

WYROK

z dnia 18 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2017 r. przez **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Philips Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę kardioangiografu i systemu do ablacji.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 września 2017 roku wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego, polegające na:

- I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Philips Polska sp. z o.o. (dalej także: przystępujący) jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 - Zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii;
- II. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 1 - Zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii,
- III. zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 - Zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w zakresie zadania nr 1, zatem niewątpliwie odwołujący posiada interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

2

I. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1,

II. dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 1,

III. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty przystępującego w zadaniu nr 1, argumentując, iż zamawiający mylnie uznał, że treść oferty przystępującego odpowiada w całości treści s.i.w.z., albowiem oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagania z pkt 56 Załącznika nr 4 do s.i.w.z..

W ocenie odwołującego, przystępujący podnosząc w wyjaśnieniach złożonych w wyniku wezwania zamawiającego, że przedmiotowy warunek graniczny dotyczy generatora, a w ślad za tym wskazując na właściwości tego elementu angiografu, wprowadził zamawiającego w błąd. Wartość prądu anodowego nie jest cechą generatora, a tym samym maksymalne natężenie prądu generatora w aparacie Azurion 3 (wynoszące rzeczywiście 1000mA przy 100kV), podane na stronie 57 oferty Philips, nie odnosi się do prądu anodowego. Odwołujący podkreślił, że w ww. dokumencie wspomniana wartość 1000mA przy 100kV nie została przypisana do prądu anodowego. Zarazem jasno z niego wynika, że dotyczy jedynie prądu generatora (wartość ta znajduje się w katalogu Philips w części dotyczącej „Generatora promieni RTG” i została opisana jako „Maksymalne natężenie”, a nie maksymalna wartość prądu anodowego). Tymczasem wartość prądu anodowego i maksymalne natężenie prądu generatora to dwa całkowicie różne parametry. W szczególności natężenie prądu generatora wynoszące 1000mA przy 100kV absolutnie nie oznacza, że tyle samo wynosi wartość prądu anodowego. Ta druga wielkość jest związana z właściwościami lampy RTG, która, w odróżnieniu od generatora, posiada anodę.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 56 wymagał, aby dostarczany angiograf spełniał warunek minimalnej wartości prądu anodowego przy napięciu 100kV równej 1000mA. Prąd anodowy jest wartością wprost związaną z lampą RTG i do spełnienia wyżej opisanego warunku wymagana jest obciążalność przynajmniej jednego z ognisk lampy RTG równa lub większa 100 kW, której zaoferowany przez Philips angiograf wyraźnie nie spełnia, a co ten wykonawca próbuje ukryć przed Zamawiającym kierując jego uwagę na inny parametr.

Odwołujący wskazał, że sformułowanie zastosowane przez zamawiającego w pkt 56 Załącznika nr 4 do SIWZ „prąd anodowy” dotyczy natężenia prądu elektronów padających na anodę lampy rentgenowskiej. Takie stanowisko potwierdza analiza specjalistycznej literatury.

3

Odwołujący zwrócił uwagę na normę (IEC TR 60788:2004)¹ dotyczącą terminologii używanej do opisu medycznych urządzeń elektrycznych. Wielkość ta jest w niej oznaczona przez „X-RAY TUBE CURRENT”, co należy tłumaczyć jako „prąd lampy rentgenowskiej”. Maksymalna wartość tego parametru dla danego aparatu jest ograniczona zarówno mocą generatora, jak i parametrami samej lampy rentgenowskiej.

Odwołujący wskazał, że także w encyklopedii EMITEL w haśle “Tube current” („prąd lampy”) znajduje się m.in. następująca informacja:

“The thermal electrons, accelerated towards the anode by the electric field between the cathode and anode, form the anode current I_a (also known as X-ray tube current - I_a).”.

W tłumaczeniu własnym:

1 IEC TR 60788:2004. Medical electrical equipment - Glossary of defined terms.

2 EMITEL: European Medical Imaging Technology e-Encyclopaedia for Lifelong

Learning. Encyklopedia stworzona przez konsorcjum, w którego skład wchodzi między innymi International Organization for Medical Physics (IOMP). Dostęp: <http://www.emitel2.eu>

“Elektrony termiczne, przyspieszane w stronę anody przez pole elektryczne między katodą a anodą, tworzą prąd anodowy I_a (znany także jako prąd lampy rentgenowskiej I_a)”

Odwołujący wskazał, że lampa rentgenowska zawiera dwie elektrody umieszczone w próżni. Opis działania takiej lampy można znaleźć chociażby w szkolnym podręczniku do

elektrotechniki, z którego można wyczytać, że: „Elektrony emitowane z katody tworzą wokół niej chmurę elektronową [...]. Dzięki działaniu w przestrzeni międzyelektronowej pola elektrycznego część elektronów z tej chmury kieruje się do anody. W ten sposób powstaje prąd zwany prądem anodowym i oznaczany przez I_a .”. Jak widać także w literaturze utożsamia się „prąd anodowy” z wielkością opisaną w normie IEC TR 60788:2004 jako „X-RAY TUBE CURRENT”.

Odwolujący stwierdził, że do spełnienia warunku nr 56 konieczne jest wyposażenie kardioangiografu w lampę RTG o chwilowej obciążalności ogniska mocą wynoszącą minimum 100kW. Jak wynika natomiast z treści broszury produktowej załączonej do oferty Philips, oferowany angiograf Azurion 3 posiada lampę RTG o maksymalnej obciążalności ogniska mocą równą 85kW, a w konsekwencji nie spełnia wymagania określonego w punkcie 56 Załącznika nr 4 do s.i.w.z. Dlatego oferta ww. wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

4

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. W jego ocenie prąd anodowy to prąd generatora, który ma zasilić lampę. Stwierdził, że w zał. nr 4 do s.i.w.z. pkt 52-65 dotyczą generatora, a pkt 66-88 lampy. Oświadczył, że w dniu 11 września 2017 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, prosząc w wezwaniu o wyjaśnienie, czy zaoferowany aparat spełnia warunek graniczny zawarty w pkt. 56 dotyczący generatora. W wyjaśnieniach z 12 września 2017 r. przystępujący potwierdził spełnianie warunku dotyczącego generatora.

Zamawiający wskazał, że parametry lampy i generatora w zał. nr 4 zostały wyraźnie rozdzielone. Lampa stanowi obciążenie impedancyjne wraz z kablami wysokiego napięcia. Obciążenie lampy pełną mocą generowałoby negatywne skutki i miało wpływ na dawkę promieniowania, jaka otrzymuje pacjent. Wskazał, że wybrana oferta w pełni spełnia jego oczekiwania.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa kardioangiografu i systemu do ablacji. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, dzieląc zamówienie na zadania. Przedmiotowe odwołanie dotyczy zadania nr 1: zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie kardioangiografu został zawarty w Załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.):

Generator rtg wraz z lampą rtg

- 52. Generator przetwornicowy wysokiego TAK napięcia
- 53. Wymagana nominalna moc generatora ≥ 100 kW wysokiego napięcia
- 54. Wymagana wartość maksymalnego ≥ 2400 W obciążenia generatora mocą ciągłą w trakcie prześwietlenia (dla obciążenia trwającego 10 minut)
- 55. Wymagany zakres regulacji napięcia min. 60 kV - 120 kV anodowego dla radiografii

5

- 56. Wymagane max. wartości prądu min. 1000 mA przy +100 kV anodowego dla radiografii
- 57. Wymagany najkrótszy czas ekspozycji ≤ 1 ms
- 58. Generator powinien być wyposażony w TAK funkcję fluoroskopii pulsacyjnej
- 59. Wymagana maksymalna wartość prądu ≥ 150 mA przy fluoroskopii pulsacyjnej
- 60. Wymagana częstotliwość w max. 30 imp./sek fluoroskopii pulsacyjnej
- 61. Funkcje radiografii oraz fluoroskopii TAK powinny być wyposażone w automatykę
- 62. Generator powinien być wyposażony w TAK układ pomiaru dawki promieniowania w wiązce promieniowania rtg wychodzącego z lampy wraz z prezentacją sumarycznej dawki z fluoroskopii i radiografii` wyświetlanej na sali zabiegowej
- 63. Generator powinien być wyposażony TAK we wskaźnik procentowej pojemności

- ciepłej lampy
64. Generator musi umożliwiać przejście z TAK funkcji radiografii do rejestracji sceny bez wykonywania pojedynczej ekspozycji kontrolnej bądź serii kontrolnych
65. Wymagany czas uzyskania obrazu ≤ 300 s fluoroskopii po restarcie systemu komputerowego i generatora
66. Wymagana ilość ognisk w lampie rtg min. 2 ogniska
67. Wymagana wielkość największego $\leq 1,0$ mm ogniska (zgodnie z normą IEC 336)

6

68. Wymagana wielkość najmniejszego $\leq 0,6$ mm ogniska (zgodnie z normą IEC 336)
69. Wymagana pojemność cieplna anody ≥ 2000 kHU
70. Wymagana pojemność cieplna kołpaka ≥ 2200 kHU
71. Maksymalna szybkość chłodzenia ≥ 1800 kHU/min anody
72. Lampa musi być wyposażona w układ TAK zabezpieczenia przed przegrzaniem
73. Kolimator lampy musi być wyposażony TAK w przysłony boczne i przysłonę prostokątną
74. Kolimator lampy musi być wyposażony TAK w filtry półprzepuszczalne (klinowe)
75. Kołpak lampy musi zapewniać TAK dodatkową filtrację podczas fluoroskopii i radiografii na poziomie zapewniającym, że promieniowanie przeciekowe kołpaka nie przekroczy w odległości 1 m dawki 0,5 mGy/h przy 125 kV i 2000W
76. Kołpak lampy musi zapewniać stałą, TAK niezmienną, ustawianą w zależności od rodzaju badania filtrację dawki promieniowania rtg niezależnie od grubości i gęstości badanej części anatomicznej pacjenta.
77. Kołpak lampy rtg powinien zapewniać TAK dodatkową (poza inherentną) filtrację promieniowania rtg na poziomie min. ekwiwalentu 0,9 mm Cu

W ramach udziału w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 1. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

W dniu 11 września 2017 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący

7

wskazał, że zaoferowany przezeń aparat spełnia warunek graniczny zawarty w punkcie 56 SOZP dotyczący generatora. Jednocześnie wskazał, że potwierdzenie spełnienia parametru z pkt 56 Załącznika nr 4 do SIWZ „znajduje się w załączonej do oferty przetargowej ulotce na stronie 17 (strona 57 oferty)”.

Na stronie 57 oferty (str. 17 ulotki) znajduje się karta katalogowa zaoferowanego urządzenia. W parametrze „maksymalne natężenie” widnieje wartość: 1000mA przy 100kV.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest podnoszona przez odwołującego argumentacja, iż opisany w pkt. 56 parametr dotyczący prądu anodowego dotyczy lampy rtg, nie zaś generatora. Odwołujący wskazywał, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie nie spełnia wskazanego parametru, ale – jak wynika z treści broszury produktowej załączonej do oferty Philips – oferowany angiograf Azurion 3 posiada lampę RTG MRC 200+ GS 0508 o maksymalnej obciążalności ogniska mocą równą 85 kV.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, iż zamawiający, opisując parametry generatora rtg oraz lampy rtg, dokonał ich pogrupowania w taki sposób, że od pozycji 52 do 65 wskazał parametry generatora, natomiast od pozycji 66 do 77 – lampy, co wynika to z opisu poszczególnych pozycji. Co prawda, w opisie pozycji 56 nie wskazano *expressis verbis* na generator, niemniej jednak pozycja ta znajduje się pośrodku bloku parametrów

dotyczącego tej właśnie części zamawianego urządzenia, co pozwala na stwierdzenie, iż racjonalnie i logicznie działający zamawiający parametrów uznał za parametr generatora. Zamawiający potwierdził zresztą ten fakt w oświadczeniu złożonym na rozprawie. Ponadto zamawiający w dniu 11 września 2017 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, prosząc w wezwaniu o wyjaśnienie, czy zaoferowany aparat spełnia warunek graniczny zawarty w pkt. 56 dotyczący właśnie generatora. W wyjaśnieniach z 12 września 2017 r. przystępujący potwierdził spełnianie warunku dotyczącego generatora, wskazując na kartę katalogową znajdującą się na stronie 57 jego oferty.

8

Podkreślenia wymaga, że określenie „prąd anodowy” nie ma legalnej, obowiązującej powszechnie definicji, w związku z czym brak jest podstaw do twierdzenia, iż określenie to należy rozumieć wyłącznie w taki sposób, jak prezentuje to odwołujący. Odwołujący złożył do akt sprawy wyciąg z Polskiej Normy PN-IEC 60788 „Radiologia medyczna. Terminologia” str. 4,5 i 41. Ze złożonego wyciągu wynika, iż norma również nie posługuje się terminem „prąd anodowy”, ale „prąd lampy rentgenowskiej”. Żaden z wykonawców przed upływem terminu składania ofert nie zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie przyjętego terminu, toteż brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiającego obowiązuje definicja „prądu anodowego” wskazywana aktualnie przez odwołującego.

Odwołujący, oprócz wskazanego wyżej wyciągu z Polskiej Normy PN-IEC 60788, złożył do akt sprawy szereg dowodów w postaci: wydruku ze strony internetowej www.emitel2.eu z definicją prądu lampy w radiologii diagnostycznej, wyciągu z publikacji „Nowoczesne źródła diagnostyczne, promieniowania RTG” (dotyczący lamp rentgenowskich) oraz wyciągu z instrukcji obsługi urządzenia Azurion, zawierający parametry techniczne dotyczące wymagań w zakresie ochrony środowiska oraz konfiguracji systemu RTG.

Izba przeanalizowała złożone przez odwołującego dokumenty i skonstatowała, że dotyczą one wyłącznie lamp rtg. W ocenie Izby odwołujący za pomocą złożonych dowodów wykazał, że prąd anodowy występuje w lampach rtg, jednakże nie są to dowody wskazujące, że prąd anodowy nie może występować w generatorze.

Przystępujący złożył natomiast jako dowód w sprawie wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Azurion zawierający parametry techniczne dotyczące generatora promieniowania RTG. Na stronie 271 instrukcji, jako parametr generatora, wskazano maksymalne natężenie prądu lampy RTG i najwyższe napięcie lampy przy takim natężeniu – 1000mA, 100kV. W ocenie Izby jest to dowód spełniania przez zaoferowane urządzenie wymaganego parametru.

Reasumując, odwołujący nie wykazał, iż urządzenie zaoferowane przez przystępującego nie spełnia parametru opisanego w pozycji 56 załącznika nr 4 do s.i.w.z. Odwołujący upatruje niezgodności treści oferty przystępującego z treścią opisu wskazanej pozycji w rozumieniu prezentowanym wyłącznie przez odwołującego. Izba stoi na stanowisku, że dokonana przez odwołującego interpretacja opisu pozycji 56 jest nieuprawniona. Odwołujący nie zwrócił się uprzednio do zamawiającego o wyjaśnienie, przez co należy rozumieć określenie „prąd anodowy”, w związku z czym nie można uznać za obowiązującą definicji przyjętej przez odwołującego. W tym kontekście Izba stwierdziła, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie spełnia postawione warunki, co wynika ze

9

złożonej przez niego wraz z ofertą karty katalogowej oraz instrukcji obsługi urządzenia Azurion.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

10