

Sygn. akt: KIO 464/12

WYROK
z dnia 23 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez wykonawcę **Nucmed sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy we Wrześni sp. z o.o. we Wrześni**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Dismed sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Nucmed sp. z o.o. w Warszawie i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nucmed sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Nucmed sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Szpitala Powiatowego we Wrześni sp. z o.o. we Wrześni** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Szpital Powiatowy we Wrześni sp. z o.o. we Wrześni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „zakup, dostawa i montaż sprzętu i aparatury medycznej dla Szpitala Powiatowego we Wrześni w wyniku realizacji projektu – Podniesienie jakości opieki medycznej w regionie poprzez rozbudowę Szpitala Powiatowego we Wrześni sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 29 lutego 2012 r. nr 2012/S 41-066612. W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) opisu przedmiotu zamówienia wykonawca Nucmed sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 9 marca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i w konsekwencji narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zasada uczciwej konkurencji wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oznacza, że przygotowanie jak i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, nie może polegać w szczególności na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego pakietu I – tomograf komputerowy, odnosząc się do postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ, punkt C3 - *Minimalne napięcie lampy rtg używane w protokołach klinicznych: ≤80 kV*, odwołujący

domagał się jego modyfikacji do poziomu: $\leq 90 \text{ kV}$. Wskazał, iż określenie wymogu minimalnego napięcia na poziomie $\leq 80 \text{ kV}$ eliminuje możliwość zaoferowania aparatów 16-rzędowych firmy Philips (objętych ofertą odwołującego), tomografów o minimalnym napięciu lampy rtg 90 kV . Nadmieniał, że w przypadku napięcia anodowego 80 kV (dopuszczonego przez zamawiającego) generowane jest głównie miękkie, niskoenergetyczne promieniowanie rtg. Takie promieniowanie w większości jest absorbowane przez pacjenta, co skutkuje bardzo wysoką dawką pochłoniętą przez pacjenta, oraz zmienia swój kierunek podczas przejścia przez ciało pacjenta, powodując zwiększenie poziomu szumów, a w konsekwencji gorszą jakość obrazu. W przypadku badań wymagających niskiej dawki (np. w protokołach pediatrycznych) szpitale rozwiniętych krajów Unii Europejskiej żądają dostawy systemów z możliwością pracy przy napięciu anodowym $90 - 100 \text{ kV}$, używanego jednocześnie z mocną filtracją promieniowania niskoenergetycznego. Generowane przy tym napięciu promieniowanie, przy dodatkowej filtracji, przenika przez ciało pacjenta prostoliniowo, nie powodując dużej akumulacji dawki. Takie rozwiązanie stosowane jest w nowoczesnych tomografach komputerowych firmy Philips, które mimo zalety we wskazanym zakresie nie mogą być przedmiotem oferty z uwagi na wymóg zamawiającego.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ, *punkt D4 - Grubość najcieńszej warstwy (dla jednoczesnej akwizycji min. 16 warstw): $\leq 0,65 \text{ mm}$* , odwołujący domagał się jego modyfikacji na: $\leq 0,75 \text{ mm}$. Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ, *punkt C12 - Wartość minimalnej kolimacji przy akwizycji danych w odniesieniu do i z centrum dla skanowania min 16 – warstwowego: $\leq 0,65 \text{ [mm]}$* , odwołujący domagał się jego modyfikacji na: $\leq 0,75 \text{ mm}$. Wskazał, że tak niewielka zmiana grubości pozostaje bez wpływu na jakość diagnostyczną wykonywanych badań, a jednocześnie zwiększa szybkość wykonywanych badań i pozwala na zmniejszenie dawki promieniowania w trakcie badania.

Odnosząc się do postanowienia załącznika nr 1 do SIWZ, *punkt E2 - Rozdzielczość niskokontrastowa przy różnicy gęstości 3 HU określona dla najkrótszego skanu pełnego zmierzona na fantomie CATHPAN o średnicy 20 cm dla napięcia $\geq 110 \text{ kV}$ dla warstwy 10mm, przy dawce nie większej niż 16 mGy*, odwołujący domagał się jego modyfikacji na: *przy dawce nie większej niż 19 mGy*. Odwołujący wskazał, że oferowany aparat 16-rzędowy firmy Philips charakteryzuje się szerszym pokryciem pacjenta w osi Z w stosunku do innych tomografów 16-rzędowych. Rekompensuje to w zupełności niewielką różnicę w dawce, przy której oferowany przez odwołującego tomograf uzyskuje wymaganą rozdzielczość niskokontrastową. Dzięki temu dawka, którą otrzymuje pacjent w czasie całego badania jest w istocie niższa w porównaniu z aparatami o mniejszym pokryciu.

W zakresie pakietu II - *Aparat RTG z zawieszeniem sufitowym z dwoma detektorami*, odnosząc się do postanowienia *Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt B1 - Zmotoryzowane ruchy*

kolumny min: ruch wzdłużny, ruch pionowy, obrót lampy, odwołujący domagał się zmiany poprzez *dopuszczenie w zakresie ruchu wzdłużnego manualnego przesuw kolumn*. Odwołujący wywodził, iż przesuw manualny poprzedza ręczne zwolnienie hamulca, co pozwala operatorowi wykonać nie tylko ruch wzdłużny, ale również ruchy kolumny praktycznie we wszystkich kierunkach. Tego typu rozwiązanie w przeciwieństwie do rozwiązania zmotoryzowanego pozwala w sposób bardzo szybki i wygodny wykonać wszystkie niezbędne projekcje badań rtg.

Odnosząc się do postanowienia *Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt B10 - Cyfrowy wyświetlacz LCD z informacją o parametrach: kod lampy, SID* odwołujący domagał się wykreślenia wymogu: *cyfrowe wyświetlenie kodu lampy*. Podniósł, że zamawiający nie sprecyzował co dokładnie oznacza kod lampy, a nadto tego typu informacje są zbędne do wykonywania badań rtg.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wykonawcy TMS sp. z o.o. z 6 marca 2012 r., odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z 9 marca 2012 r., odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 469/12, postanowienie Izby z dnia 21 marca 2012 wydane w sprawie o sygn. akt KIO 469/12, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, w pakiecie I – tomograf komputerowy, opisując przedmiot zamówienia, wskazał m.in. na następujące wymagania:

- a) punkt C3 - *Minimalne napięcie lampy rtg używane w protokołach klinicznych: ≤ 80 [kV],*
- b) punkt D4 - *Grubość najcieńszej warstwy (dla jednoczesnej akwizycji min. 16 warstw): $\leq 0,65$ [mm],*
- c) punkt C12 - *Wartość minimalnej kolimacji przy akwizycji danych w odniesieniu do i z centrum dla skanowania min 16 - warstwowego [mm]: $\leq 0,65$ [mm],*
- d) punkt E2 - *Rozdzielczość niskokontrastowa przy różnicy gęstości 3 HU określona dla najkrótszego skanu pełnego zmierzona na fantomie CATHPAN o średnicy 20 cm dla napięcia ≥ 110 kV dla warstwy 10mm, przy dawce nie większej niż 16mGy.*

Ustalono ponadto, że w załączniku nr 1 do SIWZ, w pakiecie II - *Aparat RTG z zawieszeniem sufitowym z dwoma detektorami*, opisując przedmiot zamówienia, zamawiający wskazał m.in. na następujące wymagania:

- a) punkt B1 „*Zmotoryzowane ruchy kolumny min: ruch wzdłużny, ruch pionowy, obrót lampy*”,
- b) punkt B10 „*Cyfrowy wyświetlacz LCD z informacją o parametrach: kod lampy, SID*”.

Ustalono również, iż zamawiający w dniu 9 marca 2012 r. udzielił następujących wyjaśnień dotyczących treści SIWZ:

- a) odpowiadając na pytanie dot. punktu B1, w pakiecie II, o treści: „Czy Zamawiający dopuści rozwiązanie polegające na ręcznym wzdłużnym przesuwie kolumny lampy, co pozwoli firmie Philips złożyć ważną ofertę?” udzielił odpowiedzi twierdzącej,
- b) odpowiadając na pytanie dotyczące punktu B10, pakietu II, o treści: „Czy Zamawiający poprawi omyłkę pisarską zmieniając opis parametru granicznego w następujący sposób: <Cyfrowy wyświetlacz LCD z informacją o parametrach: kąt lampy, SID>?” udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą

konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności poczyniła ustalenia dotyczące rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w pakiecie I jest dostawa minimum 16-rzędowego tomografu komputerowego. Izba uznała za udowodnione twierdzenie odwołującego, że specyfika rynku przedmiotowych zamówień, przedstawia się w taki sposób, iż oferowane są produkty czterech producentów, tj. Siemens, Toshiba, General Electric i Philips, a więc jest to rynek relatywnie ograniczony. Ze stanowiskiem odwołującego zgodził się zamawiający jak i obaj przystępujący.

Izba stwierdziła, że przy utrzymaniu kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ, niepodlegające odrzuceniu oferty mogą złożyć wykonawcy oferujący tomografy komputerowe firm General Electric i Siemens. Przystępujący GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie, oferujący urządzenia firmy General Electric, popierał stanowisko zamawiającego w rozpatrywanej sprawie. Nie wniósł własnego odwołania wobec postanowień SIWZ, a zatem może złożyć niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Natomiast wskutek postanowienia z 21 marca 2012 r. wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 469/12 zamawiający obowiązany będzie wykonać żądania wskazane w odwołaniu firmy ADO-MED sp. z o.o. w Świętochłowicach. W efekcie również wykonawca ADO-MED sp. z o.o., oferujący jak wynika z treści jego odwołania aparaty firmy Siemens, będzie w stanie złożyć ważną ofertę.

Izba nie uznała natomiast za udowodnione twierdzenia odwołującego, że przy utrzymaniu kwestionowanych parametrów niepodlegającej odrzuceniu oferty nie może złożyć wykonawca oferujący tomograf komputerowy firmy Toshiba. Okoliczność tę poddał w wątpliwość zamawiający jak i przystępujący GE Medical Systems Polska sp. z o.o. w Warszawie. W tej sytuacji, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czego nie uczynił (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Odwołujący

niemożliwość złożenia oferty przez wykonawcę oferującego aparat firmy Toshiba wywodził z tego, że zamawiający w trakcie postępowania nie zmodyfikował opisu przedmiotu zamówienia w sposób wnioskowany przez wykonawcę TMS sp. z o.o. w Warszawie, który zamierzał zaferować urządzenie Toshiba. Jednakże analiza pytań zadanych przez wykonawcę TMS sp. z o.o. w dniu 6 marca 2012 r. i odpowiedzi zamawiającego z dnia 9 marca 2012 r. nie potwierdziła twierdzenia odwołującego. Zamawiający rzeczywiście odmówił uwzględnienia większości sugerowanych przez tego wykonawcę zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże w swych pytaniach wykonawca TMS sp. z o.o. jedynie w odniesieniu do punktu H.5 załącznika nr 1 do SIWZ (*wymóg identycznej obsługi konsoli operatorskiej i konsoli lekarskiej w zakresie wspólnych funkcji postprocessingowych*) wskazał wyraźnie, że postanowienie to uniemożliwia mu zaferowanie któregośkolwiek z tomografów komputerowych produkcji firmy Toshiba. Zamawiający 9 marca 2012 r. zmodyfikował jednak postanowienie pkt H.5 w sposób wnioskowany przez firmę TMS sp. z o.o. w Warszawie. Wykonawca TMS sp. z o.o. w Warszawie nie skorzystał z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do pozostałych postanowień SIWZ. Jednocześnie co do tych postanowień SIWZ wykonawca TMS nie wypowiedział się kategorycznie tak jak w przypadku postanowienia H5, pakietu I, załącznika nr 1 do SIWZ. Zatem odmowa uwzględnienia innych zmian w zakresie przedmiotu zamówienia nie musi oznaczać niemożliwości zaferowania tomografu komputerowego firmy Toshiba, a jedynie sprawiać, że opis przedmiotu zamówienia jest mniej wygodny dla firmy TMS sp. z o.o. w Warszawie. Odwołujący mógł wykazać sporną okoliczność dowolnym środkiem dowodowym, czemu jednak nie sprostał.

Izba uznała natomiast za udowodnione, że przy utrzymaniu kwestionowanych parametrów przedmiotu zamówienia odwołujący nie może zaferować żadnego z 16-rzędowych tomografów komputerowych produkowanych przez firmę Philips. Powyższe ustalono w oparciu o złożoną na rozprawie przez odwołującego kartę katalogową tomografu komputerowego Brillance firmy Philips oraz oświadczenie odwołującego, któremu nie zaprzeczył ani zamawiający ani żaden z przystępujących.

Izba stwierdziła równocześnie, że pomimo to odwołujący ma możliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty. Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem zamówienia jest dostawa tomografu komputerowego minimum 16-rzędowego, a zatem wykonawcy mogą w postępowaniu zaferować tomograf o wyższej rzędowości. Odwołujący posiada w swojej ofercie handlowej tomografy komputerowe firmy Philips o wyższej rzędowości spełniające kwestionowane wymogi zamawiającego. Powyższe ustalono na podstawie wyjaśnienia odwołującego złożonego w trakcie rozprawy, czemu nie zaprzeczył zamawiający ani żaden z przystępujących.

Zatem już w oparciu o powyższe można było stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego nie prowadził do wyłączenia ani nawet znaczącego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Jednakże pomimo to Izba zbadała również, czy kwestionowane parametry techniczne urządzenia znajdują uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

1. Załącznik nr 1 do SIWZ, punkt C3 - Minimalne napięcie lampy rtg używane w protokołach klinicznych: ≤ 80 kV.

Odwołujący wywodził, że w przypadku badań wymagających niskiej dawki (np. w protokołach pediatrycznych) szpitale rozwiniętych krajów Unii Europejskiej żądają dostawy systemów z możliwością pracy przy napięciu anodowym 90-100 kV, używanego jednocześnie z mocną filtracją promieniowania niskoenergetycznego. Jest to rozwiązanie stosowane jest w tomografach komputerowych firmy Philips. Domagał się modyfikacji parametru *Minimalne napięcie lampy rtg używane w protokołach klinicznych* do poziomu ≤ 90 kV. Powołując się na oświadczenie użytkownika 16 rzędowego tomografu komputerowego Brilliance 16, NZOZ Diagnostyka sp. z o.o. w Kutnie z dnia 20 marca 2012 r., złożone w trakcie rozprawy wywodził, że badania pediatryczne mogą być wykonywane tym urządzeniem, zaś ich jakość nie budzi wątpliwości.

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, iż utrzymanie parametru *minimalne napięcie lampy rtg używane w protokołach klinicznych na poziomie* na poziomie ≤ 80 kV jest dla niego istotne. Zamawiający posiada bowiem oddział pediatryczny i zamawianym urządzeniem zamierza wykonywać badania pediatryczne wymagające niskiej dawki. Nadto w ocenie zamawiającego korzystniejszym jest zastosowanie aparatu z napięciem 80 kV bez filtra niż 90 kV, nawet z filtracją, gdyż promieniowanie przy niższym napięciu jest mniej energetyczne i mniej uszkodzające.

Izba oceniając stanowiska stron co do znaczenia zakwestionowanego parametru technicznego dla potrzeb zamawiającego jakie mają być zaspokojone w wyniku dostawy urządzenia stwierdziła, że były one sprzeczne. W tej sytuacji odwołujący winien wykazać sporną okoliczność, tj. że niekorzystne skutki wynikające ze stosowania aparatu z napięciem 90 kV w stosunku do napięcia 80 kV są niwelowane przez stosowane w urządzeniach Philips filtry.

Odwołujący nie wykazał swojego twierdzenia, że użycie tomografów komputerowych Philips z możliwością pracy przy napięciu anodowym 90kV, używanych jednocześnie z mocną filtracją promieniowania niskoenergetycznego zapewni porównywalne efekty jak tomografu komputerowego z napięciem 80 kV. Nie wykazał, że niekorzystne skutki wynikające ze stosowania aparatu z napięciem 90 kV w stosunku do napięcia 80 kV przy

badaniach pediatrycznych są niwelowane przez stosowane w urządzeniach Philips filtry. Odwołujący złożył wprawdzie w trakcie rozprawy broszury obrazujące niektóre cechy techniczne 16 rzędowych tomografów komputerowych Philips Brilliance 16, GE BrightSpeed 16, Siemens Emotion 16, a także sporządzone przez siebie tabelaryczne zestawienie niektórych parametrów, jednakże nie wskazał w ich treści podnoszonej przez siebie okoliczności. Za wystarczające z tego punktu widzenia nie mogło być też uznane stanowisko jednego z użytkowników tomografu Philips Brilliance 16.

Nie udowodniono zatem, że potrzeba wykonywania badań pediatrycznych aparatem generującym jak najniższe dawki promieniowania była pozbawiona znaczenia dla zamawiającego, a w konsekwencji, że postanowienie SIWZ odnoszące się do cechy technicznej urządzenia zostało obliczone jedynie na chęć eliminacji 16 rzędowych tomografów komputerowych firmy Philips.

2. Załącznik nr 1 do SIWZ, pakiet I, punkt D4 - Grubość najcieńszej warstwy (dla jednoczesnej akwizycji min. 16 warstw): $\leq 0,65$ [mm], załącznik nr 1 do SIWZ, pakiet I, punkt C12 - Wartość minimalnej kolimacji przy akwizycji danych w odniesieniu do i z centrum dla skanowania min 16 - warstwowego [mm]: $\leq 0,65$ [mm]

Odwołujący w treści odwołania domagał się zwiększenia obu parametrów do poziomu $\leq 0,75$ mm. Wywodził, że niewielka zmiana grubości najcieńszej warstwy dla jednoczesnej akwizycji min. 16 warstw pozostaje bez wpływu na jakość diagnostyczną wykonywanych badań, a jednocześnie zwiększa szybkość wykonywanych badań i pozwala na zmniejszenie dawki promieniowania w trakcie badania. W trakcie rozprawy wskazał ponadto, że zamawiany tomograf 16 rzędowy nie będzie wykorzystywany do badań kardiologicznych, będzie on rutynowo pracował w zakresie od 3 do 5 mm, brak jest więc uzasadnienia dla utrzymania kwestionowanego parametru na poziomie wymaganym przez zamawiającego.

Twierdzeniu odwołującego zaprzeczył zamawiający. Wywodził on bowiem, że odwołujący domaga się zwiększenia grubości najcieńszej warstwy (dla jednoczesnej akwizycji min. 16 warstw) o ok. 20%, a więc jest to zmiana znaczna. Ponadto zdaniem zamawiającego istnieje zależność, że im cieńsza warstwa obrazowania tym lepszy efekt kliniczny. Posiadanie urządzenia z wymaganym parametrem pozwoli zatem zamawiającemu dokładniej obrazować zmiany w badanym obszarze. Ma to istotne znaczenie szczególnie w angiografii, badaniach perfuzyjnych, jak również pozwoli precyzyjniej diagnozować niewielkie zmiany nowotworowe rzędu 1 – 2 mm. Podniósł, iż w jego ocenie do wykrycia zmian takiej wielkości konieczne są warstwy rzędu 0,6 - 0,625 mm. Podkreślił, że badania te zamawiający zamierza wykonywać zamawianym aparatem i że są to badania standardowo wykonywane w jego szpitalu.

Z kolei przystępujący GE Medical Systems Polska sp. z o.o. podniósł, że z treści SIWZ wynika, że aparatem będą wykonywane badania naczyniowe, śródmiąższowe, badania ściany żołądka, a więc badania wymagające cieńszych warstw. Badania zostały wymienione przez zamawiającego w załączniku nr 1, w pkt I SIWZ. Urządzenie nie będzie zatem wykorzystywane wyłącznie przy badaniach kardiologicznych.

Stanowiska odwołującego i zamawiającego były sprzeczne. W tej sytuacji odwołujący powinien wykazać sporną okoliczność zgodnie ze swoim twierdzeniem jakimkolwiek środkiem dowodowym. Kwestia czy różnica grubości warstwy na poziomie 20 % jest niewielka czy też nie, miała charakter ocenny. Istotniejszym było znaczenie zmiany tej grubości. Odwołujący utrzymywał bowiem brak wpływu na jakość diagnostyczną badań, zaś zamawiający wskazał na korzyści jakie przyniesie mu korzystanie z aparatu z cieńszą warstwą, wymieniając konkretne rodzaje badań, przy których zaskarżona cecha techniczna będzie mu przydatna. Okoliczność, że aparat nie będzie wykorzystywany do badań kardiologicznych również nie okazała się w tej sytuacji decydująca, skoro zamawiający wymienił inne rodzaje badań, przy których grubość najcieńszej warstwy ma dla niego znaczenie. Wreszcie na to, że wymienione przez zamawiającego badania będą w rzeczywistości wykonywane wskazywały postanowienia pkt I załącznika nr 1 do SIWZ. Zaś okoliczność, że wedle twierdzeń odwołującego rutynowo będą wykonywane badania przy zastosowaniu grubszych warstw, nie oznaczała że zamawiający nie może chcieć zapewnić sobie urządzenia którym będą wykonywane badania rzadsze. Nie udowodniono zatem, że potrzeba wykonywania badań tomografem cechującym się grubością najcieńszej warstwy (dla jednoczesnej akwizycji min. 16 warstw) na poziomie $\leq 0,65$ mm, była pozbawiona znaczenia dla zamawiającego, a w konsekwencji, że postanowienie zostało obliczone na chęć eliminacji 16 rzędowych tomografów komputerowych firmy Philips.

3. Załącznik nr 1 do SIWZ, pakiet I, punkt E2 - Rozdzielczość niskokontrastowa przy różnicy gęstości 3 HU określona dla najkrótszego skanu pełnego zmierzona na fantomie CATHPAN o średnicy 20 cm dla napięcia ≥ 110 kV dla warstwy 10mm, przy dawce nie większej niż 16mGy.

Odwołujący domagał się zwiększenia dawki, przy której urządzenie uzyskuje wymaganą rozdzielczość niskokontrastową do poziomu 19 mGy. Wywodził, że aparat 16-rzędowy firmy Philips charakteryzuje się szerszym pokryciem pacjenta w osi Z w stosunku do innych tomografów 16-rzędowych. W jego ocenie rekompensuje to niewielką różnicę w dawce, przy której oferowany przez niego tomograf uzyskuje wymaganą rozdzielczość niskokontrastową. Dzięki temu dawka, którą otrzymuje pacjent w czasie całego badania jest w istocie niższa w porównaniu z aparatami o mniejszym pokryciu. Na rozprawie odwołujący

dotychczas podnosił, że pomiaru tego dokonuje się w sposób subiektywny, albowiem odbywa się on przy udziale reprezentatywnej grupy radiologów. Wskazał, że w przypadku aparatu Philips pomiar ten dokonywany jest na dużej grupie reprezentatywnej.

Zamawiający z kolei podnosił, że zakwestionowane wymaganie jest dla niego istotne, sprowadza się do tego aby większa grupa radiologów dawała właściwe rozpoznanie w określonych w parametrze okolicznościach.

Zaś przystępujący GE wywodził, że parametr został przez zamawiającego określony precyzyjnie, nie ma on charakteru wyłącznie subiektywnego i jest często stosowany w opisie przedmiotu zamówienia na tomografy komputerowe. Zwrócił uwagę na sprzeczność w stanowisku odwołującego, który z jednej strony powoływał się na to, że tomografy 16-rzędowe firmy Philips cechują się lepszą rozdzielczością przy niższej dawce promieniowania, jednakże w przypadku parametru E2 w celu uzyskania wymaganej rozdzielczości niskokontrastowej wnosił o zwiększenie dopuszczalnej dawki.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał swego twierdzenia, że 16-rzędowe tomografy komputerowe firmy Philips cechują się szerszym pokryciem pacjenta w osi Z w stosunku do innych tomografów 16-rzędowych, jak również czy i w jaki sposób ta okoliczność miałaby rekompensować większą dawkę jaką uzyskuje urządzenie przy określonej przez zamawiającego rozdzielczości niskokontrastowej. Nie wskazał aby twierdzenie to wynikało z kart katalogowych 16-rzędowych tomografów komputerowych Philips Brilliance 16, GE BrightSpeed 16, Siemens Emotion 16, złożonych przez niego na rozprawie. Ponadto, jeśli powoływał się na okoliczność, że w przypadku tomografów Philips pomiar dokonywany jest przy udziale bardziej reprezentatywnej liczby radiologów, to również powinien tę okoliczność wykazać, czego jednak nie uczynił.

Izba stwierdziła, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarcza wprowadzenie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o

słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Wobec niewykazania okoliczności przeciwnej, kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ znajdowały uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i nie zostały uznane jako działanie wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, które naruszałoby art. 29 ust. 2 lub art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto biorąc pod uwagę sytuację na badanym rynku nie wyłączały ani nie ograniczały znacząco konkurencji. Spośród czterech obecnych na rynku producentów urządzeń, wymogi zamawiającego mogli spełnić wykonawcy oferujący produkty co najmniej trzech producentów, a nawet odwołujący, choć musiałby zaoferować tomograf komputerowy niekonkurencyjny cenowo.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego postanowienia pkt B1 i B10, pakietu II, załącznika nr 1 do SIWZ albowiem odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, iż ogranicza zarzuty przedstawione w odwołaniu w ten sposób, iż nie podtrzymuje zarzutów dotyczących ww. postanowień.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: