odzwierciedlają jego zapotrzebowanie, a jednocześnie umożliwiają jednoznaczne i zrozumiałe ich odczytanie przez podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniu, a zarazem dopuszczają możliwość konkurencji przez podmioty mogące wziąć udział w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oraz wyszczególnienie parametrów technicznych, jakim powinien on odpowiadać, wskazane w siwz spełniają wszystkie wymogi stawiane przez ustawodawcę w przepisach Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu podkreślić wypada, że to zamawiający jest podmiotem, któremu przysługuje prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby odzwierciedlał on jego rzeczywiste potrzeby. Jest przy tym oczywiste, że opis ten winien spełniać wymogi stawiane przez ustawodawcę, w szczególności w przepisach Ustawy – Prawo zamówień publicznych, jednakże w ocenie zamawiającego siwz została sporządzona w sposób prawidłowy, z poszanowaniem wszelkich obowiązujących w tym zakresie regulacji prawnych. Za bezsporne należy uznać, że zamawiający może dostosować opis przedmiotu zamówienia do wymagań, które winien on spełniać, tak aby był on najbardziej przydatny z uwagi na cel, któremu ma służyć. Stanowisko powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, która w wyroku z dnia 20 sierpnia 2008 roku (sygn. akt: KIO/UZP 807/08) uznała, że „Na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienia do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek 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.”, który to pogląd zamawiający w pełni podziela i akceptuje (por. także wyroki KIO z dnia 18 sierpnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 799/08 i z dnia 13 sierpnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 782/08). Powyższą argumentację odnieść można również do zarzutów sformułowanych przez protestującego w punkcie V protestu, dotyczących sposobu punktacji i sugerowanego przez protestującego faworyzowania przez zamawiającego jednego dostawcy.

Ponadto zamawiający uznaje, że zamknięty wodny system chłodzenia detektora jest rozwiązaniem technicznym, którego nie można uznać, jak chce tego protestujący, za przestarzałe, przeciwnie chłodzone w ten sposób detektory nowych typów są funkcjonalne i spełniają wszelkie oczekiwania i potrzeby zamawiającego.

Punkty K.3, K.4 i K.8

Zarzuty protestującego odnoszące się do wymaganej przez zamawiającego rozdzielczości detektora, rozmiaru piksela oraz wymiarów pola należy uznać za jedynie częściowo uzasadnione. Wymagana przez zamawiającego rozdzielczość wynosząca co

najmniej 2000x2000 pikseli jest wartością minimalną. Powyższe oznacza, że zamawiający dopuszcza (co oczywiste) również urządzenia posiadające detektor o rozdzielczości wyższej, co więcej wyższa rozdzielczość będzie przez zamawiającego odpowiednio wyżej punktowana. Z kolei wymiar piksela 200 μm stanowi wartość maksymalną, co również nie oznacza, że zamawiający nie dopuści urządzeń posiadających piksele mniejsze. Należy bowiem pamiętać, iż nie można analizować poszczególnych parametrów wymaganych przez zamawiającego w oderwaniu od pozostałych, dopiero zaś ich kompleksowe zestawienie pozwoli na kompletne odtworzenie wymagań stawianych przez zamawiającego, a podyktowanych jego potrzebami wynikającymi z celu, jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Wypada zatem uznać, iż nie ma przeszkód w zaoferowaniu przez wykonawców urządzeń o rozdzielczości np. 3000 x 3000 pikseli o rozmiarze np. 150 μm , co pozwoli na uzyskanie pola o wymiarze 45x45 cm, które zarazem spełnią wymóg wielkości pola, co w konsekwencji przesądza o uznaniu zarzutów protestującego za pozbawione podstaw. Jednakże zamawiający kierując się wola zapewnienia jak najprecyzyjniejszego opisu przedmiotu zamówienia uznaje, że zachodzi konieczność modyfikacji siwz w następujący sposób:

Punkt K.3:

Rozdzielczość detektora:

punktacja:

rozdzielczość detektora < 3000 x 3000 = 0pkt

rozdzielczość detektora \geq 3000 x 3000 = 5 pkt

Punkt K. 4:

Wymiary pola detektora: \geq 40 x 40 cm,

punktacja:

wymiary pola detektora < 43 x 43 cm = 0 pkt

wymiary pola detektora \geq 43 x 43 = 5 pkt

Zamawiający dokona odpowiedniej modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, albowiem omyłka powyższa nie uzasadnia unieważnienia postępowania, a jedynie dokonanie stosownej korekty postanowień siwz.

Wobec powyższego zamawiający stwierdza, iż mimo faktu, iż siwz została sporządzona częściowo w sposób nieprawidłowy, wskutek popełnienia szeregu omyłek pisarskich, nie ma podstaw do unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy – Prawo zamówień publicznych, a opisane w treści niniejszego rozstrzygnięcia omyłki winny zostać przez zamawiającego skorygowane w

trybie art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, czego konsekwencją jest konieczność oddalenia protestu w całości jako niezasadnego.

POUCZENIE

Od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jednakże w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. dla zamówień

1. udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 133.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych;
2. udzielanych przez zamawiających innych niż określone w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 206.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych;
3. sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 412.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.

odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Zgodnie z treścią art. 183 ust. 4 wskazanej ustawy rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszcza również na stronie internetowej, na której jest udostępniana.

Z poważaniem,