

Sygn. akt: KIO 1724/12

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 sierpnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce, w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ośrodek Profilaktyki i Epidemiologii Nowotworów z siedzibą w Poznaniu, ul. Kazimierza Wielkiego 24/26**

przy udziale wykonawcy **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1724/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w całości

2. kosztami postępowania obciąża FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce, w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178 i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce, w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178 z tytułu wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od FUJIFILM Europe GmbH Oddział w Polsce, w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178 na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ośrodka Profilaktyki i Epidemiologii Nowotworów z siedzibą w Poznaniu, ul. Kazimierza Wielkiego 24/26 kwotę 3591 złotych 60 groszy (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę mammografu cyfrowego dla OPEN w systemie ratalnym zostało wszczęte przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ośrodek Profilaktyki i Epidemiologii Nowotworów z siedzibą w Poznaniu, ul. Kazimierza Wielkiego 24/26 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2012r. za numerem 2012/S 125-206945.

W dniu 1 sierpnia 2012r. w wykonaniu uwzględnionego w całości odwołania FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178 z dnia 13 lipca 2012r. zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto tego dnia zamawiający zamieścił na swojej stronie odpowiedź na pytania wykonawców nr 4.

Na treść zmodyfikowanej odpowiedzi nr 4 siwz wniósł odwołanie FUJIFILM Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce w Warszawie, Al. Jerozolimskie 178 (dalej odwołujący) w dniu 10 sierpnia 2012r. na piśmie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione faworyzowanie przestarzałych rozwiązań, dyskryminując przy tym istotne, nowoczesne rozwiązania techniczne, stosowane w urządzeniach przez odwołującego, jak i wielu innych wykonawców. Wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) przez zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący miałby wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonał przygotowania postępowania, w tym szczególnie dokonał zmian w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ, w sposób wadliwy czym wyrządza odwołującemu szkodę, bowiem poprzez nieuprawnione wymagania od wykonawców, może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie w przedmiotowym postępowaniu niezgodnych z ustawą następujących czynności:

1. modyfikacji przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem spełnienia dla niego wymagań w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji;
2. świadomą rezygnację z możliwości pozyskania ofert konkurencyjnych od innych wykonawców pod względem cenowym i technicznym poprzez stronnicze zmodyfikowanie SIWZ;

3. nierównego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, czym zdaniem odwołującego zamawiający naruszył :

1. art. 7 ust. 1 - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji;

2. art. 7 ust. 3 - poprzez zagrożenie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

3. art. 29 ust. 2 - poprzez opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji;

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia do pierwotnego brzmienia;

2. unieważnienie czynności dotyczącej zmiany opisu przedmiotu zamówienia w wyniku udzielonych odpowiedzi nr 4 pytania nr 2 i 3.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej: (http://www.openpoznan.iq.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=213&Itemid=1) zmiany w siwz. Odwołujący zapoznał się z ich treścią, celem rozpoczęcia przygotowań do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Analiza umieszczonych na stronie internetowej odpowiedzi na pytania z dnia 01.08.2012 r. spowodowała, że odwołujący został ponownie pozbawiony możliwości złożenia ważnej oferty przetargowej i nabrał wątpliwości, co do działania zamawiającego zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r., zamawiający przesłał odpowiedzi na pytania wniesione przez wykonawców. W wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania, na stronie internetowej, w pliku pod nazwą Odpowiedź IV (brak daty zamieszczenia pliku), zawarto w/wym piśmie następujące pytania i odpowiedzi, które w sposób istotny zmieniły opis przedmiotu zamówienia, tj.

Dotyczy tabeli parametry techniczne (warunki graniczne)

Pytanie 2

Dotyczy punktu VI Detektor Cyfrowy ppkt 2 - strona 15 SIWZ

Prosimy o wyjaśnienie czy wymagany przez zamawiającego detektor amorficzny ma być Detektorem w technologii TFT selenowy, tylko detektory selenowe pozwalają na obrazowanie Tkanki miękkiej ze względu poprawę parametrów obrazu i widma obrazowego, które przekłada się na jakość obrazu, zamawiający odpowiedział :

Wymagany przez zamawiającego detektor amorficzny ma być detektorem w technologii TFT Selenowym.

Jednocześnie, odwołujący podniósł, że pierwotny zapis w SIWZ dla tej części zmiany opisu przedmiotu zamówienia - PARAMETRY TECHNICZNE (WARUNKI GRANICZNE), zawarty

na stronach SIWZ od 15 do 23, w części VI - DETEKTOR CYFROWY (str. 17 SIWZ) w pkt 2 tabeli brzmiał:

Bezpośrednie przetwarzanie promieniowania RTG w sygnał obrazowy (bez pośredniej zamiany na światło - bez warstwy scyntylicyjnej) - Tak, podać materiał i technologię wykonania detektora. Zamawiający wówczas jednoznacznie określił przedmiot zamówienia, natomiast wykonawca wnoszący zapytanie zasugerował odpowiedź, którą zamawiający dokonał przywołanej wyżej zmiany.

Według naszej wiedzy, firmy z wieloletnim doświadczeniem i osiągnięciami w tej branży, wiemy, że nie ma na rynku detektorów selenowych, są natomiast detektory oparte na amorficznym selenie w technologii TFT, jak i lepsze rozwiązania, tj. między innymi, detektor oparty na amorficznym selenie, ale z zastosowaniem bezpośredniego przełączenia optycznego. Technologia TFT, którą zamawiający wymaga jest technologią przestarzałą.

W nowoczesnym, dedykowanym do mammografii detektorze, jaki może zaoferować odwołujący, zastosowane są bezpośrednie przełączenia optyczne, zamiast tranzystorów TFT, co znacząco redukuje stosunek sygnału do szumu i gwarantuje obraz doskonałej jakości oraz wysokiej rozdzielczości. System osiąga też bardzo wysokie DQE > 80%, czyli upraszczając pacjent otrzymuje mniejszą dawkę promieniowania rentgenowskiego, jaka jest potrzebna do uzyskania wysokiej jakości obrazów rentgenowskich.

Przewagę jakości tej technologii dowiedziono w tekście Agencji Technologii Medycznych, przy brytyjskim odpowiedniku polskiego NFZ, czyli NHS (NHSBSP Equipment Report 1022 - March 2011 - pkt 3.2) oraz innych pracach naukowych.

Ograniczenie udziału oferentów tylko do tych, którzy posiadają przestarzałą technologię TFT, ogranicza uczciwą konkurencję i nie pozwala zamawiającemu na zakup mammografu opartego na najnowocześniejszych rozwiązaniach technologicznych. Modyfikacja parametrów technicznych w w/w sposób wskazuje na fakt, że zamawiający preferuje jedno konkretne rozwiązanie technologiczne detektora, wykluczając inne technologie gwarantujące osiągnięcie tego samego celu publicznego.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r., Zamawiający przesłał odpowiedzi na pytania wniesione przez wykonawców. W wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania, na stronie internetowej, w pliku pod nazwą Odpowiedź IV (brak daty zamieszczenia pliku), zawarto w/wym piśmie następujące pytania i odpowiedzi, które w sposób istotny zmieniły opis przedmiotu zamówienia, tj.

Dotyczy tabeli parametry techniczne(warunki graniczne)

Pytanie 3

Dotyczy punktu VI Detektor Cyfrowy ppkt 10-strona 15SIWZ

Czy ze względu na przestrzeń dyskową Zamawiający zgodzi się na doprecyzowanie by pojemność zajmowana na dysku przez zdjęcie nie zajmowała więcej niż 28 MB?,

zamawiający odpowiedział : Zamawiający będzie wymagał, by pojemność zajmowana na dysku przez zdjęcie nie była większa niż 28 MB.

Jednocześnie, Odwołujący podniósł, że pierwotny zapis w SIWZ dla tej części zmiany opisu przedmiotu zamówienia - PARAMETRY TECHNICZNE (WARUNKI GRANICZNE), zawarty na stronach SIWZ od 15 do 23, w części VI - DETEKTOR CYFROWY (str. 17 SIW'Z) w pkt. 10 tabeli brzmiał: 10 Rozmiary zapisanego obrazu dla obu formatów – podać.

Zamawiający wówczas jednoznacznie określił przedmiot zamówienia, dając możliwość złożenia oferty wielu wykonawcom, natomiast wykonawca wnoszący zapytanie zasugerował odpowiedź, którą Zamawiający dokonał w przywołanej wyżej zmianie SIWZ.

Spełnienie wymogu, by pojemność na dysku nie zajmowała więcej niż 28 MB, nie zawsze jest możliwy dlatego, gdyż jest zależny od struktury piersi (ilości tkanki widocznej na obrazie). W większości przypadków bywa zapewne mniejszy, niż wymagany przez Zamawiającego, ale bywa, że przekracza wymaganą wartość 28 MB. Dlatego producenci podają wartości graniczne maksymalne, które dla największego formatu wynoszą ponad 50 MB. Takie wymaganie, nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego, a wyklucza udział w postępowaniu producentów detektorów o dużej rozdzielczości, które z definicji mają obrazy zapisywane w większych plikach. Odwołujący oraz inni wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu przez zamawiającego będą mogli zaoferować nowoczesne mammografy cyfrowe, spełniające wymagania zamawiającego. Niemniej jednak, inni wykonawcy nie będą w stanie konkurować z rozwiązaniem technologicznym preferowanym przez zamawiającego. Zamawiający, w ocenie odwołującego, nie dopuszcza możliwości zaoferowania urządzeń lepszych technologicznie i diagnostycznie. Zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu nieuprawnione działania zamawiającego mogą doprowadzić także do wydatkowania środków publicznych w sposób nieracjonalny, niż to wynika z art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), które nakazują, by wydatki te dokonywano w sposób celowy, oszczędny wraz z uzyskaniem najlepszych efektów z danych nakładów, także optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Realizacja i osiągnięcie celu zawartego w art. 44 ust. 3 odbywa się także poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który jest zdolny do jego wykonania. Eliminacja wykonawcy, który w zakresie dostawy urządzenia jest zdolny do realizacji zamówienia, stanowi pogwałcenie tych fundamentalnych zasad wydatkowania środków publicznych. Odwołujący jako dowód na potwierdzenie swojego stanowiska do odwołania załączył : Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia - tabela Parametry techniczne (Warunki Graniczne) oraz fragment raportu NHS (NHSBSP Equipment Report 1022 - March 201 1 - pkt 3.2) odpowiednika polskiego NFZ i pytania, które wpłynęły do Zamawiającego oraz odpowiedzi z dnia 1.08.2012 r.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 10 sierpnia 2012r. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez 8 sierpnia 2012r. udzielonej przez członka zarządu odwołującego ujawnionego w Rejestrze Handlowym w Dusseldorfie i w Oddziale przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce.

W dniu 13 sierpnia 2012r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania zamieszczając jego kopię na swojej stronie internetowej oraz wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14 sierpnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Siemens Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą który ma zamiar ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a odwołanie jest bezzasadne i utrudnia to ubieganie się przez przystępującego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 sierpnia 2012r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 sierpnia 2012r.

W dniu 22 sierpnia 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów pomocy prawnej w niniejszym postępowaniu, zgodnie z fakturą VAT złożoną na rozprawie. Ponadto o: przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma i w nim przywołanych na okoliczności, przy których zostały powołane.

W uzasadnieniu odniósł się do swojej pozycji jako specjalistycznego ośrodkiem diagnostyki nowotworów, w szczególności w zakresie nowotworów piersi wiodącego w zakresie profilaktyki i diagnostyki nowotworów piersi. Zamawiający zna najnowsze metody badań oraz rozwiązań technologicznych w dziedzinie mammografii cyfrowej. Kształtując zapisy SIWZ dążył do zapewnienia jak najlepszej jakości urządzenia przy jednoczesnym zapewnieniu kompatybilności urządzenia z infrastrukturą, którą dysponuje zamawiający, najlepszych parametrów organizacji pracy urządzenia, a także pewności, że oferowane urządzenie spełnia nie tylko wymogi prawa ale również wymagania jednostek kontrolujących.

W wyniku złożenia przez wykonawców zapytań do treści SIWZ, zamawiający zdecydował się dokonać sygnalizowanej w odwołaniu zmiany niektórych warunków technicznych, tak by jeszcze lepiej odpowiadały uzasadnionym potrzebom zamawiającego. Nie miały one służyć wykluczeniem jakiegokolwiek wykonawcy, w szczególności odwołującego. Wskazał, że uznał w całości zarzuty wcześniejszego odwołania odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1492/12.

Wskazał na to, że nie ma naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o ile zachowana jest konkurencyjność postępowania, oraz że nie każdy podmiot oferujący na rynku dany przedmiot zamówienia musi móc złożyć ofertę, gdyż opis przedmiotu zamówienia winien przede wszystkim odzwierciedlać potrzeby Zamawiającego, a nie żądania czy preferencje poszczególnych wykonawców, zarzuty niniejszego odwołania są bezzasadne. To zamawiający jest autorem treści SIWZ i nie ma obowiązku dostosowywać jej postanowień do aktualnej oferty czy możliwości technicznych wykonawców. Dał podparcia swego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r. sygn. akt. KIO 1171/11 i wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.; sygn. akt. KIO 1152/11. Zamawiający oświadczył, że w toku postępowania niezależnie od posiadanej wiedzy dokonał rozpoznania rynku. Zainstalowano i przetestowano w ośrodku trzy systemy mammograficzne producentów nowych na rynku polskim. Oceniane były obrazy diagnostyczne pod kątem ich jakości diagnostycznej oraz w celu określenia widoczności obiektów kontrastu progowego analizowano obrazy fantomu CDMAM wszystko to było udostępniane przez różne firmy i nie dotyczy to wyłącznie zainstalowanych w OPEN systemów. Sam zamawiający wykonuje ok 100-120 mammograficznych badań przesiewowych dziennie dla pacjentek z regionu. Odnosząc się do podniesionych zarzutów wskazał, że postawione przez niego wymogi, że:

1. detektor amorficzny ma być detektorem w technologii TFT Selenowym,
2. pojemność dysku zajęta przez zdjęcia nie większa niż 28 MB.

są uzasadnione i nie prowadzą do naruszenia konkurencji. Nie prowadzą nadto do nieuzasadnionego wykluczenia żadnego wykonawcy i służą zapewnieniu racjonalnego wydatkowania środków i optymalizacji dostarczonego urządzenia.

1. Zarzut dotyczący pkt. VI Detektor Cyfrowy ppkt. 2 siwz

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców wskazał iż jest zainteresowany dostawą urządzenia z amorficznym detektorem selenowym wykonanym w technologii TFT. Wg najlepszej wiedzy zamawiającego, zdecydowana większość producentów używa w swoich urządzeniach paneli detekcyjnych wykorzystujących amorficzny selen. Z posiadanych przez zamawiającego dokumentów - między innymi raport porównawczy CEP 08022 z lipca 2008 r. różnych dostępnych na rynku systemów paneli wykorzystujących amorficzny selen w na matrycy TFT wykorzystują tacy czołowi producenci jak: HOLOGIC, PHILIPS, SIEMENS, a także inni mniej znani jak: PLANMED, GIOTTO.

Z załączonych do odwołania materiałów wbrew twierdzeniom odwołującego nie wynika przewaga rozwiązania Odwołującego nad urządzeniami konkurencji. Przeciwnie, w raporcie na który powołuje się odwołujący (Materiały NHS z marca 2011 r.) nie ma żadnych informacji na temat wartości DQE > 80% - nie ma też żadnej informacji na temat metodyki pomiarowej itd. Nie wynika to w szczególności z załączonych w odwołaniu materiałów na który powołuje się Odwołujący.

Inny, nie mniej ważki argument przemawiający przeciwko technologii zastosowanej w urządzeniu AMULET firmy FUJI można odnaleźć w raporcie NHS (Materiały NHS z marca 2011 r.) na które powołuje się odwołujący. Wynika z niego iż zastosowana technologia detektora powoduje iż tzw. odpowiedź detektora (zależność między powierzchniową dawką wejściową, a wartością piksela) jest określona jako logarytmiczna. Raport ten odwołuje się do swojej wcześniejszej wersji z 2009 r, gdzie sformułowanie to jest rozbudowane: „Stwierdzono, że odpowiedź detektora jest logarytmiczna. Stanowi to wyjątek w systemach radiografii cyfrowej (DR), ale jest raczej typowe dla systemów radiografii komputerowej (CR)”, (dowód nr 3 i 4). Podobne stwierdzenie, zostało również zawarte w niezależnym artykule opublikowanym w 2011 roku w Phisics In Biology and Medicine (Fizyka w biologii i medycynie) „Image Quality assessment in digital mammography: part 1. Technical characterization of the systems” (Ocena jakości obrazu w cyfrowej mammografii: Część pierwsza. Techniczna charakterystyka systemów.) (stosowne fragmenty w dowodzie nr 5). Co znamienne autorzy tego opracowania stwierdzili w ramach pomiarów, że tzw. współczynnik korelacji - parametr określający tzw. krzywą odpowiedzi detektora aparatu, „jest poniżej wartości dopuszczanej w zaleceniach EUREF dla mammografii przesiewowej i diagnostycznej tylko dla aparatu Amulet firmy Fuji” (wartość uzyskana dla detektora FUJI $r^2 > 0,975$ przy wymaganej wartości progowej $r^2 > 0,99$). Fakt ten może być przyczyną dyskwalifikacji aparatu AMULET firmy FUJI jako urządzenia do diagnostyki i badań przesiewowych metoda mammografii cyfrowej. Zamawiający chciałby zaznaczyć, że spełnienie wszystkich wymogów określonych w zaleceniach organizacji EUREF jest WARUNKIEM niezbędnym do podpisania umowy z NFZ na realizację badań przesiewowych w ramach Narodowego Programu Profilaktyki Raka Piersi. Powyższe wynika z załącznika nr 4 do zarządzenia nr 57/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 29 października 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju profilaktyczne programy zdrowotne. Teza odwołującego o tendencyjnym nastawieniu zamawiającego oraz celowym eliminowaniu z postępowania innych oferentów jest nieprawdziwa. zamawiający dopuszcza rozwiązania innych firm, natomiast wymaga dostarczenia technologii gwarantującej najlepszą jakość obrazowania przy zachowaniu rozsądnych wartości dawek ekspozycyjnych. Jednocześnie, Zamawiającemu zależy na otrzymaniu urządzenia które nie będzie miało problemów z procedurami akredytacyjnymi WOK i spełnieniem wymogów EUREF. Technologia wybrana przez zamawiającego ma poza wymienionymi wyżej technicznymi szereg cech, których nie posiada technologia alternatywna oferowana wyłącznie przez Odwołującego:

a) sprawdzona niezawodność:

- powszechność stosowania technologii TFT - technologię alternatywną stosuje jedynie Odwołujący,

- dotychczasowe doświadczenia zamawiającego w pracy na urządzeniu w technologii TFT - które pozwoliły uzyskać najwyższą ocenę audytu klinicznego spośród placówek mammografii cyfrowej w całej Polsce.

b) przydatność do potrzeb zamawiającego:

- potwierdzona faktem pozytywnej oceny urządzeń dysponujących technologią TFT w testach European guidelines for quality assurance in breast cancer screening and diagnosis (2006), gdy tymczasem aparat oferowany przez odwołującego ma problem z liniowością odpowiedzi detektora, co stanowi jeden z testów wymienionych w European guidelines - pozytywne przejście tych testów jest zaś warunkiem świadczenia usług w ramach Programu Badań Przesiewowych organizowanego przez Ministerstwo Zdrowia zgodnie z załącznikiem nr 4 do zarządzenia nr 57/2009/DSOZ Prezesa Narodowego 5 Funduszu Zdrowia z dnia 29 października 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju profilaktyczne programy zdrowotne,

c) kompatybilność z infrastrukturą zamawiającego:

- stacja opisowa Zamawiającego (Hologic) nie jest kompatybilna z obrazami otrzymywanymi w innej technologii. Polega to na tym, że wpis w pliku Dicom "CR" nie pozwala na otwarcie obrazu na stacji. Dla zapewnienia kompatybilności należałoby zatem dokonać zakupu kolejnego sprzętu do placówki. Byłoby to rozwiązaniem oczywiście nie celowym i stanowiło nieracjonalne wydatkowanie środków. Sprzęt nowy powinien być bowiem dopasowany do dotychczasowego tak aby skoro ten jest sprawny - mógł być dalej wykorzystywany.

d) organizacja pracy:

- oferowane przez odwołującego urządzenie przed rozpoczęciem pracy wymaga codziennej kalibracji, która zajmuje około 20 minut. Oznacza to możliwość przyjęcia już z tego tylko powodu 4 pacjentek mniej dziennie.

2. Zarzut dotyczący pkt. VI Detektor Cyfrowy ppkt. 10 siwz.

W treści pytań do SIWZ wykonawcy zwrócili Zamawiającemu uwagę, że nie zostały uwzględnione w SIWZ wielkości plików stanowiących zdjęcia wykonane mammografem, co w przypadku nie kupowania jednocześnie nowego serwera może stanowić istotne zaniedbanie. Nie wszystkie aparaty mają pliki o pojemności zbliżonej do pojemności plików mammografu dotychczas użytkowanego przez Zamawiającego. Jest to istotne ze względu na fakt, że serwer kupowany wraz z poprzednim mammografem jest sprawny i będzie wykorzystywany do współpracy z nowym urządzeniem. Zamawiający uznał powyższe uwagi za zasadne i dokonał modyfikacji zapisów SIWZ kierując się tym, iż

a) w posiadaniu Zamawiającego jest cyfrowy system archiwizacji danych obrazowych PACS/RIS firmy ALTERIS.

b) Powyższy serwer współpracował i jest przystosowany do obsługi cyfrowego mammografu Lorad poprzednio użytkowanego przez Zamawiającego. System ten generował obrazy diagnostyczne o wielkości około 28 MB. Do takiego obciążenia dostosowana jest bieżąca przepustowość systemu komputerowego oraz pojemność cyfrowego archiwum zamawiającego.

c) przeprowadzona przez zamawiającego już w trakcie postępowania analiza, poparta ofertami na rozbudowę systemu otrzymanymi od firmy Alteris wskazuje iż przy bieżącej ilości pacjentek obsługiwanych dziennie, jak najmniejsza „waga” w MB (megabajtach) obrazów diagnostycznych ma kolosalne znaczenie jeśli chodzi o koszt ewentualnej rozbudowy systemu cyfrowej archiwizacji. Na podstawie oferty otrzymanej od firmy Alteris, koszt rozbudowy archiwum, w wersji najprostszej - tylko rozbudowa serwera oraz zwiększenie pojemności macierzy dyskowych jedynie o 6TB (okres wystarczający jedynie na 5 lat), bez dodatkowych zabezpieczeń (backup na nośnikach LT04, archiwum długookresowe itd.) to kwota przeszło 156 tys złotych.

Z tego powodu jak najbardziej uzasadnionym jest narzucone przez zamawiającego ograniczenie co do wielkości obrazów diagnostycznych do poziomu jaki może być obsługiwany przez obecną infrastrukturę zamawiającego. Zamawiający ze względu na dysponowanie sprawnym serwerem nie może sobie obecnie pozwolić na zakup systemu wraz z nowym serwerem. Byłoby to oczywiście rozwiązanie znacznie droższe i nieracjonalne. Nie jest zatem wartością możliwość generowania zdjęć o jak największej pojemności, gdyż nie są one potrzebne do prawidłowego wykorzystywania z urządzenia (wystarczające są zdjęcia o mniejszej pojemności), powodują zaś po stronie korzystającego dodatkowe koszty systemu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz dnia 1 sierpnia 2012r. oraz odpowiedzi na zapytania do treści siwz nr 1 do 9.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, co następuje:

W siwz w brzmieniu z dnia 1 sierpnia 2012r. w załączniku nr 1 Formularz oferty w części parametry techniczne (wymagania graniczne) w części VI Detektor Cyfrowy w pkt. 2 zamawiający określił parametr : bezpośrednie przetwarzanie promieniowania RTG na sygnał obrazowy (bez pośredniej zamiany na światło – bez warstwy scyntylicyjnej) i wymagał podania materiału i technologii wykonania detektora, a w pkt 10 określił parametr : rozmiary zapisanego obrazu dla obu formatów i nakazał wykonawcom je podać.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 1 sierpnia 2012r. oznaczonych jako odpowiedź zamawiającego nr 4 w odpowiedzi na pytania dotyczące tabeli parametrów technicznych

W pytaniu nr 2 o treści „Dotyczy punktu VI/ 1 i 2, prosimy o wyjaśnienie czy wymagany przez Zamawiającego detektor amorficzny ma być detektorem w technologii TFT selenowy, tylko detektory selenowe pozwalają na obrazowanie tkanki miękkiej ze względu poprawę parametrów obrazu i widma obrazowego, które przekłada się na jakość obrazu” zamawiający udzielił odpowiedzi :”Wymagany przez Zamawiającego detektor amorficzny ma być detektorem w technologii TFT selenowym.”

W odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści „Dotyczy punktu VI/ 10, czy ze względu na przestrzeń dyskową Zamawiający zgodzi się na doprecyzowanie by pojemność zajmowana na dysku przez zdjęcie nie zajmowała więcej niż 28MB” zamawiający udzielił odpowiedzi: ”Zamawiający będzie wymagał by pojemność zajmowana na dysku przez zdjęcie nie była większa niż 28MB.”

W raporcie HSBSP Sprzętowym 1002 z marca 2011 – ewaluacja i ocena kliniczna systemu Jujifilm Amulet pełnopolowego w pełni cyfrowego systemu mammograficznego na str. 10 w pkt 3.2 w opisie systemu zawarto zapisu „Amulet Fuji posiada panel z detektorem do bezpośredniej konwersji pokryty podwójną warstwą amorficznego selenu. Zastosowanie podwójnej warstwy pozwala na przełączanie optyczne, które jest bardziej wydajne niż przełączanie elektroniczne wykorzystywane w tradycyjnych systemach z tranzystorem cienkwarstwowym (TFT).

Dowody zamawiającego:

pismo Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 sierpnia 2010r. – Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,

pismo wojewódzkiego Ośrodka Koordynującego Wielkopolskie Centrum Onkologii z dnia 12 sierpnia 2010r. – Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,

pismo Fundacji Stowarzyszeń „Amazonki” z dnia 24 listopada 2011r.- – Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,

opinię Konsultanta Wojewódzkiego w dziedzinie radiologii i diagnostyki obrazowej z dnia 3 grudnia 2010r. – Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,

pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego z dnia 4 października 2005r. – Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,

Raport rynku nr CEP08022 z czerwca 2008r. wskazuje, że na rynku są dostępne mammografy cyfrowe z pełnowymiarowym detektorem w technologii amorficzny selen i matrycy TFT firm MIS, Philips, Siemens, Southern Scienific, Xograph

Z Raportu NHBSP nr 0907 z listopada 2009r. wynika, że System Fuji Amulet daje odpowiedź logarytmiczną detektora (pleksi 4,5cm)

Z Raportu NHSBSP nr 1002 z marca 2011r. wynika, że System Fuji Amulet daje odpowiedź logarymiczną detektora, co stanowi wyjątek w systemach radiografii cyfrowej ale jest raczej typowe dla systemów radiografii komputerowej i we wniosku stwierdzono, oczekuje się że normalny tryb AEC będzie najbardziej odpowiedni dla większości zastosowań.

Z artykułu „Ocena jakości obrazu w cyfrowej mammografii. Część pierwsza. Techniczna charakterystyka systemów wynika, że detektory firm Agfa, Carestream, GE Sonograph, Hologic, Siemens dają odpowiedź w ramach krzywych liniowych detektora przy współczynniku korelacji większym lub równym 0,999, jedynie Fuji Amulet daje odpowiedź logarymiczną o współczynniku korelacji 0,975.

Z Europejskich wytycznych w celu zapewnienia jakości w skryningowych i diagnostycznych badaniach piersi Edycja czwarta wskazano, że współczynnik korelacji wymagany jest >0.99

Z załącznika nr 4 do zarządzenia nr 57/2009/DSOZ Prezesa NFZ z 29 października 2009. Wynika, że dla prowadzenia badań przesiewowych wymagane jest zapewnienie aparatury spełniającej wymagania EUREF.

Z oferty Jakuba Borowskiego firmy Alteris wynika, że w przypadku zakupu mammografu generującego pliki o wielkości 35 MB i 60MB koszt modernizacji posiadanego systemu wykosiłby 156 210,00zł. brutto.

Artykuł „Porównanie dwóch nowatorskich systemów FFDM wykorzystujących różne technologie detektora a-Se : opis parametrów fizycznych oraz test z użyciem fantomu do oceny kontrastu w warunkach klinicznych” Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, Oświadczenie Fujifilm Corporation z 17 sierpnia 2012r. Izba oceniła dowód jako nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia,

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest producentem mammografu cyfrowego Fuji Amulet. Ma zamiar złożyć ofertę, a wprowadzone przez zamawiającego odpowiedzią nr 4 napytania do siwz modyfikacje jej treści uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji; art. 7 ust. 3 - poprzez zagrożenie udzielenia

zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy; art. 29 ust. 2 - poprzez opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji

Izba uznała podniesione zarzuty za niezasadne. Odwołujący oparł swoje zarzuty na dwóch twierdzeniach.

Pierwsze z nich to to, że technologia TFT jest jedną z dostępnych na rynku technologii, a nowoczesną technologią jest technologia bezpośredniego przełączenia optycznego. Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że to odwołujący oferuje technologię opartą o bezpośrednie przełączenie optyczne. Natomiast odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania, że technologia przez niego oferowana się upowszechnia i wypiera określaną przez odwołującego jako przestarzałą technologię TFT. W ocenie Izby zamawiający natomiast uprawdopodobnił fakt, że technologia przez niego wskazana tj. TFT jest technologią, która jest obecnie na rynku oferowana i którą może zaoferować co najmniej 6 producentów. Na rozprawie odwołujący również wskazywał na to, że technologia TFT jest technologią alternatywną do oferowanej przez niego. Z dokumentów przedstawionych przez zamawiającego wynika, że to odwołujący jako jedyny oferuje technologię bezpośredniego przełączenia optycznego. Odwołujący nie wykazał, aby poza nim inni producenci oferowali technologię alternatywną do technologii TFT opartą na aktywnym selenie. Słusznie zauważa zamawiający, że aby można było mówić o utrudnieniu konkurencji w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy, (który odnosi się wprost do opisu przedmiotu zamówienia, którym jest w przedmiotowej sprawie dokonana przez zamawiającego modyfikacja postanowień siwz w ramach odpowiedzi nr 4 na pytania 2 i 3 dotyczące parametrów technicznych z dnia 1 sierpnia 2012r.) trzeba uprawdopodobnić fakt takiego utrudnienia, a jednocześnie zamawiający nie może wykazać istnienia uzasadnionych obiektywnie potrzeb zamawiającego związanych z konkretnym ograniczającym konkurencję wymogiem. W ocenie Izby wprowadzie odwołujący nie uprawdopodobnił utrudnienia konkurencji, wykazał jedynie, że on sam nie będzie mógł złożyć oferty. To z drugiej strony, gdyby takie wykazanie uznać za wystarczające na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy, to zamawiający wykazał usprawiedliwione potrzeby związane z postawionym wymogiem. Za takie usprawiedliwioną potrzebę Izba uznała spełnianie przez mammograf wymogów zaleceń EUREF dla mammografii przesiewowej i diagnostycznej o jednej z wymaganych wartości progowych $r^2 > 0,99$ co jest zaś warunkiem świadczenia usług w ramach Programu Badań Przesiewowych organizowanego przez Ministerstwo Zdrowia zgodnie z załącznikiem nr 4 do zarządzenia nr 57/2009/DSOZ Prezesa Narodowego 5 Funduszu Zdrowia z dnia 29 października 2009 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju profilaktyczne programy zdrowotne. Mammograf oferowany przez odwołującego tej wartości nie osiąga, co w ocenie Izby zostało przez zamawiającego wykazane i wynosi $r^2 = 0,975$, co

oznacza, że zamawiający może utracić część kontraktu z NFZ, co było by sprzeczne z interesem publicznym rozumianym jako profilaktyka ochrony zdrowia społeczeństwa. Na odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, a na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy ich uprawdopodobnienia. Nie można jednak poprzestać wyłącznie na oświadczeniu odwołującego, w sytuacji, gdy temu oświadczeniu wyraźnie zaprzeczają tak zamawiający jak i przystępujący, dodatkowo podpierając się artykułem prasy specjalistycznej wskazującym, że aparat oferowany przez odwołującego pracujący w technologii alternatywnej do wskazanej przez zamawiającego w siwz, nie spełnia jednego z wymogów EUREF. Podczas, gdy inne poddawane analizie aparaty w technologii oczekiwanej przez zamawiającego ten wymóg spełniają, ponadto z uwagi na liczbę producentów na rynku aparatów w technologii wymaganej przez zamawiającego gwarantują zachowanie konkurencyjności postępowania.

Przedstawione przez odwołującego na rozprawie dowody wskazujące na uzyskiwanie przez jego aparat lepszych wyników w niektórych funkcjonalnościach takich jak jakość obrazowania, czy stosowana dawka, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż spełnienie tych parametrów w większym stopniu nie zwalnia z obowiązku wypełnienia innych wymogów postawionych przez EUREF. W tej sytuacji Izba uznała, że wymóg postawiony przez zamawiającego w pkt 2 pkt. IV Detektor cyfrowy w brzmieniu ustalonym odpowiedzią nr 4 z dnia 1 sierpnia 2012r. nie narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 29 ust. 2 ustawy.

Jak drugi argument odwołujący podał, że doprecyzowanie, że pojemność zajmowana przez zdjęcie ma wynosić nie więcej niż 28 MB wskazuje na preferowanie konkretnego producenta. Ponownie jak w przypadku zarzutu dotyczącego technologii TFT, odwołujący w jakikolwiek sposób nieuprawdopodobnił tego twierdzenia, natomiast zamawiający wskazał na obiektywne potrzeby związane z postawionym wymogiem, m. in. na ograniczenia posiadanego systemu archiwizacji, czy kompatybilność plików. Odwołujący przyznał, że maksymalna pojemność jaką może zajmować generowany przez jego aparat plik to ponad 50Mb, stanowi to zwiększenie o ponad 40% w stosunku do wymaganej (28Mb) przez zamawiającego wielkości maksymalnej pliku i przy dużej ilości obrazów uzyskiwanych w ramach badań może stanowić znaczące obciążenie dla systemu archiwizacji, zwłaszcza, że odwołujący nie przeczył ilości dziennej badań wykonywanych dziennie u zamawiającego. Odwołujący nie wykazał jakiego wykonawcę tym wymogiem zamawiający preferuje, mimo postawienia takiego zarzutu w siwz. Nie wykazał także, że jego urządzenie generuje pliki współpracujące z oprogramowaniem DICOM. Izba nie może w tym zakresie poprzestać wyłącznie na oświadczeniach odwołującego, którym na rozprawie zaprzeczył zamawiający. W tej sytuacji, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia zarzucanych zamawiającemu przepisów przy określeniu wymogu dla pkt VI ppkt. 10 załączniku nr 1 Formularz oferty w części parametry techniczne (wymagania graniczne).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego w wysokości uiszczonego wpisu zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący