**Sygn. akt: KIO 470/11**

**WYROK**

**z dnia 21 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant : Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania z **7 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. śupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki z siedzibą w Łodzi ul. Rzgowska 281/289**

przy udziale wykonawcy **Philips Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 195 B** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji pkt 2 i 49 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty tj. modyfikację pkt 2 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty poprzez dopuszczenie tomografu komputerowego całego ciała, minimum 128-rzędowy umożliwiający akwizycję min. 256 warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu (układów) lampa-detektor dla jednej energii, a pkt 49 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty poprzez wykreślenie sformułowania „nienakładających się";**

2) Kosztami postępowania obciąża **Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki z siedzibą w Łodzi ul. Rzgowska 281/289** i nakazuje:

   1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. śupnicza 11** tytułem wpisu od odwołania
   2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki z siedzibą w Łodzi ul. Rzgowska 281/289** na rzecz **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. śupnicza 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

---

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 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

**Przewodniczący**

……

---

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: zakup, dostawę i montaż aparatury obrazowej dla Zakładu Diagnostyki Obrazowej ICZMP w Łodzi w ramach projektu pt.: „Zwiększenie dostępności i jakości diagnostycznych świadczeń zdrowotnych przez doposażenie Zakładu Diagnostyki Obrazowej ICZMP w Łodzi" oraz adaptację pomieszczeń Zakładu Diagnostyki Obrazowej Instytutu CZMP w Łodzi zostało wszczęte przez zamawiającego Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki z siedzibą w Łodzi ul. Rzgowska 281/289 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego oraz publikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z 25 lutego 2011r. za numerem 2011/S 39-63859. W tym samym dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).
W dniu 7 marca odwołujący – Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie, ul. śupnicza 11 wniósł odwołanie na treść siwz w szczególności na opis przedmiotu zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców oferujących na rynku polskim urządzenia będące przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania, a opis przedmiotu zamówienia w dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty. W uzasadnieniu wskazał na szczegółowe zarzuty dotyczące treści SIWZ:

1. w załączniku nr 6a do SIWZ i w załączniku nr 4 do oferty Specyfikacja Techniczna Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego w pkt. 2 zamawiający wymagał dostarczenia tomografu wytwarzającego 128 nienakładających się warstw. Według odwołującego, nie ma użytkowego uzasadnienia dla wymogu nienakładania się warstw, natomiast pozbawia go możliwości złożenia oferty, gdyż odwołujący oferuje aparat produkcji Siemens AG wykonany w technologii z-sharp. Wniósł o modyfikację siwz poprzez dopuszczenie tomografu komputerowego całego ciała, minimum 128-rzędowy umożliwiający akwizycję min. 256 warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu (układów) lampa-detektor dla jednej energii.
2. w załączniku nr 6a do SIWZ i w załączniku nr 4 do oferty Specyfikacja Techniczna Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego w pkt 7 zamawiający wymagał dostarczenia tomografu o szerokości zespołu aktywnych detektorów obrazowych w osi z > 80mm. Według odwołującego taki wymóg jest uzasadniony dla badań perfuzyjnych wykonywanych na nieruchomym stole, a odwołujący oferuje tomograf, który te badania wykonuje się podczas specjalnie zaprogramowanych nawrotnych ruchów stołu, w wyniku czego osiąga się zakresy badania perfuzyjnego znacznie szersze niż przy stole nieruchomym i wówczas szerokość zespołu aktywnych detektorów obrazowych w osi z nie

---

ma żadnego znaczenia. Odwołujący wniósł o modyfikację siwz poprzez skreślenie wymagania opisanego w punkcie 7 lub uzupełnienie istniejącego wymagania o zapis: „Dopuszcza się mniejszą szerokość zespołu aktywnych detektorów obrazowych pod warunkiem zapewnienia zakresu badań dynamicznych oraz perfuzyjnych o szerokości > 80mm”.
3. w załączniku nr 6a do SIWZ i w załączniku nr 4 do oferty Specyfikacja Techniczna Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego w pkt 49 zamawiający wymagał dostarczenia tomografu zbierającego 256 nienakładających się warstw. Według odwołującego, ten wymóg nie ma użytkowego uzasadnienia , a uniemożliwia mu złożenie oferty. Wniósł o modyfikację siwz poprzez skreślenie wymogu nie nakładania się warstw.
4. w załączniku nr 6a do SIWZ i w załączniku nr 4 do oferty Specyfikacja Techniczna Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego w pkt 50 zamawiający wymagał dostarczenia tomografu o szerokości pokrycia obszaru skanowania > 80mm. Odwołujący podniósł analogiczną argumentację, jak dla pkt 7. Wniósł o modyfikację się poprzez skreślenie wymagania opisanego w punkcie 50 lub uzupełnienie istniejącego wymagania o zapis: Dopuszcza się mniejszą szerokość pokrycia obszaru skanowania pod warunkiem zapewnienia zakresu badań perfuzyjnych o zakresie > 80mm.
5. w załączniku nr 6a do SIWZ i w załączniku nr 4 do oferty Specyfikacja Techniczna Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego w pkt 76 zamawiający wymagał między innymi oceny perfuzji kości za pomocą specjalizowanych protokołów. Odwołujący wskazał, że badania perfuzyjne kości, w odróżnieniu od badań perfuzyjnych innych narządów, dają niejednoznaczne wyniki, więc w przypadku kości zaleca się badania scyntygraficzne i dlatego producent Siemens nie wprowadził specjalizowanego protokołu do badania perfuzji kości, ale możliwe jest wykonanie takiego badania przy wykorzystaniu standardowego protokołu do perfuzji ciała (volume perfusion CT body). Zatem wymóg uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu. Wniósł o modyfikację siwz poprzez skreślenie w punkcie 76 wymagania specjalizowanego protokołu do badania perfuzji kości albo wprowadzenie oceny punktowej: 0 punktów za brak specjalizowanego protokołu do badania perfuzji kości i 1 punkt za posiadanie takiego protokołu.
6. w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt 28 zamawiający postawił wymaganie

graniczne dot. zakresu badania dyfuzyjnego całego ciała na poziomie 205 cm. Odwołujący podniósł, że pacjentami zamawiającego są głównie dzieci i kobiety i ogromna większość pacjentów (jeśli nie wszyscy) nie przekroczy wzrostu 195 cm, a określenie takiego wymogu uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej cenowo i technologicznie. Wniósł o modyfikację siwz poprzez obniżenie wartości granicznej do 196 cm.

7. w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt 31 zamawiający postawił wymaganie graniczne dotyczące cewki do badania głowy i szyi. Odwołujący wskazał, że w odróżnieniu od innych punktów specyfikacji, gdzie zamawiający dopuścił jedną cewkę lub kombinację

---

kilku cewek (punkty 32,33, 34, 35) tutaj wymagane jest dostarczenie jednej cewki. Odwołujący podniósł, że najnowocześniejsze rozwiązania technologiczne oferują możliwości składania pojedynczych cewek w matrycę obrazową, umożliwiając dobranie obszaru pokrycia cewkami do obszaru badanego, poprawiając jakość badania i stosunek sygnał/szum i dlatego wymaganie sformułowane przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej cenowo i technologicznie. Wniósł o modyfikację siwz poprzez zmianę punktu 31 na następujący: „Wielokanałowa cewka (lub zestaw cewek) do badania głowy i szyi ( neuro-vascular), umożliwiająca stosowanie akwizycji równoległych całego obiektu typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta) min. 16-kanałowa.”

8. w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt 37 zamawiający postawił wymaganie graniczne dotyczące ilości kanałów w cewce do badania barku na poziomie minimum 8. Odwołujący wskazał, że współczesne rozwiązania technologiczne umożliwiają uzyskanie obrazów znakomitej jakości z cewek o niższej liczbie kanałów, dostarczających sygnał na podobnym poziomie sygnał/szum, a cewki są lekkie, nie wymagają strojenia i charakteryzują się doskonałą jakością generowanego obrazu. Wniósł o modyfikację siwz poprzez zmianę punktu 37 na następujący: „Dedykowana wielokanałowa cewka sztywna do badania barku, min. 4 kanałowa.”
9. w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt 43 odwołujący wskazał, że wymagana przez zamawiającego w tym punkcie funkcjonalność nie jest jedynym rozwiązaniem funkcjonującym na rynku. Alternatywą dla dedykowanych cewek pediatrycznych z kołyską jest np. inkubator przeznaczony do badań MR, posiadający wbudowaną, 8-mio kanałową cewkę do badań głowy oraz cewkę do badań całego ciała, umożliwiający badanie noworodków do 4,5 kg. Dla większych dzieci można zastosować lekką cewkę body lub kombinację cewek typu flex. Wniósł o modyfikację siwz poprzez dopuszczenie rozwiązania równoważnego do opisanego w punkcie 43, o podobnej funkcjonalności, składającego się z inkubatora do badań MR, umożliwiającego badanie głowy oraz całego ciała noworodków o wadze do 4500 g oraz wykorzystującego cewki typu flex lub body 12-kanałowe (w połączeniu ze cewką spine matrix) dla dzieci starszych.
10. w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt 59 zamawiający postawił wymaganie graniczne dot. zakresu przesuwu stołu przy badaniu całego ciała na poziomie 205 cm. Odwołujący, co do tego wymogu wskazał argumentację analogiczną jak dla pkt 28 specyfikacji technicznej tomografu. Wniósł o modyfikację siwz poprzez zmniejszenie parametru granicznego do wysokości 196 cm.
11. w załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pkt 66.12 zamawiający postawił wymaganie

---

graniczne dotyczące przesuwu stołu na poziomie 205 cm. Odwołujący, co do tego wymogu wskazał argumentację analogiczną jak dla pkt 59 i wniósł o modyfikację siwz poprzez zmniejszenie parametru granicznego do wysokości 196 cm.

Odwołujący podniósł, że wskazane wymagania siwz nie mają uzasadnienia klinicznego i uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty. Na poparcie swojej argumentacji powołał orzeczenie Izby w sprawie sygn. akt KIO 79/11, 89/11, 90/11 z dnia 01.02.2011 r. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 marca 2011r. podpisanego przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z zasadami

reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 7 marca 2011r.
Zamawiający w dniu 8 marca 2011r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 11 marca 2011r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego Philips Healthcare spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 195 B – dalej przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest zainteresowany złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia, a uwzględnienie odwołania miałoby wpływ na jego sytuacje prawną i na tę okoliczność powołał wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 15 października 2007r. sygn. akt V Ga 90/07. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 marca 2011r.

Na rozprawie zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, zmiany ogłoszenia o zamówieniu publicznym z dnia 28 lutego 2011r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz z dnia 28 lutego 2011r. informacji o zebraniu wykonawców, wyjaśnień treści siwz z dnia 7 marca 2011r., wyjaśnień treści siwz wraz z modyfikacją siwz z dnia 9 marca 2011r. , listy wykonawców biorących udział w spotkaniu z zamawiającym z dnia 15 marca 2011r., ogłoszenia o zamówieniu Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z załącznikiem nr 2 do siwz –opis przedmiotu zamówienia, zaproszenia dotyczącego przetargu ograniczonego znak IFPS/73/07 Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu wraz z załącznikiem 1.1 do zaproszenia – graniczne wymagania techniczne dotyczące skanera, wyciągu z raportu nt 06006 National Health Service z marca 2006, wydruku ze strony internetowej Physikalisch – Technische Bundesanstalt, ogłoszenia o zamówieniu nr 2010/S 174 – 265993 wraz z wyciągiem z oferty odwołującego złożonej w tym postępowaniu.

---

Izba oceniła wyciąg z podręcznika E. Trzebiatowskiej oraz z artykułu U. Hangiel jako elementy jedynie o znaczeniu poglądowym dotyczące powszechnie obowiązujących wzorów fizycznych.

Szczegółowe wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w specyfikacjach technicznych w załącznikach nr 6a i 6b do siwz.
W ramach kwestionowanych wymagań zamawiający postanowił :
W załączniku nr 6a do SIWZ i w załączniku nr 4 do oferty Specyfikacja Techniczna Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego w pozycjach, w których w kolumnie „Wymóg graniczny" Zamawiający podał „TAK", a w kolumnie „Punktacja" podał „Bez punktacji", wykonawca powinien w kolumnie „Parametr oferowany" wpisać „TAK" (wpisanie odpowiedzi „NIE" będzie skutkowało odrzuceniem oferty), jeżeli dodatkowo w kolumnie „Wymóg graniczny" zamawiający podał „podać/opisać", wykonawca powinien w kolumnie „Parametr oferowany" dodatkowo podać/opisać oferowany parametr. W pozycjach, w których w kolumnie „Wymóg graniczny" zamawiający podał „TAK, podać", a w kolumnie „Punktacja" podał wartość punktacji, wykonawca powinien w kolumnie „Parametr oferowany" wpisać „TAK i podać odpowiedni parametr".
W pkt 2 zamawiający wymagał -Tomografu komputerowego całego ciała, minimum 128-rzędowego (128 nienakładających się warstw dla skanu spiralnego i sekwencyjnego), umożliwiającego jednoczesną akwizycję min. 256 warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa-detektor dla jednej energii. Wymóg graniczny – Tak - Bez punktacji, w pkt 7 w ramach pkt II Stół i gantry zamawiający wymagał szerokości zespołu aktywnych detektorów obrazowych w osi Z ≥ 80 mm. Wymóg graniczny - Tak, podać - największa wartość –5 pkt. najmniejsza wartość – 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie. W pkt 49 w w ramach pkt VII Parametry skanowania zamawiający wymagał ilość najcieńszych, nie nakładających się warstw możliwych do zebrania w czasie najkrótszego oferowanego pełnego skanu (360º) ≥ 256. Wymóg graniczny - Tak, podać - największa wartość – 5 pkt, najmniejsza wartość – 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie, a w pkt 50 maksymalne pokrycie obszaru skanowania dla maksymalnej liczby warst, dla kolimacji

warstw akwizycji danych < 1mm (submilimetrowych) we wszystkich badaniach rutynowych ≥ 80 mm. Wymóg graniczny - Tak, podać - największa wartość – 5 pkt, najmniejsza wartość – 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie. W pkt 76 w ramach pkt X Oprogramowanie diagnostycznej konsoli lekarskiej zamawiający wymagał ocena perfuzji w obrębie co najmniej: mózgowia, trzustki, wątroby, nerek, kości (guzów) za pomocą specjalizowanych protokołów do oceny perfuzji każdego z wymienionych narządów. Wymóg graniczny – Tak - bez punktacji W załączniku nr 6b do SIWZ i w załączniku nr 5 do oferty - Specyfikacja Techniczna Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T w pozycjach, w których w kolumnie „Wymóg graniczny" zamawiający podał „TAK", a w kolumnie „Punktacja" podał „Bez punktacji", wykonawca powinien w kolumnie „Parametr oferowany" wpisać „TAK" (wpisanie odpowiedzi „NIE" będzie skutkowało odrzuceniem oferty), jeżeli dodatkowo w kolumnie „Wymóg

---

graniczny" zamawiający podał „podać/opisać", wykonawca powinien w kolumnie „Parametr oferowany" dodatkowo podać/opisać oferowany parametr.
W pkt IV Cewki w pkt 28 zamawiający wymagał zestawu cewek matrycowych lub cewki głównej aparatu do wykonywania badania dyfuzyjnego całego ciała, badań naczyniowych w zakresie minimum 205 cm, wymóg graniczny – tak - bez punktacji, w pozycji 31 wielokanałowej cewki do badania głowy i szyi ( neuro-vascular), umożliwiającej stosowanie akwizycji równoległych całego obiektu typu SENSE, iPAT, ASSET – zgodnie z nomenklaturą producenta) min. 16-kanałowej, wymóg graniczny - tak, podać nazwę zaoferowanej cewki - bez punktacji, w pkt 37 dedykowanej wielokanałowej cewki sztywnej do badania barku, min. 8 kanałowa, wymóg graniczny - tak, podać nazwę zaoferowanej cewki (cewek) i techniki równoległej - bez punktacji, w pkt 43 dedykowanej pediatrycznej wielosegmentowej (min. 8-elementowej) cewki do tułowia i serca do badania dzieci o masie do 15 kg. Cewka dostarczona z kołyską, umożliwiającą przenoszenie małego pacjenta oraz ustalenie min. 8-kanałowa, wymóg położenia i umocowania dziecka (noworodków i niemowląt) graniczny – tak - bez punktacji, w pkt 59 automatycznego przesuwu stołu pacjenta (inicjowany software'owo z protokołu podczas akwizycji danych) umożliwiającego badanie dużych obszarów ciała przy użyciu cewek dłuższych niż max FoV (48 cm w osi z) i/lub kilku cewek jednocześnie ≥ 205 cm V otoczenie pacjenta, wymóg graniczny – tak - bez punktacji.
W pkt 66. Angiografia MR (MRA) w pkt. 66.12 zamawiający wymagał angiografii peryferyjnej z automatycznym przesuwem stołu pacjenta w zakresie minimum 205 cm bez repozycjonowania pacjenta i cewek, wymóg graniczny – tak - bez punktacji.
Izba oceniła dowody z ogłoszenia o zamówieniu Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z załącznikiem nr 2 do siwz –opis przedmiotu zamówienia, zaproszenia dotyczącego przetargu ograniczonego znak IFPS/73/07 Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu wraz z załącznikiem 1.1 do zaproszenia – graniczne wymagania techniczne dotyczące skanera, jako nie służące udowodnieniu tezy, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż z dowodów tych, poza wymaganiami zamawiających, nie wynikają jakiekolwiek parametry, jakie zostały zaproponowane przez odwołującego w zakresie natężenia pola magnetycznego.
Izba oceniła dowody z wyciągu z raportu nt 06006 National Health Service z marca 2006, wydruku ze strony internetowej Physikalisch – Technische Bundesanstalt, jako nie dowodzące tezy przystępującego o braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż pochodzą odpowiednio z 2006 i 2009, a nadto nie odnoszą się do modelu tomografu rezonansu magnetycznego, który odwołujący wskazał na rozprawie, jako model, który zamierza zaoferować.

**Izba zważyła, co następuje :**
Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

---

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia jako dostawca wielorzędowych rentgenowskich tomografów komputerowych oraz tomografów rezonansu magnetycznego, będących przedmiotem zamówienia, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i może ponieść szkodę w przypadku niemożliwości złożenia oferty w postępowaniu. W ocenie Izby przesłanka materialno prawna odwołania z art. 79 ust. 1 ustawy została wypełniona. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego,

że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie oferuje tomografów rezonansu magnetycznego 3T o natężeniu pola ≥ 3,0 T. Przede wszystkim Izba zauważa, że odwołujący twierdzi, iż wymóg zamawiającego postawiony w załączniku nr 6b i załączniku nr 5 do oferty w pkt 1 nie stanowi dla niego przeszkody z złożeniu oferty, gdyż oferuje tomografy rezonansu magnetycznego 3T. Dowody przedłożone przez przystępującego mające dowieść okoliczności przeciwnej nie są w ocenie Izby przekonywujące, gdyż Raport 06006 National Health Service w Wielkiej Brytanii pochodzi z marca 2006 i w raporcie tym zawarto zastrzeżenie, że dane podane w specyfikacji były prawidłowe w momencie oddania do druku (późniejsze aktualizacje lub nowsze wersje od producentów nie zostały uwzględnione). Tym samym przystępujący nie wykazał, że na dzień rozprawy odwołujący nie oferuje tomografu rezonansu magnetycznego (TRM) o natężeniu pola co najmniej 3,00 T. To samo dotyczy dowodu z wydruku ze strony internetowej Physikalisch – Technische Bundesnastalt, publikacja ta podaje jedynie datę instalacji urządzenia Siemens Verio tj. grudzień 2009r., natomiast nie odnosi się do tego jaka wersja tego urządzenia została zakupiona, czy był to sprzęt nowy czy używany. Pośrednio twierdzenia zamawiającego i przystępującego obala także dowód złożony przez przystępującego w postaci wyciągu z oferty odwołującego złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, gdzie odwołujący zaoferował TRM Magnetom Skyra i w wierszu 1.1 podał - tak, 3T, podczas, gdy tamtejszy zamawiający wymagał natężenia pola nie mniejszego niż 2,89 T. Można zatem wyciągnąć wniosek, że gdyby odwołujący rzeczywiście nie oferował natężenia pola co najmniej równego 3,0T, to wskazałby 2,89 T, a nie 3T. Izba uważa, że na etapie odwołania na treść siwz interes w uzyskaniu zamówienia powinien być analizowany przez pryzmat możliwych działań wykonawcy. Nie sposób bowiem odmówić wykonawcy interesu w uzyskaniu zamówienia, tylko z tego względu, że sam nie spełnia wymagań siwz, których odwołaniem nie kwestionuje. Dopóki nie zostanie złożona oferta, w rzeczywistości jest to okoliczność nie weryfikowalna, zwłaszcza wobec faktu, że wykonawca może wspólnie ubiegać się o zamówienie. Zatem potencjalnie w dacie wnoszenia odwołania może nie spełniać wszystkich wymagań, a spełniać je w chwili składania ofert oferują np. swój rentgenowski tomograf komputerowy i rezonans magnetyczny innego producenta. Odmówienie zatem prawa do wniesienia odwołania i zakwestionowania warunków uniemożliwiających złożenie oferty na planowanych przez odwołującego zasadach, byłoby pozbawieniem odwołującego prawa do kontroli postępowania i sprzeciwiałoby się zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając to na względzie Izba uznała, ze przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została przez

---

odwołującego wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Izba stwierdza, iż podziela w pełni stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2011r. sygn. akt KIO 79/11, KIO 89/11 i KIO 90/11, co do rozkładu ciężaru dowodowego na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy. Izba jednak nie podziela wniosku, jaki wysnuł z tego orzeczenia odwołujący na rozprawie. Uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, które obciąża odwołującego na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie oznacza, uchylenia ciążącego, co do zasady na odwołującym obowiązku dowodowego. Odwołujący na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Taki bowiem dowód mógłby być albo bardzo trudny do przeprowadzenia, albo wręcz niemożliwy. Udowodnienie utrudniania uczciwej konkurencji musiałoby się bowiem sprowadzać, do przedstawienia oferty rynkowej wszystkich producentów i dostawców, co najmniej z obszaru Unii Europejskiej i wykazania za pomocą dokumentacji technicznej, że wskazane w opisie przedmiotu zamówienia parametry czy wymagania techniczne nie spełnia żaden z potencjalnych wykonawców, poza jednym lub kilkoma wybranymi i preferowanymi przez zamawiającego. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia),

jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego została zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są odwołującemu znane i dla niego bez trudności dostępne. Dopiero takie uprawdopodobnienie otwiera drogę do przeniesienia na zamawiającego ciężaru dowodu przeciwnego, że nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden lub kilku wykonawców, których odwołujący wskazuje jako preferowanych, albo, że wprawdzie zamawiający preferuje określone rozwiązania techniczne czy technologiczne, ale ta preferencja znajduje usprawiedliwienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

Przechodząc zatem do poszczególnych wymagań zamawiającego kwestionowanych przez odwołującego Izba stwierdza, co następuje :

I. odnosząc się do kwestionowanych parametrów Tomografu Rezonansu Magnetycznego 3T :

Izba stwierdza, że wymogi zamawiającego postawione w pkt 28, 59 i 66.12 tj.

---

zakresu badania całego ciała na poziomie minimum 205 cm nie utrudniają odwołującemu możliwości złożenia oferty. Odwołujący w żaden bowiem sposób nie wykazał, że nie oferuje takiego zakresu badania i że maksymalnym zakresem jaki może być przez niego zaoferowany, to 196 cm. Izba w tym zakresie dała wiarę dowodowi przedstawionemu przez przystępującego tj. dowodowi z wyciągu z oferty odwołującego złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, gdzie odwołujący na stronie 12 załącznika nr 1 do oferty w pkt 5.5 zaproponował badanie dużych obszarów ciała na poziomie 205 cm, podczas, gdy tamtejszy zamawiający postawił wymóg minimalny na poziomie 190 cm. Izba nie dała zatem wiary twierdzeniom odwołującego, że wymogi z pkt 28, 59, 66.12 uniemożliwiają mu złożenie oferty. Nadto Izba zauważa, że sam odwołujący wbrew stanowisku wyrażonemu na rozprawie, nie uważał tego warunku w odwołaniu za wymóg odcinający, ale jedynie za utrudniający odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Izba zwróciła także uwagę na cenę zaoferowanego w postępowaniu Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku rezonansu i wbrew stanowisku odwołującego zajętym na rozprawie, cena ta nie odbiega znacząco od cen urządzeń tego typu oferowanych w innych postępowaniach przetargowych, które bywają przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Izba nie podzieliła także twierdzenia odwołującego, co do dyskryminującego charakteru wymogu opisanego przez zamawiającego w pkt 31 załącznika nr 6b do siwz i załącznika nr 5 do oferty. Odwołujący nie wykazał, że nie oferuje jednej wielokanałowej cewki do badania głowy i szyi ( neuro-vascular), umożliwiającej stosowanie akwizycji równoległych całego obiektu typu SENSE, iPAT, ASSET – zgodnie z nomenklaturą producenta) min. 16-kanałowej. Rozważania zatem odwołującego, co do przydatności klinicznej takiego rozwiązania są nietrafne. Izba bowiem stwierdza, że odwołujący swoich twierdzeń o nieoferowaniu takiego rozwiązania nie poparł jakimkolwiek dowodem, choćby w postaci wyciągu z dokumentacji technicznej, czy opracowania prasy specjalistycznej odnoszącej się do oferowanych przez odwołującego rozwiązań. Pomiędzy stronami nie było wprawdzie sporne, ze odwołujący oferuje w takim przypadku zestaw cewek, ale jednocześnie przystępujący przedstawił wiarygodny dowód z wyciągu z oferty odwołującego złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, gdzie odwołujący na stronie 5 załącznika nr 1 do oferty w pkt 4.6 zaproponował cewkę Head/Neck 20, umożliwiającą stosowanie akwizycji równoległych iPAT. Cewka ta przewyższa wymagania zamawiającego, co do ilości kanałów. Izba nie dała zatem wiary twierdzeniom odwołującego, że wymóg z pkt 31 uniemożliwia mu złożenie oferty. Nadto Izba zauważa, że sam odwołujący wbrew stanowisku wyrażonemu na rozprawie, nie uważał tego warunku w odwołaniu za wymóg odcinający, ale jedynie za utrudniający odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Izba uznała także za wiarygodne wyjaśnienia zamawiającego,

---

co do obiektywnych potrzeb dotyczących tego wymagania, tj. potrzeby obrazowania trudnych obszarów i ograniczania obrazu niediagnostycznego.

W odniesieniu do wymogu zamawiającego wskazanego w pkt 37 załącznika nr 6b do siwz i załącznika nr 5 do oferty, to Izba również uważa zarzut za nieuprawdopodobniony. Analogicznie jak w przypadku zarzutów poprzedzających, również w tym przypadku odwołujący nie wykazał, że nie jest w stanie zaoferować dedykowanej wielokanałowej cewki sztywnej do badania barku, min. 8 kanałowej. W tym zakresie Izba także uznała za wiarygodny dowód przystępującego z z wyciągu z oferty odwołującego złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku, gdzie odwołujący na stronie 9 załącznika nr 1 do oferty w pkt 4.18 zaproponował cewkę Schoulder 16, która spełnia wymagania zamawiającego. Tym samym wymóg postawiony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie uniemożliwia odwołującemu złożenia oferty.
Wymóg określony przez zamawiającego w pkt 43 załącznika nr 6 b do siwz i załącznika nr 5 do oferty dotyczący dedykowanej pediatrycznej wielosegmentowej (min. 8-elementowa) cewka do tułowia i serca do badania dzieci o masie do 15 kg, cewki dostarczonej z kołyską, umożliwiającą przenoszenie małego pacjenta oraz ustalenie położenia i umocowania dziecka (noworodków i niemowląt) min. 8-kanałowej Izba uznała za uzasadniony w świetle wymogu § 21 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. nr 51 poz. 265) , który wskazuje na wymóg wykonywania badań rentgenodiagnostycznych w przypadku niemowląt lub małych dzieci, przy ich unieruchomieniu przy użyciu bobiksu lub innego urządzenia spełniającego tę funkcję. Wymagana przez zamawiającego kołyska ma umożliwiać osiągnięcie tej funkcji poprzez wymóg ustalenia położenia i umocowania dziecka, natomiast odwołujący nie odniósł się do możliwości zaoferowania tej opcji w proponowanym przez odwołującego rozwiązaniu tj. inkubatorze dla dzieci o wadze do 4500 g. Izba uznała, ze wymóg zamawiającego jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami, w tym wynikającymi z przepisów prawa.

II. odnosząc się do kwestionowanych parametrów Wielorzędowego Rentgenowskiego Tomografu Komputerowego, Izba zauważa, że parametry kwestionowane przez odwołującego maja charakter parametrów granicznych, odcinających
Wymóg określony w pkt 2 i 49 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty dotyczący wymogu nienakładających się warstw, w ocenie Izby jest wymogiem utrudniającym uczciwą konkurencję. Zamawiający uzasadniając postawienie tego wymogu wskazał z jednej strony na wymóg ograniczania ilości napromieniowania przy diagnostyce małych pacjentów, co zamierza osiągnąć przez nienakładające się warstwy, a drugiej na postanowienia § 18 ust. 2 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania

---

promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. nr 51 poz. 265) Rozdział 4 Rentgenodiagnostyka. Jednakże w ocenie Izby zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że w sytuacji nakładania się warstw promieniowanie dla pacjenta rzeczywiście będzie wyższe niż w przypadku warstw nienakładających się. Izba uznała, ze poprzestanie w takim przypadku wyłącznie na twierdzeniach zamawiającego nie jest prawidłowe. Nadto Izba zauważa, że z powołanego przez zamawiającego rozporządzenia nie wynika zakaz nabywania rentgenowskich tomografów komputerowych oferujących warstwy nakładające się. Wymogi § 18 ust. 2 rozporządzenia dotyczą nie właściwości technicznych urządzeń, na których prowadzone jest badanie, ale sposobu wykonywania tych badań przez radiologa. Z tego względu argumentacja podniesiona przez zamawiającego nie została przez Izbę uznana za dostateczne wykazanie obiektywnych potrzeb zamawiającego. Okoliczność, iż odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty w tak postawionych wymaganiach została przyznana tak przez zamawiającego jak i przystępującego. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający naruszył w tym przypadku art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy i nakazała w sentencji orzeczenia dokonanie modyfikacji pkt 2 i 49 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty poprzez modyfikację pkt 2 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty poprzez dopuszczenie tomografu komputerowego całego ciała, minimum 128-rzędowy umożliwiający akwizycję min. 256 warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu (układów) lampa-detektor dla jednej

energii, a pkt 49 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty poprzez wykreślenie sformułowania „nienakładających się”.
Wymóg zawarty w pkt 7 i 50 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty dotyczący szerokości zespołu detektorów co najmniej 80 mm został przez zamawiającego wskazany w obiektywnym celu zwiększenia szybkości wszystkich badań i mniejszego narażenia. Izba dała także wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że wymóg ten pozwala na ochronę zdrowia pacjenta poprzez ograniczenie ilości znieczuleń a także daje możliwość oszczędności na kosztach tych znieczuleń. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom zamawiającego, co do awaryjności lamp i kosztów związanych z wymianą lamp, gdyż nie jest to oczywiste, a nie zostało przez zamawiającego poparte jakimkolwiek dowodem. Twierdzenia odwołującego, w tym zakresie odnosiły się jedynie do badań perfuzyjnych, a nie wszystkich badań, wobec powyższego odwołujący nie wykazał, że wymóg zamawiającego nie jest obiektywnie uzasadniony, zwłaszcza, że odwołujący podniósł wykonywanie badań perfuzyjnych za pomocą nawrotowych ruch€ stołu, a nie wykazał, ze tę technikę będzie stosował także w odniesieniu do innych badań. Ponadto Izba wzięła pod uwagę argumentację przystępującego, że badania wymagane dotyczą między innymi badań głowy, gdzie utrudnieniem dla pacjenta może być wykonywanie tego badania na ruchomym stole. Odwołujący nie przekonał Izby, że przedstawione wariantowe rozwiązanie oparte o

---

ruchomy stół jest rozwiązaniem równoważnym i z tego względu Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że wymóg postawiony przez zamawiającego w pkt 7 i 50 załącznika nr 6a i załącznika nr 4 do oferty utrudnia uczciwą konkurencję.
Wymóg zawarty w pkt 76 załącznika nr 6a do siwz i załącznika nr 4 do oferty poprzez został przez odwołującego błędnie zrozumiany, o czym świadczy uzasadnienie w odwołaniu, które odwołuje się do niezasadności wymogu przy prowadzeniu badań perfuzyjnych kości, podczas, gdy w wymogu specjalizowanego protokołu badań zamawiający wprost wskazał guzy, a więc nie tkanki zbite ale miękkie, które zamierza tym protokołem badać. Zatem twierdzenia odwołującego o niemożności złożenia oferty z powodu tego wymogu nie zostały uprawdopodobnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 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) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego rachunku, z ograniczeniem do maksymalnej wysokości określonej w rozporządzeniu (§ 5 ust. 2 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

**Przewodniczący:**
**……**