Sygn. akt: KIO 322/15

WYROK
z dnia 2 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2015 roku przez wykonawcę – **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zespół Opieki Zdrowotnej w Chełmnie,**

przy udziale wykonawcy – **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **TMS Sp. z o.o. z siedzibą 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 wykonawcę – **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy – **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Zespołu Opieki Zdrowotnej w Chełmnie,** kwotę **5 190 zł 80 gr** (słownie: pięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt złotych osiemdziesiąt groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu.**

Przewodniczący: ……..…

---

sygn. akt KIO 322/15

UZASADNIENIE

W dniu 19 lutego 2015 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" odwołanie złożył wykonawca TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczeń w Zespole Opieki Zdrowotnej w Chełmnie" prowadzi Zamawiający: Zespół Opieki Zdrowotnej w Chełmnie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w TED w dniu 11/12/2014, pod numerem (2014/S 239-420323).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

• dokonanie wyboru oferty firmy Siemens Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - art. 7 ust.1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt.2, art. 91 ust 1.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o: uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Siemens. jako najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyniku tej czynności odrzucenie oferty Siemens

Odwołujący wskazał, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte

poprzez dokonanie wszystkich czynności żądanych w odwołaniu, gdyż dokonany przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów prawa wybór oferty firmy Siemens Sp. z o.o. uniemożliwił mu uzyskanie zamówienia, pomimo złożenia oferty ważnej, nie podlegającej odrzuceniu o najkorzystniejszym bilansie punktowym (oferta Odwołującego, która uzyskała 83,81 pkt jest drugą kolejną w rankingu Zamawiającego). Zamawiający poinformował Odwołującego się o wyniku przetargu drogą faksową w dniu 09.02.2015 r. w związku z czym należy uznać, że odwołanie złożone zostało w ustawowym terminie przewidzianym w art.182 ust 2 pkt 1.ustawy Pzp.

W dniu 9 lutego 2015 Odwołujący otrzymał od Zamawiającego droga faksową informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu

Po szczegółowej analizie zapisów SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Odwołujący stwierdził, że oferta firmy Siemens, wbrew stanowisku Zamawiającego nie spełnia wymogów SIWZ w postępowaniu i jako taka powinna zostać odrzucona.

W treści SIWZ Zamawiający zawarł następujące wymagania:

• w pkt 48 (KONSOLA OPERATORSKA) Załącznika nr 1 do SIWZ Specyfikacja techniczna Zamawiający wymagał zaoferowania tomografu komputerowego wyposażonego w „Algorytm rekonstrukcji iteracyjnej automatycznie przetwarzający dane surowe RAW w cyklach iteracyjnych, poprawiający jakość obrazu i rozdzielczość niskokontrastową oraz pozwalający na redukcję dawki promieniowania bez pogorszenia jakości obrazu".
• W pkt 7 SIWZ Zamawiający zawarł wykaz oświadczeń lub dokumentów, jaki muszą dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią pkt. 7.4, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał dołączenia do oferty następujących dokumentów:
1) aktualnej deklaracji zgodności i certyfikatu jednostki notyfikowanej potwierdzającego przeprowadzenie procedury oceny zgodności wyrobu z wymaganiami zasadniczymi zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679 z poź. zm.);
2) katalogów/prospektów/charakterystyk zawierających opis parametrów techniczno-użytkowych oferowanego aparatu.

Analiza treści oferty firmy Siemens Sp. z o.o. pozwala stwierdzić co następuje:
• w pkt 48 (KONSOLA OPERATORSKA) Załącznika nr 1 do SIWZ Wykonawca firma Siemens w kolumnie „wartość oferowana" potwierdziła słowem „TAK" zaoferowanie algorytmu rekonstrukcji iteracyjnej automatycznie przetwarzającego dane surowe RAW w cyklach iteracyjnych, poprawiającego jakość obrazu i rozdzielczość niskokontrastową oraz pozwalającego na redukcję dawki promieniowania bez pogorszenia jakości obrazu.

W wymaganych przez Zamawiającego zapisami pkt 7.4 materiałach zawierających opis parametrów techniczno-użytkowych oferowanego aparatu, potwierdzających, że oferowany tomograf spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ i dołączonych przez wykonawcę firmę Siemens (fragment kopii oferty firmy Siemens Sp. z o.o., „SOMATOM Scope, Arkusz danych dla syngo CT VC28" - „Najważniejsze cechy, IRIS: Efektywna technologia iteracyjnej rekonstrukcji obrazów") znajduje się informacja, że zaoferowany w postępowaniu tomograf wyposażony jest w technikę iteracyjnej rekonstrukcji w przestrzeni obrazu IRIS (Image Reconstruction in Image Space), w której dane nieprzetworzone (dane surowe RAW) są rekonstruowane tylko jeden raz - technologia IRIS wykorzystuje dane nieprzetworzone (dane surowe RAW) tylko do wygenerowania pierwotnego obrazu podstawowego, zaś kolejne cykle iteracyjne przetwarzają już obraz zrekonstruowany w celu poprawy jego jakości, a nie dane surowe RAW jak było to wymagane zapisami pkt 48 Załącznika nr 3 do SIWZ.

Należy również wskazać, że w dniu 12.01.2015 Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ, między innymi również w zakresie wymaganego w pkt 48 algorytmu iteracyjnego.

Cyt. „Pytanie nr 1, dotyczy: załącznika nr 1 do SIWZ pkt 48 „Konsola operatorska"

Zamawiający w pkt 48 wymaga zaoferowania systemu wyposażonego w „Algorytm rekonstrukcji iteracyjnej automatycznie przetwarzający dane surowe RAW w cyklach iteracyjnych, poprawiający jakość obrazu i rozdzielczość niskokontrastową oraz pozwalający na redukcję dawki promieniowania bez pogorszenia jakości obrazu" w związku z czym

prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wymaga zaoferowania algorytmu iteracyjnego, który będzie przetwarzał w cyklach iteracyjnych, wielokrotnie dane surowe (RAW DATA). Pragniemy zwrócić uwagę, że na rynku istnieją algorytmy starszego typu, które przetwarzają dane surowe tylko w pierwszej iteracji, a następnie bazujące tylko na obszarze zrekonstruowanych danych obrazowych - bez udziału danych surowych (RAW DATA) w kolejnych iteracjach. Algorytmu takie są dużo mniej efektywne, a uzyskany obraz sprawia wrażenia „sztucznego" czy „plastikowego". Niewystarczająca jakość obrazu (np. zniekształcone szczegóły struktur, zaszumienie) mogą zmniejszać widoczność (wyrazistość) cech istotnych diagnostycznie. To z kolei ogranicza możliwości postawienia trafnej diagnozy i/lub może powodować konieczność powtórzenia badania, narażając pacjenta na kolejną dawkę promieniowania. Algorytmy iteracyjne przetwarzające w cyklach iteracyjnych, wielokrotnie dane surowe (RAW DATA) są w chwili obecnej niezaprzeczalnie istotnym i skutecznym narzędziem redukcji dawki i są oferowane w segmencie tomografów min. 16 rzędowych przez wszystkich czołowych producentów nowoczesnych tomografów komputerowych (np. firma Philips - iDose4, firma SIEMENS - SAFIRE, firma TOSHIBA-ADIR3D).

Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z SIWZ."

Zadający pytanie zwrócił uwagę na różnice pomiędzy algorytmami iteracyjnymi oferowanymi na rynku w segmencie tomografów komputerowych min. 16 rzędowych wskazując na istnienie algorytmów przetwarzających dane surowe RAW tylko raz. Niezaprzeczalnym jest fakt, że udzielając odpowiedzi na to pytanie, Zamawiający:
• nie obniżył swoich wymogów względem tomografu komputerowego w zakresie algorytmu iteracyjnego opisanego w pkt 48 - nie dopuścił do postępowania tomografu wyposażonego w algorytm iteracyjny przetwarzający dane surowe tylko raz
• podtrzymał wymóg zaoferowania tomografu wyposażonego w algorytm przetwarzający dane surowe RAW wielokrotnie, czyli w cyklach iteracyjnych.

Jednocześnie należy wskazać, że firma Siemens posiada w swojej ofercie w algorytm iteracyjny o nazwie SAFIRE spełniający wymóg opisany w pkt 48, tj. algorytm przetwarzający dane surowe w cyklach iteracyjnych. Z treści oferty Wykonawcy firmy Siemens Sp. z o.o., wynika, że zaoferowany został algorytm IRIS, a nie algorytm SAFIRE.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że zaoferowany przez firmę Siemens system tomografii komputerowej SOMATOM Scope nie spełnia wymogu dotyczącego

---

algorytmu iteracyjnego opisanego w pkt 48, a tym samym nie spełnia podstawowych wymagań SIWZ, w związku z czym oferta firmy Siemens winna być odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenie oferty Przystępującego i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 24 lutego do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie, przedstawiając obszerną argumentację.

Na podstawie ustalonego w postępowaniu stanu faktycznego, Izba uznała, że **odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia

---

oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający wymagał zaoferowania aparatu, którego algorytm rekonstrukcji iteracyjnej będzie automatycznie przetwarzał dane surowe RAW w cyklach iteracyjnych. Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający nie żądał natomiast, aby algorytm w każdym kolejnym cyklu iteracyjnym wielokrotnie przetwarzał surowe dane.

Jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie przez Strony, istnieją algorytmy tzw. pierwszej i drugiej generacji. Algorytmy pierwszej generacji wykonują rekonstrukcję obrazów jednokrotnie, a kolejne cykle przetwarzają dane. Algorytmy drugiej generacji wielokrotnie wykonują proces rekonstrukcji danych surowych w każdym cyklu iteracyjnym. Zamawiający ogłoszenie przedmiotowego postępowania poprzedził dialogiem technicznym, znane mu były oba rozwiązania, natomiast z uwagi na zapotrzebowanie i finansowe możliwości Szpitala zdecydował, że wystarczające będzie zakupienie aparatu z pierwszej generacji. Opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w taki sposób, aby możliwe było zastosowanie zarówno aparatu pierwszej, jak i drugiej generacji.

Powyższe potwierdzają również pytania zadawane przez wykonawców w toku przedmiotowego postępowania. Z treści kierowanych do Zamawiającego zapytań wynika, że wykonawcy próbowali wprowadzić do SIWZ wymogi dotyczące wielokrotności procesu przetwarzania surowych danych w każdym cyklu iteracyjnym, tak aby możliwe było zaoferowanie typu aparatów drugiej generacji. Wykonawcy wskazywali bowiem, że istnieją algorytmy starszego typu, które przetwarzają dane surowe tylko w pierwszej iteracji, a następnie bazujące tylko na obszarze zrekonstruowanych danych obrazowych - bez udziału danych surowych (RAW DATA) w kolejnych iteracjach. Jeżeli byłoby więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający od początku prowadzenia postępowania wymagał

---

wielokrotnego przetwarzania surowych danych, zadawanie pytań w tym zakresie byłoby zbędne. Tymczasem w każdym przypadku Zamawiający odpowiadając na pytania odnoszące się do punktu 48 wskazywał, że zapisy SIWZ pozostawia bez zmian, co oznacza, że wymóg wielokrotności nie był parametrem granicznym.

Z dokumentów przedmiotowych załączonych do oferty Przystępującego wynika, że w oferowanym urządzeniu używana jest technologia IRIS, która wykorzystuje dane nieprzetworzone do wytworzenia pierwotnego obrazu, następnie zaś przeprowadzana jest seria iteracyjnych kroków korekcji obrazu w celu jego oczyszczenia. Zdaniem składu orzekającego Izby spełniony został więc wymóg, aby dane surowe były przetwarzane automatycznie w cyklach iteracyjnych. W opinii Izby oferta Przystępującego w swej treści zgodna jest z zapisami SIWZ, wyczerpuje wymagania Zamawiającego oferując mu

niezbędne funkcje rekonstrukcji, tym samym nie może być mowy o konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przedłożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci formularza ofertowego z innego postępowania, dowodzi jedynie okoliczności, że Przystępujący w tamtym postępowaniu zaoferował algorytm drugiej generacji. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający SPS Chorób Płuc w Zakopanem wymagał wielokrotnego przetwarzania danych i taki zapis znalazł się w SIWZ. Niemożliwe więc było złożenie oferty z modelem tomografu, której takiej funkcjonalności nie zapewniał. W przedmiotowym postępowaniu wymagany parametr przetwarzania danych do wielokrotności ich przetwarzania nie referował.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, wskazać należy, że podstawowe zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie zostały przez Zamawiającego naruszone.

Opis przedmiotu zamówienia umożliwiał wzięcie udziału w postępowaniu dużej grupie wykonawców, ustalone wymogi, tak w opisie warunków udziału w postępowaniu, jak też w opisie przedmiotu zamówienia nie utrudniały wykonawcom dostępu do zamówienia, a jednocześnie zapewnić miały Zamawiającemu dostawę sprzętu na miarę jego potrzeb. Zamawiający nie naruszył również art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty, która była najkorzystniejsza według przyjętych kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie,

---

a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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: ……