

Poznań, 01.09.2009 r.  
WCO/EZ/\_\_\_5067\_\_\_/2009

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

**Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 84/2009 – Zakup, dostawa i montaż aparatu rtg z torem wizyjnym.**

### **ROZSTRZYGNIECIE PROTESTU.**

Na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający:

**1. uwzględnia protest** złożony przez spółkę pod firmą: „OK Medical Systems Sp. z o.o.” Sp.k. z siedzibą w Poznaniu w części dotyczącej:

- a. punktu B.20 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w części obejmującej zmianę siwz w zakresie wymogu wykonania projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń jako warunku granicznego,
- b. punktu H.61 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w całości,
- c. punktu H.63 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w całości,
- d. punktu J.81 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w całości,

**2. oddala protest w pozostałej części**

### **UZASADNIENIE:**

Dnia 11 sierpnia 2009 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony nr 84/2009 na zakup, dostawę i montaż aparatu rtg z torem wizyjnym. W załączniku nr 3 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 i 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 wniósł o uwzględnienie protestu w całości i dokonanie modyfikacji wskazanych zagadnień (dotyczących treści siwz) na podstawie art. 38 ust. 4 Ustawy – Prawo zamówień publicznych w sposób wskazany przez protestującego. Protestujący wskazał nadto, że treść siwz narusza zasady udzielania zamówień publicznych, co spowodowało w konsekwencji naruszenie interesu prawnego protestującego polegające, w ocenie protestującego, na utracie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego konsekwencją jest istnienie wady prawnej postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy.

W uzasadnieniu protestu spółka pod firmą: „OK Medical Systems Sp. z o.o.” Sp. k. z siedzibą w Poznaniu wskazała, 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 Philips produkującą aparaty Duo Diagnost i Digital Diagnost. Takie postępowanie zamawiającego, w ocenie protestującego, powoduje, że inni wykonawcy pozbawieni zostali możliwości zaoferowania konkurencyjnego cenowo i równorzędnego jakościowo sprzętu, z uwagi na fakt, iż złożona oferta zostanie odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zdaniem „OK Medical Systems Sp. z o.o.” Sp. k. z siedzibą w Poznaniu takie sformułowanie zapisów siwz 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. Protestujący podkreślił, że zamawiający w sposób świadomy dążył do ograniczenia liczby wykonawców, traktując jednego z producentów w sposób uprzywilejowany, co protestujący uznał za naruszenie art. 7 i art. 22 Ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz art. 15 ust. 1 pkt 3) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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 ocenie zamawiającego wniesiony protest jest zasadny w części dotyczącej:

- a. punktu B.20 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w części obejmującej zmianę siwz w zakresie wymogu wykonania projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń,
- b. punktu H.61 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w całości,
- c. punktu H.63 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w całości,
- d. punktu J.81 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane) w całości,

zaś w pozostałym zakresie nie znajduje uzasadnionych podstaw i z uwagi na to w tej części podlega oddaleniu.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez protestującego wskazać należy w pierwszej kolejności, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem 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, niektóre z zakwestionowanych przezeń wymogów, stawianych przez zamawiającego w siwz mogą być spełnione przez więcej niż tylko jednego producenta/wykonawcę. Oczywisty 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 konkurencji przez poszczególnych oferentów. Zdaniem zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oraz wyszczególnienie parametrów technicznych, jakim powinien on odpowiadać, wskazane w siwz (z wyłączeniem części, w jakiej protest został uwzględniony) 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 opisanego 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 uprawnienie 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).

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 B.20. Wykonanie projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń. Zamawiający częściowo przychylił się do stanowiska protestującego, co powoduje, że konieczne jest zmodyfikowanie zapisów siwz w zakwestionowanym w proteście zakresie. Jednakże możliwość wykonania projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń jest bardzo istotnym parametrem z punktu widzenia praktycznej działalności prowadzonej przez zamawiającego, nie jest możliwe całkowite zrezygnowanie z przedmiotowego wymogu. Aby umożliwić większej ilości wykonawców wzięcie udziału w postępowaniu, zamawiający wprowadzi modyfikację do siwz polegającą na dopuszczeniu alternatywnego rozwiązania polegającego na możliwości zaoferowania opcjonalnie aparatu zdalnie sterowanego, który nie będzie spełniał wymogu wykonania projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń, pod warunkiem, że wykonawca do tego systemu zaoferuje drugą lampę (z dodatkowym generatorem lub bez), nie licząc stanowiska do radiografii cyfrowej. Postawienie takiego wymogu przez zamawiającego uzasadnione jest również koniecznością zapewnienia w przyszłości funkcjonowania dwóch niezależnych systemów, pracujących w różnych pomieszczeniach, które umożliwiłyby wykonanie pełnego zakresu projekcji pacjentom leżącym na blacie stołu lub poza stołem. Z uwagi na powyższe zamawiający częściowo uwzględnił żądanie protestującego w zakresie odstąpienia od wymogu umożliwienia przez oferowane systemy rtg wykonania projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń jako warunku granicznego, którego niespełnienie powoduje odrzucenie oferty jako niespełniającej warunków określonych w siwz, wprowadzając jednocześnie możliwość zaoferowania alternatywnego rozwiązania umożliwiającego realizację uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jednocześnie, z uwagi na fakt, iż możliwość wykonania projekcji promieniem poziomym pacjentowi leżącemu na stole do zdjęć i prześwietleń jest warunkiem istotnym z punktu widzenia zamawiającego, ponieważ pozwala na wykonanie pełnej diagnostyki wielu stanów chorobowych, w szczególności nowotworowych, bez konieczności przenoszenia pacjenta, zamawiający wprowadzi powyższy parametr do siwz jako oceniany. W praktyce szpitalnej, mając często do czynienia z bardzo chorym i cierpiącym pacjentem nowotworowym, skrócenie czasu badania oraz zmniejszenie ilości czynności niezbędnych dla zdiagnozowania schorzenia i tym jest bardzo istotne zarówno z punktu widzenia komfortu badanego pacjenta oraz jakości pracy personelu zamawiającego. 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 bardzo duża, co implikuje stwierdzenie, że dany wykonawca 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 70% wagi uwzględnianej przy dokonywaniu oceny ofert (pozostałe 30% wagi stanowi ocena techniczna, na którą składa się jednakże wiele ocenianych parametrów technicznych).

Punkt H.61. System zawieszenia sufitowego z ekranem dotykowym LCD. Zamawiający przychylił się do protestu w zakresie przedmiotowego punktu, albowiem technologia ekranu dotykowego nie ma istotnego wpływu na funkcjonalność systemu rtg oraz spełnianie przezeń jego podstawowych zadań. W związku z powyższym zamawiający postanawia odstąpić od wymogu posiadania przez oferowany przez wykonawców aparat rtg dotykowego ekranu LCD.

Punkt H.63. Wyświetlane na ekranie dotykowym co najmniej n/w informacji: SID, kąt pochylenia lampy, kV/ mAs, komunikat o błędach. Zamawiający przychylił się do protestu w zakresie przedmiotowego punktu, wskazując, że odczyt parametrów takie jak kąt pochylenia lampy oraz wartości kV czy mAs na wyświetlaczu przy kolimatorze nie jest niezbędny dla prawidłowego korzystania z aparatu rtg i możliwość spełniania przezeń podstawowych funkcji.

Punkt I.71 Dodatkowa filtracja minimum 3 filtry zmieniane ręcznie i automatycznie. Zamawiający uznaje protest w zakresie przedmiotowego punktu za niezasadny. Umożliwienie przez oferowany sprzęt korzystania z dwóch systemów filtracji jest rozwiązaniem spełniającym oczekiwania i potrzeby zamawiającego, uwzględniające jakość oraz komfort pracy z wykorzystaniem aparatów będących przedmiotem zamówienia, a także konieczność prawidłowego wykonywania radiogramów. Należy także wskazać, iż jest to parametr spełniany przez aparaty oferowane przez kilku producentów (np. Philips, GE, Siemens), dlatego w ocenie zamawiającego nie byłoby zasadne rezygnowanie z przedmiotowego wymogu, gdyż zdaniem zamawiającego ma on również istotne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania sprzętu objętego zamówieniem.

Punkt J.81. Wyjęcie detektora z szuflady statywu i wykonanie zdjęcia bezpośrednio na detektorze. Zamawiający przychylił się do protestu w zakresie przedmiotowego punktu. W związku z powyższym zamawiający uwzględnia żądanie protestującego w zakresie odstąpienia od wymogu umożliwienia przez oferowane systemy rtg wyjmowania detektora z szuflady statywu i wykonywania zdjęć bezpośrednio na detektorze jako warunku granicznego, którego niespełnienie powoduje odrzucenie oferty jako niespełniającej warunków określonych w siwz.

Wobec powyższego zamawiający stwierdza, iż siwz została sporządzona w sposób prawidłowy z wyłączeniem

- a. punktu B.20 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane),
- b. punktu H.61 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane),

- c. punktu H.63 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane),
- d. punktu J.81 załącznika numer 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (szczegółowy opis wymagań technicznych przedmiotu zamówienia – parametry graniczne i oceniane),

w zakresie w jakim zamawiający uwzględnił protest odnośnie ww. punktów. Wskazane zaś w treści niniejszego rozstrzygnięcia argumenty implikują 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 określonych 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,

---