

Sygn. akt KIO 514 /10

**WYROK**  
z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Magdalena Grabarczyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Marek Koleśnikow</b> <b>Bogdan Artymowicz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Patrycja Kaczmarska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o. o., 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny w Lublinie, 20 – 059 Lublin, Al. Raławickie 1**

przy udziale **EDOMED Sp. z o. o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Uniwersytetowi Medycznemu w Lublinie, 20 – 059 Lublin, Al. Raławickie 1 dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że załącznik nr 7 otrzymuje brzmienie;**

- 1) - pkt 10: „Rozdzielczość przestrzenna dla źródła punktowego w trybie akwizycji 3D w osi centralnej detektora: poprzeczna (transaxial FWHM) mierzona wg aktualnego standardu NEMA dla Fluoru -18: w odległości 1 cm od osi centralnej”;**
- 2) - pkt 11: „Rozdzielczość przestrzenna dla źródła punktowego w trybie akwizycji 3D w osi centralnej detektora: poprzeczna (axial FWHM) mierzona wg aktualnego standardu NEMA dla Fluoru -18: w odległości 1 cm od osi centralnej”.**
- 3) pkt 14, 28, 29, 30 i 32: zwrot „wg. NEMA 2001” zastępuje się „wg. NEMA 2007”;**

- 4) pkt 26 skreśla się słowa „Rozdzielczość czasowa”;
- 5) pkt 45 zwrot <200mA zastępuje się <200mAs;
- 6) pkt 61 słowa „procesor dwurdzeniowy” zastępuje się słowami „procesor min. dwurdzeniowy”;
- 7) w pkt 109 w słowa „odrzuć ofertę” zastępuje się przez zwrot: 0 – 1 pkt tak/nie nie = 0 pkt, tak = 1 pkt;
- 8) pkt 157 zmienia się wartość progową z „<3,6%” na „≤ 3,7%”;
- 9) pkt 158 zmienia się wartość progową z „<0,6mm” na „<0,7mm”;
- 10) pkt 174 dodaje się słowa: „przy zastosowaniu algorytmu FBP”;
- 11) pkt 205 zwrot „HDD minimum 250 GB” zastępuje się „HDD minimum 147 GB”, zwrot „pamięć operacyjna RAM 4 GB lub większa.” zastępuje się : „pamięć operacyjna RAM 2 GB lub większa”;
- 12) pkt 269 i 276 skreśla się;

oraz zał Nr 8 cz. I pkt 8 otrzymuje brzmienie;

- w kolumnie „Wymagane informacje” „maksimum 24 godziny z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy”; w pkt. 8a „poniżej 24 godzin z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy” oraz w kolumnie „ocena ofert” „0 pkt. za zaoferowanie 24 godziny, 1 pkt. -za każdą jedną godzinę krócej, niż 24 godz.

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Medyczny w Lublinie , 20 – 059 Lublin, Al. Raławickie 1** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr.(słownie piętnaście tysięcy zł zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SIEMENS Sp. z o. o. , 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy zł zero groszy) przez **Uniwersytet Medyczny w Lublinie , 20 – 059 Lublin, Al. Raławickie 1** na rzecz **SIEMENS Sp. z o. o. , 03 – 821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny w Lublinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”, którego przedmiotem jest dostawa i montaż skanera PET/CT oraz gamma kamery SPECT/CT.

17 marca 2010 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej: "siwz".

Wobec postanowień siwz wykonawca – Siemens Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 i 2 ustawy i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie modyfikacji siwz w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania, celem umożliwienia odwołującemu złożenia ważnej oferty.

Szczegółowe zarzuty oraz żądania przedstawione zostały uzasadnieniu:

1. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 10 - rozdzielczość przestrzenna dla źródła punktowego. Zgodnie z obowiązującym standardem NEMA pomiary rozdzielczości przestrzennej specyfikowane przez producentów wykonywane są w odległości 1 cm lub 10cm, a nie w centrum. Zastosowany przez zamawiającego zapis uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy skorygować definicję z uwzględnieniem miejsca pomiaru zgodnie z aktualnym standardem NEMA;
2. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 11 - rozdzielczość przestrzenna dla źródła punktowego. Zgodnie z obowiązującym standardem NEMA pomiary rozdzielczości przestrzennej specyfikowane przez producentów wykonywane są w odległości 1 cm lub 10cm, a nie w centrum. Zastosowany przez zamawiającego zapis uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy skorygować definicję z uwzględnieniem miejsca pomiaru zgodnie z aktualnym standardem NEMA;
3. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt. 13 - szybkość zliczeń NECR. Szybkość zliczeń NECR podawana przez producentów mierzona jest przy różnych koncentracjach aktywności kBq/ml dostosowanych do danego modelu skanera. Zastosowany zapis uniemożliwia złożenie ważnej oferty. Należy dopuścić pomiar przy koncentracji zalecanej przez producenta danego skanera;
4. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 14 - czułość systemu w trybie akwizycji 3D. Pomiary czułości systemu wykonywane są przez producentów wg aktualnego standardu NEMA tj. NEMA NU2-2007. Postanowienie uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy uaktualnić wymagany standard NEMA;
5. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 26 - rozdzielczość czasowa. Zamawiający w pierwszych słowach wymagania mówi o rozdzielczości czasowej, zaś dalej opisuje szerokość okna czasowego

koincydencji. Wymaganie przez to jest niejednoznaczne. Należy potwierdzić, iż powyższe wymaganie dotyczy rozdzielczości czasowej;

2) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 28 - czułość systemu w środku pola widzenia w trybie akwizycji 3D. Pomiary czułości systemu wykonywane są przez producentów wg aktualnego standardu NEMA tj. NEMA NU2-2007. Zastosowany zapis uniemożliwia złożenie ważnej oferty. Należy uaktualnić wymagany standard NEMA;

3) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 29, 30 - poprzeczna i osiowa rozdzielczość. Zamawiający wymaga podania parametrów wg NEMA 2001. Ponieważ zamawiający wymaga produktów z bieżącej produkcji, należy zmodyfikować wymagania na podanie wartości wg NEMA NU2-2007;

8. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 32 - szybkość zliczeń NECR. Zamawiający wymaga podania parametrów wg NEMA 2001. Ponieważ zamawiający wymaga produktów z bieżącej produkcji, wnosimy o modyfikację wymagania na podanie wartości wg NEMA NU2-2007. Szybkość zliczeń NECR podawana przez producentów mierzona jest przy różnych koncentracjach aktywności kBq/ml dostosowanych do danego modelu skanera. Powyższy zapis uniemożliwia złożenie ważnej oferty. Należy dopuścić pomiar przy koncentracji zalecanej przez producenta danego skanera;

9. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 45 - rozdzielczość niskokontrastowa. Zamawiający wymaga podania wartości rozdzielczości niskokontrastowej przy zadanych parametrach, m. in.  $< 200\text{mA}$ . Dla właściwego porównania warunków pomiarowych rozdzielczości niskokontrastowej należałoby podać nie wartość prądu [mA], lecz wartość produktu [mAs], tj. iloczynu prądu anodowego [mA] i czasu ekspozycji [s]. Należy zmodyfikować wymagania polegającego na zamianie wartości  $< 200\text{mA}$ . na  $\leq 200\text{mA}$ ;

10. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 61 - komputer akwizycyjny. Zamawiający wymaga komputera dwurdzeniowego. Należy zmodyfikować wymaganie na komputer minimum dwurdzeniowy;

1) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 109 - możliwość tworzenia dodatkowej skali koloru przez użytkownika. Stacje opracowania badań PET korzystają z predefiniowanych w dużej mierze opisanych w literaturze skal. Postanowienie uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy usunąć opisany wymóg;

2) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt. 127 - specjalistyczne oprogramowanie umożliwiające rozwinięcie analizowanego naczynia. Zamawiający wymaga oprogramowania umożliwiającego rozwinięcie analizowanego naczynia za pomocą jednego punktu wskazującego. Producenci realizują rozwinięcie naczynia za pomocą jednego lub dwóch punktów wskazujących. Należy zmodyfikować wymagania dopuszczając rozwinięcie naczynia za pomocą jednego lub dwóch punktów odniesienia umieszczonych w naczyniu;

3) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 157 - wewnętrzna całkowita jednorodność pola UFOV  $< 3,6\%$ . Wymagana wartość progowa wewnętrznej jednorodności pola uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy zmienić wartość progową na  $< 3,7\%$ ;

4) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 158 - wewnętrzna różniczkowa liniowość detektora. Wymagana wartość progowa wewnętrznej liniowości detektora uniemożliwia odwołującemu

złożenie ważnej oferty. Należy zmienić wartość progową na  $< 0,7\%$ ;

15. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 170 - 175 i 181 – 187. Zamawiający stosuje punktację: za wartość najkorzystniejszą max ilość pkt, za wartość najmniej korzystną – 0 pkt. Ponieważ różnice w wartościach poszczególnych parametrów różnych producentów są bardzo niewielkie, wręcz minimalne, np. 0,1%, 1 mm itd., zastosowana ocena parametrów będzie bardzo niesprawiedliwa w sytuacji pojawienia się jedynie dwóch ofert przetargowych. Należy zmienić ocenę parametrów w tych punktach na ocenę proporcjonalną do max. ilości punktów;

16. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 174 - rekonstruowana rozdzielczość przestrzenna SPECT. Prosimy o doprecyzowanie, jaki algorytm ma być zastosowany dla uzyskania wartości rekonstruowanej rozdzielczości przestrzennej SPECT;

17. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 188 - możliwość uzyskania diagnostycznej jakości obrazów CT. Zamawiający wymaga czasu obrotu zespołu lampa rtg - detektor  $< 0,5$ sek. Taki warunek uniemożliwia odwołującemu, którego tomograf współpracujący z SPECT/CT posiada czas obrotu 0,6 s, złożenie ważnej oferty. Różnica 0,1 s jest nie istotna w porównaniu z innymi istotnymi parametrami wyróżniającymi SPECT/CT oferowany przez odwołującego, zaś podane wymaganie uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy zmienić wartość graniczną czasu obrotu zespołu lampa - detektor na  $< 0,6$  sek;

18. dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 205 – stacja Zamawiający wymaga dostawy dwóch stacji do przetwarzania badań z gamma kamery SPECT/CT z HDD minimum 250GB i pamięcią operacyjną RAM 4 GB. Podane wymagania graniczne uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty. Należy zmienić wartości graniczne wymaganych parametrów na: HDD min. 147 GB i pamięć operacyjną RAM min. 2 GB;

1) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 269 - dostarczenie świadectw dopuszczenia do użytkowania. Zamawiający wymaga dostarczenia świadectw dopuszczenia do użytkowania sprzętu w warunkach klinicznych, wymóg ten jest niejednoznaczny i niezrozumiały gdyż nie wiadomo, jakie konkretnie świadectwa (przez kogo wystawione) zamawiający ma na myśli. Wnosimy o doprecyzowanie wymagania w tym punkcie;

2) dot. Załącznik Nr 7 do SIWZ, pkt 276 - dostarczenie co najmniej dwóch opinii użytkownika. Zamawiający wymagając dostarczenia opinii użytkowników PET/CT wg opisu w tym punkcie działa sprzecznie z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy dotyczącego oświadczeń i dokumentów, jakich może żądać. Należy zmienić wymaganie w tym punkcie na dostarczenie opinii od użytkowników zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów dotyczącym rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców - poświadczających wyłącznie, że dostawy zostały wykonane należycie;

3) dot. Załącznik Nr 8 do SIWZ, pkt 8. Zamawiający wymaga długiego okresu gwarancji na wszystkie elementy sprzętu wyszczególnione w pkt 1. Część sprzętu jest serwisowana przez serwis poddostawców, którzy oferują czasy reakcji między 24 a 48 godzin w dniach roboczych, tj. od poniedziałku do piątku. Wymagany w pkt 8 przez zamawiającego czas reakcji max. 10 godzin jest

niemożliwy do zaoferowania. Zgłoszenie wysłane do serwisu np. o godz. 15:00 musiałoby skutkować wizytą serwisu w godzinach nocnych, czego nie praktykują znane nam serwisy podwykonawców. Należy zmienić wymaganie na czas reakcji od zgłoszenia awarii do czasu rozpoczęcia czynności diagnostyczno - naprawczych max. 24 godzin w dni robocze, tj. od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy;

22. dot. Załącznik Nr 8 do SIWZ, pkt 14. Zamawiający wymaga wykonywania przeglądów okresowych wyłącznie w soboty. Część sprzętu jest serwisowana przez serwis poddostawców, który pracuje od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy. Spełnienie wymagania pracy wyłącznie w soboty jest zatem niemożliwe. W związku z powyższym należy zrezygnować z wymagania wykonywania okresowych przeglądów serwisowych wyłącznie w soboty;

23. dot. Załącznik Nr 8 do SIWZ, pkt 14. Poza zakresem czynności serwisowych określonym przez producenta gamma kamery zamawiający wymaga wykonania dodatkowo co najmniej 4 przeglądów w ciągu roku w zdefiniowanym zakresie. Ponieważ producent ściśle określa ilość i zakres przeglądów należy zmienić wymaganie do opisu przeglądów serwisowych wg zaleceń producenta.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, w której odniósł się do postawionych zarzutów:

ad 1. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić pkt 10 Załącznika Nr 7 SIWZ, który otrzymuje brzmienie: „Rozdzielczość przestrzenna dla źródła punktowego w trybie akwizycji 3D w osi centralnej detektora: poprzeczna (transaxial FWHM) mierzona wg aktualnego standardu NEMA dla Fluoru-18: w odległości 1 cm od osi centralnej”. Pozostałe zapisy bez zmian;

ad 2. Zamawiający uwzględnił zarzut, w wyniku czego postanowił zmienić pkt 11 Załącznika Nr 7 SIWZ, który otrzymuje brzmienie: „Rozdzielczość przestrzenna dla źródła punktowego w trybie akwizycji 3D w osi centralnej detektora: poprzeczna (axial FWHM) mierzona wg aktualnego standardu NEMA dla Fluoru -18 w odległości 1 cm od osi centralnej”. Pozostałe zapisy bez zmian;

ad 3. Zamawiający nie podzielił zarzutów odwołującego i wniósł o oddalenie odwołanie w tym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że prosi o podanie parametru NECR w określonych warunkach umożliwiających porównanie właściwości detektorów PET różnych producentów. Producent skanera PET/CT, testuje swoje aparaty w wytwórni i jest on w posiadaniu kompletnego wykresu dla tego parametru. Stąd podanie tego parametru nie powinno stanowić problemu, a zarzut odwołującego w tym punkcie jest bezzasadny;

Ad 4, 6, 7 i częściowo 8. Zamawiający uwzględnił zarzuty., w związku z czym wszędzie tam, gdzie w SIWZ użyto sformułowania „wg. NEMA 2001” postanowił zmienić brzmienie na: „wg. NEMA 2007”;

ad 5. Zamawiający w pkt 26 Zał. 7 SIWZ postanowił wykreślić zapis „Rozdzielczość czasowa”. Pozostaje następujący zapis: „Minimalna szerokość okna czasowego koincydencji w trybie z pomiarem czasu przelotów kwantów gamma zastosowanym w celu dokładniejszej lokalizacji w

przestrzeni miejsca emisji fotonów o energii 511keV (technologia Time of Flight) poniżej lub równe 650ps";

ad 8. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić pkt 32 Zał. 7 SIWZ w kolumnie „Ocena ofert” następująco:

Jest	Winno być:
0-10 Wartość najmniejsza - 10 pkt., Wartość największa - 0 pkt. Pozostałe proporcjonalnie.	0-10 pkt. Wartość największa - 10 pkt. Wartość najmniejsza - 0 pkt. Pozostałe proporcjonalnie

Pozostałe zapisy bez zmian;

ad 9. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić pkt 45 Zał. 7 do SIWZ następująco: jest:  
<200mA, winno być: <200mAs;

ad 10. zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić zapis z „Processor dwurdzeniowy” na „procesor min. dwurdzeniowy”;

ad 11. Zamawiający uwzględnił zarzut, w ten sposób, że do pkt 109 Zał 7 do SIWZ postanowił wprowadzić punktację w kolumnie „ocena ofert” następująco: jest „odrzućenie oferty”, winno być 0 - 1 pkt. Tak/nie Nie = 0 pkt. Tak = 1 pkt. Zamawiający stwierdził, że w wyniku powyższego, odwołujący może złożyć ważną ofertę, nie spełniając tego warunku. Zamawiający nadmienia, że posiada najnowszą stację, komputerową SIEMENS SYNGO, w której wg wiedzy zamawiającego (szkolenie) istnieje, poprzez edycję pliku tekstowego, możliwość ingerowania w konfigurację skali barwnej, stąd w przekonaniu zamawiającego zasadniczy zarzut odwołującego był bezzasadny w tym punkcie;

ad 12. zamawiający uwzględnił zarzut w ten sposób, że w pkt 127 Zał.7 SIWZ w kolumnie „ocena ofert” zmienia punktację następująco: jest 0 lub 2 Tak/nie Tak = 2 pkt Nie = 0 pkt, winno być 0 - 2 pkt

1. pkt. = za brak,
2. pkt. = rozwinięcie za pomocą wskazania z dwóch punktów wskazujących
3. pkt. = rozwinięcie za pomocą wskazania z jednego punktu wskazującego;

ad 13. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić wartość progową z „<3,6%” na „≤ 3,7. W treści odpowiedzi na odwołanie znajdowała się deklaracja „≤ 3,6 %”, będąca oczywista omyłką pisarską;

ad 14. Zamawiający nie podzielił zarzutu, jednak postanowił zmienić wartość progową z „<0,6mm” na „<0,7mm”;



ad 15. Zamawiający nie podzielił zarzutu. Wyjaśnił, że świadomie zastosował określoną w Zał. 7 metodę oceny ofert w kryterium „ocena techniczna” w odniesieniu do każdej pozycji Zał.7 odrębnie, gdyż ma to zapewnić otrzymanie produktu gwarantującego zaspokojenie jego potrzeb i osiągnięcie wyznaczonego celu, jakim jest uzyskanie urządzeń o najnowocześniejszych rozwiązaniach technicznych. Zamawiający ma prawo oczekiwać rozwiązania nowoczesnego i kompleksowego, pod warunkiem, że jest to uzasadnione jego potrzebami [KIO/UZP 994/08]. Zamawiający konstruuje kryteria oceny ofert i nadając im wagę, decyduje o tym, co jest dla niego najważniejsze [KIO/UZP 1145/08]. Zamawiający potrzebuje znacznego różnicowania ofert pod względem rozwiązań technicznych, gdyż zróżnicowanie poszczególnych parametrów różnych producentów w tych kryteriach, które odwołujący się ocenia jako bardzo niewielkie, wręcz minimalne, np. 0,1% jest zróżnicowaniem wynikającym z postępu technicznego, pożądanym przez zamawiającego.

W pozycjach 170-175 i 181-187 zał. 7 SIWZ zamawiający zastosował sposób oceny ofert na zasadzie proporcjonalności, polegającą na przyznaniu największej ilości punktów ofercie najkorzystniejszej, a najmniejszej punktacji rozwiązaniom najmniej korzystnym, natomiast pozostałym – proporcjonalnie. Z uwagi na duże znaczenie parametrów wyspecyfikowanych w poz. 170-175 i 181-187 Zał.7, zamawiający zdecydował o przyznawaniu punktów według takiej, a nie innej zasady. Zamawiający stosując kryteria oceny ofert określone w SIWZ, nie naruszył żadnych przepisów prawa ani zasad ustawy, a powyższe znajduje odzwierciedlenie w *gros* wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający ma prawo iść z postępem technicznym i stosować odpowiednią dla siebie metodę oceny ofert tak, aby zapewnić sobie uzyskanie zapotrzebowanego produktu. Ad. ad 16. W ocenie zamawiającego punkt ten nie stanowi zarzutu, lecz prośbę o wyjaśnienie treści SIWZ. W związku z czym zamawiający poinformował, że dla uzyskania wartości rekonstruowanej rozdzielczości przestrzennej SPECT zastosowany zostanie algorytm FBP;

ad 17. Zamawiający stwierdził, że uwzględnił zarzut i gdyż w wyniku udzielenia odpowiedzi z dnia 20.04.2010 r. na zadane pytanie zmienił już zapis pkt 188 zgodnie z żądaniem odwołującego;

ad 18. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić pkt 205 Zał. 7 następująco:

- z: „HDD minimum 250 GB” na „HDD minimum 147 GB”

- z: „pamięć operacyjna RAM 4 GB lub większa...” na : „pamięć operacyjna RAM 2 GB lub większa”;

ad 19. Zamawiający skreśliła pkt 269 z Zał. 7 SIWZ, jednakże nie rezygnuje z postawionych wymogów, gdyż stosowne zapisy w tej kwestii są zawarte w rozdziale X pkt 1.5 i 1.6 SIWZ oraz rozdz. XI.A. Pkt 6;

ad 20. Zamawiający skreśla zapis pkt 276 z Zał. 7, jednakże nie rezygnuje z postawionych wymogów, gdyż warunki udziału w tym zakresie opisane są w rozdziale X SIWZ, na których potwierdzenie należy złożyć dokumenty wymienione w rozdz. XI.A SIWZ;

ad 21. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić pkt 8 w cz. I Zał. 8 w kolumnie „Wymagane informacje” w pkt. 8 z: „maksimum 10 godzin” na: „maksimum 24 godziny z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy”; w pkt. 8a z: „poniżej 10 godzin” na: „poniżej 24 godzin z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy”. Stwierdził, że tym samym ulec musi skorelowany z powyższy zapis: - w kolumnie „ocena ofert” zmienia sposób punktacji na:

pkt. za zaoferowanie 24 godziny

pkt. -za każdą jedną godzinę krócej poniżej 24 godz.

ad 22. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu. Stwierdził, że z uwagi na swoje uzasadnione potrzeby oraz specyfikę pracy urzędnika i jego wykorzystania, wymaga, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, gdyż tylko w sobotę urządzenie będzie mniej wykorzystywane, w związku z czym, będzie można wygospodarować czas niezbędny na dokonanie przeglądów. Natomiast w inne dni tygodnia (pon. - pt.) urządzenie będzie, w ciągłym ruchu i nie będzie możliwości dokonywania przeglądów w trakcie badania pacjentów. Przeglądy są planowane z rocznym wyprzedzeniem, zatem żądanie zamawiającego nie wyklucza możliwości złożenia oferty w żądanym zakresie. Wobec powyższego, zarzut w pkt. 22 odwołania jest niezasadny i nie może zostać uwzględniony;

ad 23. Zamawiający uwzględnił zarzut i postanowił zmienić zapis w Załączniku nr 8 do SIWZ część I poz. 14 w kolumnie „Wymagane informacje” następująco:

Jest	Winno być
Wykonawca z wyprzedzeniem rocznym zaplanuje plan okresowych przeglądów serwisowych (kontrolnych), wyłącznie w soboty: <ul style="list-style-type: none"> <li>• skanera PET/CT z wyposażeniem</li> </ul>	Wykonawca z wyprzedzeniem rocznym zaplanuje plan okresowych przeglądów serwisowych (kontrolnych), wyłącznie w soboty: <ul style="list-style-type: none"> <li>• skanera PET/CT z wyposażeniem</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• gamma kamery SPECT/CT z wyposażeniem - minimum 4 przeglądy rocznie</li> <li>• dyspensera z komorą laminarną wraz z wyposażeniem</li> <li>• komory laminarnej</li> <li>• stacji komputerowych PET/CT i SPECT/CT</li> </ul>	producenta) <ul style="list-style-type: none"> <li>• gamma kamery SPECT/CT z wyposażeniem - minimum 4 przeglądy rocznie (w tym proponowane przez producenta)</li> <li>• dyspensera z komorą laminarną wraz z wyposażeniem</li> <li>• komory laminarnej</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• systemu RIS/PACS</li> </ul> <p>Terminy przeglądu muszą zostać uzgodnione z kierownikiem lub fizykami zakładu.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• stacji komputerowych PET/CT i SPECT/CT</li> <li>• systemu RIS/PACS</li> </ul> <p>Terminy przeglądu muszą zostać uzgodnione z kierownikiem lub fizykami zakładu.</p>
--	--

**W tym stanie rzeczy oraz po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika na rozprawie Izba zważyła, co następuje:**

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania, Izba rozpoznała odwołanie na podstawie przepisów ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jako potencjalny wykonawca ma interes w uzyskaniu danego zamówienia - zarzucane zamawiającemu naruszenia uniemożliwiają mu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uniemożliwienie udziału w postępowaniu powoduje powstanie po stronie odwołującego szkody w postaci utraty spodziewanej korzyści - uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo że część podnoszonych zarzutów nie znalazła potwierdzenia.

W pierwszym rzędzie należało się odnieść do dokonanego przez zamawiającego uznania części zarzutów odwołania - znaczenia zapowiedzi dokonania zmiany siwz dla postępowania odwoławczego.

Ustawodawca znosząc instytucję protestu, uchylił również art. 183 ust. 3 ustawy wskazujący moment, w którym zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Przywołany przepis stanowił, że czynności tych zamawiający dokonuje niezwłocznie w przypadku uwzględnienia protestu lub po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli, co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań, nie zostało uwzględnione.

W obecnym stanie prawnym art. 186 ustawy nakazuje zamawiającemu wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jedynie w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów, w odpowiedzi na odwołanie, z zastrzeżeniem, wynikającym z art. 186 ust. 3 ustawy, braku sprzeciwu uczestnika postępowania odwoławczego, który zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego. Dokonanie czynności przez zamawiającego poprzedza umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zwalnia Izby z obowiązku

rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania, w odniesieniu do których nie ziściły się przesłanki zawarte w art. 189 ust. 2 ustawy. Brak jest też podstaw ku temu, aby wobec dokonanego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania odstąpić od orzekania w tej mierze uznając to za bezprzedmiotowe.

W konsekwencji częściowe uznanie przez zamawiającego zarzutów odwołania i zapowiedź dokonania czynności zmiany treści siwz zgodnie z żądaniami odwołania nie może być pominięte przy orzekaniu.

*De lege lata* opisaną sytuację kwalifikować należy, jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów, w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest od odstąpienia od przeprowadzenia postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone.

W oparciu o wywiedziony wyżej pogląd, Izba uznała za potwierdzone zarzuty odwołania oznaczone kolejno jako 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, w odniesieniu do których odwołujący uznał deklarację dokonaną w odpowiedzi na odwołanie za czyniącą zadość jego żądaniom. Izba postanowiła nie nakazywać zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz, zgodnie z żądaniem zawartym w pkt 18, gdyż zamawiający takiej zmiany dokonał już samodzielnie w toku postępowania.

Izba zważyła przy tym, że wbrew stanowisku zamawiającego zarzut 16 nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści siwz.

Art. 29 ust. 1 *in initio* ustawy stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Pominięcie wskazania protokołu przy zastosowaniu którego uzyskana ma zostać wartość rekonstruowana rozdzielczości przestrzennej SPECT referuje się do przywołanego przepisu. Oświadczenie zamawiającego w tej materii nie stanowi wyjaśnienia – wykładni autentycznej treści siwz, ale kreuje jej nową treść.

Skoro zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie należało uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu dokonanie zmiany treści siwz w sposób wskazany przez niego w odwołaniu, który czynił zadość żądaniom odwołania. Odpowiedź na odwołanie stanowi, w okolicznościach sprawy, oświadczenie woli zamawiającego skierowane do Izby - nie może zatem wyrzucić skutków prawnych *per se* wobec wykonawców zainteresowanych zamówieniem, gdyż nie mogą oni zapoznać się z treścią udzielonej odpowiedzi. Skutek taki następuje dopiero z chwilą faktycznego dokonania zmiany siwz, którą Izba nakazała zamawiającemu.

W odniesieniu do pozostałych spornych zarzutów, Izba zważyła, co następuje:

ad 3. Zarzut jest chybiony. Wbrew stanowisku odwołującego się, katalog dokumentów, żądanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy nie ogranicza się wyłącznie do wymaganych przepisami prawa dokumentów związanych z oferowanym produktem. § 5 ust. 1 rozporządzenia z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy oraz, form, w jakich

dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) ma charakter otwarty, zatem zamawiający jest uprawniony jest do żądania również innych oświadczeń i dokumentów, pod warunkiem, że są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Żądane dane dotyczące szybkości zliczeń NECR przy ustalonej koncentracji stanowią dane niezbędne do przeprowadzenia postępowania, umożliwiają bowiem zamawiającemu dokonanie porównania oferowanych urządzeń. Uwzględnienie żądania odwołującego uniemożliwiłoby zamawiającemu dokonanie porównania, skoro każdy z producentów sprzętu prezentuje dane odnoszące się do innych koncentracji.

W ocenie Izby dokument taki, będący przykładowo oświadczeniem producenta stanowić może również opis urządzeń technicznych w rozumieniu § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów;

ad 12 i 15. Zarzuty są chybione. Przede wszystkim opisane wymaganie oraz sposób dokonywania oceny ofert przez zamawiającego nie uniemożliwiają odwołującemu złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu. Niosą natomiast skutek jedynie w zakresie punktowej oceny oferty. Zasada równego traktowania wykonawców nie może doprowadzić do takiego ustalenia kryteriów oceny ofert, który eliminowałby różnice między produktami oferowanymi przez poszczególnych wykonawców oraz odbierał zamawiającemu prawo sformułowania treści siwz umożliwiającego dokonanie wyboru, spośród produktów różnych wykonawców, takiego urządzenia, które najbardziej odpowiada jego indywidualnym potrzebom.

Deklarowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zmiana spornego postanowienia objętego zarzutem nr 12 załącznika Nr 7 do siwz mieści się w wynikającym z przepisów i potwierdzonego w orzecznictwie uprawnieniu zamawiającego.

*Podnieść też należy, że dla stwierdzenia uchybienia przepisowi art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, nie wystarczy jedynie opisanie konkretnego działania, czynności, ale również niezbędne jest wykazanie niezgodności z prawem wskazanego działania lub zaniechania (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 373/10).*

Powoływana przez odwołującego znikomość różnicy między oprogramowaniami umożliwiającymi rozwinięcie naczynia za pomocą jednego lub dwóch punktów odniesienia nie powoduje potwierdzenia zarzutu, gdyż zamawiający nie zawęził swojej oceny wyłącznie do wartości *stricte* technicznych, dopuszczając punktowanie również właściwości użytkowych i funkcjonalnych oferowanego sprzętu;

ad 21. Zarzut znalazł potwierdzenie. Zamawiający uwzględnił zarzut i zapowiedział dokonanie modyfikacji siwz. Zadeklarowany w odpowiedzi na odwołanie zamiar zmiany postanowienia siwz, zgodnie z wcześniejszymi wywodami, Izba uznaje za przyznanie okoliczności leżących u podstaw zarzutu. Z tego względu Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany pkt 8 cz. I załącznika Nr 8 do siwz zgodnie ze stanowiskiem zawartym w odpowiedzi na odwołanie.

Natomiast za niezasadne Izba uznała żądanie odwołującego. Izba uznała, że zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów oceny ofert w taki sposób, by promować krótszy czas reakcji.

Powyższe jest w sposób oczywisty uzasadnione i nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nakazując dokonanie zmiany siwz, Izba miała na względzie, że potwierdzenie zarzutu nie rodzi zobowiązania do nakazania dokonania czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z zarzutu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba jest związana zarzutami, nie żądaniami odwołania (*arg. a contrario*);

ad 22. Zarzut jest chybiony. Zamawiający nie jest zobowiązany do dostosowywania treści siwz do organizacji pracy podmiotów współpracujących z wykonawcami. Przeciwnie, to wykonawcy w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej oraz zwiększania szans na uzyskanie zamówienia, winni dostosowywać się do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w siwz. Izba uznaje oczekiwanie zamawiającego, że przeglądy okresowe będą dokonywane wyłącznie w soboty, nie będące dniami ustawowo wolnymi od pracy, za uzasadnione potrzebą jak najszerszego wykorzystania zamawianego sprzętu o znacznej wartości.

ad. 23. Zarzut jest chybiony. Zalecenia producenta, co do ilości dokonywanych przeglądów nie rodzą zobowiązania zamawiającego do dokonywania przeglądów wyłącznie w zalecanej ilości. Zamawiający, w oparciu o dotychczasowe doświadczenia wynikające z użytkowania sprzętu tego rodzaju, doszedł do przekonania, że w celu zapewnienia możliwie sprawnego użytkowania sprzętu - bez zbędnych przestoju winien wymagać przeglądów w większej ilości – może wolę taką wyrazić w siwz, co uczynił. Odwołujący się nie wskazał, że gwarancję niezakłóconej pracy sprzętu daje dokonywanie przeglądów w ilościach zalecanych, a skoro zalecenia producentów różnią się między sobą co do ilości zalecanych przeglądów, tym bardziej uznać należy za uprawnione zapewnienie sobie dokonania przeglądów w wymaganej ilości, chociażby w sposób zadeklarowany w odpowiedzi na odwołanie.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie, nakazując zamawiającemu na podstawie art. 192 ust. 3 wykonanie czynności zmiany treści siwz w sposób wskazany w pkt 1 sentencji

Izba orzekło kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....