

WYROK
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Anna Packo

Protokolant: **Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej imienia doktora Kazimierza Hołogi ul. Poznańska 30, 64-300 Nowy Tomyśl** protestu z dnia **9 lipca 2009 r.**

przy udziale **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołoska 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 823 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia trzy złote zero groszy) przez **TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej imienia doktora Kazimierza Hołogi ul. Poznańska 30, 64-300 Nowy Tomyśl**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TMS Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę tomografu komputerowego z systemem RIS i PACS, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE Nr 2009/ S 122 -177692 z dnia 30.06.2009 r., umieszczonym na stronie internetowej zamawiającego w dniu 25.06.2009 r.), w dniu 9 lipca 2009 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez TMS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Przedmiotem protestu stały się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (SIWZ), zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej im. Dr Kazimierza Hołogi w Nowym Tomyślu, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220 poz.1420, Nr 227 poz. 1505 z 2009 Nr 19, poz. 101), tj. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 1 i 2 tej ustawy, a ponadto art. 5 K.c. przez:

- opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji – zawarcie w SIWZ parametrów granicznych uniemożliwiających odwołującemu złożenie oferty;
- opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, przez sformułowanie parametrów granicznych i ocenianych;
- czynienie przez zamawiającego ze swego prawa użytku sprzecznego z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem.

Odwołujący żądał dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie wszystkich kwestionowanych postanowień w sposób jemu umożliwiający złożenie oferty, względnie o unieważnienie postępowania i rozpisanie nowego przetargu.

Powołał się na uszczerbek interesu prawnego, polegający na niemożności uczestniczenia w postępowaniu oraz złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty.

Protestem odwołujący objął postanowienia załącznika nr 2 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych - granicznych,” część I-ą dotyczącą zespołu elementów składających się na tomograf komputerowy, które powinien posiadać i spełniać przedmiot zamówienia:

- poz. 3 oddzielne stanowiska operatorskie i diagnostyczne;
- poz. 40 należało podać dawkę (mGy) potrzebną do uzyskania zdolności niskokontrastowej - 5 mm dla 0,3 % (3HU) określonej dla skanu pełnego na całym fantomie 20 cm, dla warstwy 10 mm, napięcia 130 kV;
- poz. 13 odległość ognisko lampy detektor FSD cm;
- poz. 15 wielkość małego ogniska lampy;
- poz. 16 wielkość dużego ogniska lampy;
- poz. 92 specjalizowane, dedykowane tkankowo oprogramowanie do oceny perfuzji nerek;
- poz. 93 specjalizowane, dedykowane tkankowo oprogramowanie do oceny perfuzji trzustki;
- poz. 94 specjalizowane, dedykowane tkankowo oprogramowanie do oceny perfuzji śledziony;
- poz. 95 specjalizowane, dedykowane tkankowo oprogramowanie do oceny perfuzji guzów kości;
- poz. 96 specjalizowane, dedykowane tkankowo oprogramowanie do oceny perfuzji gruczołu krokowego;
- poz. 86 możliwość w pełni automatycznych pomiarów geometrii naczynia w płaszczyźnie prostopadłej do osi naczynia;
- poz. 107 oprogramowanie do automatycznej segmentacji w 3D zmian w wątrobie i węzłach chłonnych.

Na wezwanie zamawiającego umieszczone na stronie internetowej 10 lipca 2009 r., pismem z dnia 13 lipca 2009 r. do postępowania zainicjowanego protestem przystąpił wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z Warszawy, który wniósł o oddalenie protestu, uznając kwestionowane postanowienia SIWZ za prawidłowe.

Pismem z dnia 17 lipca 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez częściowe jego uwzględnienie.

Ad. poz. 3 zamawiający uwzględnił zarzuty częściowo przez dopuszczenie możliwości zaferowania przez wykonawcę dwóch niezależnych stanowisk pracy o różnych interfejsach obsługi i zmodyfikował SIWZ;

Ad. poz. 40 zamawiający uwzględnił zarzuty w całości i zmodyfikował SIWZ dopuścił podanie dawki (mGy) potrzebnej do uzyskania zdolności niskokontrastowej - 5 mm dla 0,3 % (3HU), określonej dla skanu pełnego na całym fantomie 20 cm, dla warstwy 10 mm, napięcia 120 lub 130 kV mierzonej w maksymalnym polu akwizycyjnym 50 cm;

Ad. poz. 13 zamawiający oddalił zarzuty protestu w całości podał, że nie zgadza się z twierdzeniem, iż parametr (poz. 13 odległość ognisko lampy detektor FSD cm) ma wątpliwy wpływ na redukcję dawki. Moc promieniowania maleje wraz z kwadratem odległości, dlatego też większa odległość między ogniskiem lampy, a detektorem wymaga wyemitowania promieniowania o większej mocy. Mniejsza odległość między tymi elementami sprawia, iż celem uzyskania obrazu diagnostycznego możliwe jest zredukowanie niezbędnej dawki wyemitowanego promieniowania, co ma wpływ na zdrowie pacjenta.

Ad poz. 15 i 16 zamawiający oddalił zarzuty, podał, że zgodnie ze znaną mu zasadą konstrukcji lamp RTG, mniejsze ognisko lampy decyduje o lepszej rozdzielczości i tym samym o lepszej jakości uzyskanych obrazów. Wymagany parametr pozwala na wybór tomografu zapewniającego lepszą jakość diagnostyczną.

Zamawiający oddalił zarzuty protestu w odniesieniu do pozycji: 92;93;94;95,96.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że na rynku produktów, takich jak stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, oferowanych jest wiele dedykowanych tkankowo, a więc specjalizowanych, oprogramowań do oceny perfuzji konkretnych narządów, które redukują błędy diagnostyczne, spowodowane ręcznym doborem rejonu referencyjnego. Sformułowania w tym zakresie uznał za w pełni zrozumiałe. Zaznaczył, iż brak któregokolwiek z wymienionych oprogramowań, nie pozbawia wykonawcy możliwości złożenia oferty, gdyż nie są to parametry bezwzględnie wymagane.

Ad. poz. 86 i 107 zamawiający uznał zarzuty protestu i zmodyfikował w tych pozycjach postanowienia SIWZ.

Pismem z dnia 24 lipca 2009 r. przesłanym drogą pocztową w dniu 27 lipca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zostało złożone odwołanie, w którym zarzuty w odniesieniu do poz. 13,15 i 16 załącznika nr 2 część I-a do SIWZ zostały podtrzymane. Odwołujący wniósł o wykreślenie parametrów, wymienionych w pozycjach 13,15 oraz 16 wymienionego załącznika.

W uzasadnieniu, odwołujący ponowił argumentację protestu. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, stwierdził, iż nie zostało podane, jakie względy użytkowe i diagnostyczne przemawiają za ocenianiem zakwestionowanych parametrów. Podkreślił brak korelacji między powierzchniami ognisk a dawką generowaną w trakcie badań, czy jakością uzyskiwanych obrazów itp. Zaznaczał, że tomografy komputerowe firmy Toshiba o największych powierzchniach ognisk lampy generują niższe dawki promieniowania, niezbędne do uzyskania wymaganej rozdzielczości niskokontrastowej. Mniejsza odległość FSD może służyć zmniejszeniu dawki, ale nie gwarantuje, że emitowana dawka w tomografie będzie najniższa. Na wielkość dawki ma wpływ wiele innych parametrów. Oceniana winna być wielkość dawki, a nie technologie służące jej obniżaniu. Suma punktów możliwych do otrzymania w wymienionych pozycjach 13,15 i 16 wynosi 20, podczas gdy wielkość dawki, jako naprawdę istotny parametr, wymieniony w poz. 40, oceniany jest tylko na 5 punktów. Zamawiający zamierza oceniać parametry, które mają charakter wyłącznie technologiczny i nie stanowią o wartości technicznej aparatu. Zamawiający nie podał żadnych przyczyn uzasadnionych, bądź nieuzasadnionych, jakie względy użytkowe przemawiają za ocenianiem zakwestionowanych parametrów. Oznacza to, że ocena punktowa wymienionych parametrów stanowi przejaw praktyk utrudniających uczciwą konkurencję i równego traktowania potencjalnych wykonawców. Odwołujący stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu mogą zostać potencjalnie zaoferowane modele tomografów, których wartości parametrów, wymienionych w punktach 13,15,16 i 40 zestawil, podając:

- Model New Bright Speed 16 Elite firmy GE Healthcare,

- poz. 13 odległość ognisko lampy detektor FSD cm; 94,9 cm (10 pkt)
- poz. 15 wielkość małego ogniska lampy; $0,6 \text{ mm} \times 0,7 \text{ mm} = 0,42 \text{ mm}^2$ (5 pkt)
- poz. 16 wielkość dużego ogniska lampy; $0,9 \text{ mm} \times 0,9 \text{ mm} = 0,81 \text{ mm}^2$ (5 pkt)
- poz. 40 należało podać dawkę (mGy) potrzebną do uzyskania zdolności niskokontrastowej - 5 mm dla 0,3 % (3HU) określonej dla skanu pełnego na całym fantomie 20 cm, dla warstwy 10 mm, napięcia 120 lub 130 kV, mierzonej w maksymalnym polu akwizycyjnym; 13,2 mGy (0 pkt), łącznie 20 pkt na 25 możliwych;

- Model Aquilion 16 firmy Toshiba Medical Systems Corporation

- poz. 13 odległość ognisko lampy - detektor FSD cm; 107,2 cm (0 pkt)
- poz. 15 wielkość małego ogniska lampy; $0,9 \text{ mm} \times 0,9 \text{ mm} = 0,72 \text{ mm}^2$ (0 pkt)
- poz. 16 wielkość dużego ogniska lampy; $1,6 \text{ mm} \times 1,4 \text{ mm} = 2,24 \text{ mm}^2$ (0 pkt)
- poz. 40 należało podać dawkę (mGy) potrzebną do uzyskania zdolności niskokontrastowej - 5 mm dla 0,3 % (3HU) określonej dla skanu pełnego na całym fantomie 20 cm, dla warstwy 10 mm, napięcia 120 lub 130 130 kV, mierzonej w maksymalnym polu akwizycyjnym; 8,9 (5 pkt), łącznie 5 pkt na 25 możliwych.

Tomograf New Bright Speed 16 Elite firmy GE Healthcare, generuje dawkę RTG potrzebną do uzyskania zdolności niskokontrastowej – 5 mm na poziomie 13,2 mGy, która jest większa o 4,4 mGy (o 49,4% od dawki RTG potrzebnej do uzyskania wspomnianej rozdzielczości przez tomograf Aquilion 16 firmy Toshiba Medical Systems Corporation). Podkreślił, iż reguły zachodzi potrzeba zwizualizowania w trakcie badania przy pomocy tomografu zmian o wiele mniejszych, tj. 3 - 4 mm.

W związku z koniecznością uzyskania zdolności niskokontrastowej rzędu 3 mm, wymienione tomografy emitują następujące dawki:

Aquilion 16 firmy Toshiba Medical Systems Corporation -13,4 mGy, skorygowaną na rozprawie do wartości 16,7 mGy;

Tomograf New Bright Speed 16 Elite firmy GE Healthcare – 37,2 mGy.

Tym samym dla uzyskania zdolności niskokontrastowej na poziomie 3 mm, dawka generowana w związku z badaniami pacjentów przez tomograf GE Healthcare jest aż o 23,8 mGy wyższa od dawki emitowanej przez tomograf odwołującego, po korekcie o 20,5 mGy. Odwołujący stwierdził, iż przez zaprezentowany sposób oceny ofert, zamawiający nie preferuje technologii służących obniżeniu dawki RTG i wbrew deklaracjom nie „ma na względzie zdrowia swoich pacjentów.” Zdaniem odwołującego przytoczone przez niego okoliczności, dowodzą faktu stosowania przez zamawiającego praktyki utrudniania uczciwej konkurencji i braku równego traktowania potencjalnych wykonawców.

Pismem z dnia 1 września 2009 r., przekazany stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego przystąpił GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., który podtrzymał stanowisko przedstawione w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp. Izba uznała również skuteczność przystąpienia do odwołania, ze strony GE Medical Systems Polska Sp. z o. o.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, informacji Wojewódzkiej Stacji Sanitarno - Epidemiologicznej w Gorzowie Wielkopolskim pod nazwą „Kontrola jakości w rentgenodiagnostyce,” zakresu szkoleń z testów specjalistycznych w radiologii na okoliczność przydatności kwestionowanych przez odwołującego cech tomografu w praktyce klinicznej i diagnostycznej, protestu z 06.08.2009 r. wniesionego przez odwołującego w postępowaniu na zakup tomografu komputerowego prowadzonym przez

ZOZ z siedzibą w Głogowie, specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniach na zakup tomografu komputerowego: dla Wojewódzkiego Szpitala Chirurgii Urazowej Św. Anny w Warszawie, dla Pleszewskiego Centrum Medycznego, NZOZ Szpitala w Puszczykowie, dla SPZOZ w Gostyniu, dla SPZOZ w Międzychodzie, ZOZ w Głogowie, na okoliczność, że zamawiający w innych postępowaniach na taki sam przedmiot zamówienia wyznaczają dla oceny technicznej aparatu identyczne parametry oceniane, jak podane w poz. 13,15,16 załącznika nr 2 część I do SIWZ, złożonego przez odwołującego wyciągu z dokumentacji dotyczącej parametrów technicznych aparatu Bright Speed Elite Selekt produkcji GE Medical Systems i aparatu tomografu komputerowego Aquilion 16 firmy Toshiba Systems Corporation, potwierdzające podane przez odwołującego dawki mGy, potrzebne do uzyskania rozdzielczości niskokontrastowej.

Izba nie zaliczyła w skład dowodów w sprawie: informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez SPZOZ w Gostyniu, informacji o aparatach RTG w zastosowaniach stomatologicznych, informacji podstawowych ze strony internetowej z zakresu elektroradiologii uznając, iż wymienione dowody nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, podtrzymanych w odwołaniu i na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Pierwotny termin składania ofert wyznaczony na 5 sierpnia 2009 r. i został przesunięty na dzień 11.09.2009 r.

Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ jako kryteria oceny ofert ustanowił:

- a) cenę brutto przedmiotu zamówienia, z przypisaną wagą – 80%,
- b) parametry techniczne, z wagą 20%.

W odniesieniu do kryterium oceny technicznej, zamawiający wyznaczył zarówno parametry niepunktowane, jak i punktowane, których zakresy oraz wartości punktowe za zaoferowane właściwości określa załącznik nr 2 do SIWZ. Wyliczenie punktacji w tym kryterium, ma następować według wzoru: suma punktów badanej oferty dzielona przez sumę punktów oferty, która uzyskała najwyższą punktację x 20% X100. Z kolei w załączniku nr 2 do SIWZ wymagane parametry techniczne przedmiotu zamówienia, w części I dotyczącej zespołu elementów składających się na tomograf komputerowy - zestawienie parametrów granicznych (generatora i lampy) zostały opisane jak niżej:

1. parametr, poz. 13 - należy podać w ofercie odległość ogniska lampy – detektor FSD cm – z oceną w tym podkryterium – najmniejsza wartość 10 pkt, największa 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie;
2. parametr, poz. 15 - należy podać wielkość małego ogniska lampy – z oceną w tym podkryterium - najmniejsza wartość 5 pkt, największa 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie;
3. parametr, poz. 16 - należy podać wielkość dużego ogniska lampy, z oceną w tym podkryterium, najmniejsza wartość 5 pkt, największa 0 pkt, pozostałe proporcjonalnie;

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Izba nie kwestionuje interesu prawnego odwołującego do wniesienia środków ochrony prawnej, w sytuacji gdy odwołujący utrzymywał, iż warunki ustalone w SIWZ naruszają zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i pozostają niezgodne z regułami równego traktowania wykonawców i z zapewnieniem przestrzegania uczciwej konkurencji.

Inną kwestią jest wykazanie dla skuteczności odwołania, że zarzucane naruszenia przepisów ustawy w odniesieniu do kwestionowanego opisu wymagań techniczno - eksploatacyjnych przedmiotu zamówienia w rzeczywistości nastąpiło, i to z takim skutkiem, iż interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia został co najmniej zagrożony i może doznać uszczerbku, o czym stanowi art. 29 ust. 2 Pzp.

Tomografy komputerowe, produkowane są między innymi przez firmy: Siemens, Philips, Hitachi, General Electric, Toshiba Medical Systems Corporation i oraz dystrybuowane przez cały szereg podmiotów.

Prawem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który w jak najpełniejszym zakresie odpowiada jego potrzebom. Zamawiający konstruując w tym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia posługiwał się danymi rynkowymi, danymi zamieszczonymi w specyfikacjach innych postępowań, literaturą fachową, opiniami radiologów, którzy obsługują aparaturę tomografu komputerowego. Producenci tomografów komputerowych oferują aparaty o zróżnicowanych właściwościach, zatem zestawienie parametrów technicznych – granicznych, obejmuje ponad 40 pozycji, z czego do dawki promieniowania oprócz poz. 13, odnoszą się również pozycje 11, 27, 40, które nie są kwestionowane. Opis w poz. 40 załącznika nr 2 część I zamówienia „zestawienie parametrów techniczno eksploatacyjnych” – granicznych zawiera podstawowe uwarunkowania dla określenia pochłanianej dawki promieniowania jonizującego (mGy), przy założeniu określonych zadanych, tj. potrzebnej do uzyskania zdolności niskokontrastowej – 5 mm dla 0,3 % (3HU), określonej dla skanu pełnego na całym fantomie 20 cm, dla warstwy 10 mm, napięcia 120 – 130 kV mierzonej w maksymalnym polu akwizycyjnym 50 cm.

W pozycjach 13,15 i 16 załącznika nr 2 część I-a do SIWZ podane są parametry dodatkowe generatora i lampy, wpływające na wysokość emitowanej dawki promieniowania, jak i na jakość otrzymywanych wyników badań diagnostycznych, pozwalające na dobranie aparatu tomografu, z uwzględnieniem całkowitej punktacji w kryterium „oceny technicznej,” w jak największym stopniu uwzględniającej możliwość zminimalizowania dawki promieniowania dla wykonania wyznaczonego zakresu badań i uzyskania wyników na optymalnym poziomie dokładności i jakości. Odwołujący posłużył się porównaniem tomografów wskazanych typów: Model Aquilion 16 firmy Toshiba Medical Systems Corporation oraz Model New Bright Speed 16 Elite firmy GE Healthcare i wyłącznie na tej podstawie wywodził wnioski o wyższości walorów techniczno – użytkowych oferowanego przez siebie aparatu. Stanowisko odwołującego, iż parametry oznaczone w poz. 13, 15 i 16 załącznika 2 część I SIWZ są zbędne, mają jedynie znaczenie technologiczne, nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym, który poświadcza, że przy zakupie aparatów tomografu komputerowego, zamawiający wymagają podania odległości ognisko lampy – detektor oraz wielkości małego i dużego ogniska lampy. Istotność tych parametrów potwierdza „kontrola jakości w rentgenodiagnostyce,” gdzie zaznaczono, iż duże ognisko lampy służy do badań rutynowych, natomiast małe do badań wymagających wysokiej rozdzielczości obrazu. Z zasad konstrukcji lamp RTG wiadomo, iż im mniejsze ogniska, tym lepsza rozdzielczość i jakość zdjęć. Testy specjalistyczne w radiologii stwierdzają, że wartości graniczne mierzonych wielkości ognisk lampy rentgenowskiej, zmieniają się w zależności od nominalnej wielkości ogniska. Odwołujący w postępowaniu prowadzonym przez ZOZ w Głogowie kwestionował identyczne parametry utrzymując, że uprzywilejowują one w punktacji firmę Siemens (model Somatom Emotion 16).

Zdaniem Izby, wykonawca nie jest uprawniony, aby narzucać zamawiającemu i dyktować jakie parametry ma on umieszczać w specyfikacji technicznej i w jaki sposób je oceniać, aby otrzymać produkt zaspakajający oczekiwania w jak najszerszym zakresie. Takie działanie wykonawcy prowadzi do próby ukształtowania warunków opisu przedmiotu zamówienia w sposób dogodny dla wykonawcy, dający jemu możliwość uwzględnienia w punktacji akurat takich parametrów i właściwości, którymi charakteryzuje się produkowany przez niego, czy dystrybuowany produkt. Środki ochrony prawnej przewidziane ustawą Prawo zamówień publicznych nie służą takim celom, aby kształtować opis przedmiotu zamówienia w sposób ukierunkowany na zwiększenie szans wyboru oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie. Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają zasady uczciwej konkurencji, natomiast nie wykazał tego w przedstawionym uzasadnieniu faktycznym, ani nie przedstawił dowodów na poparcie swego stanowiska w sposób, który mógłby co najmniej uprawdopodobnić zaistnienie zarzucanych okoliczności. Nie wykazał, że użyte sformułowania w podważanych

pozycjach opisu przedmiotu zamówienia są niepełne, niezrozumiałe, utrudniające lub uniemożliwiające złożenie oferty. Nie wykazał też, a nawet nie uprawdopodobnił, iż dokonany opis narusza art. 29 ust. 2 Pzp, postępuje się w całości parametrami zestawionymi z kart charakterystyki, możliwego do zidentyfikowania produktu i producenta, co sprawiałoby, że inni wykonawcy włącznie z odwołującym, mają zamkniętą drogę do uzyskania zamówienia. Odwołujący pominął okoliczność, iż sposób przyznawania punktacji jest proporcjonalny do podawanych w ofercie wielkości przy parametrach ocenianych, a więc w rzeczywistości przy złożeniu ofert przez więcej niż dwóch podanych przez niego wykonawców, punktacja w poz. 13,15 i 16 będzie musiała to uwzględniać. Stąd podane przez odwołującego wyliczenia punktacji, są nieadekwatne i nie dotyczą wielkości przyjmowanych przez zamawiającego do ustalenia parametrów porównywalnych ofert i ich oceny. Odwołujący dokonał wyliczenia dla innej warstwy badanej 3 mm, zamiast nie mniej niż 5 mm i dla tej wielkości wyliczył znaczne różnice w dawce promieniowania. Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia, może korzystać z pomocy jedynie niezależnych ekspertów i w żadnym wypadku nie powinien kierować się wskazówkami wykonawców, zainteresowanych złożeniem oferty, takimi jakich próbuje udzielać odwołujący. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, które w tym przypadku w oparciu o udzielone wyjaśnienia w rozstrzygnięciu protestu i przedstawione do protokołu rozprawy oraz w oparciu przedłożone dowody, Izba uznała za obiektywnie uzasadnione. Jedyne ograniczenia, jakie nakłada ustawa Prawo zamówień publicznych, stanowi nakaz prowadzenia postępowania, stwarzający wykonawcom równe warunki uczestnictwa, bez wyznaczania podmiotowych czy przedmiotowych preferencji, co jest równoznaczne z zachowaniem reguł wyznaczających uczciwą konkurencję. Izba nie stwierdziła, aby zamawiający, przez kwestionowany opis naruszył postanowienia art. 29 ust. 2 Pzp. Mimo, że odwołujący jako przedstawiciel producenta tego rodzaju aparatów, posiada szeroką wiedzę na temat ich budowy i zastosowania, możliwości obrazowania, to w żadnym wypadku nie jest uprawniony do twierdzeń, że zamawiający źle ocenia swoje potrzeby i winien je zmienić w taki sposób, jak żąda tego wykonawca zainteresowany złożeniem oferty. Tego rodzaju zarzuty i związane z tym żądania nie mogą stanowić podstawy skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej. Opis przedmiotu zamówienia, i ustalony sposób oceny ofert w odniesieniu do wymaganych parametrów technicznych, który nie narusza równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz stanowi odbicie rzeczywistych i usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, jest suwerenną decyzją zamawiającego, którego wykonawca nie ma postaw kwestionować. Celowość zakupu określonego urządzenia, potrzebnego w działalności zamawiającego, charakteryzującego się oznaczonymi właściwościami, w żaden sposób nie ingeruje w sferę chronionych interesów prawnych wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty. Dyrektywa Rady UE 97/43 w

sprawie ochrony zdrowia osób fizycznych przed niebezpieczeństwem wynikającym z promieniowania jonizującego związanego z badaniami medycznymi, wdrożona do krajowego porządku prawnego, w art. 4 nakazuje w odniesieniu do każdego narażenia na działanie promieniowania jonizującego w celach medycznych planowanie odrębnie dla każdego przypadku, biorąc pod uwagę, że dawki dla miejsc i tkanek niedocelowych są tak niskie, jak jest to racjonalnie osiągalne. Proces optymalizacji obejmuje wybór sprzętu, spójnego tworzenia informacji diagnostycznych lub wyników leczenia, kontrolę aspektów praktycznych, zapewnienie jakości, oraz ocenę i obliczanie dawek dla pacjenta i zarządzanie działaniami. Parametry techniczne badań rentgenodiagnostycznych, wymienione w załączniku nr 7 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz. U. Nr 194, poz. 1625), wprost obejmują w odniesieniu do rodzaju badania zróżnicowane wielkości ogniska lampy i odległości ognisko lampy – kasety.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe wskazuje, że zamawiający konstruując opis przedmiotu zamówienia nie działał w celu ograniczenia konkurencji. Nie zostały przedstawione dowody wskazujące na takie ograniczenie. Próba wywarcia wpływu na treść opisu przedmiotu zamówienia i sposobu oceny niezbędnych właściwości technicznych aparatu, przez żądanie aby zamawiający pominął cele, którym mają służyć parametry podane w poz. 13, 15 i 16 wykazu według załącznika 2 część I do SIWZ, nie znajduje uzasadnienia. Argumenty odwołującego nie mogą stanowić podstawy do zmiany treści SIWZ, w żądany sposób. Tym samym Izba uznaje, że zarzucane naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych nie nastąpiło.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Z tytułu uzasadnionych kosztów zamawiającego, zastępstwa przez pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę, Izba przyznała kwotę łączną 3 823,00 zł. w oparciu o złożone rachunki, na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....