

Poznań, dnia 03.06.2009 r.
WCO/EZ/___3189___/2009

Protestujący:
OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. k.
ul. Piątkowska 161
60-650 Poznań

Przyłączający się do protestu:

PROMED S.A.
Ul. Krajewskiego 1B
01-520 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:

1. uwzględni protest złożony przez spółkę pod firmą: „OK. Medical Systems Sp. z o.o.” Sp.k. z siedzibą w Poznaniu w części dotyczącej punktu D.9 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w zakresie dotyczącej zakresu czasu ekspozycji,

2. oddala protest w pozostałej części

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.

Wobec postanowień siwz protest wniosła spółka pod firmą: „OK Medical Systems Sp. z o.o.” Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, zarzucając naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust.1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 2 Ustawy – Prawo zamówień publicznych (a także w treści uzasadnienia protestu – art. 15 ust.1 pkt 3) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Protestujący wniosł o dokonanie modyfikacji wskazanych zagadnień (w treści siwz) na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy – prawo zamówień publicznych w sposób wskazany przez protestującego.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, iż w treści siwz zamawiający użył określeń wskazujących na jednego producenta, czego konsekwencją miało być umożliwienie złożenia ważnej oferty w przedmiotowym postępowaniu tylko jednemu wykonawcy. Protestujący w szczególności zakwestionował treść załącznika nr 3 do siwz uznając, iż opisane w nim warunki graniczne wskazują na jednego producenta aparatów rentgenowskich – firmę GE Healthcare produkującą aparaty Precision RXi i Definium 6000. Takie postępowanie zamawiającego, w ocenie protestującego służy jedynie ograniczeniu konkurencji i wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego innych dostawców mogących zaoferować wysokiej klasy aparaty innych producentów wykorzystującymi rozwiązania technologiczne pozwalające na uzyskanie porównywalnych lub nawet lepszych efektów diagnostycznych.

W dalszej części uzasadnienia protestujący odniósł się do parametrów technicznych wskazujących, jego zdaniem, na faworyzowanie przez zamawiającego jednego producenta, wskazując jednocześnie modyfikacje, których wprowadzenia do siwz się domaga.

W dniu 01 czerwca 2009 roku do postępowania po stronie zamawiającego przystąpiła spółka pod firmą „Promed” S.A. z siedzibą w Warszawie, wywodząc swój interes prawny z faktu bezzasadności zarzutów podniesionych w proteście oraz prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, który nie naruszył, zdaniem przystępującego, żadnych przepisów i zasad udzielania zamówień publicznych. „Promed” S.A. wniosła o oddalenie protestu w całości uzasadniając swoje stanowisko tym, iż wbrew twierdzeniom protestującego warunków opisanych w siwz nie spełniają tylko urządzenia produkowane przez GE Healthcare, przeciwnie urządzenia typów wymienionych w proteście (Precision RXi i Definium 6000) nie spełniają kilku spośród parametrów granicznych (bez ich wskazania), zaś odpowiedź zamawiającego na pytania protestującego uniemożliwia przystępującemu złożenie oferty na wymienione w proteście aparaty. Ponadto przystępujący wskazał, iż przywołanie przez

protestującego kilku parametrów spełnianych przez aparat Precision RXI nie przesądza o sporządzeniu siwz w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania. Wreszcie „Promed” S.A. podkreśliła, że zamawiający uprawniony jest do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, zaś protestujący mógł skorzystać z możliwości zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści siwz, z którego to środka zresztą protestujący w niniejszym postępowaniu korzystał.

W ocenie zamawiającego wniesiony protest jest zasadny w części dotyczącej punktu D.9 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącej zakresu czasu ekspozycji, zaś w pozostałym zakresie nie znajduje uzasadnionych podstaw i z uwagi na to podlega oddaleniu w całości.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez protestującego wskazać należy w pierwszej kolejności, iż 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.”

Należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom protestującego wymogi stawiane przez zamawiającego w siwz mogą być spełnione przez więcej aniżeli tylko jednego producenta/wykonawcę. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez zamawiającego zakwestionowane przez protestującego warunki graniczne oraz oceniane mogą zostać spełnione przez sprzęt m. in. następujących producentów: Philips, Siemens. Oczywiście jest fakt, iż ocenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlegać będą konkretne oferty złożone przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, jednakże, zdaniem zamawiającego, nie ma podstaw do apriorycznego przyjęcia, iż warunki siwz umożliwiają udział w postępowaniu jedynie jednemu wykonawcy. Z

samego zatem faktu, iż parametry techniczne aparatury oferowanej przez protestującego odbiegają od wymogów stawianych przez zamawiającego nie można automatycznie wyprowadzać wniosku, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w sposób utrudniający konkurencję. 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 konkurowania 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).

Ustosunkowując się do konkretnych zarzutów protestującego należy w pierwszej kolejności wskazać, iż część z zakwestionowanych przez protestującego parametrów ma charakter ocenny. Powyższe oznacza, iż nawet niespełnienie przez oferowany przez jednego z wykonawców sprzęt warunków określonych w siwz skutkować będzie nie odrzuceniem złożonej przezeń oferty, a co najwyżej uzyskaniem mniejszej ilości punktów w zakresie oceny technicznej danego parametru. Trzeba przy tym pamiętać, że ilość ocenianych punktów jest znacznie większa niż wskazanych w proteście jako naruszające konkurencję, co implikuje stwierdzenie, że protestujący brak lub mniejszą

ilość punktów w danej kategorii jest w stanie zrównoważyć uzyskaniem większej ich ilości za inne podlegające ocenie kryteria, w tym w szczególności w zakresie ceny, stanowiącej 60% wagi uwzględnianej przy dokonywaniu oceny ofert (pozostałe 40% wagi stanowi ocenę techniczną, na którą składa się jednakże wiele ocenianych parametrów technicznych). Podzielić należy także pogląd wyrażony przez przystępującego, który stwierdził, iż wymienienie w proteście 2 parametrów spełnianych przez konkretny sprzęt (aparat Precision RXI) nie może stanowić o uznaniu siwz za sporządzone w sposób utrudniający czy wyłączający konkurencję. Kwestia ta staje się szczególnie widoczna, uwzględniając fakt, że łączna ilość podlegających ocenie kryteriów wynosi kilkadziesiąt pozycji. W ocenie zamawiającego nie może zatem być mowy o sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący jedynie na jednego wykonawcę czy producenta.

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 A.2. Szerokość blatu stołu została przez zamawiającego określona na minimum 700mm z dokładnym określeniem wyższych zakresów i odpowiednią do tego punktacją. W związku z tym istnieje możliwość złożenia oferty aparatu wyposażonego w szerszy niż 700mm blat i uzyskania z tego tytułu dodatkowych punktów. Zgodnie z posiadaną przez zamawiającego wiedzą na rynku funkcjonują firmy produkujące aparaty o szerszym niż 700mm stole (np. o szerokości 800mm), dlatego też zostało to wzięte pod uwagę przy formułowaniu siwz. Zamawiający wskazuje ponadto, że parametr ten tzn. odpowiednia szerokość blatu, ma istotne znaczenie w codziennej praktyce i w sposób znaczący wpływa na komfort pracy zarówno personelu, jak i pacjenta.

Punkt A.9. Zakres przesuwu wzdłużnego stołu został określony bardzo szeroko, na co najmniej +860mm/-150mm i więcej. Zamawiający uznaje powyższe wartości jako mieszczące się w optymalnym zakresie, spełniającym oczekiwania i potrzeby zamawiającego, uwzględniające jakość oraz komfort pracy z wykorzystaniem aparatów będących przedmiotem zamówienia. Poza tym jest to także parametr spełniany przez aparaty oferowane przez wielu producentów, dlatego w ocenie zamawiającego nie byłoby zasadne rezygnowanie z przedmiotowego wymogu, gdyż zdaniem zamawiającego ma on również istotne znaczenie przy wykonywaniu badań na stole.

Punkt B.5. Odległość blat stołu – film jest ważnym parametrem wpływającym na jakość obrazowania. W siwz została określona na najwyżej 80mm, przy czym wartości niższe są odpowiednio wyżej punktowane. Tym samym w rozpatrywaniu ofert mogą

być brane pod uwagę aparaty o odpowiednio mniejszej odległości blatu stołu od filmu, jednakże nie większej niż 80mm, gdyż zdaniem zamawiającego mogłoby to mieć niekorzystny wpływ na jakość otrzymywanych zdjęć. Większość aparatów typu telekomando oferowanych na rynku posiada zakres odległość blat stołu – film poniżej 80 mm, dlatego też zamawiający uznaje, że stawiany w tym zakresie wymóg jest zgodny z regulacjami ustawowymi dotyczącymi sposobu formułowania opisu przedmiotu zamówienia.

Punkt D.9 Zamawiający uznaje za zasadne zawarte w proteście argumenty protestującego odnoszące się do zakresu czasu ekspozycji. Parametr ten, w ocenie zamawiającego może ulec modyfikacji ze sztywno określonego zakresu 1ms – 3s na $\geq 1\text{ms} - 3\text{s}$, co umożliwi przystąpienia do przetargu wykonawcom oferujących sprzęt posiadający szerszy zakres czasu ekspozycji.

Punkt G.3. Maksymalna rozdzielczość wzmacniacza centralnie została w siwz określona jednoznacznie na $\geq 70\text{pl/cm}$. Jest to zdaniem zamawiającego wartość graniczna, mająca duży wpływ na jakość uzyskanego obrazu i nie może podlegać modyfikacji. Ponadto jest to również parametr spełniany przez aparaty wielu producentów obecnych na rynku.

Punkt J.6. System zawieszenia sufitowego lampy z ekranem dotykowym LCD zamontowanym bezpośrednio na kolumnie jest rozwiązaniem innowacyjnym, stanowiącym wielkie ułatwienie codziennej pracy personelu zamawiającego. Technik, który wykonuje badanie i ustawia pacjenta do zdjęcia, przy wykorzystaniu żądanego w siwz rozwiązania, może bezpośrednio i na bieżąco wprowadzać odpowiednie protokoły ekspozycji i je modyfikować, jednocześnie cały czas nadzorując pacjenta i jego ułożenie. Umożliwia mu to właśnie ekran zamontowany na statywie, w dogodnej i poręcznej konfiguracji. W praktyce szpitalnej, mając często do czynienia z bardzo chorym i cierpiącym pacjentem, wydłużenie jego czasu kontaktu z technikiem, (bo wszystkie czynności potrzebne do zaprogramowania ekspozycji technik wypełnia przy nim) i tym samym skrócenie czasu badania jest bardzo istotne zarówno z punktu widzenia komfortu badanego pacjenta oraz jakości pracy personelu zamawiającego. W związku z powyższym ewentualna rezygnacja z tego parametru pozbawiona uzasadnionych podstaw.

Wobec powyższego zamawiający stwierdza, iż siwz została sporządzona w sposób prawidłowy (z wyłączeniem punktu D.9 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane – w zakresie dotyczącej zakresu czasu ekspozycji), co implikuje konieczność oddalenia protestu w pozostałej części 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,

.....