

Warszawa, dnia 5 maja 2015 r.

Do
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Specjalistyczny Szpital im. E. Szczeklika w Tarnowie
ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów
tel. +48 (14) 631-03-41, Faks: +48 (14) 631-03-37
adres e-mail: zamowienia@ssz.tar.pl

Odwołujący:

GE Medical Systems Polska Sp. z o. o.
ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa
tel. +48 (22) 330-83-00, faks: +48 (22) 330-83-83

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 182 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej „Odwołującym”), wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest „Dostawa systemu angiograficznego z wyposażeniem” - nr ref. AE/ZP-27-26/15 (zwanym dalej „Postępowaniem”) ogłoszonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dnia 25 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 081-142907.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił złożenie oferty Odwołującemu;

wskutek czego w Postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 – 3 ustawy oraz inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ I- zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a Pzp, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej (jeśli będzie obligatoryjna) zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE w dniu 25 kwietnia 2015 r. (nr 2015/S 081-142907), toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

UZASADNIENIE

Przedmiot niniejszego postępowania obejmuje dostawę do siedziby Zamawiającego systemu angiograficznego z wyposażeniem, którego wymagane parametry techniczne określono w Załączniku Nr 7 do SIWZ, jego montaż / instalację i uruchomienie, a także przeprowadzenie testów akceptacyjnych aparatu oraz świadczenie gwarantowanych usług serwisowych w okresie na jaki udzielona jest gwarancja na oferowany przedmiot zamówienia i przeszkolenie pracowników w zakresie obsługi systemu wraz z wyposażeniem u Zamawiającego zrealizowane w dwóch częściach.

Po zapoznaniu się z treścią SIWZ, a w szczególności z treścią Załącznika nr 7 do SIWZ Odwołujący stwierdza, że poszczególne postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia naruszają przytoczone w petitum przepisy ustawy, w związku z czym należy je zmienić zgodnie z żądaniami Odwołującego. Poszczególne parametry graniczne przedmiotu zamówienia zostały bowiem opisane w taki sposób, że Odwołujący - będąc czołowym światowym dostawcą nowoczesnej aparatury medycznej - nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty, pomimo tego, że oferowane przez niego angiografy zapewniają osiągnięcie zakładanej przez Zamawiającego funkcjonalności, wydajności i jakości.

Odnosząc się do poszczególnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazuje zgodnie z poniższym.

W punkcie IV 4 Załącznika nr 7 do SIWZ (Wymagane parametry techniczne), Zamawiający sformułował następujący wymóg: *Ułożyskowanie anody w łożysku „płynnym” – tj. z płynnego metalu.*

Parametr opisany w punkcie IV.4 Załącznika nr 7 do SIWZ uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, a ponadto bezpodstawnie ogranicza konkurencję w Postępowaniu faworyzując rozwiązania techniczne charakterystyczne dla jednych producentów (*ułożyskowanie anody w łożysku „płynnym”*), na szkodę innych producentów oferujących alternatywne rozwiązania techniczne w zakresie ułożyskowania anody.

Odwołujący posiada w swojej ofercie angiografy wyposażone w lampę RTG Performix 160, produkcji GE Healthcare, która wykorzystuje klasyczne łożyskowanie (inne niż faworyzowane przez Zamawiającego łożysko „płynne”). Jednocześnie, należy podkreślić, że lampa Performix 160 zapewnia najlepsze właściwości techniczne i to w zakresie wszystkich parametrów lamp RTG wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Wszystkie wymagania techniczne zawarte w Załączniku nr 7 do SIWZ zostały w maksymalnym stopniu spełnione przez lampę Performix 160. Rozwiązanie oferowane przez Odwołującego daje zatem znacznie lepsze parametry niż lampy RTG o łożysku „płynnym” wykorzystywane w konkurencyjnych angiografach. Lampa Performix 160 jest lampą trójogniskową z najmniejszym ogniskiem 0,3 mm. Lampa Performix 160 zapewnia pojemność cieplną lampy 3,7 MH, co jest to największą wartością wśród wszystkich lamp RTG obecnych na rynku stosowanych w angiografach i niemożliwą do uzyskania w urządzeniach konkurencyjnych. Lampa Performix 160 zapewnia pojemność cieplną kółpaka 6,9 MHU. Parametr ten jest znacząco gorszy w innych konkurencyjnych urządzeniach dostępnych na rynku. Jest niezwykle istotne, że lepsze parametry cieplne zapewniają większą stabilność pracy i zwiększone bezpieczeństwo pacjenta poprzez zapewnienie nieprzerwanej pracy urządzenia.

Dodatkowo zastosowanie technologii opartej na ułożyskowaniu anody w łożysku „płynnym” obarczone jest ograniczeniami takimi jak długi czas rozruchu. Reasumując, wymóg zaofiarowania systemu angiograficznego wyposażonego w lampę RTG o ułożyskowanie anody w łożysku „płynnym” – tj. z płynnego metalu jest wymogiem nadmiernie ograniczającym konkurencję, nieadekwatnym do rzeczywistych właściwości technicznych poszczególnych urządzeń oferowanych na rynku, a przez to sprzecznym z przytoczonymi na wstępie przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wykreślenie parametru opisanego w punkcie IV.4 Załącznika nr 7 do SIWZ o następującej treści: Ułożyskowanie anody w łożysku „płynnym” – tj. z płynnego metalu.

* * *

W ocenie Odwołującego wymogi postawione przez Zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie nie mają żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia. Pomimo iż Odwołujący należy do grupy General Electric Company, która jest światowym dostawcą innowacyjnych technologii medycznych, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż Odwołujący nie może złożyć Zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty na dostawę systemu angiograficznego. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność angiografów wytwarzanych przez GE Healthcare, lecz naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ.

Zamawiający powinien zapewnić jak najszerszą konkurencję w Postępowaniu, a nie ograniczać kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia do jednego wytypowanego uprzednio wykonawcy. Różnorodność rozwiązań technicznych obecnych na rynku powoduje, że zamiast opowiadać się po stronie któregośkolwiek z nich Zamawiający winien brać pod uwagę jedynie oczekiwany przez siebie efekt w postaci takiego opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni wybór wykonawcy zdolnego spełnić obiektywne potrzeby Zamawiającego, bez nadmiernego ograniczania kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. **W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.**

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z Postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust 1 i art. 29 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Odwołującego potwierdza Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) oraz dotychczasowe orzecznictwo. UZP¹ w jednej ze swych opinii stwierdził, że: „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO

¹ Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 1 z 2009 r., s. 21-22, www.uzp.gov.pl

w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5". Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Należy stanowczo podkreślić, że w dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: *„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”*.

Nawiązaniem do powyższego orzeczenia będzie z pewnością wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: *„Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji”*. Tożsame stanowisko znalazło się w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09.

Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, Izba podniosła, iż: *„w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców”*. Analogicznie przedstawia się uzasadnienie wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, gdzie Izba wywiodła, że: *„Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który w sposób pośredni wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez jednego wykonawcę, narusza fundamentalne zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji”*.

Powyższa argumentacja posunęła się dalej w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, gdzie Izba stwierdziła, że: *„(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym”*.



Zgodnie z orzecznictwem naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale i pośredni - por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, w którym Izba uznała, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego”. Identyczne stanowisko wyrażone zostało również w uchwale KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09: „Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt”.

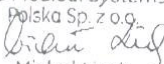
Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. W wyroku z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06 Zespół Arbitrów orzekł, że: „Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu”. Zdaniem Odwołującego wskazana w ww. wyroku równowaga została naruszona w niniejszym Postępowaniu, w związku z czym niezbędna jest stosowna modyfikacja postanowień SIWZ.

Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć Postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem Postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SIWZ w niniejszym Postępowaniu.

Nawiązując do uzasadnienia zarzutów niniejszego odwołania należy również zwrócić uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez Zamawiającego Postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Otóż w świetle dotychczasowych rozważań Postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdecydowanie należy stwierdzić, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik Postępowania, zwłaszcza jeżeli przedmiot został opisany przez wskazanie konkretnych produktów konkretnego producenta.

Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wytaczanych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09 stwierdził nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując w uzasadnieniu, że: "Zamawiający, który tak jak w niniejszej sprawie pozwany Powiat Nowodworski, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony przez jednego tylko dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i skonkretyzowaną, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy". W świetle powyższego również w interesie Zamawiającego jest dokonanie modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego, tylko bowiem w ten sposób oddali od siebie ryzyko unieważnienia przedmiotowego Postępowania jak i unieważnienia umowy zawartej w wyniku jego przeprowadzenia.

Mając na uwadze powyższe wnosimy jak na wstępie.

GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.  Michał Lisak Asystent ds. Przetargów	GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. 02-483 Warszawa, ul. Włocław 10 tel. (22) 330 83 00, fax (22) 330 73 83 NIP 522 00-19-704 REGON 149478409
---	--

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) odpis z KRS Odwołującego;
- 3) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;
- 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;