Sygn. akt KIO 3463/21

WYROK

z dnia 8 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę

Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza - Radeckiego we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania,

3. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej nadpłatę ponad wymagany wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3463/21

Zamawiający - Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza - Radeckiego we

Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Doposażenie Kliniki Chirurgii Urazowej i Chirurgii Ręki oraz Kliniki Angiologii, Nadciśnienia Tętniczego i Diabetologii - ponowienie w zakresie pakietu nr 5 (dostawa aparatu usg)" na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 22 listopada 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/S 193-502945. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Euromed Medical Solution Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka

komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję poprzez ustalenie parametrów zamawianego produktu wskazującego konkretnego producenta oraz poprzez wprowadzenie systemu punktowania niektórych parametrów w sposób prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia w sposób opisany poniżej oraz powtórzenia czynności polegających na ogłoszeniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. usunąć z opisu przedmiotu zamówienia punkty: 6, 7, 35, 39, 44, 51, 58, 74, 96, 108, 115, 119, 121, 125, 128, 131, ponieważ parametry oceniane faworyzują z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji przydzielając maksymalną ilość punktów rozwiązaniom charakterystycznym dla firmy CANON,

2. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON bez możliwości wykonania biopsji pod kontrolą obrazu 4D,

3. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON z głowicą linową posiadającą 256 elementów,

4. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON z prędkością przy zerowym kącie w trybie Triplex (2D + PWD+CD) powyżej 670 cm/sekundę,

5. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON bez trybu Shutdown,

6. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON z USB 2.0 oraz wnosimy również o punktowanie portu umieszczonego na panelu sterowania, a nie wyłącznie na monitorze,

7. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON z zewnętrznym napędem CD/DVD oraz możliwością zapisu na nośnikach nowszego typu: dyskach SSD, pendrive,

8. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON z 30 sekundami zapamiętanej prezentacji oraz możliwością zapisu całego badania,

9. dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż CANON ze 192 kanałami TX oraz RX.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z przywołanymi przepisami przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymagane przez Zamawiającego cechy dostaw czy usług muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. W związku

z brzmieniem przepisów art. 16 i art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych aktualne pozostaje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych oraz piśmiennictwo dotyczące wykładni przepisów uprzednio obowiązujących art. 29 ust. 1-4 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Zgodnie z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych to na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zatem należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych, co w konsekwencji wpływa na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i posiada uprawnienia pozwalające mu określić przedmiot zamówienia stosownie do jego potrzeb. Ograniczenie tego uprawnienia wyznaczają przepisy zakazujące opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję, w szczególności w sposób, który preferowałby określonego wykonawcę i w nieuzasadniony sposób ograniczał udział innych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu mają służyć zamawiane produkty, a każde wymaganie musi mieć swoje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Wymagania zamawiającego składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty. Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia poprzez posługiwanie się parametrami i rozwiązaniami technicznymi wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt. Naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest więc opisanie przedmiotu zamówienia poprzez określenie parametrów na takim poziomie, który odpowiada tylko jednemu produktowi. W takim przypadku zamawiający, w sposób pośredni, dokonuje uprzywilejowania określonego wykonawcy z jednoczesnym dyskryminowaniem pozostałych. Pośrednia dyskryminacja ma miejsce wówczas, gdy zamawiający wprawdzie nie opisuje przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale posługuje się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt.

Zamawiający nie może dookreślać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób, który nie jest uzasadniony jego potrzebami, zarówno technicznymi, jak i funkcjonalnymi. W takiej sytuacji powinien w sposób wiarygodny, logiczny i spójny wykazać, co było podstawą takich, a nie innych wymagań.

Zgodnie z orzecznictwem przepis art. 29 ust. 2 uprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji. W świetle powyższego przepis ten nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa.

Powyżej prezentowane zasady doznały naruszenia wskutek niezgodnych z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych działań Zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu oraz poprzedzającym go, lecz unieważnionym w zakresie pakietu nr 5 postępowaniu DZP.242.462.2021.

W celu nabycia aparatu USG Zamawiający rozpisał dotychczas dwa postępowania przetargowe. Przygotowując się do procedury Zamawiający dokonał szacowania wartości przedmiotu zamówienia i określił tą kwotę na poziomie 619.000 zł, następnie tak ustalił warunki wyboru oferty najkorzystniejszej, by tylko oferta aparatu Canon mogła je uzyskać. Każdy inny producent, by uzyskać zamówienie, musiałby złożyć ofertę na kwotę stanowiącą około 46% sumy oszacowania.

W pierwszym postępowaniu przetargowym DZP.242.462.2021 w ramach pakietu nr 5 zgłoszono dwie oferty: MIRO Sp. z o.o. oraz TMS Sp. z o.o., jednak zdaniem Odwołującego oferta MIRO Sp. z o.o. nie spełniała wymagań specyfikacji warunków zamówienia,

a Zamawiający postępowanie ostatecznie w tym zakresie unieważnił. Z zestawienia

złożonych w pierwotnym postępowaniu ofert w kontekście zapisów specyfikacji warunków zamówienia wyraźnie widać uprzywilejowanie oferty TMS Sp. z o.o. oferującego aparat CANON Aplio i700/TUS-A1700 (Aplio i700), z myślą o którym przedmiotowe postępowania rozpisano. Zamawiający mimo informacji o wadliwości opisu przedmiotu zamówienia dąży do rozstrzygnięcia postępowania i wyboru oferty firmy TMS/Canon. Gdyby postępowania tego nie unieważniono, spółka MIRO oferująca aparat Hitachi uzyskałaby 15 punktów w ocenie technicznej i łącznie 85 punktów, a TMS Sp. z o.o. oferująca aparat Canon 30 punktów w ocenie technicznej i łącznie 77,32 punkty. Ofertę najkorzystniejszą złożyła firma MIRO, co nie było zgodne z intencjami Zamawiającego. Ostatecznie Zamawiający na podstawie formalnych przesłanek unieważnił postępowanie, ponieważ jego rozstrzygnięcie zmusiłoby go do wyboru innej oferty aniżeli Canon.

W ponownie rozpisanym postępowaniu zmodyfikowano zapisy specyfikacji warunków

zamówienia, by umożliwić udział w nim także innemu wykonawcy, jednak zmodyfikowano

system oceny punktami parametrów technicznych w taki sposób, aby zapewnić przewagę i wybór aparatu CANON Aplio i700/ TUS-A1700 (Aplio i700) oferowanego przez TMS Sp. z o.o., albowiem brak jakiegokolwiek innego uzasadnienia dla tak dalekiej modyfikacji

sytemu punktowania w zaledwie kilkutygodniowej perspektywie czasowej.

Zamawiający w celu uprzywilejowania pozycji aparatu Canon wprowadził 41 dodatkowych kryteriów oceny technicznej, w których w tylko trzech przypadkach aparat firmy Canon nie uzyskuje punktów za ocenę techniczną, a aparat firmy Hitachi nie uzyskuje punktów w 22 parametrach na 41 nowo wprowadzonych. Obrazuje to poniższe zestawienie:

W drugim postępowaniu Zamawiający dokonuje modyfikacji punktacji za parametry techniczne w taki sposób by przy maksymalnym wykorzystaniu środków na zakup aparatu zagwarantować firmie Canon złożenie „formalnie' najlepszej oferty. Obrazuje to poniższe zestawienie:

Opis parametrów	Punktacja	MIRO	TMS
Zakres częstotliwości pracy aparatu: min 2 - 18 MHz	2-18 MHz - 0 pkt. 2-22 MHz - 1 pkt. 2-30 MHz i powyżej - 2 pkt.	1	2
Technologia cyfrowa - system równoległego przetwarzania z cyfrową obróbką i cyfrowym kształtowaniem wiązki min. 16 wiązek jednocześnie z różnych kierunków	16-49 wiązek - 0 pkt. 50-63 wiązek - 1 pkt. 64 i więcej wiązek - 2 pkt.	1	2
Ilość niezależnych kanałów odbiorczych	< 30 000 000 - 0 pkt. > 32 000 000 - 2 pkt.	1	2
Ekran dotykowy min. 10 cali z przyciskami funkcyjnymi oraz możliwością programowania położenia poszczególnych funkcji. Obsługa ekranu jak tablet tj. przesuwanie dłonią poszczególnych okien	10-12,0 cali - 0 pkt. >= 12,1 cali - 2 pkt.	1	2
Elektryczna regulacja wysokości panelu sterowania	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	0	2
Regulacja odchylenia panelu sterowania	Zakres +/- 25 stopni - 0 pkt. +/- 30 stopni - 1 pkt. +/- 35 stopni i więcej - 2 pkt.	0	2
Maksymalna długość zapamiętanej prezentacji w trybie M/D-mode min. 45 sek.	45 -120 sekund 0 pkt. 121-240 sekund — 1 pkt. Powyżej 241 — 2 pkt	2	1

Eksportowanie obrazów na nośniki przenośne	DVD/CD, PenDrive, HDD bez załączanej przeglądarki DICOM -0 pkt. DVD/CD, PenDrive, HDD z załączaną przeglądarką DICOM - 2 pkt.	0	2
Porty USB 3.0 i USB 2.0 wbudowane w aparat (do archiwizacji na pamięci typu Pen-Drive) - min. 2 porty USB	Wszystkie porty umieszczone w konsoli aparatu - 0 pkt. min. jeden port umieszczony w monitorze - 2 pkt.	0	2
Start systemu z trybu Shutdown - max 120 sek.	120-80 sek. - 0 pkt. 81-61 - 1 pkt. 60-40 - 2 pkt. < 39 sek. - 4 pkt.	3	4
Maksymalna głębokość penetracji od czoła głowicy min. 40 cm	40 cm - 0 pkt. 45 cm - 1 pkt. 48 cm - 2 pkt.	0	2
Możliwość regulacji STC/LGC po min. 6 suwaków do regulacji	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	2	2
Zakres bezstratnego powiększania obrazu w czasie rzeczywistym i zamrożonego, a także obrazu z pamięci: podać wartość powiększenia min. 16x	>16x - 0 pkt. > 20x - 1 pkt. > 24x - 2 pkt.	0	2
Ciągła optymalizacja wzmocnienia w trybie 2D	Nie - 0 pkt. Tak - 4 pkt.	0	4
Obrazowanie trapezowe min. +/- 20 stopni	20 stopni - 0 pkt.	0	2
	30 stopni - 2 pkt.		
Obrazowanie harmoniczne zwiększające rozdzielczość i penetrację.	Używające 1 częstotliwości do uzyskania obrazu - 0 pkt. Używające 2 częstotliwości do uzyskania obrazu - 1 pkt. Używające 3 częstotliwości do uzyskania obrazu - 2 pkt.	0	2
Obrazowanie 3 harmoniczną	Nie - 0 pkt. Tak - 4 pkt.	0	4
Tryb Triplex (2D + PWD+CD) z rejestrowaną prędkością: min. 10 m/sek dla zerowego kąta	10 m/sek - 0 pkt. 15 m/sek - 2 pkt.	2	2
Technologia przetwarzania sygnału RAW DATA pozwalająca po zamrożeniu obrazu na zmianę:	Wzmocnienia bez możliwości zmiany dynamiki - 0 pkt. Wzmocnienia i dynamiki - 2 pkt.	2	2
Obrazowanie 3D z wolnej ręki	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt..	0	2

Regulacja bramki dopplerowskiej w zakresie min. 0,5 - 20 mm	0,5 - 20 mm - 0 pkt. 0,4 - 20mm - 1 pkt. 0,3 - 20mm - 2 pkt.	0	2
Zakres prędkości CWD min. 15 m/sek dla zerowego kąta bramki	15 m/s - 0 pkt. 20 m/s -1 pkt. 30 m/s -2 pkt.	2	1
Prędkość odświeżania dla CD min. 300 klatek/sek	300 kl/s - 0 pkt. 450 kl/s - l pkt. 600 kl/s - 2 pkt.	2	0
Regulacja uchylności pola Dopplera Kolorowego min. +/-25 stopni	25 stopni - 0 pkt. > 25 stopni - 2 pkt.	2	2
Możliwość regulacji uchylności pola Doppler ze skokiem o min. 5 stopni	5-4 stopni - 0 pkt. 2-3 stopnie - 4 pkt.	0	4
Ilość map kolorów dla CD min. 15 map	15-29 - 0 pkt. 30 map - 2 pkt.	0	2
Optymalizacja zapisów CD za pomocą jednego przycisku (min. dostosowanie linii bazowej i częstotliwości)	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	0	2
Obrazowanie dopplerowskie naczyń narządów miąższowych (nerki, wątroba) do wizualizacji bardzo wolnych przepływów poniżej 1 cm/sek. w mikronaczyniach pozwalające obrazować przepływy bez artefaktów ruchowych dostępne na sondach convex, linia, endocavity. Możliwość prezentacji kierunku napływu. Prędkość odświeżania FR>50 obr/sek dla przepływów poniżej 1 cm/sek przy bramce większej niż 2 x 2 cm.	NIE - 0 pkt. TAK - 4 pkt.	0	4
Liczba par kursorów pomiarowych min. 10	> 10 par - 0 pkt. > 15 par - 1 pkt. > 18 par - 2 pkt.	0	2
Oprogramowanie umożliwiające wyznaczenie procentu unaczynienia w danym obszarze	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	0	2
Elastografia akustyczna w zakresie pola o wymiarach min. 10x15mm	W zakresie pola o wymiarach min. 10x15mm - 0 pkt. Ustawienia dowolnego pola pomiarowego - 2 pkt.	0	2
Elastografia akustyczna, moduł określający sztywność tkanek na podstawie analizy prędkości fali poprzecznej - SW Shear Wave dostępne na sondzie convex wysokiej częstotliwości min. 6 MHz. Możliwość uzyskania wyników pomiarowych wyrażonych w kPa lub m/sek	Sondach convex o częstotliwości do 6,0 Mhz - 0 pkt. Do częstotliwości 8,0 Mhz - 1 pkt. Do częstotliwości powyżej 8,1 Mhz - 2 pkt.	0	2

Sonda Convex do badań ogólnych. Podać model	Wykonana w technologii single crystal - 0 pkt. Wykonana w technologii matrycowej z aktywnym wysterowaniem elementów - 4 pkt.	0	4
Zakres pracy przetwornika min. 2,0 - 6,0 MHz	Min. 2,0-6,0 MHz - 0 pkt. min. 2,0-7,0 MHz - 1 pkt. min. 2,0-8,0 MHz - 2 pkt.	0	2
Kąt pola skanowania (widzenia) min. 75 stopni	99 st. - 0 pkt. 100 st. - 1 pkt. 120 st. - 2 pkt	0	2
Ilość elementów min. 160	160 <190 - 0 pkt. 190 <210 - 1 pkt. 210 - 2 pkt.	1	2
Możliwość pracy z oprogramowaniem do elastografii typu strain i akustycznej (Shear Wave)	Elastografii typu strain - 0 pkt. elastografii typu strain i akustycznej (Shear Wave) - 2 pkt.	2	2
Możliwość pracy z oprogramowaniem do fuzji obrazów	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	2	2
Sonda liniowa do badań naczyniowych. Podać model	Wykonana w technologii single crystal - 0 pkt. wykonana w technologii matrycowej z aktywnym wysterowaniem elementów - 4 pkt.	4	4
Liczba elementów - min. 700	700 - 900 - 0 pkt. 901-1000 - 1 pkt. Powyżej 1001 - 2 pkt.	1	0
Szerokość skanu max. 50,5 mm	50,5 mm - 0 pkt 47,0 mm - 1 pkt. 40,0 mm - 2 pkt.	2	1
Sonda liniowa wysokiej częstotliwości. Podać model	Wykonana w technologii single crystal - 0 pkt. wykonana w technologii matrycowej z aktywnym wysterowaniem elementów - 4 pkt.	4	4
Liczba elementów - min. 192	192 - 0 pkt. 600 - 2 pkt.	0	2

Szerokość skanu max. 46 mm	46 mm - 0 pkt 39 mm - 2 pkt.	2	0
Możliwość pracy z oprogramowaniem do elastografii typu strain i akustycznej (Shear Wave)	Nie - 0 pkt. Tak - 4 pkt.	4	4
Zakres pracy przetwornika min. 1,0-5,0 MHz	min. 1,0-5,0 MHz-0 pkt. min. 1,0-6,0 MHz-2 pkt.	0	2

Liczba elementów - min. 90	90 - 0 pkt. 128 - 2 pkt.	2	0
Kąt skanowania min. 90 st.	90 st. - 0 pkt. 115 st. - 2 pkt.	2	2
Możliwość rozbudowy o sondę z kanałem biopsyjnym przez czoło sondy z możliwością wyboru min. 3 kątów wejścia w tym min. jednym zbliżonym do 90 stopni.	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	2	2
Możliwość rozbudowy o oprogramowanie umożliwiające wykonanie badania z kontrastem w trybie 4D	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	0	2
Możliwość rozbudowy o specjalistyczne oprogramowanie poprawiające wykrywanie mikrozwapnień w tkankach miękkich tj. sutki, piersi, nerka, jądra, ścięgna itp. - podać nazwę własną	Nie - 0 pkt. Tak - 2 pkt.	0	2
Możliwość rozbudowy o oddzielną analizę wsierdzia i nasierdzia oraz możliwość uśrednienia uzyskanych wyników.	Tak - 2 pkt. Nie - 0 pkt.	2	2
Możliwość rozbudowy o automatyczne wyznaczanie frakcji wyrzutowej z obrazu 2D oraz GLS Global Longitudal Strain w projekcji 2 i 4 jamowej	Tak - 2 pkt. Nie - 0 pkt.	2	2
Możliwość rozbudowy o obrazowanie panoramiczne z możliwością wykonywania pomiarów min. 100 cm z możliwością wykonywania pomiarów	100 cm - 0 pkt. > 150 cm - 1 pkt. > 200 cm - 2 pkt.	1	2
Możliwość pracy z sondę liniową z centralnym kanałem biopsyjnym . Podać model.	Tak - 2 pkt. Nie - 0 pkt.		2
Możliwość rozbudowy o monitor OLED min. 21 cali o rozdzielczości 4K (3840 x 2160 pix)	Tak - 2 pkt. Nie - 0 pkt.		2
Łącznie		54	119

Na 56 ocenianych parametrów aparat firmy Canon otrzymuje 91,5% możliwych do uzyskania punktów technicznych, w 2,35 przypadków nie otrzymuje maksymalnej liczby punktów, a w 6,2% przypadków nie otrzymuje ich wcale.

W drugim postępowaniu Zamawiający dokonał modyfikacji punktacji za parametry techniczne w taki sposób, by przy maksymalnym wykorzystaniu środków na zakup aparatu zagwarantować firmie Canon złożenie „formalnie” najlepszej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak również zmianę wagi kryteriów przy wyborze oferty najkorzystniejszej, przyjmując niezmienność cen z postępowania DZP.242.462.2021, jedyną firmą mogącą faktycznie uzyskać zamówienie jest firma TMS Sp. z o.o. z aparatem producenta Canon:

Punkty za kryterium cena - waga 50%: Canon - 36,16, Hitachi - 50; punkty za kryterium ocena techniczna - waga 50%: %: Canon - 50, Hitachi - 22,69; łącznie Canon - 86,16, Hitachi - 72,69.

Zatem z kryteriów oceny ofert wynika, że jedyny dopuszczony do postępowania przez Zamawiającego aparat, poza aparatem Canon, by uzyskać realną możliwość konkurowania, musiały być tańszy od aparatu Canon o 351.500 zł. Kwota ta stanowi ponad 56% budżetu przeznaczonego na zakup aparatu. Jest niemożliwe, by jakikolwiek producent oferując aparat zbliżonej klasy i jakości mógł go zaoferować za około 45% ceny zaoferowanej przez firmę TMS Sp. z o.o. z aparatem Canon.

Powyższe obrazuje, że intencją Zamawiającego pozostaje nabycie jednego określonego produktu, a wszelkie zapisy, zmiany i modyfikacje specyfikacji warunków zamówienia w obu powołanych postępowaniach podporządkowane są temu celowi, a konkurencja w tym postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego ma charakter pozorny.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że przeprowadzona przez niego analiza odwołania w zakresie proponowanych zmian w opisie przedmiotu zamówienia dowodzi, że Odwołujący dąży do wprowadzenia modyfikacji w wymogach w zakresie przedmiotu zamówienia w sposób, który obniża klasę/funkcjonalność/jakość zamawianego urządzenia.

Zgodnie z art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Zgodnie natomiast z art. 101 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem, że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia. Szczegółowy opis zamówienia nie stanowi zatem przesłanki ograniczenia konkurencyjności, a jest jedynie wynikiem wykonania dyspozycji nałożonej na Zamawiającego przez ustawę Prawo zamówień publicznych.

Przedmiot zamówienia dotyczy aparatu usg o wymaganych parametrach. Proponowane zmiany w specyfikacji technicznej aparatu usg mają na celu spowodować brak możliwości zakupu aparatu wyposażonego w najnowocześniejsze rozwiązania i technologie dostępne obecnie na rynku. Tym samym przekłada się to bezpośrednio na obniżenie diagnostycznej wartości aparatu, a więc uniemożliwienie zapewnienia realizacji obowiązków ciążących na Zamawiającym. W konsekwencji doprowadziłoby to zarówno do uniemożliwienia rozwoju szpitala, oddziału i kliniki w oparciu o najnowocześniejszą diagnostykę, jak i do złego gospodarowania funduszami publicznymi. Zaproponowane w odwołaniu modyfikacje obniżyłyby wartości użytkowe i diagnostyczne aparatu, których Zamawiający oczekuje po nowo zakupionym systemie. Wymogi zostały tak opisane, aby do postępowania mogło przystąpić co najmniej kilku oferentów, którzy musieliby zaoferować topowe aparaty klasy Premium. Ustanowiona punktacja natomiast umożliwia Zamawiającemu preferowanie najnowocześniejszych rozwiązań i aparatów o jak najwyższych parametrach technicznych i użytkowych. Punkty z tabeli podnoszone przez Odwołującego w żaden sposób nie eliminują go z niniejszego postępowania i umożliwiają złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu. Odwołujący nie wykazał, że nie może złożyć ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty - nie wskazał bezpośrednio parametrów, które eliminowałby aparat firmy Samsung, której dystrybutorem jest Odwołujący. W ocenie Zamawiającego Odwołujący chce tylko zmienić wymagania, aby poprawić swoją pozycję względem innych wykonawców. Jedyną korzyścią z takiego rozwiązania byłaby korzyść finansowa, ale tylko dla Odwołującego.

Przedstawione zarzuty są nieprawdziwe, a wyliczenia punktów, jakie uzyskaliby oferenci, obarczone są dużymi błędami i nie zawierają punktów, jakie mógłby uzyskać oferowany przez Odwołującego aparat firmy Samsung. Ponadto Odwołujący pomija poszczególne punkty, w których to aparat Samsung wypadłby najkorzystniej.

Odnosząc się do poszczególnych punktów Zamawiający wskazał:

1) pkt nr 6: „Technologia cyfrowa - system równoległego przetwarzania z cyfrową obróbką i cyfrowym kształtowaniem wiązki min. 16 wiązek jednocześnie z różnych kierunków”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest szczególnie wysoki - na rynku jest co najmniej kilka aparatów usg renomowanych producentów, które spełniają minimalne wymagania np. Hitachi, Philips czy GE. Zamawiający preferuje jednak rozwiązania bardziej zawansowane i dlatego też za zdecydowanie lepsze parametry przyznaje dodatkowe punkty.

2) pkt nr 7: „Ilość niezależnych kanałów odbiorczych”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które posiadają ilość kanałów o znacznie większej liczbie np. Philips, GE czy Samsung. Zamawiający preferuje jednak rozwiązania bardziej zawansowane i dlatego też, za zdecydowanie lepsze parametry przyznaje dodatkowe punkty. W tym wypadku aparat firmy Samsung (oferowany przez Odwołującego) posiada nawet ponad 40 000 000 niezależnych kanałów odbiorczych i uzyskałby max. liczbę punktów.

3) pkt nr 35: „Start systemu z trybu Shutdown - max 120 sek.”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest szczególnie wysoki - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. Philips, GE, które spełniają minimalne wymagania. Zmawiający preferuje ultrasonograf, który wyposażony jest w najnowocześniejsze komponenty, które zapewniają szybki start systemu.

4) Pkt nr 39: „Możliwość regulacji STC/LGC po min. 6 suwaków do regulacji”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. Philips, GE, które spełniają ten wymóg - w aparatach tych jest to standardem.

5) Pkt nr 44: „Ciągła optymalizacja wzmocnienia w trybie 2D”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. Philips, GE, które spełniają ten wymóg - w aparatach tych jest to standardem.

6) Pkt nr 51: „Obrazowanie 3 harmoniczną”: Wymóg opisany w powyższym punkcie jest jednym z najnowszych rozwiązań spotykanych w topowych aparatach klasy Premium, który bezpośrednio przekłada się na najwyższą jakość obrazu zapewniającą niesłychaną rozdzielczość.

7) Pkt nr 58: „Obrazowanie 3 harmoniczną”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg np. Philips, GE - jest to rozwiązanie znane od wielu lat. Najnowocześniejszy ultrasonograf posiada funkcję zapewniającą w sposób prosty poszerzenie diagnostyki o obrazowanie trójwymiarowe bez potrzeby zakupu specjalnego moduły 3D i drogich sond objętościowych.

8) Pkt nr 74: „Optymalizacja zapisów CD za pomocą jednego przycisku (min. dostosowanie linii bazowej i częstotliwości)”: Wymóg zawarty w tym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg np. Philips, GE - jest to rozwiązanie znane od dawna. Automatyczna optymalizacja Dopplera kolorowego (CD) pozwala na szybkie uzyskanie optymalnego obrazu diagnostycznego, co w znaczący sposób przekłada się na skrócenie czasu badania.

9) Pkt nr 96: „Możliwość pracy z oprogramowaniem do elastografii typu strain i akustycznej (Shear Wave)”: Wymóg zawarty w tym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg np. Philips, GE - w klasie Premium jest to obecnie standardem.

10) Pkt nr 108: Możliwość pracy z oprogramowaniem do elastografii typu strain i akustycznej (Shear Wave)”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg np. Philips, GE - w klasie Premium jest to obecnie standardem.

11) Pkt nr 115: „Możliwość rozbudowy o sondę z kanałem biopsyjnym przez czoło sondy z możliwością wyboru min. 3 kątów wejścia w tym min. jednym zbliżonym do 90 stopni”: Wymóg zawarty w tym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. Philips, GE, które spełniają ten wymóg.

12) Pkt nr 119: „Możliwość rozbudowy o oprogramowanie umożliwiające wykonanie badania z kontrastem w trybie 4D”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. Philips, GE, które spełniają ten wymóg.

13) Pkt nr 121: „Możliwość rozbudowy o specjalistyczne oprogramowanie poprawiające wykrywanie mikrozwapnień w tkankach miękkich tj. sutki, piersi, nerka, jądra, ścięgna itp. - podać nazwę własną”: Zamawiający zamierza zakupić najnowocześniejszy ultrasonograf, który posiada jak najszersze możliwości rozbudowy. Dlatego też preferuje innowacyjne rozwiązania jakie są tylko dostępne na rynku.

14) Pkt nr 125: „Możliwość rozbudowy o oddzielną analizę wsierdzia i nasierdzia oraz możliwość uśrednienia uzyskanych wyników”: Wymóg zawarty w powyższym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg. Zapewnienie szerokiej możliwości rozbudowy ultrasonografu gwarantuje Zamawiającemu wykorzystanie sprzętu medycznego przez wydłużony okres z uwzględnieniem nowoczesnych rozwiązań, pojawiających się na rynku medycznym.

15) Pkt 128: „Możliwość pracy z sondę Liniową z centralnym kanałem biopsyjnym”: Wymóg zawarty w tym punkcie nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. Philips, GE, które spełniają ten wymóg. Zapewnienie szerokiej możliwości rozbudowy ultrasonografu gwarantuje Zamawiającemu wykorzystanie sprzętu medycznego przez wydłużony okres z uwzględnieniem nowoczesnych rozwiązań, pojawiających się na rynku medycznym.

16) Pkt nr 131: „Możliwość rozbudowy o monitor OLED min. 21 cali o rozdzielczości 4K (3840 x 2160 pix)”: Obecnie na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które posiadają monitory OLED. Rozdzielczość 4K jest przyszłością diagnostyki obrazowej - co widać między innymi w endoskopach firmy Olympus, które oferują już taką rozdzielczość obrazowania.

Poszczególne parametry i wymogi kwestionowane przez Odwołującego w żaden sposób nie

ograniczają ani nie eliminują innych wykonawców z uczestnictwa w ogłoszonym postępowaniu przetargowym, w tym składaniu ofert.

Odnosząc się do żądań Odwołującego w zakresie zmian specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający podniósł:

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon bez możliwości wykonywania biopsji pod kontrolą obrazu 4D" - parametr ten dotyczy opcji rozbudowy (tabela pkt 120). W ocenie Zmawiającego na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów np. GE, Phillips, które pozwalają wykonywać biopsję pod kontrolą obrazu 4D. Odwołujący, mylnie interpretując zachowanie zasady konkurencyjności, chce nie dopuścić, aby Zamawiający mógł korzystać z nowoczesnych rozwiązań technologicznych, ułatwiających przeprowadzanie diagnostyki.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon z głowica liniową posiadającą 256 elementów" - najnowocześniejszymi sondami na rynku są sondy matrycowe zbudowane z wieloelementowych macierzy (matryc). Obecnie na rynku spotykane są sondy, które posiadają 900 elementów i więcej niż 1000, a Zamawiający wymaga min. 700 elementów, a te o największej ilości elementów dodatkowo punktuje. Znaczne obniżenie przedmiotowego wymogu spowoduje obniżenie wartości użytkowych oraz możliwości diagnostycznych aparatury.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon z prędkością przy zerowym kącie w trybie Triplex (2D+PWD+CD) powyżej 670 cm/sekundę" - wymóg zawarty w tym opisie (tabela pkt 56) nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg. Ponadto Zamawiający dopuszcza aparaty, które posiadają powyżej 670 cm/sekundę ustalając min. wymóg na wartości 10 m/sek. W ocenie Zamawiającego nie jest to parametr krytyczny, który wykluczałby potencjalnych oferentów. Taka modyfikacja obniżyłaby wartości użytkowe i możliwości diagnostyczne, których Zamawiający oczekuje po nowo zakupionym systemie.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon bez trybu Shutdown" - wymóg zawarty w tym opisie (tabela pkt 35) nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka (a w zasadzie wszystkie) ultrasonografy renomowanych producentów np. GE, Phillips, które spełniają ten wymóg. W opinii Zamawiającego to żądanie jest niezrozumiałe, ponieważ każdy aparat posiada tryb wyłączenia.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium inne niż Canon z USB 2.0 oraz wnosimy również o punktowanie portu umieszczonego na panelu sterowania, a nie wyłącznie na monitorze" - złącze USB w specyfikacji 3.0 (High Speed) obecnie jest standardem nie tylko w aparatach klasy Premium, ale także w niższych klasach. Zamawiającemu zależy na szybkim transferze danych, a taki właśnie zapewnia złącze USB 3.0. Ponadto większość aparatów posiada porty USB na konsoli w różnych mniej lub bardziej dostępnych miejscach, a Zamawiającemu zależy na łatwiejszym dostępie do portu USB i dlatego postanowił przyznać dodatkowe punkty za rozwiązanie bardziej ergonomiczne od standardowego.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon z zewnętrznym napędem CD/DVD oraz możliwością zapisu na nośnikach nowszego typu: dyskach SSD, pendrive" - wymóg zawarty w tym opisie (tabela pkt 23, 24, 26) nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów renomowanych producentów, które spełniają te wymogi. Zdecydowana większość ultrasonografów klasy Premium posiada wbudowane napędy CD/DVD, a w ocenie Zamawiającego taką możliwość posiada także aparat firmy Samsung. Żądanie Odwołującego jest bezzasadne. Zamawiający w pkt. 23. zamieścił wymóg dotyczący zapisu na nośniki przenośne DVD/CD, PenDrive, HDD - w jego ocenie dyski SSD też spełniają to wymaganie ponieważ w pkt. 26., który posiada brzmienie: „Podłączenie zewnętrznego dysku do archiwizacji danych" Zamawiający nie precyzuje typu zewnętrznego dysku. W pkt. 23. tylko dodatkowo punktuje w jego ocenie bardzo przydatną funkcjonalność tj. możliwość eksportu danych z załączoną przeglądarką DICOM.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon z 30 sekundami zapamiętanej prezentacji oraz możliwością zapisu całego badania" - Zamawiający wymaga możliwości zapamiętania min. 45 sekund w trybie M/D-mode - w ocenie Zamawiającego to jest obecnie absolutne minimum, zwłaszcza że na aparacie będą wykonywane badania kardiologiczne, gdzie ta wartość ma duże znacznie. Dlatego Zamawiający punktuje rozwiązania o znacznie większej wartości. W ocenie Zamawiającego wymóg min. 45 sekund spełnia wiele aparatów znacznie niższej klasy niż Premium. „...możliwością zapisu całego badania" - taka funkcjonalności nie jest wymagana. W ocenie

Zamawiającego Odwołujący próbuje podwyższyć minimalne wymagania.

Ad. żądania: „dopuścić do postępowania aparaty klasy Premium, inne niż Canon ze 192 kanałami TX oraz RX" - wymóg zawarty w tym opisie (tabela pkt 8) nie jest niczym szczególnym - na rynku jest co najmniej kilka ultrasonografów klasy Premium renomowanych producentów, które spełniają ten wymóg. W ocenie Zmawiającego ilość ww. kanałów między innymi definiuje klasę aparatu ultrasonograficznego i w klasie Premium jest obecnie standardem. Wymóg opisany w powyższym punkcie jest jednym z najnowszych rozwiązań spotykanych w topowych aparatach klasy Premium, który bezpośrednio przekłada się na najwyższą jakość obrazu zapewniającą niesłychaną rozdzielczość. Odwołujący dąży do wprowadzenia zmian w wymogach w zakresie przedmiotu zamówienia w sposób, który obniża klasę zamawianego urządzenia.

Powyższe modyfikacje zmierzają do obniżenia wartości diagnostycznych i użytkowych aparatu, których Zamawiający oczekuje po nowo zakupionym systemie.

Wskazane parametry aparatu usg w pierwszej kolejności miały pozwolić na sprostanie potrzebom personelu medycznego w zakresie prowadzonych badań. Każdy ze wskazanych parametrów pełni szczególną rolę w procesie badawczym oraz diagnostyce pacjentów i jedynie w sytuacji wystąpienia wszystkich parametrów łącznie aparat może być w pełni wykorzystywany przy świadczeniu usług medycznych, w szczególności w skomplikowanych przypadkach, które wymagają pogłębionej diagnostyki w celu postawienia poprawnej diagnozy i podjęcia odpowiednich działań medycznych.

W opinii Zamawiającego szczegółowe parametry aparatu usg wskazane w specyfikacji warunków zamówienia stanowią spełnienie obowiązku Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co wpływa na bezpodstawność podniesionego zarzutu.

Wskazanie powyższych parametrów w zamówieniu na aparat usg, poza przesłanką celowościową w zakresie prowadzonych na nim badań, ma także na celu spełnienie obowiązku, jaki spoczywa na szpitalu - placówce klinicznej. Uniwersyteckie szpitale kliniczne posiadają również obowiązki szkolenia, zarówno nowych lekarzy i personelu medycznego, jak i doświadczonych specjalistów w zakresie nowo dostępnych rozwiązań na rynku medycznym. Taki stan rzeczy wynika m.in. z ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej. Zamawiający jest największym podmiotem leczniczym na Dolnym Śląsku i jednym z większych w Polsce, konsultuje szczególne skomplikowane przypadki zachorowań, objawów pacjentów z całego kraju. Posiadanie wysokospecjalistycznego aparatu usg pozwala spełniać powyższą rolę, do jakiej został powołany jako podmiot lecznicy utworzony przez Uczelnię Medyczną we Wrocławiu. Fachowa literatura naukowa wskazuje na konieczność posiadania w aparaturze medycznej takich funkcji jak: obrazowanie unaczynienienia z przepływem kierunkowym (SMI) czy konieczność badania elastograficznego tętnic (shear wave elastography) w diagnostyce angiologicznej.

Gdyby Zamawiający zrezygnowałby z wskazanych przez Odwołującego szczególnych właściwości aparatu usg, niezbędnym byłoby przeprowadzenie odrębnego zamówienia na urządzenie pozwalające na dokonywanie badań i pomiarów, z których Zamawiający miałby zrezygnować w niniejszym postępowaniu. Takie działanie byłoby niecelowościowe. Argumentacja Odwołującego nie ma w niniejszej sprawie zastosowania, gdyż traktuje wyłącznie o sytuacji, w której szczególne parametry zamówienia nie stanowią uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. W niniejszej sytuacji wskazane parametry stanowią właśnie istotną, uzasadnioną potrzebę wynikającą z charakteru działalności szpitala. Zamawiający, jako przyszły użytkownik aparatu, ma prawo do precyzyjnego określenia zakresu funkcjonalności i parametrów, które zamieścił opisie przedmiotu zamówienia. Jak wskazuje Odwołujący w odwołaniu, poszczególne parametry mogły zostać spełnione nie tylko przez aparat firmy Canon, ale także m.in. firmy Hitachi. To również wpływa na brak zastosowania przywoływanego przez Odwołującego orzeczenia w niniejszej sprawie.

Chociaż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zakazują ograniczania konkurencyjności, to zasada ta nie powinna mieć pierwszeństwa względem celowości prowadzonych zamówień. Decydującym czynnikiem w prowadzonym zamówieniu publicznym powinny być wyznaczone przez zamawiającego parametry techniczne, co pozwala na nienaruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz ich celowościowe spożytkowanie z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Wobec powyższego wszelkie zarzuty dotyczące braku uzasadnionych potrzeb w zakresie wymagań przedmiotowego zamówienia na poziomie wyższym niż standardowe są bezzasadne.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca TMS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Podniósł, że Odwołujący w odwołaniu wyraża jedynie niezadowolenie i polemikę z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie zdobyłby punktów w danych parametrach, natomiast nie twierdzi, że generalnie nie ma takich aparatów, jak wskazywał Zamawiający, lecz nie zdobędzie punktów. Również w odwołaniu porównuje aparaty Canon i Hitachi, a siebie pomija. Przystępujący podkreślił, że szpital jest specyficzny, ponieważ nie jest nastawiony na zysk, lecz na leczenie i nie ma obowiązku kupienia tego, co jest na rynku i co jakiś wykonawca chce mu sprzedać, ale realizuje swoje potrzeby.

Odwołujący twierdzi, że musiałby dać znacznie niższą cenę niż Canon, aby wygrać przetarg, ale porównuje aparaty innej klasy. Canon ma aparat klasy referencyjnej, który wykorzystuje najnowsze technologie, których nie ma Samsung czy Hitachi, natomiast pozostałe aparaty, o których mówi Odwołujący, to klasa premium. Aparat Przystępującego Canon model APLIO i700 jest powyżej klasy premium. Gdyby Zamawiający obniżył dwa parametry, mógłby być zaoferowany model APLIO A, który jest znacznie tańszy. Zauważył, że pewne istotne parametry aparatu Canon nie są wymienione w opisie przedmiotu zamówienia, a Przystępujący dostałby za nie więcej punktów: 1) jego aparat może mieć jeszcze głowicę 24 MHz i 33 MHz, przy czym 24 MHz jeszcze są na rynku, natomiast 33 MHz już nie, z wyłączeniem modeli dermatologicznych; 2) posiada elastografię typu Shear Wave z falami propagacji pozwalającą na mapowania fal V-propagacji. Świadczy to o wyższej klasie aparatu i poszerza diagnostykę; 3) obrazowanie SMI - unikalne na rynku, pozwalające na obrazowanie mikroprzepływu w bardzo małych naczyniach.

Jeśli chodzi o wymóg dotyczący ilości niezależnych kanałów odbiorczych, Zamawiający punktuje wartość powyżej 32 mln, gdzie Canon ma 33 mln, Samsung 40 mln, a SuperSonic aż 655 mln. Jeśli chodzi o głębokość penetracji, to Samsung ma 45 cm, Canon 50 cm. Śledziony, wątroby czy aorty nie da się zbadać od tyłu, zatem przy pacjentach bariatrycznych średnica 50 cm to nie wymysł. Nawet przy mniejszej wadze pacjenci otyli mogą być trudni do zobrazowania.

Zauważa, iż w prowadzonych przetargach zdarza się, że zamawiający parametry graniczne ustawiają na poziomie, który u Zamawiającego jest punktowany. W innych przetargach

również zdarza się, że Canon otrzymuje mniej punktów niż aparaty konkurencji albo też musi dać wyższą cenę, ponieważ musi zaoferować aparat wyższej klasy, by spełnić wymaganie. Szpital kliniczny jest szpitalem wysokiej klasy, który z założenia powinien zamawiać aparaty wyższej klasy niż np. szpital powiatowy. Zamawiający jest jednostką naukowo-badawczą i realizuje badania naukowe, przede wszystkim zaś musi mieć na celu dobro pacjentów.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący - jako wykonawca będący dystrybutorem aparatów do usg - ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. kwestionowana treść specyfikacji warunków zamówienia, nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję przez ustalenie parametrów zamawianego produktu wskazującego

konkretnego producenta oraz poprzez wprowadzenie systemu punktowania niektórych parametrów w sposób prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Powołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 16: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 99 ust. 4: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych,

patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odwołujący nie przywołał w swoim odwołaniu przepisów odnoszących się do części zarzutu „poprzez wprowadzenie systemu punktowania niektórych parametrów w sposób prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów", jednak, w ocenie Izby, adekwatne byłyby tu ewentualnie przepisy art. 239 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem." lub też art. 240 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach." i art. 241 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.", gdyż zasadniczo to materii regulowanej w tych przepisach mógłby dotyczyć taki zarzut.

Powyżej przywołane przepisy stanowią też kierunek zarzutów, które można skierować przeciwko zamawiającemu w takiej sytuacji, a dotyczących postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Wynika z nich bowiem, że najkorzystniejsza oferta - a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest właśnie wyłonienie oferty najkorzystniejszej - to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. I chodzi tu nie tylko o kryteria oceny ofert, ale także parametry jakościowe wymagane przez zamawiającego „bezwzględnie" jako tzw. parametry graniczne zamawianego przedmiotu.

Z drugiej strony nie budzi wątpliwości, że określenie „uczciwej konkurencji", także w zamówieniach publicznych, należy odnieść do zasady „niech wygra najlepszy" (jako odpowiednika „najkorzystniejszej oferty"). Tym samym wybór produktu najlepszego jakościowo trudno uznać za naruszenie uczciwej konkurencji, także w kontekście art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przy tym utartego twierdzenia, bardzo uproszczonego, że naruszeniem uczciwej konkurencji jest, gdy jeden dostępny na rynku przedmiot spełnia wymagania, a nie jest, gdy co najmniej dwa przedmioty spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia, nie należy traktować jako prawdy bezwzględnej. Inna bowiem będzie sytuacja, gdy na rynku jest dostępnych 20 porównywalnych przedmiotów, a opis przedmiotu zamówienia będzie skonstruowany tak, że prawidłowe oferty można złożyć tylko dla dwóch z tych produktów - taki opis przedmiotu zamówienia nie będzie wypełniał dyspozycji art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Inna natomiast sytuacja będzie, gdy na rynku występują 2 lub 3 produkty. Inna też, gdy na rynku występują produkty, ale o parametrach, które nie są ze sobą porównywalne - dotyczy to w szczególności nowoczesnych rozwiązań technicznych. W takim wypadku, gdy ów najnowocześniejszy (w domniemaniu - najlepszy) produkt nie ma swoich odpowiedników, owa zasada „minimum dwóch produktów możliwych do zaoferowania" nie prowadziłaby wcale do uczciwej konkurencji („niech wygra najlepszy" lub wyboru „oferty najkorzystniejszej"), ale do tzw. „równania w dół", które jest zaprzeczeniem powyższego („niech wygra najlepszy" albo „najkorzystniejsza").

Powyższe stwierdzenia mają też odniesienie do rozpatrywanego odwołania. Zarzucając zamawiającemu przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia czy jakościowych kryteriów oceny ofert, odwołujący się wykonawca powinien odnieść się do kwestii, które Odwołujący częściowo powoływał w uzasadnieniu odwołania, tj. stosunku postawionych wymagań i kryteriów oceny do uzasadnionych potrzeb danego zamawiającego oraz obiektywnej

wartości danego punktowanego parametru lub funkcji dla jakości zamawianego przedmiotu. Odwołujący tymczasem w ogóle tej kwestii nie poruszył. Oprócz bowiem wskazania prognozowanej przez niego punktacji w poszczególnych pozycjach dla aparatów Canon i Hitachi w postępowaniu wcześniej unieważnionym przez Zamawiającego oraz obecnym, nie wskazał on żadnych konkretnych argumentów, dlaczego dany wymóg, dane kryterium oceny lub dana konkretna punktacja jest nieprawidłowa. Nie wspominając nawet o uprawdopodobnieniu faktu, że powyższe narusza uczciwą konkurencję.

Niewystarczające jest bowiem samo wskazanie, że Zamawiający zmienił kryteria oceny ofert w stosunku do poprzedniego postępowania i aparat firmy Canon uzyska najwyższą punktację w ramach kryterium jakościowego. Zamawiający nie jest związany punktacją z innych postępowań i może ją zmieniać i rozwijać w dowolny (oczywiście uzasadniony) sposób. Jest też naturalne, że w przypadku oceny poszczególnych parametrów któryś z oferowanych aparatów uzyska najwięcej punktów. Może być to nawet znacząca różnica, gdy posiada wyraźnie lepsze parametry niż aparaty konkurencji.

Natomiast, aby mogło to być zarzutem w stosunku do Zamawiającego, Odwołujący musiałby wykazać, że dobór parametrów do oceny jest nieuzasadniony, w szczególności, że nie mają one znaczenia dla jakości pracy aparatu i uzyskiwanych efektów badań.

Słusznie zauważyli Zamawiający i Przystępujący, że odwołanie wyraża jedynie niezadowolenie Odwołującego z opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert. Co więcej, niezadowolenie to nie zostało nawet na tyle sprecyzowane, by Izba mogła je rozpatrzyć jako konkretne zarzuty.

Odwołujący, który (co nie było sporne) jest dystrybutorem aparatów firmy Samsung, oświadczył, że zawarte w specyfikacji warunków zamówienia wymogi uniemożliwiają mu złożenie oferty na produkt firmy Samsung. Jednak w żadnym miejscu nie wskazał nawet, które konkretnie wymogi. Tym samym Izba nie była w stanie ocenić, czy jego twierdzenie jest słuszne. Zresztą również wskazując w odwołaniu, że w jego ocenie aparat Hitachi także nie spełnia wszystkich wymogów, nie podał żadnych konkretnych informacji w tym zakresie. Odwołanie także odnosiło się do porównania punktacji aparatu Hitachi w stosunku do aparatu Canon, chociaż jest to kwestia, która dla Odwołującego jest neutralna, nie jest bowiem ani dystrybutorem tej firmy, ani takiego aparatu nie zamierzał zaoferować Zamawiającemu w tym postępowaniu.

Z zawartej w odwołaniu tabeli, przywołanej w punkcie I uzasadnienia, nie wynika też w żaden sposób, co konkretnie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w tym zakresie: zamieszczenie konkretnego ocenianego parametru w całości, wartość danego parametru czy też planowaną punktację - oraz dlaczego są one wadliwe. Przykładowo - pierwszy ze wskazanych parametrów: „Zakres częstotliwości pracy aparatu: min. 2-18 MHz”, punktacja „2-18 MHz - 0 pkt., 2-22 MHz - 1 pkt., 2-30 MHz i powyżej - 2 pkt.” - czy chodziło tu o cały parametr, czy też zakres minimalny 2-18 MHz, czy też nieodpowiednią liczbę punktów do jakości lub też nieodpowiednio dobrane zakresy 2-18, 2-22 i 2-30. Jedynie w zakresie punktów, które zostały wskazane w żądaniach jako punkty do usunięcia (po porównaniu ich numeracji z nadaną w opisie przedmiotu zamówienia, brak jej bowiem w odwołaniu), można się domyślać, które pozycje są kwestionowane w całości. Jednak - pomijając fakt, że zarzut nie powinien pozostawać w sferze domysłów - wciąż nie wiadomo, z jakiego powodu są kwestionowane. Jak też brak było możliwości rozważenia, czy rzeczywiście konieczne jest usunięcie całego wymogu, czy też może wystarczy jego zmiana - samego opisu lub punktacji.

Co więcej - że powyższa tabela zawiera zarzuty, wynika jedynie z domniemań, ponieważ literalnie odnosi się ona wyłącznie do porównania możliwej, według Odwołującego, punktacji aparatów Hitachi i Canon; przy czym również w sferze domysłów pozostaje, czy kompletnie wszystkie te pozycje są według Odwołującego punktowane w sposób nieuzasadniony, czy tyko niektóre.

Powyższe sprawiło, że Izba nie była w stanie uwzględnić odwołania.

Należy też zauważyć, że z tego względu (braku sprecyzowania i uzasadnienia zarzutów) odwołana nie byłby w stanie uwzględnić również Zamawiający. Ma to o tyle istotne znaczenie, że zgodnie z art. 516 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, opisującym warunki formalne dotyczące treści odwołania, odwołanie musi zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Wskazana wada odwołania w postaci braku wskazania okoliczności

faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania nie podlega uzupełnieniu, naruszałoby to bowiem zarówno termin na wniesienie odwołania wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne (byłoby to de facto nieuprawnionym przywróceniem tego terminu), jak i art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (a nowe sprecyzowanie zarzutów byłoby de facto nowymi zarzutami). Definiować pojęcie „zarzutu" i jego konieczne elementy można bowiem w różny sposób, jednak niewątpliwe jest, że ma z niego wynikać, jakie konkretnie nieprawidłowe działanie odwołujący zarzuca zamawiającemu tak, aby zamawiający mógł się do niego ustosunkować rozważając zasadność odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5, § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Zamawiający nie wniósł o zasądzenie kosztów na jego rzecz, Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 7.500 złotych ze względu na fakt, że Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie jako postępowanie o wartości nie przekraczającej progów unijnych. Odwołujący w ramach wpisu wpłacił kwotę 15.000 złotych, zatem Izba nakazała Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 7.500 stanowiącej nadpłatę ponad wymagany przepisami wpis.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....