

Sygn. akt: KIO 1147/12 KIO 1163/12

WYROK
z dnia 20 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o.**, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 (sygn. akt KIO 1147/12),

B. w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.**, 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9 (sygn. akt KIO 1163/12),

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielospecjalistyczny Szpital-Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej**, 59-900 Zgorzelec, ul. Lubańska 11-12

przy udziale:

wykonawcy **Philips Polska Sp. z o.o.**, 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 195B zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1147/12 i KIO 1163/12, po stronie odwołującego się

wykonawcy **TMS Sp. z o.o.**, 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 84 zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1147/12 i KIO 1163/12 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania wniesione przez Siemens Sp. z o.o. (oznaczone sygnaturą akt KIO 1147/12) oraz GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (oznaczone sygnaturą akt KIO 1163/12) jako zasadne w części zarzutów i nakazuje dokonanie modyfikacji załącznika 3A Pakiet 1 przez: **wykreślenie w pkt IV. 26, IV.27, IV.28 słów „(bez przesuwu stołu)”**; **usunięcie z opisu pozycji**

IV.30 zapisu o nienakładaniu się warstw; zmianę w opisie pozycji IV.31, IV.32, IV.33, IV.34 przez zamieszczenie w kolumnie „Wymóg graniczny” wpisu „Tak/Nie (dla Tak – podać)”; **usunięcie z opisu tych pozycji, w których zamawiający wprowadził 0 punktów za wartości najmniejsze/największe - w kolumnie „Punktacja” - zapisu o przyznaniu 0 punktów.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Siemens Sp. z o.o. (KIO 1147/12), GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (KIO 1163/12), tytułem wpisów od odwołań.
 - 2.2 Zasądza od zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu** na rzecz wykonawcy **Siemens Sp. z o.o.**, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania (KIO 1147/12)
 - 2.3 Zasądza od zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny**

Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu na rzecz wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.**, 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania (KIO 1163/12).

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1147/12 KIO 1163/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wielorzędowego tomografu komputerowego z opcją badań serca wraz ze strzykawką automatyczną do podawania środka kontrastowego oraz Hardware i Software do łącza teleradiologicznego* (nr postępowania: 32/ZP/2012), ogłoszonym 25.05.2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 99-164778, w dniu 4 czerwca 2012 r., wniesione zostały do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców ubiegających się o zamówienie: Siemens Sp. z o.o. (KIO 1147/12), GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (KIO 1163/12). Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w dniu 4 czerwca 2012 r. Odwołania wniesione zostały na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia opublikowanej przez zamawiającego w dniu 25.05.2012 r.

I. Sygn. akt KIO 1147/12

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1147/12, odwołujący – Siemens Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez taki dobór parametrów granicznych, które uniemożliwiają złożenie konkurencyjnej oferty wobec preferowanego rozwiązania producenta tomografów komputerowych firmy Toshiba. Prowadziło to do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz innych wynikających z uzasadnienia. Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wynikający z uzasadnienia, umożliwiając tym samym złożenie przez odwołującego ważnej oferty.

W uzasadnieniu odwołujący twierdził, iż jedynie tomograf komputerowy AQUilion One producenta firmy Toshiba może spełnić łącznie wszystkie parametry techniczne wskazane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo zamawiający premiuje rozwiązanie Toshiba ocenając parametry, które niekoniecznie odzwierciedlają istotne cechy użytkowe, jak np. minimalna wysokość stołu przy pozycjonowaniu pacjenta, czy też szerokość zespołu aktywnych detektorów obrazowych lub wielokrotnie ocenia te same parametry w nieco zmienionej formie, jak np. pkt I.4, IV.2 i IV.4 lub pkt IV.17 i IV.20, czy też pkt IV.31, 32, 33, 34 itd., dając ewidentną przewagę punktową temu rozwiązaniu. Zamawiający całkowicie pomija tak istotne parametry jak np. szybkość chłodzenia anody

3

(pkt. III.2), zakres zmian napięcia anodowego (pkt. III.4), minimalny czas pełnego obrotu (pkt. IV.1), rozdzielczość czasowa akwizycyjna w akwizycji kardiologicznej (pkt. IV.16) lub minimalizuje ocenę innych istotnych parametrów, jeśli nie mają odzwierciedlenia w preferowanym rozwiązaniu, jak np. liczba próbkowań jednego elementu matrycy detektorów (pkt. II.8), rozdzielczość przestrzenna izotropowa (pkt. IV.10), czy też szybkość rekonstrukcji obrazów (pkt. IV.20). Przydzielenie wagi 70% za wartość techniczną rozwiązania sugeruje, że zamawiającemu zależy na uzyskaniu najlepszego rozwiązania i premiowaniu istotnych z

punktu widzenia użytkowego parametrów, ale niestety nie przekłada się to na efekt końcowy, ponieważ premiowane są rozwiązania tylko jednego producenta.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zapisów specyfikacji wymagających modyfikacji, odwołujący wskazywał w zakresie pkt IV.26, 27, 28 załącznika nr 3a Pakiet 1, iż żądanie wykonania badania „bez przesuwu stołu”, wymusza wykonanie badań dynamicznych tylko w jeden sposób, chociaż istnieją inne techniki, nie mające negatywnego wpływu na efekt końcowy, jakim jest zobrazowanie przepływów w badanej anatomii. Odwołujący wniósł o usunięcie sformułowania „bez przesuwu stołu”.

Sformułowanie użyte przez zamawiającego w pkt. IV.30 Pakiet 1 o „nienakładaniu” się warstw, nie ma sensu użytkowego ponieważ nie wpływa negatywnie na jakikolwiek parametr obrazowania, natomiast nie dopuszcza rozwiązań innych niż klasyczne. Odwołujący wniósł o wykreślenie dyskryminującego rozwiązanie odwołującego zapisu „o nienakładaniu” się warstw.

Podane w pkt. IV.31, IV.32, IV.33 i IV.34 Pakiet 1 wartości poziomu rozdzielczości niskokontrastowej poniżej określonej przez wszystkich dostawców wartości 5 mm, jest charakterystyczne dla niektórych firm stosujących ten zabieg, w tym zwłaszcza przez firmę Toshiba i nie ma znaczenia użytkowego. Pomiar rozdzielczości niskokontrastowej jest pomiarem subiektywnym, zależnym od rodzaju zastosowanego fantomu i metody pomiarowej związanej z optyczną oceną obrazów fantomu pomiarowego. Nie powinna być przedmiotem oceny porównawczej wartość związana ze środowiskiem jej pomiaru, jak również poziom dawki, co jest niemiarodajne. Zamawiający zmusza wykonawców do podawania wartości rozdzielczości niskokontrastowej 2 mm, która jest referencyjna dla preferowanego producenta. Z uwagi na wymóg potwierdzenia powyższych parametrów w materiałach producenta (parametry te w swoich materiałach oficjalnie podaje tylko firma Toshiba) odwołujący wnosi o wykreślenie pkt IV.32 i IV.34 oraz rezygnację z oceny parametrów IV.31 i IV.33 jako nie mających rzeczywistej wartości porównawczej.

Wskazana w pkt IV.36 Pakiet 1 akwizycja w trybie „skanu sekwencyjnego przy pochylonym gantry” jest zbędna w nowoczesnych rozwiązaniach, ponieważ wszystkie rekonstrukcje po dowolnie nachylonej płaszczyźnie można wykonać z danych uzyskanych w

trybie skanu sekwencyjnego bez pochylania gantry, z zapewnieniem ochrony organów wrażliwych na promieniowanie rtg. Wniósł o wykreślenie tego parametru.

Odwołujący wniósł o sprostowanie rozbieżności w zakresie rozdzielczości matrycy przez zmianę rozdzielczości matrycy rekonstrukcyjnej 1024x1024 na 512x512 lub zmianę sformułowania matrycy rekonstrukcyjnej na matrycę prezentacyjną (pkt VII.5 Pakiet 1). Ogólnie stosowaną matrycą rekonstrukcyjną jest matryca 512x512 i dotyczy to etapu rekonstrukcji danych uzyskanych w akwizycji, a nie w obszarze rekonstrukcji postprocesingowych na konsoli lekarskiej, gdzie zastosowanie ma matryca prezentacyjna 1024x1024.

Oczekiwany w pkt VII.14 Pakietu nr 1 zakres dynamicznego obrazowania struktury naczyniowej min. 80 cm. Nie jest możliwy do zrealizowania metodami tomografii komputerowej. Odwołujący wniósł o skorygowanie wartości granicznej na min. 80 mm.

Odwołujący wniósł o zmianę parametru oceny funkcji serca (pkt VII.19 Pakiet 1), przez jej ograniczenie tylko do lewej komory serca, analogicznie jak w pkt VII.18, wskazując na większe znaczenie i efektywność badań w tomografii komputerowej lewej komory serca w stosunku do prawej, której ściana jest prawie trzykrotnie cieńsza od ściany lewej komory.

Wskazane w pkt IX.3 Pakiet 1 wymaganie mocy przyłączeniowej na maksymalnym poziomie 130 kVA, jest istotnym ograniczeniem konkurencji przez wprowadzenie limitu w nieistotnym parametrze z punktu widzenia diagnostyki obrazowej, które spełnia tylko tomograf firmy Toshiba. Parametr ten powinien być przedstawiony jako informacja o posiadanej infrastrukturze, a potencjalni oferenci powinni mieć możliwość dostosowania zasilania do oferowanych urządzeń.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili w dniu 6 czerwca 2012 r. wykonawcy: TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego, Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego.

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1163/12 odwołujący – GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (dalej zwany GE) zarzucił zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez dobór parametrów technicznych charakterystycznych dla jednego urządzenia i producenta, preferując to urządzenie, użycie sztywnych w miejsce funkcjonalnych parametrów oraz określenie punktacji za parametry oceniane promujących konkretne rozwiązanie charakterystyczne dla urządzenia firmy TSM. W wyniku wskazanych uchybień doszło do naruszenia art. 29, art. 7 ust. 1 oraz alternatywnie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia

postępowania, albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany siwz w zakresie podniesionych zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, ujednolicenie maksymalnej liczby punktów za każdy oceniany parametr, zmianę sposobu naliczania punktów przez wykreślenie zapisów: „najmniejsza wartość 0 pkt” (w parametrach gdzie wartość maksymalna jest najkorzystniejsza), „największa wartość 0 pkt” (w parametrach gdzie wartość minimalna jest najkorzystniejsza). Alternatywnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Zdaniem odwołującego opisanie parametry nie mają technicznego i klinicznego uzasadnienia, a dopuszczenie innych rozwiązań pozostałoby bez wpływu na wartości użytkowo-diagnostyczne oferowanego sprzętu. Na skutek kwestionowanych zapisów siwz, odwołujący będący światowym dostawcą innowacyjnych technologii nie jest w stanie zaoferować własnego urządzenia i to nie z uwagi na jakość lub jego funkcjonalność, ale z uwagi na zapisy naruszające uczciwą konkurencję.

Odwołujący wymienił te parametry graniczne z załącznika 3A do siwz pakiet 1, które powodują, iż ofertę może złożyć tylko jedna firma Toshiba na tomograf Aquilion One i dotyczące minimalnej ilości 128 rzędów detektora/detektorów (sumarycznie), akwizycji min. 256 warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu, szerokości zespołów aktywnych detektorów obrazowych w osi $Z \geq 76$ mm, możliwości akwizycji w trybie skanu sekwencyjnego przy pochylonym gantry min. 0-20 st. oraz zasilania tomografu i wszystkich urządzeń niezbędnych do jego właściwej pracy maks. 130 kVA (moc przyłączeniowa, maksymalny pobór mocy). Odwołujący zażądał modyfikacji parametrów umożliwiających wykorzystanie detektora 64-rzędowego wraz z inteligentnym systemem przesuwu stołu.

Zamawiający w sposób nieproporcjonalny i rażący postanowił przyznawać punkty technologii jednego producenta, maskując to od czasu do czasu przyznawaniem punktów o 5 krotnie mniejszej wartości w tych parametrach w których firma Toshiba nie oferuje najlepszych osiągnięć technologicznych, prezentując przykładową symulację ilość punktów, jakie uzyskiwałyby rozwiązania różnych producentów tomografów klasy tzw. „Super Premium”.

Do postępowania odwoławczego przystąpili skutecznie w dniu 6 czerwca 2012 r. wykonawcy: TSM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego, Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego.

Stanowisko Izby

Dla rozpoznania wniesionych odwołań w pierwszej kolejności należało ustalić stan prawny wiążący w sprawach rozpoznawanych łącznie. Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym (dalej zwaną „ustawą”).

W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna, spośród określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, przesłanek uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, Izba rozpoznała odwołania na rozprawie.

I. Odwołanie Siemens Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 1147/12)

Izba uwzględniła odwołanie w części.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasad oceny ofert w kryterium technologicznym wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z modyfikacją części kwestionowanych w odwołaniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaką zamawiający dokonał w dniu 16.04.2012 r., odwołujący odstąpił od podtrzymywania szczegółowych zarzutów opisanych w punktach od 4 do 7 odwołania. W związku z takim stanowiskiem odwołującego zgłoszonym na rozprawie, Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w pozostałym zakresie, mając na uwadze treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji z dnia 16.04.2012 r.

Na wstępie Izba wskazuje, iż odwołujący nie wskazał podstawy prawnej zarzutu w części podnoszonej argumentacji dotyczącej oceny ofert w kryterium technologicznym, wskazując na konieczność jego wnioskowania z treści uzasadnienia odwołania. W odwołaniu wskazane zostały wprost art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z pominięciem przepisu art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy odnoszącego się do opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W ocenie składu orzekającego nie stanowiło to jednak przeszkody w rozstrzygnięciu, czy w świetle podnoszonych okoliczności, ustalony przez zamawiającego sposób oceny ofert w kryterium technologicznym naruszał zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, do czego zmierzała argumentacja odwołującego. Ponieważ art. 36

ust. 1 pkt 13 ustawy nie zawiera żadnej wytycznej dla zamawiającego co do sposobu oceny ofert w ustalonych przez zamawiającego kryteriach, a jedynie stanowi o obowiązkowym zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena wprowadzonych zapisów specyfikacji zawsze dokonana być musi w kontekście podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutów w części dotyczącej technologicznego kryterium oceny ofert, odwołujący w uzasadnieniu wskazywał, iż zostały one ustalone pod konkretne urządzenie, jakim jest tomograf komputerowy AQUILION ONE firmy Toshiba, który jako jedyny spełnia łącznie wszystkie parametry techniczne postawione przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, zamawiający premiuje rozwiązanie jednego producenta, oceniając parametry, które niekoniecznie odzwierciedlają istotne cechy użytkowe, dając przewagę punktową temu wykonawcy, a jednocześnie nie punktuje innych istotnych parametrów lub minimalizuje ocenę innych istotnych parametrów, jeśli nie mają odzwierciedlenia w preferowanym rozwiązaniu. Aktualne zapisy specyfikacji mają powodować, iż odwołujący nie może złożyć ważnej oferty, czego przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność urządzeń odwołującego, ale naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia siwz.

Odwołujący nie kwestionował dopuszczalności zastosowania kryterium technologicznego do oceny ofert, jak i przypisanej temu kryterium wagi – 70 %, skupiając się na wykazaniu, iż przyjęte przez zamawiającego parametry oceniane preferują rozwiązania jednego producenta, gwarantując mu uzyskanie najwyższej punktacji.

Zamawiający w specyfikacji ustalił dwa kryteria w oparciu które zamierza oceniać oferty, tj. cena (30%) i wartość techniczna (70%). O ilości punktów możliwych do osiągnięcia w kryterium wartości technicznej, przesądzać ma łączna ilość punktów zdobytych przez daną ofertę. Zamawiający ustalił skalę punktów od 0 do 100, przy czym nie dotyczy to każdego z parametru wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia. Spośród 135 parametrów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, zamawiający zamierza oceniać 41 parametrów wskazanych w załączniku nr 3A do siwz. W zakresie ocenianych parametrów technicznych zamawiający ustalił różny sposób przyznawania punktów, przyjmując dla poszczególnych pozycji:

- skalę punktów od 0 (wartości najmniejsza/największa) do 100 (wartości

największa/najmniejsza), pozostałe proporcjonalnie wyliczane zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 5 do siwz,

- skalę punktów od 0 (największa/najmniejsza wartość) do 20 (najmniejsza/największa wartość), pozostałe proporcjonalnie wyliczane zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 5 do siwz,

8

- skalę punktów od 0 (najmniejsza wartość) do 50 (największa wartość), pozostałe proporcjonalnie wyliczane zgodnie z wzorem podanym w załączniku nr 5 do siwz,

- skalę punktów od 0 (najmniejsza wartość) do 40 (największa wartość), pozostałe proporcjonalnie wyliczane zgodnie z wzorem podanym w załączniku nr 5 do siwz,

- 0 pkt (brak spełnienia wymogu) i 100 pkt (za spełnienie wymogu),

- 0 pkt (brak spełnienia wymogu) i 10 pkt (za spełnienie wymogu),

- 0 pkt (brak spełnienia wymogu) i 50 pkt (za spełnienie wymogu),

- 0 pkt (brak spełnienia wymogu) i 20 pkt (za spełnienie wymogu).

Spośród wszystkich 41 ocenianych parametrów, dla 24 – zamawiający przewidział maksymalną ilość punktów 100.

Izba oceniając zasadność zarzutu dotyczącego ustalenia sposobu przyznawania punktów w kryterium wartości technicznej, jako naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uwzględniła zgromadzony materiał dowodowy, który stanowiła treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów na poparcie tezy, iż ustalone w siwz parametry podlegające ocenie punktowej spełnia łącznie tylko urządzenie AQUILION ONE firmy Toshiba. W szczególności nie okazał żadnych specyfikacji technicznych tego urządzenia, co pozwalałoby na weryfikację zapisów specyfikacji pod tym kątem. Nie przedstawił również dowodów, które wskazywałyby, iż oceniane parametry nie znajdują uzasadnienia funkcjonalnego i klinicznego. Oświadczenia te należało zatem ocenić jako gołosłowne, gdyż zapisy specyfikacji w żaden sposób nie są wystarczające dla ustalenia powyższych okoliczności. Zamawiający dokonał wyboru takich parametrów urządzenia, które uważał za ważne z punktu widzenia diagnostycznego i w oparciu o nie zamierzał oceniać oferty wykonawców. Każdy wskazany przez odwołującego parametr dotyczył pewnej funkcjonalności urządzenia, chociaż odwołujący kwestionował ich istotność. W ocenie Izby z samej okoliczności przypisania poszczególnym parametrom różnej wagi (ilości przyznawanych punktów), jak również pominięcia części parametrów w ocenie, nie wynika wprost, że zamawiający promuje urządzenie konkretnego producenta. Może jedynie prowadzić do wniosku, iż zamawiający zamierza przyznać największą ilość punktów temu rozwiązaniu, które spełni w najwyższym stopniu jego oczekiwania pod względem technologicznym. Możliwe, iż urządzenie, jakie zamierza zaoferować odwołujący nie uzyska maksymalnej ilości punktów w kryterium wartości technologicznej, co nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż opis sposobu przyznawania punktów, naruszał zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak wynika z całokształtu okoliczności, na rynku dostępne są urządzenia, które różnią się między sobą pod względem technologicznym stosowanymi rozwiązaniami i funkcjonalnościami, co jednak nie oznacza, iż

9

każde z nich musi uzyskać maksymalną ilość punktów. Z materiału zgromadzonego w sprawie nie wynika, jaką ilość punktów uzyskałyby urządzenia odwołującego oraz firmy Toshiba, a zatem Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż wskazane przykładowe parametry preferują rozwiązanie jednego z producentów urządzenia i oddaliła w tym zakresie odwołanie.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, Izba miała na uwadze opis przedmiotu zamówienia sporządzony w załączniku nr 3A do siwz, z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 16.04.2012 r. Izba nie stwierdziła, aby opis przedmiotu zamówienia był niejednoznaczny, czy też niewyczerpujący. Faktycznie odwołujący nie próbował dowodzić niedostateczności, czy też niejasności zapisów specyfikacji, wskazując na te postanowienia, które ograniczały możliwość złożenia przez niego ważnej oferty. Opis

przedmiotu zamówienia nie naruszał zatem dyspozycji przepisu art. 29 ust. 1 ustawy. Izba oceniając, czy wyszczególnione przez wykonawcę postanowienia naruszały uczciwą konkurencję, miała na uwadze przede wszystkim to, czy kwestionowany parametr był parametrem granicznym, jak i to, czy znajdował obiektywne uzasadnienie.

W opisie parametrów wskazanych w pkt IV. 26-28, odwołujący kwestionuje zastrzeżenie wskazane w każdej z pozycji „(bez przesuwu stołu)”. Opisane w tych punktach parametry dotyczą zakresu skanu odpowiednio dla badań perfuzyjnych głowy, badań perfuzyjnych narządów mięszkowych i badań dynamicznych angiograficznych (4D), dla pojedynczego podania kontrastu ≥ 76 mm [mm] w akwizycji osiowej. Zamawiający ustalił dla tych parametrów granicznych ocenę punktową w skali od 0 do 100 pkt. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, kierując się posiadaną wiedzą, stwierdził, iż dla prawidłowego przeprowadzenia badań dynamicznych konieczne jest jego wykonanie „bez przesuwu stołu”, co umożliwia jednoczesne objęcie wszystkich punktów obszaru badania, dokonane w tym samym czasie. Według zamawiającego jest to jedyna metoda pozwalająca na otrzymanie odpowiedniej jakości obrazów, które następnie będą mogły być wykorzystane przy stawianiu diagnozy, ograniczająca prawdopodobieństwo konieczności powtórzenia badania oraz narażenia pacjenta na kolejną, dodatkową dawkę promieniowania. Osiągnięcie jakości diagnostycznej jest zdaniem zamawiającego możliwe tylko w przypadku wykonania dynamicznego badania perfuzyjnego bez przesuwu stołu, w zakresie pokrycia anatomicznego skanowanego obszaru wynikającego z rzeczywistej szerokości detektora.

W ocenie Izby, argumentacja zamawiającego, jako subiektywna, wynikająca z jego wiedzy i doświadczenia, jest niedostateczna dla stwierdzenia, iż badanie wykonane z przesuwem stołu nie daje obrazu odpowiedniej jakości, umożliwiającej postawienie prawidłowej diagnozy. Zamawiający nie musi mieć pełnej wiedzy, co do wprowadzanych nowoczesnych rozwiązań przez producentów urządzeń, jak i doświadczenia w użytkowaniu

występujących na rynku tomografów, tym bardziej, iż obecnie pracuje na starszym urządzeniu firmy Toshiba. Zamawiający nie przedstawił dla porównania obrazów z badań przeprowadzonych na różnych urządzeniach, a zatem nie było możliwe zweryfikowanie oceny zamawiającego. Wystąpienie artefaktów obrazu jest możliwe również przy badaniu „bez przesuwu stołu”, na przykład w przypadku poruszenia się pacjenta, co może być częstą sytuacją przy wykonywaniu badań dzieci. Ponadto zamawiający w dalszych punktach poddaje ocenie punktowej jakość obrazu (pkt IV. 31-34), co stanowi odpowiedni sposób weryfikacji jakości urządzeń pod tym względem. Skoro stanowi to jedyne uzasadnienie dla wprowadzonego ograniczenia, Izba uznała, iż przy opisanym jako graniczny parametrze, zamawiający w sposób naruszający uczciwą konkurencję, wykluczył możliwość zaoferowania urządzeń, w których wykorzystywany jest mechanizm przesuwu stołu. W związku z powyższym Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu usunięcie ze wskazanych pozycji opisu przedmiotu zamówienia treści zawartej w nawiasach: „bez przesuwu stołu”.

Kolejny kwestionowany w opisie przedmiotu zamówienia parametr dotyczy najwyższej możliwej wartości rozdzielczości wysokokontrastowej (...) dla akwizycji min. 128 nienakładających się warstw (pkt IV. 30). Odwołujący kwestionuje ten fragment opisu parametru, który dotyczy nienakładania się warstw, co zdaniem odwołującego nie wpływa negatywnie na jakikolwiek parametr obrazowania. Zamawiający wskazał, iż jest to bezpośrednio związane z konstrukcją detektora i jest zgodne z wymogiem zaoferowania detektora min. 128 rzędowego. Większa ilość nienakładających się warstw oznacza szerszy detektor, a tym samym większe pokrycie anatomiczne badanego obszaru w trakcie jednego obrotu układu lampa detektor. Kwestionowany zapis dotyczy parametru granicznego, podlegającego punktacji w skali punktów od 0 do 40, opisanego w części dotyczącej parametrów skanowania i jakości obrazu. Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż zapis o nienakładających się warstwach w pkt IV.30, faktycznie wskazuje na dążenie do otrzymania szerszego detektora, co jest już objęte parametrem ocenianym – pkt II.6 załącznika. W tej sytuacji wprowadzenie w pkt IV.30 zapisu o nienakładających się warstwach stanowi nadmierne ograniczenie konkurencji, gdyż stanowi wymóg graniczny, którego spełnienie jest konieczne dla złożenia ważnej oferty. Skoro zamawiający ocenia rozwiązanie techniczne pod względem szerokości zespołów aktywnych detektorów obrazowych, to nie ma uzasadnienia dla utrzymania zapisu dyskredytującego oferty, w których detektor ma mniejszą szerokość,

jednak zgodną z wymaganiem zamawiającego. Oceniając parametr dotyczący wartości rozdzielczości wysokokontrastowej, faktycznie zamawiający ponownie przyznaje punkty za ocenianą wcześniej szerokości detektora. W oparciu o powyższe, Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała zamawiającemu usunięcie z opisu pozycji IV.30 załącznika nr 3A zapisu o nienakładaniu się warstw.

Odwołujący kwestionuje wprowadzenie, jako parametru ocenianego poziomu rozdzielczości niskokontrastowej – pkt. IV. 31 – IV.34 załącznika nr 3A, który jest poziomem referencyjnym dla danego dostawcy, określającym środowisko pomiarowe rozdzielczości niskokontrastowej, w tym również szacowany poziom indeksu dawki, niemającego wartości porównawczej. Na podstawie zgodnych oświadczeń stron, Izba ustaliła, iż poziom ten określany jest w oparciu o ocenę obrazu diagnostycznego dokonywaną przez radiologów i wskazuje na zdolność do „odwzorowania” bardzo małych różnic gęstości kontrastu na obrazie tomograficznym. Zamawiający zwrócił uwagę, iż parametr ten ma charakteru parametrów ocenianych, a nie granicznych, a zatem nie przesądza o możliwości złożenia ważnej oferty. Izba uznała, iż ocena parametru rozdzielczości niskokontrastowej ma znaczenie z punktu widzenia diagnostyki, gdyż określa zdolność do odwzorowania zarówno obiektów dużych (5 mm) jak i średnich (3 mm) oraz małych (2 mm), a zatem znajduje uzasadnienie. Zamawiający jednak niezgodnie z treścią siwz wskazał, iż nie ma on charakteru granicznego, gdyż w podanych punktach tabeli w kolumnie „Wymóg graniczny” znajduje się zapis „Tak, podać”. Oznacza to zatem, iż parametr jest parametrem granicznym, co zdaniem Izby stanowi nadmierne ograniczenie konkurencji, z uwagi na jego referencyjny charakter, który różnie może być oceniony w praktyce przez dokonującego oceny obrazu. W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu pozycji IV.31 – IV.34 przez zamieszczenie w kolumnie „Wymóg graniczny” wpisu „Tak/Nie (dla Tak – podać).”

W zakresie ostatniego z podtrzymanych zarzutów w odwołaniu, dotyczącego pkt IX.3 Pakiet 1 – określającego maksymalną moc przyłączeniową, maksymalny pobór mocy na 130 KVA, Izba oddaliła odwołanie.

Izba stwierdziła, iż wymaganie dotyczące zasilania tomografu, w kontekście złożonych oświadczeń dotyczących mocy przyłączeniowej tomografów dostępnych na rynku (Siemens, GE, Philips, TSM), faktycznie może stanowić barierę do zaoferowania zamawiającemu wszystkich tych urządzeń, co jednak w obiektywnych okolicznościach związanych z możliwością podłączenia urządzenia do sieci zasilającej szpital w prąd, nie stanowiło o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy). Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego za wiarygodne w kontekście złożonego przez odwołującego oświadczenia, potwierdzającego ograniczenia zamawiającego wynikające z maksymalnej mocy przyłączeniowej, jaką posiada (600 KW). Odwołujący wskazywał na możliwość wykorzystania w ramach dostępnego u zamawiającego limitu ok. 200 KW, umożliwiającego podłączenie urządzenia odwołującego, które wymaga większej mocy zasilającej (280 KW), co jednak byłoby rozwiązaniem tymczasowym, do czasu zakończenia realizacji zamówienia obejmującego budowę nowych oddziałów w szpitalu. W tym okresie wykonawca miałby przygotować infrastrukturę zamawiającego przez rozbudowę mocy transformatora i jej

podniesienia z 600 do 1000 KW, co szacuje na około 250 tys. Stoi to w zgodzie z wyjaśnieniami zamawiającego złożonymi w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, w których wskazywał na ograniczenie w możliwości przyłączenia urządzenia o mocy wyższej niż 130 KVA, co wynikać ma z konieczności przeznaczenia ok. 232 KW na przyłączenie nowego budynku, w ramach posiadanej maksymalnej mocy przyłączeniowej 600 KW na cały szpital. Podniesienie limitu mocy, co proponuje odwołujący, wiązałoby się nie tylko ze zmianą w umowie o przyłączenie, ale przede wszystkim wymagałoby poniesienia dodatkowych kosztów związanych z rozbudową infrastruktury technicznej. Zamawiający wskazywał na konieczność postawienia nowej stacji transformatorowej. Możliwość podniesienia mocy obecnie użytkowanej stacji nie jest możliwa do zweryfikowania również przez samego odwołującego, który jedynie szacunkowo określił koszt inwestycji na 200 –

250 tys. złotych. W tych okolicznościach, wprowadzenie ograniczenia w opisie zasilania tomografu znajduje uzasadnienie, gdyż zamawiający nie będzie mógł podłączyć i użytkować urządzenie bez zakłóceń dla funkcjonowania szpitala. W ocenie składu orzekającego, wykreślenie tego postanowienia, jak i ewentualne rozszerzenie zakresu świadczenia o prace modernizacyjne nie może być postulowane pod hasłem ochrony uczciwej konkurencji. Nie można bowiem w imię ochrony konkurencji pozbawiać zamawiającego możliwości określenia swoich wymagań uzasadnionych jego potrzebami i możliwościami finansowymi jak i technicznymi zdolnościami wykorzystania potencjału. Wielokrotnie w orzecznictwie podkreśla się, iż nie wszystkie urządzenia dostępne na rynku muszą być odpowiednie dla zamawiającego. Nadmiernym jest oczekiwanie, iż zamawiający powinien, niezależnie od swoich potrzeb i możliwości, przyjąć każde rozwiązanie, w tym również takie, które nie będzie mógł zainstalować bez poniesienia dodatkowych kosztów, których nie planował. Konieczne jest wyważenie oceny, czy doszło do naruszenia uczciwej konkurencji z uwzględnieniem rzeczywistych obiektywnych potrzeb zamawiającego. W ocenie Izby, w okolicznościach wskazanych powyżej, wymaganie dotyczące mocy przyłączeniowej tomografu wraz z wszystkimi urządzeniami niezbędnymi do jego właściwej pracy, znajdowało uzasadnienie. Jego zmiana stanowiłaby istotną ingerencję w przedmiot zamówienia, stwarzającą zagrożenie dla celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. W związku z powyższym, Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy w zakresie dotyczącym wymagania z pkt IX.3 siwz.

II. Odwołanie GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1163/12).

Izba w całości uwzględniła odwołanie.

13

Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasad oceny ofert w kryterium technologicznym wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z modyfikacją części kwestionowanych w odwołaniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaką zamawiający dokonał w dniu 16.04.2012 r., odwołujący odstąpił od podtrzymywania szczegółowych zarzutów opisanych w części pierwszej w punktach od 7 do 11 oraz 13 – dotyczących opisanych parametrów granicznych z załącznika nr 3A. W związku z takim stanowiskiem odwołującego zgłoszonym na rozprawie, Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w pozostałym zakresie, mając na uwadze treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji z dnia 16.04.2012 r.

Odwołujący zakwestionował sposób opisu przedmiotu zamówienia, jako naruszający zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w oparciu o ustalone parametry graniczne (przykładowo wskazane w odwołaniu), ofertę złożyć może tylko firma Toshiba na tomograf Aquilion One. Odwołujący zażądał dokonania modyfikacji treści specyfikacji we wskazanych przez niego pozycjach opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający złożenie przez niego oferty na tomograf klasy „Super Premium” firmy GE – Discovery CT750 HD, będący tomografem 64 rzędowym umożliwiającym akwizycję 64 warstw badanego obszaru. Wskazane w odwołaniu zmiany miałyby na celu dopuszczenie urządzenia posiadającego minimum 64 rzędy detektora/detektorów, umożliwiającą akwizycję mniejszej ilości warstw badanego obszaru. Ponieważ odwołujący nie wykazał, aby urządzenie, jakie zamierzał zaoferować było urządzeniem tej samej klasy co tomografy 128-rzędowe, Izba oddaliła żądania, jak i zarzuty odwołującego w tym zakresie. Dotyczy to również parametru szerokości zespołów aktywnych detektorów obrazowych w osi Z ≥ 76 mm, która to wartość, jak wynika z zestawienia zaprezentowanego w odwołaniu odpowiada najmniejszej wartości detektorów 128-rzędowych.

Odnosnie żądanej zmiany parametrów granicznych opisanych w pkt IV.26 – IV. 28 (pkt od 4 do 6 odwołania), Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie w oparciu o argumentację zaprezentowaną przy odwołaniu Siemens, który w tym samym zakresie kwestionował opis przedmiotu zamówienia.

W części zarzutu dotyczącego zmiany warunku granicznego dotyczącego zasilania tomografu (pkt 12 z odwołania), Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 29 ustawy wprowadzonym w pkt IX.3 załącznika 3A do siwz wymaganiem maksymalnej mocy przyłączeniowej 130 KVA, mając na uwadze okoliczności i argumentację przedstawioną

powyżej przy rozstrzygnięciu odwołania Siemens, kwestionującego również ten wymóg zamawiającego.

14

W dalszej części odwołania, wnoszący je wykonawca kwestionował nieproporcjonalny sposób przyznawania punktów, za parametry oceniane, przez wyższe punktowanie tych, w których urządzenie TSM osiąga największe wartości i zdecydowanie niższe punktowanie parametrów, w których rozwiązanie Toshiba nie osiąga najlepszych wyników. Dodatkowo wskazał, iż zamawiający zamierza przyznawać punkty w taki sposób aby niewielka różnica w wartości parametrów pomiędzy tomografem preferowanym, a pozostałymi urządzeniami skutkowałą dużą rozbieżnością punktową na korzyść tomografu Aquilion One. Odwołujący wniósł o ujednolicenie maksymalnej liczby możliwych do uzyskania punktów w każdym z ocenianych parametrów do 10, a także zmianę sposobu naliczania punktów poprzez wykreślenie zapisów „najmniejsza wartość 0 pkt” i „największa wartość 0 pkt”.

Jak zostało to zaprezentowane w pierwszej części uzasadnienia stanowiska Izby (przy odwołaniu Siemens), zamawiający wprowadził niejednolity sposób oceny poszczególnych parametrów urządzenia, co jednak samo w sobie nie jest dostatecznym dowodem na stwierdzenie, aby ustalony sposób oceny ofert naruszał zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący ograniczył się do wskazania przykładowej pozycji parametru ocenianego - IV.3, bez jakiegokolwiek dalszej argumentacji, jak i dowodów, które wskazywałyby na konieczność uznania wszystkich parametrów za jednakowo ważne z punktu widzenia wykonywanych badań. Ponadto należy zauważyć, iż przedstawione przez wykonawcę wyliczenie możliwych do uzyskania punktów jest nieprawidłowe, gdyż zgodnie ze wzorem zamieszczonym w załączniku nr 5 do siwz, w parametrze IV.3, przy podanych przez odwołującego wartościach, oferta firmy Siemens uzyskaby nie 20 pkt, jak wylicza to odwołujący, ale 83,33 (zgodnie ze wzorem: wartość z oferty z największą ilością punktów przez wartość oferty badanej razy ilość punktów do zdobycia – w tym przypadku 100). Zastrzeżenia Izby budzi jednak wprowadzenie 0 pkt. za wartości najmniejsze/największe w parametrach ocenianych. W ocenie Izby, nie znajduje to żadnego uzasadnienia, natomiast prowadzi do dyskryminującej oceny oferty. Skoro celem wprowadzonego kryterium ma być wybranie rozwiązania spełniającego w najwyższym stopniu wymagania zamawiającego, to nie może być ono wykorzystywane po to aby obniżyć łączną punktację oferty, która spełnia wymagania graniczne. Usunięcie zapisu o przyznawaniu 0 punktów za wartości odpowiednio najniższe/najwyższe pozwoli na przyznanie wszystkim ofertom proporcjonalnej ilości punktów, obliczanej zgodnie z wzorem opracowanym w załączniku nr 5 do siwz.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

15

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 3 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:

16