

Philips Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 195 B
02-222 Warszawa

tel. 609 110 759
Skrzynka epuap:
/PhilipsPolska/domyslna

Data 11.09.2019r.r.

Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A (budynek Adgar Plaza)
02-676 Warszawa

Odwołujący: Philips Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 195B
02-222 Warszawa
e-mail: alicja.gwardyan@philips.com

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Zespolony
im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie
ul. Szpitalna 45
62-504 Konin
e-mail: szp@szpital-konin.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Utworzenie pracowni radiologii zabiegowej wraz z zakupem angiografu**”, numer sprawy **WSZ-EP-33/2019** (dalej „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem 2019/S 157-387051 w dniu 16.08.2019 r.

I. Przedmiot odwołania

Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**”), działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 oraz art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) **składa niniejszym odwołanie od czynności i zaniechań czynności przez Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Zespolony im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie (dalej: „Zamawiający”)** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Utworzenie pracowni radiologii zabiegowej wraz z zakupem angiografu**”, prowadzonego przez Zamawiającego, polegających na:

1. sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej „**SIWZ**”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję poprzez modyfikację parametrów i taki ich dobór, uniemożliwia złożenie Odwołującemu konkurencyjnej oferty, nie podlegającej odrzuceniu;
2. naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert w SIWZ, w sposób wskazujący na rozwiązania konkretnego producenta, a nie odnoszący się do obiektywnych rozwiązań funkcjonalnych.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu odwołania poprzez przygotowanie SIWZ w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję tj. umożliwia złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy oraz który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. dokonanie zmiany SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia;
2. alternatywnie, jeżeli rozstrzygnięcie odwołania nastąpi po upływie daty wyznaczonej na dzień składania ofert, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Wniosek o zasądzenie kosztów

Ponadto, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wskazanie interesu:

Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, Odwołujący byłby w stanie złożyć ofertę i ubiegać się o udzielenie zamówienia. Co za tym idzie, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte Postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Obecna treść SIWZ narusza przepisy ustawy Pzp i inne przepisy prawa wskazane w odwołaniu, przez co Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu złożenie w Postępowaniu konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, co naraża Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym utracie szans biznesowych.

Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: „*Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej*”.

Odwołujący zwraca przy tym uwagę na to, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej posiada on interes we wniesieniu odwołania, także w przypadku żądania nakazania unieważnienia postępowania. Zgodnie z linią orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości UE oraz KIO, co do wystąpienia interesu po stronie Odwołującego w postępowaniu, które ostatecznie prowadzi do unieważnienia przetargu, "dane zamówienie", które użyte zostało w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a które — zdaniem Trybunału — należy rozumieć przedmiotowo, tj. jako udzielenie przedmiotowego zamówienia w wyniku podpisania umowy (koniec postępowania), także jeśli nastąpić ma to po ponownym ogłoszeniu przetargu i wyłonieniu dopiero wtedy najkorzystniejszej oferty.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, iż dopóki Zamawiający nie podpisze umowy (udzieli zamówienia, a może tego dokonać się nawet w konsekwencji kolejnych przeprowadzonych nieskutecznych postępowań), mamy do czynienia z postępowaniem o "dane zamówienie". Odwołujący powołuje się przy tym na wyroki TSUE z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C- 100/12, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, pkt 27; z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich C-355/15, pkt 29; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16 oraz na wyroki KIO: z 31 sierpnia 2017 roku, KIO 1731/17 , z dnia 5 września 2016 r., KIO 1556/16; z dnia 3 stycznia 2017 r., KIO 2395/15; z dnia 25 maja 2017 r., KIO 2691/15; z dnia 4 lipca 2017 r., KIO 1254/17; z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1322/17; z dnia 19 lipca 2017, KIO 1356/17; z dnia 31 sierpnia 2017 r., KIO 1731/17.

Termin na wniesienie odwołania

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia przedmiotowego odwołania stanowi modyfikacja SIWZ z dnia 5 i 6 września 2019 r. z którą Odwołujący mógł zapoznać się w momencie zamieszczenia jej przez Zamawiającego na stronie internetowej.

Termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 16 września 2019 r., a tym samym odwołanie zostało wniesione w przewidzianym ustawowo terminie.

UZASADNIENIE

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia ma obowiązek sporządzić go zgodnie z art. 29 ustawy Pzp oraz przepisami art. 355 k.c. i z zachowaniem należytej staranności. Zgodnie z art. 7 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 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. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonując zmian treści SIWZ, Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać przy tym tych samych zasad, co przy formułowaniu OPZ, a wynikających z art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazane „uzasadnione przypadki” to takie sytuacje, w których Zamawiający jest w stanie wykazać zasadność dokonywanych zmian, a zatem wystąpienie obiektywnej przyczyny, dla której dokonanie zmian jest niezbędne i potrzebne w celu prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie Zamawiający dokonując Opisu Przedmiotu Zamówienia naruszył zasady opisu przedmiotu zamówienia wynikające z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie kierując się obiektywnymi przesłankami.

Podkreślić należy, że zarzuty Odwołującego nie prowadzą do obniżenia wymaganych parametrów i nie zmniejszają funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe, kolejno i szczegółowo Odwołujący odniesie się do parametrów, które nie mają żadnego uzasadnienia w świetle celu, jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia oraz naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności. Wyszczególnione parametry preferują sprzęt producenta Siemens, mimo że nie mają technicznego uzasadnienia i dopuszczenie innych rozwiązań pozostawałoby bez wpływu na wartości użytkowo–diagnostyczne oferowanego sprzętu, i uniemożliwiają złożenie ofert przez innych dostawców technologii medycznych.

W zakresie modyfikacji SIWZ dokonanych w dniach 5 i 6 września 2019r. opublikowanej przez Zamawiającego, zarzucamy Zamawiającemu jednoznaczne preferowanie firmy Siemens, która w wyniku modyfikacji będzie mogła zaoferować przestarzały technologicznie, starej generacji, aparat angiograficzny produkowany od ponad 10 lat, tj. angiograf Artis Zee mimo, iż firma Siemens posiada w

swojej ofercie rozwiązania nowoczesne typu Artis Q, Artis Icono. Pozostali wykonawcy w tym firma Odwołującego zmuszona jest zaoferować systemy klasy premium wprowadzone na rynek w 2017 roku:

- I. Modyfikacje z dnia 5 i 6 września 2019 r. w zakresie pkt 104 i 105 Załącznika nr 2 do SIWZ dopuszczają zaoferowanie rozwiązania, m.in. Dyna CT firmy Siemens, jak i rozwiązania Xper CT Dual firmy Philips. Każde z tych rozwiązań ma możliwość sterowania z pulpitu sterującego w pokoju badań. Należy zwrócić jednak uwagę, że brak sterowania parametrami akwizycji, w tym opóźnienia pomiędzy fazami z pulpitu w pokoju badań **uniemożliwia lekarzowi przeprowadzenie procedury przy stole zabiegowym i wydłuża czas badania**. Obecny zapis powoduje, że operator zmuszony będzie opuścić salę zabiegową w celu ustawienia parametrów ekspozycji **co ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo pacjenta**.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o przywrócenie brzmienia parametru w pkt. 104, Załącznika nr 2 SIWZ w następującym brzmieniu:

„Skan rotacyjny umożliwiający wykonanie rekonstrukcji 3D niskokontrastowych w fazie tętnicznej oraz w fazie opóźnionej z możliwością regulacji opóźnienia pomiędzy fazami na pulpicie sterującym.”

- II. Brak oceny istotnych z punktu widzenia funkcjonalności diagnostycznych, jaki i klinicznych parametrów mających wpływ na skan wielofazowy, który można uzyskać jedynie przez wykonanie rekonstrukcji 3D niskokontrastowych w fazie tętnicznej podczas obrotu ramienia w jednym kierunku oraz w fazie opóźnionej w trakcie powrotu ramienia do pozycji początkowej z możliwością regulacji opóźnienia pomiędzy fazami.

Mając na uwadze powyższe żądamy dokonania zmian w pkt 15 SIWZ „KRYTERIA WYBORU OFERTY” i wprowadzenia kryterium oceny „funkcjonalno-klinicznej - waga 20%, oraz wprowadzenie punktacji parametru nr 104, załącznika nr 2 do SIWZ o treści: **„Wykonanie dwufazowej rekonstrukcji 3D niskokontrastowych w fazie tętnicznej podczas obrotu ramienia w jednym kierunku oraz w fazie opóźnionej w trakcie powrotu ramienia do pozycji początkowej z możliwością regulacji opóźnienia pomiędzy fazami na pulpicie sterującym.”** Tak - 20 pkt, Nie - 0 Pkt.

- III. Preferowanie firmy Siemens, która mając na uwadze obecne brzmienie SIWZ może zaoferować angiograf Artis Zee wyposażony w lampę RTG (nazwa Megalix) o starej konstrukcji, tj. z funkcją włączania i wyłączania fluoroskopii sterowanej z generatora, generującej dłuższe impulsy promieniowania fluoroskopii w stosunku do nowoczesnych angiografów firmy Siemens typu Artis Q, Artis Icono z lampami Gigalix oraz pozostałych producentów angiografów stosujących lampy z funkcją włączania i wyłączania fluoroskopii sterowanych siatką. Krótszy czas trwania impulsu promieniowania pozwala na generowanie obrazów o dużo wyższej jakości oraz zmniejszenie artefaktów ruchowych **przy zdecydowanie niższej dawce miękkiego promieniowania RTG szkodliwego dla operatora i pacjenta**. Czołowi producenci systemów naczyniowych standardowo stosują w nowoczesnych systemach lampy ze sterowaniem fluoroskopii siatką, (GE w standardzie, PHILIPS (standard), SIEMENS (standard w aparatach nowoczesnych z lampą Gigalix), Toshiba (standard)). Technologii tej pozbawione są jedynie przestarzałe konstrukcje lamp w angiografiach najniższej klasy.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę brzmienia pkt 30 Załącznika nr 2 SIWZ z obecnego: „Lampa z funkcją włączania i wyłączenia fluoroskopii” na następujące: „**Lampa z funkcją włączania i wyłączenia fluoroskopii siatką**”

PODSUMOWANIE I WNIOSKI KOŃCOWE

Przedstawiając powyższe zarzuty i ich uzasadnienie Odwołujący udowodnił, że Zamawiający sporządził SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję poprzez taki dobór parametrów, który uniemożliwia złożenie Odwołującemu konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu.

Tak sformułowane zapisy SIWZ jednoznacznie wskazują, że Zamawiający dopuszcza jedynie konkretne urządzenie firmy Siemens, co więcej czyni to stronniczo bez uzasadnienia merytorycznego, ze szkodą dla własnego interesu nabycia urządzeń o lepszych parametrach technologicznych, w konsekwencji działając ze szkodą dla diagnostyki i leczenia pacjentów. Działania takie stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez wyeliminowanie z udziału w Postępowaniu innych producentów urządzeń medycznych. Zaprzecza to podstawowym zasadom i celom Prawa zamówień publicznych, czyniąc z Postępowania działania pozorne, a przez to co do zasady prowadzące do ich bezwzględnej nieważności, które nie powinny być podstawą do uczciwie prowadzonego postępowania przetargowego i jego rozstrzygnięcia.

Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert w SIWZ, w sposób wskazujący na rozwiązania konkretnego producenta, a nieodnoszący się do obiektywnych rozwiązań funkcjonalnych.

W wyroku 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 rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu”.

Zamawiający swoimi działaniami nie tylko naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale również pozbawia lekarzy-profesjonalistów zatrudnionych w placówce medycznej Zamawiającego, którzy bezpośrednio będą wykonywać procedury medyczne przy użyciu aparatu angiograficznego, możliwości korzystania z najnowszych technologii medycznych, a zatem Zamawiający wyklucza również swoich pacjentów z możliwości korzystania z takich rozwiązań.

Mając na uwadze powyższe, skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez Odwołującego jest w pełni uzasadnione i konieczne, podtrzymujemy swoje żądania wyrażone w niniejszym odwołaniu.

Kopię Odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 11 września 2019r.

W imieniu Odwołującego:

Załączniki:

- 1) Odpis z rejestru przedsiębiorców (KRS) Odwołującego wraz z pełnomocnictwem.
- 2) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 3) Dowód uiszczenie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
- 4) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.