

Sygn. akt: KIO 542/12

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2012 r. przez wykonawcę **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Siemens sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „dostawa tomografu komputerowego 16-to rzędowego dla Katedry i Kliniki Chirurgii Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 2 lutego 2012 r. nr 2012/S 22-035590. W dniu 8 marca 2012 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej modyfikację postanowień SIWZ.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty odwołującemu,
- 2) naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i wprowadzenie punktacji w sposób preferujący konkretne rozwiązania a nie funkcjonalności, które spełniają tylko w najlepszym stopniu urządzenia firmy Siemens Somatom Emotion 16,
- 3) zaniechania oceny parametrów istotnych z punktu widzenia obrazowania w tomografii komputerowej

wykonawca Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 19 marca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że przedmiot zamówienia stanowi dostawa tomografu komputerowego spiralnego min. 16 warstwowego, zgodnie z wykazem warunków granicznych wymienionych w załączniku nr 3 do SIWZ. Wywodził, że zamawiający opisujący przedmiot zamówienia w sposób, który eliminuje już na wstępie wszystkich potencjalnych wykonawców funkcjonujących na rynku poza jednym, zaprzecza istocie procedury udzielenia zamówienia publicznego, którą stanowi wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku. Poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy, zamawiający narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, a w

szczegółności dyspozycję art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 ustawy. Wprowadzone zmiany w oczywisty sposób promują produkt firmy Siemens - Somatom Emotion 16.

Odwołujący podniósł, że analiza załącznika nr 3 pozwala wyodrębnić trzy rodzaje działań sprzecznych z zasadami uczciwej konkurencji, opartych na subiektywnej ocenie jednostkowych parametrów technicznych i rozwiązań technologicznych, kolejno:

- a) eliminowanie z postępowania wykonawców spełniających wymogi funkcjonalne i użytkowe tomografu opisane w punktach V, VI, VII, VIII stanowiących o istocie planowanych badań,
- b) wprowadzenie tendencyjnej oceny premiującej konkretny wyrób (tomograf Somatom Emotion 16 firmy Siemens),
- c) zaniechanie oceny parametrów istotnych z punktu widzenia obrazowania w tomografii komputerowej.

Ad. A

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia, odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, punkt 15 – *Odległość od ogniska lampy rtg do detektora (mm) maks. 945 mm; minimalna odległość – 40 pkt, maksymalna odległość – 0 pkt*, odwołujący domagał się jego modyfikacji SIWZ poprzez wykreślenie punktu 15. Wskazał, iż ww. wymóg eliminuje z postępowania tomografy komputerowe o tak zwanej długiej geometrii, premiując dodatkowo rozwiązania o najmniejszej odległości od lampy rtg do detektora. Nadmieniał, że wszystkie nowo powstałe tomografy firmy Siemens należące do serii Definition posiadają długą geometrię. Wywodził, że zamawiający premiuje konkretne rozwiązania technologiczne jednego producenta, które nie są związane z funkcjonalnością opisywanego przedmiotu zamówienia. Po drugie zamawiający nagradza dodatkowymi punktami układ o najkrótszej geometrii, podczas gdy skracanie odległości między lampą i detektorem ma negatywny wpływ zarówno na:

- jakość obrazowania - ze względu na szerszy kąt promieniowania niezbędny do pokrycia pełnego pola obrazowania 50 cm, co przyczynia się do powstawania większej ilości promieniowania rozproszonego oraz zmniejsza precyzję rekonstrukcji ze względu na mniej równoległe położenie wiązek promieniowania;
- dawkę promieniowania pochłanianą przez pacjenta - ze względu na bliższe położenie badanego obiektu od bezpośredniego źródła promieniowania.

W ocenie odwołującego na uwagę zasługuje fakt, że w opisie przedmiotu zamówienia brak jest zapisów odnośnie oczekiwanych dawek promieniowania.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, *punkt 38 – Ilość projekcji skanu topograficznego min. 3 (AP, PA, LAT)*, odwołujący domagał się jego modyfikacji

poprzez wykreślenie punktu 38. Wskazał, że wymóg eliminuje z postępowania wszystkie tomografy firmy Philips w sposób nieuzasadniony i niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców. Żądanie oferowania trzech projekcji w planowaniu badania AP, PA, LAP jest nieuzasadnione klinicznie (zarówno w badaniach ludzi jak i weterynaryjnych). Żadnemu z pacjentów nie wykonuje się więcej niż dwie projekcje do planowania badania zgodnie z zasadą ALARA (z tak niską dawką jaka jest niezbędna do badania). Firma Philips zrezygnowała z projekcji PA, która jest porównywalna, jeśli chodzi o wyniki, z AP, a związana jest z wyższą dawką promieniowania dla pacjenta.

Ad. B

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, *punkt 22 – napięcie anodowe, możliwe do zastosowania w protokołach badań, mniejsze od 90 kV; TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt*, odwołujący domagał się jego modyfikacji poprzez wykreślenie pkt 22. Odwołujący wskazał, że niskie wartości napięcia lampy powodują zwiększenie poziomu szumu obrazu oraz wzrost współczynnika pochłaniania promieniowania przez substancje zawierające jądra o wyższych liczbach atomowych, takie jak składniki mineralne kości. Nie są zatem zalecane, ponieważ otrzymywane obrazy nie są wystarczająco dobre diagnostycznie. W oferowanym przez odwołującego urządzeniu zastosowano najnowszej generacji detektory umożliwiające uzyskanie niskoszumowego obrazu o wysokim kontraście i wysokiej rozdzielczości dla wyższych wartościach napięcia (powyżej 120 kV), a zastosowanie twardszego promieniowania umożliwia ograniczenie dawki pochłoniętej przez pacjenta. Im wyższe wartości napięć tym łatwiej uzyskać obraz o wysokiej rozdzielczości w przypadku otyłych pacjentów/dużych zwierząt. Dodatkowo wszystkie tomografy firmy Philips są standardowo wyposażone w system automatycznej redukcji dawki oraz specjalistyczne protokoły minimalizujące rzeczywistą dawkę promieniowania pochłanianą przy badaniu.

Mając na uwadze powyższe nie jest uzasadnione premiowanie rozwiązań nie mających wartości klinicznej, gdyż obniżanie napięcia anodowego w rzeczywistości prowadzi do zwiększenia dawki promieniowania pochłanianej przez pacjenta.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, *punkt 24 – Skok prądu anody, w całym oferowanym zakresie wartości prądu, nie większy niż 1 mA; TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt*, odwołujący domagał się jego modyfikacji poprzez wykreślenie pkt 24.

Odwołujący wskazał, iż jest to parametr nie posiadający żadnego uzasadnienia klinicznego biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres prądów oferowany przez tomografy z generatorem 50kW (poza firmą Siemens oferującą moc generatora w protokołach klinicznych 44,2 kW - wymóg minimalny 44 kW) systemy osiągają prąd anodowy znacznie powyżej 400 mA. Skok prądu o 5 mA pozwoli więc na 80 różnych nastawów, co w połączeniu z 3

nastawami prądów daje 240 różnych kombinacji. Jest to w pełni wystarczające do precyzyjnego dobrania warunków ekspozycji w zależności od potrzeb badania.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, *punkt 28 - Powierzchnia małego ogniska lampy rtg nie większa niż 0,45 mm²; TAK – 40 pkt, NIE – 0 pkt*, odwołujący domagał się jego modyfikacji poprzez wykreślenie pkt 28.

Wskazał, że zamawiający premiuje parametr będący rozwiązaniem technicznym, podczas gdy pomija ocenę parametrów bezpośrednio opisujących jakość obrazowania, np. rozdzielczości uzyskiwanych matryc rekonstrukcyjnych. Najwyższą ocenę w tym kryterium otrzymuje aparat Emotion 16 firmy Siemens.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, *punkt 36, Skok współczynnika pitch w całym oferowanym zakresie, możliwy do zastosowania w protokołach badań, mniejszy od 0,1; TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt*, odwołujący domagał się jego modyfikacji poprzez wykreślenie pkt 36.

Wskazał, że zamawiający ocenia parametr pozostający bez wpływu na funkcjonalności tomografu. Płynna regulacja współczynnika pitch jest niezwykle istotna w badaniach kardiologicznych, gdzie należy dostosować ją precyzyjnie do pulsu pacjenta. W pozostałych badaniach nie ma konieczności tak precyzyjnego dobierania tego parametru.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ, *punkt 40, Maksymalne, rekonstruowane pole widzenia FOV większe niż 60 cm; TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt*, odwołujący domagał się jego modyfikacji poprzez wykreślenie pkt 40.

Odwołujący argumentował, że jedyną firmą oferującą tomografy diagnostyczne (z otworem gantry 70 cm) i rekonstruowanym polem widzenia jest firma Siemens. Promuje się nadmierną ilością punktów, bo aż 100 pkt rozwiązanie:

- oferowane tylko przez jedną firmę,
- niediagnostyczne, tzn. obrazy poza diagnostycznym polem obrazowania 50 cm (typowe dla wszystkich diagnostycznych CT o gantry 70 cm) obciążone są bardzo dużą ilością artefaktów i nie mogą być używane do diagnostyki,
- nieużyteczne, nawet gdyby mogły być wykorzystane klinicznie to trudno sobie wyobrazić badanie zwierząt w którym pole obrazowania powyżej 60 cm byłoby użyteczne.

Ad. C

Odwołujący podniósł również, że wprowadzając ocenę punktową zamawiający pominął istotne punkty, dla których należało wprowadzić ocenę punktową i które to punkty w sposób bezpośredni wpływają na możliwości diagnostyczne i funkcjonalność tomografu.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie punktacji dla punktu 20 załącznika nr 3 do SIWZ - *Maksymalna moc generatora [kW] rozumiana jako iloczyn napięcia [kV] i prądu lampy [A] możliwych do jednoczesnego zaprogramowania w protokole klinicznym przez użytkownika* - poprzez przyznawanie 50 pkt dla tomografów o najwyższej mocy, pozostałe proporcjonalnie.

Wskazał, że zamawiający nie premiuje zaoferowania generatora o wyższej mocy dostępnej dla badań. Może to być istotne w przypadku badania większych zwierząt (trzody chlewnej, dużych i otyłych psów). Ma więc istotny wpływ na funkcjonalność tomografu (możliwość wykonywania określonych badań, np. wysokorozdzielczych badań Angio CT) oraz jakości obrazowania. Niewystarczająca moc wpływa na wzrost ilości szumów podczas obrazowania.

Odwołujący domagał się także wprowadzenia punktacji dla punktu 23 załącznika nr 3 do SIWZ - *Maksymalny zakres zmian prądu anodowego, możliwych do zastosowania w protokołach badań $\geq 30-340$ [mA]* - poprzez przyznawanie 50 pkt dla tomografów o najwyższej prądzie anodowym, pozostałe proporcjonalnie.

Wywodził, że zakres prądu anodowego ma niezwykle znaczenie na jakość obrazowania, szczególnie w badaniach wysokorozdzielczych większych zwierząt (Angio CT, badania neurologiczne).

Odwołujący wniósł również o wprowadzenie punktacji dla punktu 41 załącznika nr 3 do SIWZ - *Matryca rekonstrukcyjna 512x512* - poprzez przyznawanie 100 pkt dla tomografów o najwyższej rozdzielczości matryc rekonstrukcyjnych.

Odwołujący argumentował, że rozdzielczość matryc rekonstrukcyjnych jest parametrem bezpośrednio określającym jakość uzyskiwanych obrazów. Jest to niezwykle istotne dla obrazowania niewielkich struktur anatomicznych, co w przypadku zamawiającego będzie działalnością rutynową (badania małych zwierząt, szczeniąt, badania zwierząt laboratoryjnych, czyli myszy, szczurów). Oferowanie wyższej rozdzielczości matryc niż wymagane minimum 512x512 będzie miało w wielu przypadkach nieocenioną wartość.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikację treści SIWZ z 8 marca 2012 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W drugiej kolejności ustalono, że podniesione przez odwołującego zarzuty dotyczące zaniechania oceny przez zamawiającego parametrów 20, 23 i 41 załącznika nr 3 do SIWZ (zarzuty części C odwołania) są zarzutami spóźnionymi. Odwołujący domagał się aby przy wyborze ofert oceniane były przez zamawiającego dodatkowo następujące parametry wymienione w zmodyfikowanym załączniku nr 3 do SIWZ:

- 1) punkt 20 - *Maksymalna moc generatora [kW] rozumiana jako iloczyn napięcia [kV] i prądu lampy [A] możliwych do jednoczesnego zaprogramowania w protokole klinicznym przez użytkownika: ≥ 44* (pierwotna numeracja: punkt 9 załącznika nr 3 do SIWZ),
- 2) punkt 23 - *Maksymalny zakres zmian prądu anodowego, możliwych do zastosowania w protokołach badań: [mA] $\geq 30-340$* (pierwotna numeracja: punkt 11 załącznika nr 3 do SIWZ),
- 3) punkt 41 – *matryca rekonstrukcyjna: 512x512* (pierwotna numeracja: punkt 30 załącznika nr 3 do SIWZ).

Izba stwierdziła, że SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 2 lutego 2012 r. Stosownie do rozdziału X SIWZ – *Opis kryteriów i zasady oceny ofert* zamawiający wskazał, że jedynym kryterium jakim będzie się kierował będzie przy ocenie ofert będzie cena ofertowa brutto. A zatem już w dniu 2 lutego 2012 r. odwołujący wiedział, że zamawiający przy ocenie ofert nie zamierza oceniać ww. parametrów, albowiem jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Nową okolicznością jaka ujawniła się na skutek modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 8 marca 2012 r. było jedynie to, że zamawiający zdecydował się kierować przy wyborze oferty najkorzystniejszej kryteriami: cena ofertowa brutto – 70% i parametry techniczne – 30%. Wymienił następujące parametry techniczne podlegające ocenie:

- 1) oprogramowanie do automatycznego startu badania spiralnego po dotarciu środka cieniującego w badaną okolicę z możliwą ręczną korektą opóźnienia zaprogramowanego startu badania w np. przypadku pojawienia się błędnego odczytu wartości gęstości kontrastu w naczyniu, a następnie kontynuowania go bez ponownego wprowadzania zaplanowanego protokołu badania: TAK – 40 pkt, NIE – 0 pkt,
- 2) odległość od ogniska lampy rtg do detektora [mm], maks. 945 mm: Minimalna odległość – 40 pkt, maksymalna odległość – 0 pkt,
- 3) napięcie anodowe, możliwe do zastosowania w protokołach badań mniejsze od 90 kV: TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt,
- 4) skok prądu anody w całym oferowanym zakresie wartości prądu, nie większy niż 1 mA: TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt,

- 5) powierzchnia małego ogniska lampy rtg nie większa niż 0,45 mm²: TAK – 40 pkt, NIE – 0 pkt,
- 6) skok współczynnika pitch w całym oferowanym zakresie możliwy do zastosowania w protokołach badań, mniejszy od 0,1: TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt,
- 7) maksymalne, rekonstruowane pole widzenia FOV większe niż 60 cm: TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt,
- 8) rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna), mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF w płaszczyźnie x,y [pl/cm]: Największa wartość – 20 pkt, najmniejsza wartość – 0 pkt,
- 9) oprogramowanie do tworzenia kolorowych map udaru niedokrwiennego całego mózgu, na podstawie danych angio CTA: TAK – 40 pkt, NIE – 0 pkt,
- 10) możliwość w pełni swobodnego poruszania się w obrębie jelita z automatycznym prostowaniem zachyłków w trakcie ruchu w widoku endoskopowym: TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt,
- 11) automatyczny pomiar parametru objętości i gęstości segmentowanych zmian ogniskowych narządów mięszszowych jak również automatyczny pomiar różnicy tych wielkości z badania aktualnego i poprzedniego: TAK – 50 pkt, NIE – 0 pkt,
- 12) możliwość analizy danych obrazowych danego pacjenta z różnych modalności (TK, MR, RTG cyfrowe, 2D USG): TAK – 20 pkt, NIE – 0 pkt.

Wobec nowo wprowadzonych w dniu 8 marca 2012 r. kryteriów oceny ofert odwołującemu przysługiwało prawo wniesienia odwołania w terminie, który rozpoczął bieg zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Jednakże modyfikacja SIWZ z 8 marca 2012 r. nie zmieniała faktu, że zamawiający w dalszym ciągu nie zamierzał oceniać parametrów nr 20, 23 i 41 załącznika nr 3 do SIWZ. Stan zaniechania oceny przy wyborze ofert parametrów nr 20, 23 i 41 załącznika nr 3 do SIWZ trwał zatem nadal. Wobec postanowień SIWZ odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 2 lutego 2012 r. Odwołanie wobec zaniechania zamawiającego zostało wniesione dopiero w dniu 19 marca 2012 r. Terminy określone w art. 182 ustawy Pzp są terminami zawitymi, których upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwał się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów

określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w przypadku pozostałych zarzutów nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. W interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia może godzić również takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert, które narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W dniu 8 marca 2012 zamawiający zmodyfikował treść załącznika nr 3 do SIWZ – zestawienie parametrów i warunków techniczno eksploatacyjnych, w którym wymienił m.in. następujące wymagania:

- a) punkt 15 – *Odległość od ogniska lampy rtg do detektora (mm) maks. 945 mm; minimalna odległość – 40 pkt, maksymalna odległość – 0 pkt,*
- b) punkt 38 – *Ilość projekcji skanu topograficznego min. 3 (AP, PA, LAT),*
- c) punkt 22 – *napięcie anodowe, możliwe do zastosowania w protokołach badań, mniejsze od 90 kV; TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt,*
- d) punkt 24 – *Skok prądu anody, w całym oferowanym zakresie wartości prądu, nie większy niż 1 mA; TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt,*
- e) punkt 28 - *Powierzchnia małego ogniska lampy rtg nie większa niż 0,45 mm²; TAK – 40 pkt, NIE – 0 pkt,*

- f) punkt 36 - Skok współczynnika pitch w całym oferowanym zakresie, możliwy do zastosowania w protokołach badań, mniejszy od 0,1; TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt,
- g) punkt 40, Maksymalne, rekonstruowane pole widzenia FOV większe niż 60 cm; TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt

Oceniając podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że nie był on zasadny. Przepis ten stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Izba wskazuje, iż norma prawna wyrażona w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do czynności (zaniechań) zamawiającego dotyczących w szczególności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie ma ona zastosowania do oceny czynności podejmowanych na etapie przygotowania postępowania, do których, w świetle rozdziału II ustawy Pzp (przygotowanie postępowania), należą opis przedmiotu zamówienia i określenie kryteriów oceny ofert. Chybionym okazał się więc zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezasadnym okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten nakazuje zamawiającemu tak opisać przedmiot zamówienia, aby umożliwić wykonawcom przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Odwołujący zaskarżył dwa parametry graniczne stanowiące opis przedmiotu zamówienia, tj. parametr nr 15 i nr 38. Jednakże przytoczona przez niego w odwołaniu argumentacja nie świadczyła, że poprzez taki opis wykonawca nie jest w stanie należycie skalkulować ceny oferty, albowiem nie dysponuje informacjami, które mogłyby mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wręcz przeciwnie, odwołujący domagał się wykreślenia spornych parametrów.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”*. Odwołujący nie wskazał w treści odwołania aby zamawiający posłużył się opisując przedmiot zamówienia znakami towarowymi, patentem lub pochodzeniem. Zamawiający opisując zaskarżone w odwołaniu elementy przedmiotu zamówienia w pkt 15 i 38 załącznika nr 3 do SIWZ posłużył się cechami jakościowymi i technicznymi. To, czy opisane przez zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia nie utrudniają uczciwej konkurencji mogło być

zatem rozstrzygane poprzez pryzmat przepisu art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ale nie poprzez przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz,

Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).

Izba stwierdziła, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarcza wprawdzie zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuując w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności poczyniła ustalenia dotyczące rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest dostawa minimum 16-rzędowego tomografu komputerowego. Izba uznała za udowodnione twierdzenie odwołującego, że specyfika rynku przedmiotowych zamówień, przedstawia się w taki sposób, iż oferowane są produkty czterech producentów, tj. Siemens, Toshiba, General Electric i Philips, a więc jest to rynek relatywnie ograniczony. Ze stanowiskiem odwołującego zgodził się zamawiający jak i przystępujący.

Spośród kwestionowanych przez odwołującego parametrów jedynie dwa stanowiły opis przedmiotu zamówienia, gdyż miały charakter graniczny (odcinający), a mianowicie parametry 15 i 38 załącznika nr 3 do SIWZ, których dotyczyły zarzuty z grupy A odwołania. Izba stwierdziła, że przy utrzymaniu kwestionowanych parametrów granicznych niepodlegającą odrzuceniu ofertę może złożyć wykonawca oferujący tomografy komputerowe firmy Siemens. Przystępujący Siemens oferujący takie urządzenia popierał bowiem stanowisko zamawiającego w postępowaniu odwoławczym i nie wniósł własnego odwołania. Izba nie uznała natomiast za udowodnione twierdzenia odwołującego, że przy utrzymaniu kwestionowanych parametrów granicznych niepodlegającej odrzuceniu oferty nie może złożyć wykonawca oferujący tomograf komputerowy firmy Toshiba czy GE. Okoliczność tej zaprzeczył zarówno zamawiający jak i przystępujący. W tej sytuacji, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czego nie uczynił (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Izba uznała natomiast za udowodnione, że przy utrzymaniu kwestionowanych parametrów przedmiotu zamówienia odwołujący nie może zaoferować żadnego tomografu komputerowego produkowanego przez firmę Philips. Powyższe ustalono w oparciu o oświadczenie odwołującego, któremu nie zaprzeczył ani zamawiający ani przystępujący.

I. PARAMETRY GRANICZNE

1. Załącznik nr 3 do SIWZ, punkt 15 – *Odległość od ogniska lampy rtg do detektora (mm) maks. 945 mm; minimalna odległość – 40 pkt, maksymalna odległość – 0 pkt*

Odwołujący w treści odwołania domagał się wykreślenia parametru granicznego. Wywodził, że wszystkie nowo powstałe tomografy firmy Siemens należące do serii Definition posiadają długą geometrię. Podniósł, że zamawiający premiuje konkretne rozwiązania technologiczne jednego producenta, które nie są związane z funkcjonalnością opisywanego

przedmiotu zamówienia. Po drugie zamawiający nagradza dodatkowymi punktami układ o najkrótszej geometrii, podczas gdy skracanie odległości między lampą i detektorem ma negatywny wpływ zarówno na:

- jakość obrazowania - ze względu na szerszy kąt promieniowania niezbędny do pokrycia pełnego pola obrazowania 50 cm, co przyczynia się do powstawania większej ilości promieniowania rozproszonego oraz zmniejsza precyzyjność rekonstrukcji ze względu na mniej równoległe położenie wiązek promieniowania;
- dawkę promieniowania pochłanianą przez pacjenta - ze względu na bliższe położenie badanego obiektu od bezpośredniego źródła promieniowania.

W trakcie rozprawy dodatkowo wskazał, że nie może zaoferować żadnego z modeli tomografów firm Philips albowiem w przypadku jego urządzeń odległość od ogniska lampy RTG do detektora wynosi we wszystkich urządzeniach ponad 1 m. Według wiedzy odwołującego parametr ten może spełnić urządzenie firmy GE ale nie jest pewien czy spełni pozostałe parametry wymagane przez zamawiającego. Parametr mógłby spełnić również produkt firmy Toshiba, jednakże nie może być zaoferowany z uwagi na zbyt małą moc generatora.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśniał, że zasady fizyki dotyczące promieniowania RTG stanowią, że mniejsza odległość pomiędzy źródłem promieniowania a obiektem badanym (detektorem) zmniejsza wielkość dawki pochłoniętej przez pacjenta oraz polepsza parametry obrazowania.

Przystępujący w trakcie rozprawy oświadczył zaś, że techniką opisaną w pkt 15 załącznika nr 3 do SIWZ dysponują wszyscy wykonawcy poza producentem Philips. Dodał, że tomografy komputerowe o krótkiej geometrii w dalszym ciągu są wprowadzane na rynek, nie tylko przez firmę Siemens ale także przez GE i Toshiba.

Izba oceniając stanowiska stron co do znaczenia zakwestionowanego parametru technicznego dla potrzeb zamawiającego jakie mają być zaspokojone w wyniku dostawy urządzenia stwierdziła, że były one diametralnie sprzeczne. Odwołujący winien wykazać sporną okoliczność, tj. że skracanie odległości między lampą i detektorem ma negatywny wpływ zarówno na jakość obrazowania i na dawkę promieniowania pochłanianą przez pacjenta i że nie ma żadnego związku z funkcjonalnością urządzenia, w sytuacji gdy zamawiający twierdził że jest dokładnie odwrotnie.

Również twierdzenie odwołującego, że wszystkie nowo powstałe tomografy firmy Siemens należące do serii Definition posiadają długą geometrię nie okazało się decydujące. Okoliczność, iż jedna z serii tomografów produkowanych przez firmę Siemens posiada

dłuższą geometrię nie oznacza, że tomografy o krótszej geometrii są konstrukcją przestarzałą, na co zdaje się zamierzał wskazać odwołujący. Sam odwołujący zaznaczył w odwołaniu, że chodzi jedynie o tomografy firmy Siemens serii Definition, co nie wyklucza iż są produkowane przez tego producenta nowe modele tomografów o krótkiej geometrii. Na tę okoliczność wskazał w trakcie rozprawy przystępujący dodatkowo podnosząc, że nowe tomografy komputerowe o krótkiej geometrii w dalszym ciągu wprowadzają na rynek oprócz firmy Siemens także producenci GE i Toshiba. Nie zostało również wykazane, że parametru tego nie mogą spełnić urządzenia firmy GE czy Toshiba.

Nie udowodniono zatem, że postanowienie SIWZ odnoszące się do cechy technicznej urządzenia nie ma przełożenia na funkcjonalność urządzenia i że zostało obliczone jedynie na chęć eliminacji tomografów komputerowych firmy Philips.

2. Załącznik nr 3 do SIWZ, punkt 38 – Ilość projekcji skanu topograficznego min. 3 (AP, PA, LAT)

Odwołujący w treści odwołania domagał się wykreślenia parametru granicznego. Wywodził, że wymóg eliminuje z postępowania wszystkie tomografy firmy Philips, w sposób nieuzasadniony i niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców. Podnosił, że żądanie oferowania trzech projekcji w planowaniu badania - AP, PA, LAP jest nieuzasadnione klinicznie (zarówno w badaniach ludzi jak i weterynaryjnych). Żadnemu z pacjentów nie wykonuje się więcej niż dwie projekcje do planowania badania zgodnie z zasadą ALARA (z tak niską dawką jaka jest niezbędna do badania). Firma Philips zrezygnowała z projekcji PA, która jest porównywalna, jeśli chodzi o wyniki z AP, a związana jest z wyższą dawką promieniowania dla pacjenta. W trakcie rozprawy odwołujący dodał, że w urządzeniach firmy Philips nie ma projekcji PA, urządzenia umożliwiają projekcję AP i LAP tj. z góry i z boku. W ocenie odwołującego zamawiający mógłby ewentualnie premiować rozwiązanie stosowane przez firmę GE, które charakteryzuje się możliwością wykonania większej ilości projekcji pod dowolnym kątem. Wyjaśnia, iż według jego wiedzy urządzenia firmy Toshiba oferują rozwiązania umożliwiające trzy projekcje.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że praktyka kliniczna pokazuje, że projekcja PA (posterior-anterior) jest wykorzystywana w niektórych rodzajach badań i nie powinna być pomijana na rzecz tylko projekcji AP i LAP, a więc wymóg ma uzasadnienie kliniczne. Podkreślał, że wszystkie pozostałe firmy dostarczające tomografy komputerowe oferują w swoich aparatach minimum 3 projekcje. Zamawiający w trakcie rozprawy dodał, iż przy badaniach większych zwierząt np. konie, obrócenie obiektu badanego jest utrudnione i wykorzystanie trzech projekcji będzie zamawiającemu przydatne. Dzięki trzem projekcjom zostanie osiągnięty lepszy efekt w postaci obrazowania, zaś wynik badania będzie

precyzyjniejszy. Wartość badania przy użyciu trzech projekcji przewyższa ujemne skutki jakie wynikają z niewielkiego zwiększenia dawki przy trzech projekcjach.

Przystępujący dodał, że projekcje skanu topograficznego wykonuje się w celu uzyskania informacji o badanym obszarze, obszar taki też jest naświetlany. Wyjaśnił, że badanie projekcji PA stosuje się np. przy badaniach zatok aby nie naświetlać oczu.

Izba stwierdziła, że stanowiska odwołującego i zamawiającego były sprzeczne. W tej sytuacji odwołujący powinien wykazać sporną okoliczność zgodnie ze swoim twierdzeniem jakimkolwiek środkiem dowodowym. Zamawiający wskazał na korzyści jakie przyniesie mu posiadanie urządzenia umożliwiającego 3 projekcje skanu topograficznego, w tym PA (posterior anterior), tj. lepszy efekt obrazowania, precyzyjniejszy wynik badań oraz to, że korzyści te przewyższają ujemne skutki wynikające ze zwiększonej dawki. Przystępujący wskazał na uzasadnienie kliniczne w postaci możliwości wykonania badań zatok przy wykorzystaniu projekcji PA. Nie zostało wykazane, że cecha techniczna urządzenia nie ma przełożenia na funkcjonalność aparatu.

Nie udowodniono zatem, że chęć posiadania urządzenia umożliwiającego minimum 3 projekcje skanu topograficznego nie znajduje uzasadnienia w potrzebach zamawiającego, a w konsekwencji, że postanowienie zostało obliczone na eliminację tomografów komputerowych firmy Philips.

II. PARAMETRY OCENIANE

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego dotyczące parametrów ocenianych wprowadzonych przez zamawiającego modyfikacją SIWZ z 8 marca 2012 r. (zawarte w części B odwołania) skierowane były nie wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia, lecz wobec czynności określenia kryteriów oceny ofert. Parametry oceniane precyzowały bowiem jedynie sposób punktacji dla wartości (wielkości) określonych parametrów oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia. Nie stanowiły zatem parametrów granicznych, a więc nie tworzyły opisu przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego niezasadne było stanowisko odwołującego, iż poprzez określenie kryteriów oceny ofert mogłoby dojść do naruszenia art. 29 ustawy Pzp, gdyż przywoływany przepis odnosi się do czynności opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast prawidłowość doboru parametrów ocenianych mogła być przez Izbę oceniana w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż odwołujący nie udowodnił, że określenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert narusza uczciwą konkurencję lub zasadę równego traktowania wykonawców. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że w przypadku kwestionowania kryteriów

oceny ofert nie było wystarczającym wykazanie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, jak ma to miejsce w przypadku przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, lecz konieczne jest udowodnienie, że na skutek czynności zamawiającego polegającej na określeniu kryteriów oceny ofert w oparciu o parametry techniczne urządzenia doszło do naruszenia uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, iż poprzez opisanie przez zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu kryteriów oceny ofert doszło do naruszenia wskazanego w odwołaniu przepisu. Odwołujący nie wykazał, iż zamawiający ustanawiając kwestionowane kryteria oceny ofert nie kierował się obiektywnymi potrzebami jakie zaspokoić ma zamawiane urządzenie, lecz że kierował się chęcią uprzywilejowania określonego urządzenia. Zaś na uwagę zasługiwało szerokie spektrum obiektów, które badane będą zamawianym aparatem. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że planowane są badania zarówno zwierząt małych, jak i wielkich (od papug do słoni), zwierzęta egzotyczne i zwierzęta gospodarcze. Aparat będzie służył także do badań naukowych i dydaktycznych. Zamawiający szacował, że w procesie obrazowania diagnozowanych będzie około 7500 małych zwierząt oraz około 300 dużych zwierząt (konie, świnie, owce), obydwie wartości w ujęciu rocznym.

3. Załącznik nr 3 do SIWZ, punkt 22 – napięcie anodowe, możliwe do zastosowania w protokołach badań, mniejsze od 90 kV; TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt

Odwołujący domagał się wykreślenia ww. parametru ocenianego. Wywodził, że niskie wartości napięcia lampy powodują zwiększenie poziomu szumu obrazu oraz wzrost współczynnika pochłaniania promieniowania przez substancje zawierające jądra o wyższych liczbach atomowych, takie jak składniki mineralne kości. Nie są zatem zalecane, ponieważ otrzymywane obrazy nie są wystarczająco dobre diagnostycznie. Wskazał, że w oferowanym przez siebie urządzeniu zastosowano najnowszej generacji detektory umożliwiające uzyskanie niskoszumowego obrazu o wysokim kontraście i wysokiej rozdzielczości dla wyższych wartościach napięcia (powyżej 120 kV), a zastosowanie twardszego promieniowania umożliwia ograniczenie dawki pochłoniętej przez pacjenta. Im wyższe wartości napięć tym łatwiej uzyskać obraz o wysokiej rozdzielczości w przypadku otyłych pacjentów/dużych zwierząt. Dodatkowo wszystkie tomografy firmy Philips są standardowo wyposażone w system automatycznej redukcji dawki oraz specjalistyczne protokoły minimalizujące rzeczywistą dawkę promieniowania pochłanianą przy badaniu. W konsekwencji nie ma uzasadnienia premiowanie rozwiązań nie mających wartości klinicznej, gdyż obniżanie napięcia anodowego w rzeczywistości prowadzi do zwiększenia dawki promieniowania pochłanianej przez pacjenta. W trakcie rozprawy odwołujący oświadczył, że

parametr spełniają tomografy komputerowe wszystkich producentów poza urządzeniami firmy Philips.

Zamawiający z kolei podnosił, że inne firmy dostarczające tomografy komputerowe oferują energię promieniowania o napięciu 80 kV. Zamawiający mając jednak na względzie zasadę konkurencyjności umożliwił odwołującemu zaoferowanie własnego rozwiązania i zmienił pierwotne zapisy tak, aby firma Philips mogła złożyć ważną ofertę. Wyjaśnił, że napięcie 80 kV ma dla niego duże znaczenie kliniczne w związku z tym, że energia o niskim napięciu jest mniej przenikliwa i dlatego stosowania przy badaniu młodych organizmów – dzieci, a w przypadku weterynarii – przy badaniu młodych zwierząt, zwłaszcza w przypadkach onkologicznych. W trakcie rozprawy zamawiający dodał, że zamawianym aparatem wykonywane będą również badania małych zwierząt takich jak szczury, myszy. Z uwagi na konieczność zobrazowania tak małych obiektów zamawiającemu przydatny byłby nawet aparat o wartości napięcia na poziomie 40 kV, jednakże takie aparaty w chwili obecnej nie są produkowane. Z uwagi na mały obiekt podlegający badaniu, koniecznym jest użycie jak najmniejszej energii. Zastosowanie urządzenia o wyższej wartości parametru granicznego nawet z filtrem nie spełni oczekiwań zamawiającego, w takim stopniu jak urządzenia z napięciem niższym.

Przystępujący w trakcie rozprawy wywodził, że inni poza odwołującym producenci spełniają ten parametr.

Izba stwierdziła, że stanowiska odwołującego i zamawiającego były sprzeczne. W tej sytuacji odwołujący powinien wykazać sporną okoliczność zgodnie ze swoim twierdzeniem jakimkolwiek środkiem dowodowym. Zamawiający wskazał na przydatność aparatu z napięciem anodowym, możliwym do zastosowania w protokołach badań, mniejszym od 90 kV przy badaniach młodych organizmów jak również małych zwierząt i chęci ograniczenia w jakim najwyższym stopniu energii o wysokim napięciu. Nie zostało wykazane, że ujemne skutki stosowania energii o wyższym napięciu w tomografach komputerowych firmy Philips rekompensowane są poprzez system automatycznej redukcji dawki oraz specjalistyczne protokoły minimalizujące rzeczywistą dawkę promieniowania pochłanianą przy badaniu.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, że parametr ten spełniały urządzenia wszystkich producentów poza urządzeniami firmy Philips. Jednakże niespełnienie tego parametru nie eliminowało możliwości zaoferowania żadnego tomografu, w tym tomografów komputerowych firmy Philips, gdyż parametr ten był wyłącznie parametrem ocenianym, a nie granicznym.

4. **Załącznik nr 3 do SIWZ - punkt 24 – Skok prądu anody, w całym oferowanym zakresie wartości prądu, nie większy niż 1 mA; TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt**

Odwołujący domagał się wykreślenia parametru ocenianego. Wywodził, że jest to wymóg nie posiadający żadnego uzasadnienia klinicznego biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres prądów oferowany przez tomografy z generatorem 50kW (poza firmą Siemens oferującą moc generatora w protokołach klinicznych 44,2 kW - wymóg minimalny 44 kW) systemy osiągają prąd anodowy znacznie powyżej 400 mA. Skok prądu o 5 mA pozwoli więc na 80 różnych nastawów, co w połączeniu z 3 nastawami prądów daje 240 różnych kombinacji. Podnosił, że jest to w pełni wystarczające do precyzyjnego dobrania warunków ekspozycji w zależności od potrzeb badania. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył ponadto, że nie ma pewności co do spełnienia go przez urządzenia pochodzące od producentów GE i Toshiba.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśniał, że mniejszy skok prądu oznacza większą elastyczność zmian prądu anody lampy rtg, a co za tym idzie również lepszą optymalizację dawki promieniowania przy modulacji prądu anody w zależności od współczynnika pochłaniania. Argumentacja odwołującego nie pokrywa się z tym oczekiwaniem. W trakcie rozprawy dodał, że z powodu zastosowania zamawianego tomografu przy badaniu małych obiektów w weterynarii tj. myszy, szczury, papugi istotnym jest dla niego premiowanie urządzenia oferującego skok o 1 mA, umożliwiającą precyzyjniejszą nastawę urządzenia.

Przystępujący w trakcie rozprawy dodał, że w oferowanym przez firmę Siemens urządzeniu istnieje możliwość wykonania około 340 nastaw.

Izba stwierdziła, że chęć premiowania aparatu umożliwiającego większą elastyczność zmian prądu anody lampy rtg znajdowała uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. Nie znalazła bowiem podstaw do przyjęcia, że przy badaniach małych zwierząt takich jak myszy, szczury, papugi możliwość jak najprecyzyjniejszej optymalizacji dawki promieniowania, nawet na poziomie 1 mA, nie ma konkretnego uzasadnienia.

Ponadto niespełnienie tego parametru nie eliminowało możliwości zaoferowania żadnego tomografu, w tym tomografów komputerowych firmy Philips, gdyż parametr ten był wyłącznie parametrem ocenianym, a nie granicznym.

5. **Załącznik nr 3 do SIWZ - punkt 28 - Powierzchnia małego ogniska lampy rtg nie większa niż 0,45 mm²; TAK – 40 pkt, NIE – 0 pkt,**

Odwołujący domagał się wykreślenia parametru ocenianego. Wskazał, że zamawiający premiuje parametr będący rozwiązaniem technicznym, podczas gdy pomija ocenę parametrów bezpośrednio opisujących jakość obrazowania, np. rozdzielczości uzyskiwanych matryc rekonstrukcyjnych. Najwyższą ocenę w tym kryterium otrzymuje aparat Emotion 16 firmy Siemens.

Zamawiający wyjaśnił, że rozmiar ogniska ma wpływ na rozdzielczość (możliwość obrazowania małych struktur), a tym bardziej duże znaczenie ma rozmiar małego ogniska, stosowanego do badań przy niższych wartościach prądu i napięcia np. do badania małych zwierząt. W trakcie rozprawy dodał, że wielkość małego ogniska ma znaczenie dla niego, gdyż umożliwi większą ostrość obrazu, co ma znaczenie przy badaniu małych zwierząt.

Przystępujący w trakcie rozprawy dodał, że powierzchnia małego ogniska lampy RTG wpływa na lepszą rozdzielczość przy małych obiektach.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wywodził, że powierzchnia małego ogniska lampy rtg nie ma wpływu na rozdzielczość (możliwość obrazowania małych struktur), skupił się na wskazaniu, że istnieją parametry które w sposób bardziej bezpośredni, a więc lepiej opisują jakość obrazowania. Skoro zatem parametr ten nawet pośrednio ma wpływ na rozdzielczość Izba nie znalazła podstaw do nakazania jego wykreślenia, w sytuacji gdy parametr nie był parametrem granicznym, lecz wyłącznie ocenianym. Nie został wykazany bowiem znikomy wpływ korelacji pomiędzy kwestionowanym parametrem a rozdzielczością (jakością) uzyskiwanych obrazów.

Ponadto niespełnienie tego parametru nie eliminowało możliwości zaoferowania żadnego tomografu, w tym tomografów komputerowych firmy Philips, gdyż parametr ten był wyłącznie parametrem ocenianym, a nie granicznym.

6. Załącznik nr 3 do SIWZ - punkt 36 - Skok współczynnika pitch w całym oferowanym zakresie, możliwy do zastosowania w protokołach badań, mniejszy od 0,1; TAK – 30 pkt, NIE – 0 pkt

Odwołujący domagał się wykreślenia parametru ocenianego. Podniósł w odwołaniu, że jest to parametr pozostający bez wpływu na funkcjonalności tomografu. Płynna regulacja współczynnika pitch jest niezwykle istotna w badaniach kardiologicznych, gdzie należy dostosować ją precyzyjnie do pulsu pacjenta. W pozostałych badaniach nie ma konieczności tak precyzyjnego dobierania tego parametru.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zmodyfikował postanowienia SIWZ dotyczące współczynnika pitch tak, że wszystkie tomografy są w stanie je spełnić, w tym aparat oferowany przez odwołującego. W trakcie rozprawy wyjaśnił, że parametr znajduje zastosowanie w badaniach małych zwierząt, u których częstotliwość bicia serca kilkunastokrotnie przekracza częstotliwość bicia serca człowieka. Ponadto cecha techniczna urządzenia istotna będzie w takich badaniach jak angiografia i schorzenia płuc.

Przystępujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, że ocenianie tego parametru jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, biorąc pod uwagę konieczność zobrazowania szybko poruszających się obiektów (nawet 700 razy na minutę). Posiadanie urządzenia z taką cechą pozwoli zamawiającemu precyzyjniej dokonać korekty zniekształceń i uzyskać lepszą rozdzielczość.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że parametr pozostawał bez wpływu na funkcjonalności tomografu, w sytuacji gdy zamawiający i przystępujący zaprzeczyli stanowisku odwołującego wskazując na znaczną przydatność płynnej regulacji współczynnika pitch w takich badaniach jak angiografia, schorzenia płuc, badania serca małych zwierząt. Ponadto niespełnienie tego parametru nie eliminowało możliwości zaoferowania żadnego tomografu, w tym tomografów komputerowych firmy Philips, gdyż parametr ten był wyłącznie parametrem ocenianym, a nie granicznym.

7. Załącznik nr 3 do SIWZ, punkt 40, *Maksymalne, rekonstruowane pole widzenia FOV większe niż 60 cm; TAK – 100 pkt, NIE – 0 pkt*

Odwołujący domagał się wykreślenia parametru ocenianego. Wywodził, że jedyną firmą oferującą tomografy diagnostyczne (z otworem gantry 70 cm) i rekonstruowanym polem widzenia jest firma Siemens. Uznał tę sytuację za przejaw nieuczciwej konkurencji i nadmierne uprzywilejowanie aparatów firmy Siemens, gdyż promuje się nadmierną ilością punktów, bo aż 100 pkt rozwiązanie:

- oferowane tylko przez jedną firmę,
- niediagnostyczne, tzn. obrazy poza diagnostycznym polem obrazowania 50 cm (typowe dla wszystkich diagnostycznych CT o gantry 70 cm) obciążone są bardzo dużą ilością artefaktów i nie mogą być używane do diagnostyki,
- nieużyteczne, nawet gdyby mogły być wykorzystane klinicznie to trudno sobie wyobrazić badanie zwierząt w którym pole obrazowania powyżej 60 cm byłoby użyteczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że parametr ten został zmieniony z granicznego na oceniany tak, aby inne firmy, w tym odwołujący, mogły spełnić postawiony wymóg. Poszerzone pole widzenia jest istotnym parametrem w przypadku oceny urazów większych zwierząt, które nie mieszczą się w FOV = 50 cm. W trakcie rozprawy dodał, że w przypadku dużych zwierząt takich jak konie może zajść potrzeba zbadania przykładowo kości o długości 60 cm. Pole rzędu 50 cm może okazać się niewystarczające.

Przystępujący przyznał, że jedyną firmą oferującą tomografy diagnostyczne z otworem gantry 70 cm i rekonstruowanym polem widzenia jest firma Siemens, jednakże ta cecha diagnostyczna może być przydatna w badaniu urazów wielonarządowych, wykraczających poza rozmiar 50 cm, kiedy badanie w większym polu widzenia jest uzasadnione.

Izba uznała za wykazane, że jedyną firmą oferującą tomografy diagnostyczne z otworem gantry 70 cm i rekonstruowanym polem widzenia jest firma Siemens, albowiem okoliczność tę potwierdził w trakcie rozprawy przystępujący Siemens. Jednakże okoliczność iż jest to rozwiązanie oferowane przez jedną z firm, nie oznaczało jeszcze działania wbrew zasadzie uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie uznała bowiem za udowodnione, że rozwiązanie to jest niediagnostyczne i nieużyteczne. Twierdzeniu odwołującego zaprzeczył zamawiający i przystępujący, wskazując na przełożenie cechy technicznej na funkcjonalność urządzenia polegającą na możliwości zastosowania go w badaniach urazów większych zwierząt, urazach wielonarządowych, w których pole rzędu 50 cm może okazać się niewystarczające.

Nie zostało zatem wykazane, że wymóg nie jest uzasadniony obiektywną potrzebą zamawiającego. Ponadto niespełnienie tego parametru nie eliminowało oferty żadnej z firm, w tym odwołującego, gdyż parametr ten był wyłącznie parametrem ocenianym, a nie granicznym. Poprzez ocenianie tego parametru nie wyłączono konkurencji w postępowaniu.

Reasumując, wobec niewykazania okoliczności przeciwnej, kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ znajdowały uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i nie zostały uznane jako działanie wbrew zasadzie uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców, które naruszałoby art. 29 ust. 2 lub art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: