

WYROK
z dnia 23 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę FujiFilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, ul. Karmelicka 5, 31-100 Wadowice

przy udziale wykonawcy MDS Cardio sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2072/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: FujiFilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: FujiFilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: FujiFilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, ul. Karmelicka 5, 31-100 Wadowice kwotę 248 zł 24 gr (słownie: dwieście czterdzieści osiem złotych dwadzieścia cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz 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 Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wadowicach, ul. Karmelicka 5, 31-100 Wadowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „na dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu medycznego dla ZZOZ w Wadowicach”, nr postępowania ZP/PRZET/UE/11/2018.

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu została dokonana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2018r., pod numerem: 2018/S 186-419791.

W tej samej dacie na stronie internetowej Zamawiającego umieszczono Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: FujiFilm Europe GmbH (Sp. z o.o.) Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 178, 02-486 Warszawa w dniu 8 października 2018 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017 r., poz. 1579, ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, co narusza także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- art. 30 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia w sposób odnoszący się do jego rozwiązań konstrukcyjnych, a nie wydajności lub funkcjonalności;
- art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niejednoznaczny, co spowodowało naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania;
- art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie sposobu oceny kryterium oceny ofert dotyczącego parametrów dodatkowych w sposób niejednoznaczny;

- art. 45 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez żądanie wniesienia wadium w kwocie brutto;
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
 - umożliwienie złożenia ofert częściowych w pakiecie nr 1, odpowiednio na pozycje pakietu, tj.: 1a - ucyfrowienie aparatu RTG; 1b - dostawa aparatu RTG przewoźnego; 1c - dostawa systemów archiwizacji obrazów RIS/PACS; 1d - dostawa mammografu;
 - zmianę Załącznika nr 1 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Pakiet 1, poprzez usunięcie wymogów zawartych w pozycjach: I cyfryzacja RTG - poz. 21, 26, 36, 45, 47, 55, 75, 83, 91, 103 oraz IV Aparat RTG przenośny - poz. 21, 26, 36, 45, 47, 55, 75, 83, 91, 103.
 - zmianę Załącznika nr 1 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Pakiet 1, poprzez usunięcie wymogu zawartego w pozycji: III Mammograf cyfrowy poz. 34 i dopuszczenie rozwiązania z generatorem nie wbudowanym w statyw aparatu.
2. zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (dla pakietu 1) poprzez nadanie mu brzmienia: „Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 dostawę rodzajowo odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tj. dostawa zawierająca diagnostyczne urządzenie medyczne wykorzystujące promieniowanie RTG o wartości brutto min.700.000,00 zł i udokumentuje, że dostawa została wykonana należycie” lub sformułuje odrębne warunki dla poszczególnych części pakietu nr 1, zgodnie z podziałem wynikającym z wniosku zawartego w pkt. 1 tiret pierwszy.
3. Usunięcie z wykazu dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego dokumentów wskazanych w pkt. 7.2.4 oraz 7.2.5.
4. Modyfikację opisu dokumentu wskazanego w pkt. 7.1.4 poprzez ograniczenie jego treści tylko do zakresu wynikającego z podstaw wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ.
5. Modyfikację sposobu oceny w kryterium.
6. Uzupelnienie zapisów SIWZ w sposób, który uczyni je jednoznacznymi, co wynika z uzasadnienia niniejszego odwołania.

I. Zarzuty przeciwko opisowi przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1-3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję, w sposób niejednoznaczny lub ograniczający możliwość zaoferowania urządzeń spełniających wszystkie wymagania dla urządzeń wykonujących badania mammograficzne i radiologiczne, co narusza także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia wybranie wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności:

1. Zamawiający w zakresie Pakietu 1 wymaga dostarczenia: cyfrowego bezprzewodowego detektora promieniowania w ilości 4 sztuk, stacjonarnej konsoli detektora, konsoli przenośnej, system rejestracji i archiwizacji dystrybucji obrazów, mammograf oraz aparat rtg przenośny.

Odwołujący wyraził przekonanie, że Zamawiający łącząc w jednym pakiecie tak szeroki zakres zamówienia, w sposób rażąco ograniczył wykonawcom możliwość złożenia oferty.

Zwrócił przy tym uwagę, iż nie każdy producent urządzeń RTG jest dostawcą mammografów, a także nie każdy dostawca mammografów jest dostawcą urządzeń RTG.

Zdaniem Odwołującego - określone przez Zamawiającego parametry wskazują na jednego tylko dostawcę urządzeń mammograficznych.

Tym samym to od jego decyzji zależy, kto i w jaki sposób będzie mógł złożyć ofertę, biorąc pod uwagę, iż również urządzenia RTG - zarówno aparat przewoźny, jak i detektory do ucyfrowienia istniejącego aparatu opisane są w sposób, który uniemożliwia złożenie oferty przez większą liczbę wykonawców.

Dodatkowo, argumentował, że dołączenie dodatkowo do pakietu konieczności dostawy systemów RIS/PACS, których w swojej ofercie nie posiada żaden z Wykonawców dostarczających mammografy czy aparaty RTG, mogących złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, dodatkowo ogranicza możliwość złożenia oferty. O ile Zamawiający może prowadzić postępowanie, w którym będzie oczekiwał dostawy produktów pochodzących od różnych producentów, o tyle wymagania takie nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji w sposób, który uniemożliwi złożenie ofert konkurencyjnych ze względu na to, iż taką możliwość posiada tylko jeden wykonawca.

Zauważył, że na rynku urządzeń radiologicznych, dystrybuujących mammografy i aparaty RTG, występuje wiele firm, jednakże firmy te nie dysponują ofertą wszystkich producentów, a jedynie wybranych.

Zdaniem Odwołującego - w przypadku niniejszego postępowania jest tylko jeden wykonawca, który dotychczas realizował dostawy urządzeń spełniających wymagania techniczne określone w postępowaniu.

Według Odwołującego, aby możliwe było złożenie oferty przez większą liczbę wykonawców konieczne jest dokonanie radykalnej zmiany parametrów wymaganych urządzeń lub co najmniej podział zamówienia na mniejsze części, poprzez wydzielenie do odrębnych pakietów odpowiednio:

1a - ucyfrowienie aparatu RTG

1b - aparat RTG przenośny

1c - system rejestracji, archiwizacji i dystrybucji obrazów RIS/PACS Id - dostawa mammografu.

2. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w Rozdziale I dotyczącym ucyfrowienia oraz w Rozdziale IV dotyczącym przenośnego aparatu RTG, w punktach dotyczących detektora promieniowania; tj. w punktach 21, 26,36,45, 47, 55, 75, 83, 91, 103 wskazał wymagania, które ograniczają możliwość złożenia Odwołującemu ważnej oferty.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wprowadził szereg wymogów, które nie są wymogami istotnymi, zaś w sposób naruszający uczciwą konkurencję uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

W ocenie Odwołującego - wskazane wyżej punkty są tożsame w dwóch częściach pakietu 1, tj. w części obejmującej ucyfrowienie aparatu RTG (rozdział I pakietu) oraz w części obejmującej przenośny aparat RTG (rozdział IV pakietu).

Jeżeli chodzi o poz. 21 obejmującą wymóg dostarczenia dwóch ładowarek umożliwiających jednoczesne ładowanie min. 6 baterii (po 3 baterie w każdej ładowarce), stwierdził, że wymóg ten jest nieuzasadniony, gdyż czas pracy detektora na jednej baterii jest na tyle długi, że nie ma konieczności posiadania w zapasie 3 naładowanych baterii.

Dodatkowo, wskazał, iż Zamawiający wymaga w każdej z części dostarczenia 4 szt. detektorów.

Wyjaśnił, że przypadku detektorów oferowanych przez Odwołującego, posiadają one funkcję ładowania baterii w momencie podłączenia detektora do stacji technika celem zgrania obrazów zarejestrowanych w detektorze.

Nadto, podniósł, iż fakt ograniczenia zamówienia tylko do konkretnego rozwiązania, tj. posiadającego ładowarki 3-portowe jest niczym nieuzasadniony, bowiem nie uwzględnia on wielkości tych ładowarek.

Zaznaczył przy tym, że w przypadku ładowarek 2-portowych i możliwości dostarczenia 3 szt. tychże, zaoferowany przedmiot zamówienia nie będzie spełniał wymogów, nawet w sytuacji, gdy 3 ładowarki 2-portowe będą zajmowały mniej miejsca niż 2 ładowarki 2-portowe.

Poza tym, zarzucił, że Zamawiający nie uwzględnia sprawności ładowarek, tj. czasu jaki jest niezbędny do pełnego naładowania baterii.

Wskazał również, że w przypadku ładowarek 2-portowych, które pozwalałyby w tym samym czasie co ładowarki 3-portowe, naładować komplet 6 szt. baterii, nie zostaną uznane jako rozwiązanie równoważny, gdyż Zamawiający skupił się tu na konstrukcji ładowarek, a nie na ich funkcjonalności, co stanowi naruszenie art. 30 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Odnosnie poz. 26 obejmującej wymóg możliwości wymiany akumulatora bez resetu detektora podniósł, że jest nieuzasadniony.

Wywodził, że można rozpatrywać tę funkcjonalność jako dodatkowej opcji dla technika, ale w takiej sytuacji istniałoby jedynie uzasadnienie dla ustalenia dodatkowej punktacji w ocenie zaoferowanego urządzenia.

W związku z tym wskazał, że brak tej funkcjonalności w żaden sposób nie wpływa na jakość pracy użytkownika, a tym bardziej na diagnostyczne funkcje detektora.

Wyjaśnił, że należy przez to rozumieć, że brak funkcji wymiany detektora bez jego resetu nie powoduje, iż detektor taki nie jest możliwy do wykorzystania w celu ucyfrowienia aparatu RTG czy użytkowania przenośnego aparatu RTG.

W tym kontekście Odwołujący przedstawił ocenę, iż ustalenie wymogu jako odcinającego jest istotnym ograniczeniem konkurencji.

W zakresie dotyczącym poz. 36 i 75 obejmującej wymóg dostarczenia oprogramowania umożliwiającego przypisywanie konkretnym projekcjom warunków ekspozycji, zacinienia, ostrości i dynamiki obrazów, Odwołujący wyraził zdanie, że tak postawiony wymóg wskazuje raczej, iż Zamawiający chciałby uzyskać możliwość wykonywania zdjęć RTG przez osobę, która nie posiada niezbędnych kwalifikacji w tym zakresie.

Przekonywał, że technik wykonujący zdjęcie RTG dobiera parametry ekspozycji do konkretnego pacjenta, a są one uzależnione od wielu czynników, które technik musi wziąć pod uwagę i nie jest możliwe, aby dokonał tego aparat samodzielnie.

Tym samym zastosowanie predefiniowanych warunków ekspozycji dla konkretnych projekcji nie znajduje tu uzasadnienia.

Z tego powodu podkreślił, że zaoferowanie urządzenia nie posiadającego wskazanej wyżej funkcjonalności nie powoduje u Zamawiającego niemożliwości wykorzystania go w pełnym spektrum diagnostycznym.

W odniesieniu do poz. 45 i 103 obejmującej wymóg zaoferowania urządzenia z funkcją histogramu ekspozycji, to według Odwołującego - jest on nieuzasadniony, ponieważ histogram ekspozycji powstaje już po wykonaniu ekspozycji, co nie zwalnia on jednak technika od oceny prawidłowości wykonania zdjęcia na podstawie samego zdjęcia.

Wskazał przy tym, że histogram ekspozycji nie stanowi elementu diagnostycznego, a jedynie pomocnicze narzędzie oceny prawidłowości ekspozycji.

Jednakże w żadnym przypadku - ani histogramu prawidłowego, ani nieprawidłowego, nie może on – w ocenie Odwołującego - stanowić jedynej podstawy do oceny zdjęcia.

W tym zakresie wymóg ten jest niezasadny, gdyż preferuje urządzenia posiadające tę funkcję, choć nie jest ona nie tylko niezbędna, co nawet pożądana.

Dalej, zauważył, że poz. 47 i 83 obejmuje wymóg zaoferowania urządzenia z możliwością pomiaru długości, kątów i kątów Cobba.

Przyznał, że urządzenie Odwołującego nie posiada tej funkcjonalności na stacji technika.

Argumentował, że stacja technika służy tylko do kontroli prawidłowości wykonywania ekspozycji i kontroli po jej wykonaniu, prawidłowości uzyskanego obrazowania, a ocena badania odbywa się na stacji diagnostycznej, jednakże stacja diagnostyczna nie jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Zaznaczył przy tym, że w związku z ustalonym standardem przekazywania obrazów diagnostycznych (DICOM), istnieje możliwość oceny badania wykonanego na detektorze Odwołującego, gdzie do ekspozycji użyto stacji technika Odwołującego, na stacji diagnostycznej innego producenta.

W części związanej z poz. 55 i 91 obejmującej wymóg dostarczenia oprogramowania pediatrycznego z podziałem wiekowym i wagowym Odwołujący wskazał, iż nadmierność tego wymogu zawiera się w kwestii podziału wiekowego i wagowego.

Zadeklarował, że jego urządzenie posiada oprogramowanie pediatryczne i umożliwia wykonywanie diagnostyki pacjentów nieletnich w każdym wieku.

Przekonywał, iż sam wiek i waga pacjenta nie wskazuje wszystkich podstaw do ustalenia warunków ekspozycji, a technik winien uwzględnić nie tylko wiek i wagę, ale również indywidualny poziom rozwoju dziecka.

Tym samym – w opinii Odwołującego - wymóg Zamawiającego jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a stanowi istotne ograniczenie konkurencji.

Wyjaśnił, iż Odwołujący posiada w swojej ofercie kilka urządzeń mobilnych, które z powodzeniem stosowane są na oddziałach pediatrycznych, a brak programów wiekowych i wagowych nie powoduje ograniczenia możliwości diagnostycznych oferowanych przez Odwołującego urządzeń.

3. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w Rozdziale II dotyczącym systemu rejestracji, archiwizacji i dystrybucji obrazów, tj. w punktach 1, 64, 69, 71, 83, 174 które ograniczają możliwość złożenia Odwołującemu ważnej oferty.

Zarzucił, że Zamawiający wprowadził szereg wymogów, które nie są wymogami istotnymi, zaś w sposób naruszający uczciwą konkurencję uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

W odniesieniu do poz. 1 obejmującej wymóg dostarczenia systemów RIS/PACS/Dystrybucja od tego samego producenta, stwierdził, że jest niezasadny.

Zdaniem Odwołującego - standardem jest integrowanie systemów, które opierają się na powszechnie obowiązujących standardach przekazywania informacji (DICOM).

Wyjaśnił, że wielu podmiotach leczniczych w Polsce funkcjonują systemy różnych producentów i nie stanowi to ani ograniczenia ich funkcjonalności, ani problemów w użytkowaniu dla zamawiającego.

Zwrócił uwagę, iż w zakresie zamówienia znajduje się oprogramowanie dla obróbki obrazów przy detektorach oraz przy mammografii.

Zauważył, że będą to oprogramowania pochodzące od różnych producentów i integrowane z pozostałymi systemami, co oznacza, iż integracja i tak będzie następować.

Jednocześnie zaznaczył, że możliwa jest dostawa od jednego producenta systemu PACS i systemów obsługujących detektory i mammograf, a integracji z systemem RIS.

Dalej, zadał pytanie czy zatem ten sposób integracji jest „gorszy” od integracji innych systemów.

W ocenie Odwołującego - wprowadzony wymóg ogranicza konkurencję w sposób nieuzasadniony, gdyż istnieje możliwość realizacji wszystkich wymaganych funkcjonalności stosując różne połączenia systemów.

W zakresie dotyczącym poz. 64 obejmującej wymóg dostarczenia funkcjonalności dotyczącej walidacji zgodności danych obrazowych z danymi ze skierowania, stanął na stanowisku, że wymóg ten może dotyczyć tylko skierowań wystawionych w systemie Zamawiającego, zatem nie obejmuje wszystkich zleceń obsługiwanych przez system.

Ponadto funkcjonalność taka nie może wyłączyć kontroli danych przez technika wykonującego zdjęcie, a zatem już na etapie wykonania zdjęcia winna nastąpić kontrola danych skierowania i wykonanego zdjęcia.

W zakresie dotyczącym poz. 69 obejmującej wymóg możliwości nagrywania, za pomocą automatycznego „duplikatora”, płyt CD/DVD dla pacjentów z wybranym zestawem badań obrazowych (obrazy w standardzie DICOM wraz z opisami) i przeglądarką DICOM uruchamiającą się automatycznie na komputerze klasy PC, wyjaśnił, że powszechnym standardem jest nagrywanie badań jako obrazów wraz z przeglądarką do ich odtwarzania, a

opis tworzony jest przez lekarza i jako taki winien być przez niego podpisany, co stanowi potwierdzenie tego, że został przez niego sporządzony.

Wskazał, że system nie umożliwia wprowadzania podpisu elektronicznego, który pozwalałby na podpisanie w ten sposób opisu badania, co oznacza, iż opis w formie elektronicznej nie może być w żaden sposób wykorzystany.

W części odnoszącej się do poz. 71 obejmującej wymóg możliwości powiązania stacji roboczej ze wskazanym urządzeniami typu „duplikator”, gdy do systemu podłączonych jest ich więcej niż jeden, zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga dostarczenia tylko jednego duplikatora, zatem wymóg wskazywania innych wykracza poza zakres niniejszego postępowania.

Według Odwołującego - na obecnym etapie postępowania funkcjonalność ta jest nadmierna i ma na celu jedynie ograniczenie konkurencji.

Jeżeli chodzi o poz. 83 obejmującą wymóg możliwości zarządzania automatyczną dystrybucją badań radiologicznych i możliwość określania, na które stacje diagnostyczne będą niezależnie przesyłane określone obrazy DICOM.

W związku z tym wymaganiem Zamawiającego wskazał, że dostęp do badań zawartych w systemie następuje ze strony stacji diagnostycznej.

Wyjaśnił, że to lekarz diagnosta dokonuje wyboru badania do oceny, a po wyborze następuje pobranie badania z systemu na stację.

Zdaniem Odwołującego - nieuzasadniony funkcjonalnie jest wymóg wysyłania badań z systemu do stacji.

Dodatkowo, według wiedzy Odwołującego - może to prowadzić do przepełnienia pamięci stacji i jest sprzeczne w ogóle z ideą systemu archiwizacji.

Wyjaśnił również, że poz. 174 obejmuje wymóg dostarczenia w serwerze 2 procesorów dedykowanych do zastosowań serwerowych, min. 1,7 GHz, 8MB Cache, min. 6 rdzeni lub inny uzyskujący w testach nie gorsze wyniki niż określony.

Wskazał przy tym, że Zamawiający nie określił tu jakie wyniki w testach ma osiągać procesor.

W ocenie Odwołującego - wymóg ten jest nadmiarowy i zbyteczny oraz istotnie podrażający wartość zamówienia, a na obecną chwilę wykonawca nie wie w jaki sposób zamawiający oceni równowagę zaofiarowanych rozwiązań.

4. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w części III dotyczącej mammografu cyfrowego, w punkcie dotyczącym statywu mammograficznego, tj. w punkcie 34 wskazał wymaganie, które ogranicza możliwość złożenia Odwołującemu ważnej oferty.

W związku z tym zarzutem zauważył, że wymóg ten nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego, gdyż generator w nowoczesnych mammografach zajmuje bardzo mało miejsca i w żaden sposób nie utrudnia dostępu do mammografu oraz jego funkcjonowania.

Wyjaśnił, że pomieszczenie w którym ma być zainstalowany mammograf jest na tyle duże, że nie ma żadnych przeszkód, żeby generator stał na zewnątrz urządzenia, a wielkość pomieszczenia wynika z obowiązujących przepisów i określonej przez nie minimalnej odległości od przegród budowlanych, a zatem wymogi usytuowania urządzenia w pomieszczeniu determinują wielkość tego pomieszczenia.

Bezzasadnym będzie tu – zdaniem Odwołującego - zarzut niewielkich rozmiarów pomieszczenia, które miałyby uniemożliwić lokalizację generatora poza statywem urządzenia.

Dodatkowo wskazał, że generator zlokalizowany w obudowie urządzenia pogarsza możliwości jego chłodzenia oraz serwisowania w stosunku do takiego samego generatora zlokalizowanego poza obudową, bowiem aby eliminować wpływ lokalizacji w statywie konieczne jest wyposażenie urządzenia w elementy wspomagające chłodzenie generatora.

Zwrócił przy tym uwagę, że rozwiązanie z generatorem zlokalizowanym poza obudową statywu urządzenia jest funkcjonalnie korzystniejsze dla eksploatacji urządzenia, ponieważ pozwala na lepsze chłodzenie generatora, który w czasie pracy wydziela dużą ilość ciepła i poprawia warunki dla serwisowania sprzętu co wpływa na znaczne skrócenie czasu przestoju aparatu na czas dokonania niezbędnych przeglądów czy napraw.

Tym samym czas trwania przeglądu serwisowego ulega skróceniu, a jego koszty zmniejszeniu.

Zadeklarował, że generator w mammografie, który chcemy zaoferować posiada wymiary: Wysokość - 82,5 cm, Szerokość - 44,5 cm, Głębokość - 50,3 cm.

Z powyższego wynika - w ocenie Odwołującego, że jest to niewielka skrzynka, niewiele większa od przeciętnej obudowy komputera, która bez problemu może stać w pomieszczeniu gdzie znajduje się mammograf, co nie utrudnia korzystania z urządzenia, a wręcz ułatwia jego obsługę techniczną.

Dodatkowo wskazał, iż w celu minimalizowania ilości przewodów, które mogłyby stanowić przeszkodę dla pacjentów z utrudnionym poruszaniem się, stosuje się kanały kablowe montowane w posadzce.

Tym samym nie istnieje żaden problem z ukryciem przewodu łączącego generator i statyw mammografu, z wykorzystaniem kanałów i tak wykonywanych dla połączenia mammografu np. ze stacją technika.

Zdaniem Odwołującego - poprzez w/w żądanie Zamawiający dyskryminuje Odwołującego, jego produkty oraz produkty innych wykonawców uniemożliwiając złożenie ofert niepodlegających odrzuceniu, a przede wszystkim stawia wymóg nie mający ani żadnego uzasadnienia, ani żadnego znaczenia dla jakości oferowanego urządzenia.

W związku z tym wnosił on o usunięcie wskazanego wyżej wymogu jako merytorycznie nieuzasadnionego.

II. Zarzuty przeciwko warunkom udziału w postępowaniu.

Zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niejednoznaczny, co spowodowało naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazał, że Zamawiający dla Pakietu 1 określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej nadając mu treść: „W zakresie Pakietu 1 Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej wykonali co najmniej 1

dostawę rodzajowo odpowiadającą przedmiotowi zamówienia tj dostawa zawierająca w pełni cyfrowy aparat RTG, tzn. aparaty rentgenowskie wraz z dedykowanym przez producenta systemem ucyfrowienia (cyfryzacji) o wartości brutto min.700.000,00 zł i udokumentuje, że dostawa została wykonana należycie”.

Według Odwołującego - tak postawiony warunek nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i to z wielu powodów.

Zauważył, iż z dostępnych na rynku urządzeń RTG brak jest urządzeń, które dostarczone w ilości 1 szt. spełniłyby powyższy wymóg w zakresie kwoty 700.000 zł.

Tym samym oznacza – w opinii Odwołującego, iż Wykonawca musiałby legitymować się doświadczeniem w realizacji zamówienia na więcej niż jedną sztukę w ramach jednego zamówienia. Takich postępowań jest niewiele. Dodatkowo biorąc pod uwagę zakres zamówienia, taki wymóg należy uznać za nadmierny.

Jednocześnie zwrócił uwagę, iż przedmiotem zamówienia są cztery różne elementy, takie jak: ucyfrowienie posiadanego przez Zamawiającego aparatu RTG, dostawa systemu archiwizacji RIS/PACS, dostawa mammografu cyfrowego oraz dostawa przenośnego aparatu RTG. Nie ulega wątpliwości, że postawiony warunek dotyczy tylko jednego z czterech elementów tego pakietu zamówienia.

Dodatkowo zaznaczył, iż nie stanowi on w przedmiocie zamówienia wartości określonej warunkiem. Wartość urządzenia mobilnego RTG jest zdecydowanie niższa niż 700.000 zł.

Niezrozumiałym dla Odwołującego jest, że dla tak szerokiego zakresu, Zamawiający uznał za istotny tylko zakres dotyczący aparatu RTG i to w sytuacji, gdy aparat ten nie wymaga żadnych szczególnych czynności przy jego dostawie.

W ocenie Odwołującego - zupełnie inaczej ma się sytuacja w zakresie mammografu, który jest urządzeniem stacjonarnym, a jego prawidłowy montaż podlega dodatkowemu odbiorowi przez Sanepid.

W tym zakresie wymogi są znacznie wyższe. Jednak jak wynika z brzmienia warunku, wykonawca posiadający specjalistyczne doświadczenie związane z montażem mammografów, nie będzie mógł spełnić warunku udziału nie wykazując dostawy aparatu RTG.

Ponadto, wątpliwości Odwołującego wzbudził fakt opisanego przez Zamawiającego jako części zamówienia dostawy aparatu RTG przenośnego.

Podniósł, że Część IV pakietu 1 nie zawiera bowiem żadnego parametru dotyczącego urządzenia będącego aparatem RTG przenośnym.

Część tą należy utożsamić z częścią I pakietu, z tą różnicą, że z tytułu wynikałoby, że dodatkowe detektory będą służyły do ucyfrowienia aparatu mobilnego, co oznacza, że aparat RTG w ogóle nie jest przedmiotem zamówienia, zaś zamawiający wymaga doświadczenia w jego dostawie. W sposób jednoznaczny wskazuje to na brak korelacji między warunkiem udziału w postępowaniu, a przedmiotem zamówienia w Pakiecie 1 tego postępowania.

Wskazał, na merytoryczny błąd określonego warunku, gdzie Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w dostawie w pełni cyfrowego aparatu RTG, obejmującego dostawę aparatu RTG wraz z ucyfrowieniem.

Podniósł, że są to dwa różne rodzaje zamówienia, a w pełni cyfrowy aparat nie jest aparatem ucyfrowianym.

Czym innym jest ucyfrowienie aparatu RTG, a czym innym aparat w pełni cyfrowy.

Tym samym dla Odwołującego nie jest wiadomym, który rodzaj zrealizowanego zamówienia będzie uznany za spełnienie warunku. Czy wykazanie dostawy w pełni cyfrowego aparatu RTG, czy aparatu RTG z ucyfrowieniem.

Kolejnym naruszeniem Zamawiającego w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia spełniania tychże warunków jest – zdaniem Odwołującego - określenie w ogłoszeniu o zamówieniu, w punkcie III. 1.3 odrębnych wymogów dla Wykonawców, którzy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie są w stanie uzyskać dokumentów potwierdzających spełnianie warunku. Wykonawcy Ci winni wykazać dostawę wyposażenia medycznego (aparaty rentgenowskie wraz z dedykowanym przez producenta systemem ucyfrowienia) o wartości brutto min. 700 000,00 zł. Brak tu jest określenia, że ma to obejmować jedno zamówienie. Dodatkowo wymóg ten jest odmiennie sformułowany niż w odniesieniu do pozostałych wykonawców. Takie zróżnicowanie narusza równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w ogłoszeniu wskazał, iż szacowana wartość zamówienia dla pakietu 1 wynosi bez VAT 1.419.042, 12 zł.

Biorąc pod uwagę, iż wartość najtańszych mammografów cyfrowych dostępnych na rynku przekracza połowę tej wartości, a dodatkowo w przedmiocie zamówienia znajduje się dostawa systemu archiwizacji RIS/PACS, którego wartość przekracza 10% wskazanej kwoty, pozostała – w opinii Odwołującego - wartość zamówienia obejmująca ucyfrowienie i dostawę aparatu RTG przenośnego jest niższa niż 700.000 zł, a tym samym Zamawiający ustalił warunek udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

III. Zarzuty przeciwko kryteriom oceny ofert.

Zarzucił, że Zamawiający naruszył 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez ustalenie sposobu oceny kryterium oceny ofert dotyczącego parametrów dodatkowych w sposób niejednoznaczny.

W Rozdziale XV SIWZ Zamawiający określił kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. 1 pkt. 1.4 Rozdziału XVI SIWZ Zamawiający wskazał wzór, który będzie służył do wyliczenia ilości punktów uzyskanych przez wykonawcę w ramach kryterium „Parametry dodatkowe”.

Podniósł, że z przedstawionego wzoru nie wiadomo w jaki sposób Zamawiający dokona oceny. Nie wiadomo jakiej wartości dotyczy określona w liczniku „Liczba punktów uzyskanych”. W jaki sposób będą uzyskane punkty, przez kogo i skąd. Trudno w SIWZ znaleźć wyjaśnienie tej kwestii. O ile w sposób dorozumiany, choć SIWZ nie powinna zostawić miejsca na jakiegokolwiek domysły, można by uznać, że wartość ta dotyczy punktów uzyskanych przez ocenianą ofertę i wyliczanych oraz sumowanych na podstawie wskazanych w tym rozdziale parametrów, o tyle zupełnie nie jest wiadomo co oznacza wartość określona w mianowniku wzoru, tj. „Maksymalna ilość pkt osiągnięta dla kryterium”. Czy jest to maksymalna ilość punktów jaką w tym kryterium można uzyskać oferując najlepsze możliwe parametry w każdej z ocenianych pozycji, czy może ilość jaką uzyskała najlepiej oceniona oferta. W tym drugim przypadku nastąpiłoby zaburzenie proporcji i przyznanie najlepiej ocenionej w tym kryterium ofercie maksymalnej ilości - 10 pkt.

W odniesieniu do kryteriów oceny stwierdził, iż Zamawiający opisał je w sposób uniemożliwiający wybór najkorzystniejszej oferty.

Zaznaczył, że w pkt. 1.2 dotyczącym okresu gwarancji Zamawiający wskazał, iż Wykonawca, który zaoferuje gwarancję większą niż 60 miesięcy uzyska punkty wynikające z podstawienia do wzoru w miejsce gwarancji ocenianej 0 miesięcy.

Oznacza to – według Odwołującego, iż uzyska on 0 punktów w tym kryterium. Tym samym w kryterium tym, oferta z najdłuższą gwarancją, przekraczającą 60 miesięcy, uzyska najmniejszą możliwą ilość punktów.

Zwrócił również uwagę, iż ocena parametrów dodatkowych jest prowadzona przez Zamawiającego w sposób 0-1, co oznacza, że dana oferta albo uzyskuje dodatkowe punkty, albo nie.

Zauważył, że Zamawiający uznaje tylko przekroczenie pewnego minimalnego pułapu i premiuje je dodatkowymi punktami. Tym samym nie następuje rzeczywista ocena jakościowa zaoferowanych urządzeń, W szczególnych przypadkach oferta o parametrach zdecydowanie lepszych od drugiej oferty może być oceniona tak samo jeśli idzie o ilość uzyskanych punktów.

Przykładowo, wskazał, że Zamawiający w pozycji 9 opisu kryteriów oceny parametrów dodatkowych wskazuje, że najmniejsza dolna wartość napięcia w zakresie minimalnej wartości wysokiego napięcia uzyska 10 pkt, zaś pozostałe 0. Oznacza to, że w przypadku 3 ofert, w których jedna będzie wynosiła 25kV, druga 22,1kV, a trzecia 22kV, tylko ostatni oferta uzyska maksymalną ilość punktów, choć różnica między ofertą drugą i trzecią jest nieznaczna. Tak określone kryteria raczej nie sprzyjają wyborowi najlepszej oferty w zakresie proporcji jakości do ceny, a jedynie tej, która będzie większą liczbę parametrów skrajnych w tak ocenianych pozycjach. Dla porównania, w zakresie wielkości piksela, każdy wykonawca, który zaoferuje wielkość 140 μm lub mniejszą uzyska taką samą liczbę punktów, nawet jeśli jeden zaoferuje wartość 140, a drugi 100. Choć różnica ta, w zakresie wielkości piksela jest już różnicą znaczną.

W zakresie kryteriów oceny ofert, zaznaczył również, że należy jeszcze wziąć pod uwagę zapis jaki znajduje się zarówno w SIWZ (Rozdział XVI pod tabelą opisu kryteriów oceny parametrów dodatkowych) wskazujący, iż Zamawiający w przypadku gdy wykonawca nie wpisze ocenianego parametru, nie zdyskwalifikuje oferty, a jedynie nie przyzna mu punktów.

Zarzucił, że nie określił jednak co stanie się z nie wpisaną wartością. W skrajnej sytuacji może dojść do tego, że Wykonawca nie wpisze parametru, którego nie spełnia w wielkości minimalnej, a Zamawiający nie będzie mógł samodzielnie uzupełnić oferty i na tej podstawie odrzucić ją jako niezgodną z SIWZ.

Dla Odwołującego zasadnym wydaje się wprowadzenie zastrzeżenia, że w przypadku braku parametru Zamawiający uzna, że Wykonawca zaoferował parametr o wartości granicznej dla danej pozycji. Odpowiednio minimalny lub maksymalny, zależnie od konkretnego wymogu.

Według Odwołującego - pozostawienie zapisu SIWZ w obecnym brzmieniu stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i nierówne traktowanie wykonawców.

IV. Zarzut przeciwko pozostałym naruszeniom.

1. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 Pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Podniósł, że Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ, w zakresie dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zażądał w pkt 7.2.4 „Dokument/certyfikat potwierdzający, że usługa serwisowa będzie świadczona przez autoryzowany serwis lub podmiot uprawniony do dokonywania napraw/przeглядów danej aparatury medycznej potwierdzony przez producenta”.

W związku z tym wskazał, iż w tym zakresie Zamawiający nie postawił żadnego warunku, który mógłby być wykazany za pośrednictwem wskazanego wyżej dokumentu.

Dodatkowo, stwierdził, iż dokument ten nie znajduje się w wykazie dokumentów jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy, zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dn. 27 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nawet w przypadku uznania, iż Zamawiający żąda powyższego dokumentu w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, stwierdził, iż w zakresie pakietu 1 brak jest usług serwisowych. Tym samym dokument ten nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa urządzeń medycznych, takich jak ucyfrowienie RTG, aparat RTG i mammograf oraz dostawa systemu archiwizacji RIS/PACS.

Ponadto, przytoczył argument, że nawet jeśli w zamiarze Zamawiającego było zamówienie usług serwisowych (choć nie wyrażone w SIWZ), to dokument ten nie ma podstaw prawnych, a Zamawiający nie wskazał kto winien być wystawcą żądanego certyfikatu.

Z brzmienia opisu dokumentu – w ocenie Odwołującego - wynika, że producent winien go tylko potwierdzić.

Ponadto, zauważył, że jako całkowicie niezasadny należy określić jakikolwiek wymóg potwierdzania czy wystawiania dokumentu dla autoryzowanego serwisu przez producenta. Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych, a także obowiązującym w UE prawem, Producent spoza Unii Europejskiej wyznacza swojego przedstawiciela, który jest odpowiedzialny za dany wyrób medyczny na terenie UE. Jego dane znajdują się w Deklaracji zgodności dla danego wyrobu. Tym samym wskazany jest podmiot odpowiedzialny, choć nie musi on wykonywać funkcji autoryzowanego serwisu. Odpowiedzialność takiego podmiotu określona jest przepisami prawa.

Z powyższych względów powyższy wymóg Odwołujący potraktował jako nadmierny, nie odnoszący się do przedmiotu zamówienia oraz istotnie naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, należy traktować wymóg przedstawienia wskazanego wyżej dokumentu, bowiem nie stanowi on jakiegokolwiek potwierdzenia jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, a jedynie formalny wymóg, który może utrudniać wykonawcom złożenie ważnej oferty, a w szczególnych przypadkach skutkować jej odrzuceniem, pomimo zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

2. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania w związku z postanowieniem Rozdziału VII SIWZ, w zakresie dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający zażądał w pkt 7.2.5 „Wykaz osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usługi przeglądów gwarancyjnych wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami, wzór stanowi załącznik nr 6 do SIWZ”.

Wskazał, iż w tym zakresie Zamawiający nie postawił żadnego warunku, który mógłby być wykazany za pośrednictwem wskazanego wyżej dokumentu. Zamawiający nie tylko nie określił jakiej ilości osób wymaga, ale także jakie one winny mieć kwalifikacje oraz jaki warunek udziału w postępowaniu potwierdzać. Tym samym dokument ten jest zbędny.

Zaznaczył, iż w obecnym stanie Wykonawca może wskazać dowolne osoby, o dowolnych kwalifikacjach, zaś Zamawiający nie będzie miał podstaw do wykluczenia Wykonawcy czy odrzucenia jego oferty.

3. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 45 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez żądanie wniesienia wadium w kwocie brutto, w warunkach, w których żaden przepis ustawy Pzp nie upoważnia Zamawiającego do takiego żądania.

Dodatkowo, wskazał, iż trudno w ogóle ocenić co Zamawiający miał na myśli stawiając taki wymóg. Tak sformułowany jest w zasadzie niemożliwy do spełnienia, lub niemożliwa jest ocena, czy Wykonawca dokonując wniesienia wadium w przewidzianej prawem formie, wymóg ten zrealizował.

W szczególnym przypadku uznania, iż Zamawiający wskazał kwotę brutto wadium, gdyż od takiej wartości zamówienia ją liczył, naruszył tym samym ustawowe ograniczenie co do wysokości wadium jakiego może żądać w postępowaniu.

4. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprecyzyjny opis warunków realizacji przedmiotu umowy oraz istotne rozbieżności pomiędzy zawartymi w SIWZ - szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, formularzem ofertowym i wzorem umowy.

Podniósł, że Zamawiający stosuje w SIWZ pojęcie sprzętu i pojęcie wyposażenia. Ponieważ pojęcia występują w różnych znaczeniach, istotne jest ich rozróżnienie w każdym przypadku. Jednakże takie rozróżnienie powoduje, iż w różnych przypadkach wymagania w stosunku do złożonych ofert mogą być różne.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga złożenia kart katalogowych potwierdzających parametry oferowane tylko w stosunku do sprzętu medycznego. Tym samym wyłączone z tego wymogu jest wyposażenie.

Powoduje to – według Odwołującego, iż wykonawca może się uchylić od dostarczenia kart katalogowych w stosunku do wyposażenia. Brak definicji ustawowej oraz nie wypełnienie tej luki zapisami SIWZ powoduje, iż niemożliwe będzie porównanie złożonych ofert w sytuacji, gdy któryś z wykonawców uzna, że dany element nie jest sprzętem medycznym, a jedynie wyposażeniem.

Ponadto, zaznaczył, że Zamawiający w formularzu ofertowym oczekuje zaoferowania okresu gwarancji, zaś we wzorze umowy wprowadza tylko gwarancję dla wyposażenia. Trudno ocenić zatem, który z okresów gwarancji (dla sprzętu, czy dla wyposażenia) będzie podlegał ocenie oraz których z nich wpisywany jest do formularza ofertowego.

5. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych poprzez wskazanie w §6 ust. 3 wzoru umowy możliwości późniejszej zapłaty niż 60 dni.

Wywodził, że zgodnie ze wskazaną ustawą, maksymalny termin płatności w przypadku podmiotu publicznego będącego podmiotem leczniczym wynosi 60 dni. Postanowienie odmienne jest z mocy prawa nieważne w stosunku do podmiotów będących wierzycielami objętymi powyższymi przepisami. Tym samym w stosunku do tych podmiotów postanowienie wzoru umowy jest z mocy prawa nieważne. Ustalenie zatem dla podmiotów nie korzystających z ochrony ustawowej, w zakresie terminów płatności, odrębnego terminu zapłaty stanowi różne traktowanie wykonawców, a tym samym ich nierówne traktowanie.

Dodatkowo wskazał, iż podmiot publiczny zobowiązany jest do dyscypliny budżetowej, zatem nie może wszcząć postępowania nie posiadając zabezpieczonych na sfinansowanie zamówienia środków. W tym zakresie zastrzeżenie o możliwości braku środków na sfinansowanie umowy stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Z tego punktu należy ocenić takie postanowienie umowne jako bezprawne.

W związku z powyższym – w opinii Odwołującego - zasadne jest żądanie usunięcia postanowienia zawartego w §6 ust. 3 wzoru umowy.

6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie w formularzu ofertowym dla pakietu 1 pozycji, które nie mają odzwierciedlenia w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w formularzu ofertowym dla Pakietu 1 sporządził tabelę mającą stanowić kalkulację ceny oferty i zawarł w niej 3 pozycje, każda z pozycji w ilości 1 szt. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla Pakietu 1 zawiera 4 części, przy czym w dwóch z części występuje detektor w ilości 4 szt., konsola stacjonarna w ilości 2 szt. oraz konsola przenośna w ilości 1 szt., duplikator płyt w ilości 1 szt., UPS do serwera w ilości 1 szt.

Z żadnego z zapisów SIWZ – w ocenie Odwołującego - nie wynika, który z elementów opisu należy uwzględnić w której pozycji kalkulacji formularza ofertowego.

Dodatkowo wskazał, że w pozycji nr 1 wskazanej tabeli znajduje się opis: „Cyfryzacja RTG wraz z aparatem USG przenośnym”. W żadnym punkcie opisu przedmiotu zamówienia nie został określony w pakiecie 1 przenośny aparat USG. Co tym bardziej uniemożliwia prawidłowe uzupełnienie formularza ofertowego, a Zamawiającemu porównanie złożonych ofert.

W związku z powyższym – w przekonaniu Odwołującego - konieczne jest uściślenie zapisów SIWZ w sposób, który nie będzie budził żadnych wątpliwości co do tego, który z elementów zamówienia powinien być uwzględniony w której pozycji formularza ofertowego.

Pismem z dnia 12 października 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca MDS Cardio sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wniesionego odwołania, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Na posiedzeniu przed Krajowa Izba Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego cofnął zarzuty dotyczące Opisu Przedmiotu Zamówienia wynikające z pkt 1 tiret 1 i 2 wniosku odwołania.

Natomiast, oświadczył, że pozostaje przy swoim stanowisku, jeżeli chodzi o ten zarzut w zakresie wniosku z pkt 1 tiret 3, tj. związanego z dopuszczeniem rozwiązania z generatorem niewbudowanym w statyw aparatu.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, to z racji dokonania modyfikacji w zakresie zdolności technicznej i zawodowej przez Zamawiającego

Odwołujący cofnął ten zarzut mając na uwadze, że Zamawiający wprowadził do SIWZ nowe postanowienie.

Nadto, na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, iż uwzględnienia zarzuty odwołania wynikające z wniosków zawartych w punktach od 3 do 6, bowiem ma to już odzwierciedlenie w dokonanej modyfikacji SIWZ. Odwołujący w związku z tym cofnął i te zarzuty.

Dodatkowo, Odwołujący oświadczył, że pozostają do rozstrzygnięcia jedynie zarzuty podniesione w rozdziale I – OPZ pkt 3 uzasadnienia odwołania, tj. dotyczące rozdziału II dotyczącego systemu rejestracji, archiwizacji i dystrybucji obrazów, tj. pkt 1, 64, 69, 71, 83, 174, a także w zakresie dopuszczenia rozwiązania z generatorem niewbudowanym w statyw aparatu.

Mając na uwadze powyższe oświadczenia Odwołującego o cofnięciu części zarzutów odwołania Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania, jako bezprzedmiotowe.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3, art.29 ust.1 – 3, art.30 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany przez Odwołującego w odwołaniu, a także, czy dokonany opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do zarzutu dopuszczenia rozwiązania z generatorem nie wbudowanym w statyw, Izba uznała go za niedostatecznie potwierdzony przez Odwołującego.

W ocenie Izby – Odwołujący nie udowodnił, że urządzenie peryferyjne w postaci generatora poza statywem aparatu będzie możliwe do umieszczenia w pomieszczeniu o powierzchni 11 m², którego dysponentem jest Zamawiający.

W tym względzie, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, że przyjęcie wariantu zaproponowanego przez Odwołującego będzie wiązało się z dodatkowymi kosztami adaptacji pomieszczenia (wykonanie okablowania w wykutych rynnach w podłodze,

konieczność instalacji dodatkowych ekranów ochronnych), które nie zostały przewidziane w budżecie Zamawiającego.

Nadto, z przedstawionej przez Zamawiającego mapy sytuacyjnej pracowni RTG wynika, że nie jest pewnym czy zaproponowany przez Odwołującego generator o głębokości 50,3 cm i szerokości 44,5 cm zmieści się za urządzeniem, skoro zaznaczone na rysunku wolne przestrzenie to 0,5 m i 0,3 m.

Dodatkowo, ustalenia Izby wskazują na fakt, że w rogu ściany pomieszczenia oznaczonej J jest dodatkowo przewidziane stanowisko dla technika, a także, że koniecznym będzie uwzględnienie miejsca na korzystanie z rozkładanego fotela przewidzianego do podawania kontrastu i prowadzenia biopsji (vide: pkt 102 i 103 inne wymagania rozdziału III mammograf cyfrowy – 1 sztuka załącznika nr 1 do SIWZ).

Poza tym, w pomieszczeniu tym musi znajdować się szafka na dodatkowy osprzęt (płytki uciskowe, urządzenia do kontroli jakości).

Według zapatrywania Izby te wszystkie ograniczenia uzasadniają wymóg Zamawiającego opisany w pkt 34 rozdziału III mammograf cyfrowy – 1 sztuka załącznika nr 1 do SIWZ.

W konsekwencji Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający ma prawo oczekiwać produktu spełniającego jego uzasadnione oczekiwania gwarantującego pewność, że zainstalowane, zestawione urządzenia nie będą kolidowały ze sposobem użytkowania przedmiotowego pomieszczenia.

Izba nie uznała w powyższym zakresie złożonych przez Odwołującego dowodów z powodu braku ich tłumaczenia (Senographe Pristina), a także z powodu braku wykazania, że przedłożona przez Odwołującego informacja o wymiarach urządzenia i wagi poszczególnych elementów, a także złożone przez niego rysunki techniczne i zdjęcia innych pomieszczeń mają jakikolwiek związek z układem urządzenia w pomieszczeniu Zamawiającego.

W związku z powyższym stanem rzeczy, Izba doszła do przekonania, że odnośnie wymogu opisanego w pkt 34 rozdziału III mammograf cyfrowy – 1 sztuka załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający działał w granicach przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie, w myśl przepisu art.30 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby - wskazanie przez Zamawiającego w pkt 34 rozdziału III mammograf cyfrowy – 1 sztuka załącznika nr 1 do SIWZ, że wymaga on statywu wolnostojącego z wbudowanym generatorem jest dostatecznie zrozumiałe dla Odwołującego i nie narusza ono powołanych wyżej przepisów prawa.

Przechodząc do omówienia kolejnych zarzutów odwołania odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia w Rozdziale II dotyczących systemu rejestracji, archiwizacji i dystrybucji obrazów, tj. w punktach 1, 64, 69, 71, 83, 174, które ograniczają możliwość złożenia Odwołującemu ważnej oferty, należy stwierdzić, że nie znalazły one uznania Izby, jako nie znajdujące oparcia w złożonych dowodach.

Stosownie do art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zadawanie pytań retorycznych w odwołaniu, jak również same twierdzenia o zbyteczności czy podrażaniu kosztów zamówienia nie stanowią dowodów dla wykazania naruszenia przepisu art.29 ust.1 – 3 ustawy Pzp.

Według Izby – Odwołujący nie udowodnił, że dystrybucja obrazów pochodzących od wielu producentów zapewni poprawność działania systemu(pkt.1).

Podobnie rzecz się przedstawia, jeżeli chodzi o pkt 64 dotyczący walidacji zgodności danych obrazowych z danymi ze skierowania i pkt 69 odnoszącego się do możliwości nagrywania za pomocą automatycznego duplikatora, a także pkt 71 w zakresie możliwości powiązania stacji roboczej ze wskazanymi urządzeniami typu duplikator i pkt 83 dotyczącego możliwości zarządzania automatyczną dystrybucją badań radiologicznych.

Ostatecznie, Izba nie przyjęła argumentacji Odwołującego w zakresie pkt 174, bowiem wymóg ten został opisany precyzyjnie z możliwością zaoferowania produktu o

parametrach nie gorszych niż te referencyjne: 2 procesory dedykowane do zastosowań serwerowych, min. 1,7 GHz, 8MB Cache, min. 6 rdzeni.

Odwołujący przy tym nie wykazał jakie trudności wiążą się z możliwością zaoferowania przez niego serwera RIS/PACS o referencyjnych parametrach.

Izba nie uznała dowodów złożonych przez Odwołującego na wykazanie powyższych okoliczności z powodu ich nieczytelności, a także z przyczyny braku ich tłumaczenia (vide: opis przedmiotu zamówienia IMS Giotto Class).

Nadto, za złożone jedynie dla zwłoki Izba potraktowała kopię zestawienie parametrów techniczno-użytkowych mammografu (str.23, 31), kopię z oferty Siemens Healthcare (str 1, 8, 11), kopię z formularza ofertowego GE Medical Systems Polska sp. z o.o., jako, że zarzut związany z parametrem rozmiaru piksela w ogóle nie został przez Odwołującego podniesiony.

Reasumując, Odwołujący nie udowodnił, że naruszony został przepis art.29 ust. 2 ustawy Pzp stosownie, do którego przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Poza tym Odwołujący nie wykazał, że działanie Zamawiającego naruszało przepis art.29 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Wobec powyższego Izba nie znalazła uzasadnienia do nakazania zmiany SIWZ we wnioskowany przez Odwołującego sposób.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....