

**WYROK**

**z dnia 18 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 września 2017 r. przez **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Philips Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę kardioangiografu i systemu do ablacji.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 września 2017 roku wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego, polegające na:

- I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Philips Polska sp. z o.o. (dalej także: przystępujący) jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 - Zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii;
- II. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 1 - Zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii,
- III. zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 - Zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w zakresie zadania nr 1, zatem niewątpliwie odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1,
- II. dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego w zadaniu nr 1,
- III. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 1.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty przystępującego w zadaniu nr 1, argumentując, iż zamawiający mylnie uznał, że treść oferty przystępującego odpowiada w całości treści s.i.w.z., albowiem oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagania z pkt 56 Załącznika nr 4 do s.i.w.z..

W ocenie odwołującego, przystępujący podnosząc w wyjaśnieniach złożonych w wyniku wezwania zamawiającego, że przedmiotowy warunek graniczny dotyczy generatora, a w ślad za tym wskazując na właściwości tego elementu angiografu, wprowadził zamawiającego w błąd. Wartość prądu anodowego nie jest cechą generatora, a tym samym maksymalne natężenie prądu generatora w aparacie Azurion 3 (wynoszące rzeczywiście 1000mA przy 100kV), podane na stronie 57 oferty Philips, nie odnosi się do prądu anodowego. Odwołujący podkreślił, że w ww. dokumencie wspomniana wartość 1000mA przy 100kV nie została przypisana do prądu anodowego. Zarazem jasno z niego wynika, że dotyczy jedynie prądu generatora (wartość ta znajduje się w katalogu Philips w części dotyczącej „Generatora promieni RTG” i została opisana jako „Maksymalne natężenie”, a nie maksymalna wartość prądu anodowego). Tymczasem wartość prądu anodowego i maksymalne natężenie prądu generatora to dwa całkowicie różne parametry. W szczególności natężenie prądu generatora wynoszące 1000mA przy 100kV absolutnie nie oznacza, że tyle samo wynosi wartość prądu anodowego. Ta druga wielkość jest związana z właściwościami lampy RTG, która, w odróżnieniu od generatora, posiada anodę.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 56 wymagał, aby dostarczany angiograf spełniał warunek minimalnej wartości prądu anodowego przy napięciu 100kV równej 1000mA. Prąd anodowy jest wartością wprost związaną z lampą RTG i do spełnienia wyżej opisanego warunku wymagana jest obciążalność przynajmniej jednego z ognisk lampy RTG równa lub większa 100 kW, której zaoferowany przez Philips angiograf wyraźnie nie spełnia, a co ten wykonawca próbuje ukryć przed Zamawiającym kierując jego uwagę na inny parametr.

Odwołujący wskazał, że sformułowanie zastosowane przez zamawiającego w pkt 56 Załącznika nr 4 do SIWZ „prąd anodowy” dotyczy natężenia prądu elektronów padających na anodę lampy rentgenowskiej. Takie stanowisko potwierdza analiza specjalistycznej literatury.

Odwołujący zwrócił uwagę na normę (IEC TR 60788:2004)<sup>1</sup> dotyczącą terminologii używanej do opisu medycznych urządzeń elektrycznych. Wielkość ta jest w niej oznaczona przez „X-RAY TUBE CURRENT”, co należy tłumaczyć jako „prąd lampy rentgenowskiej”. Maksymalna wartość tego parametru dla danego aparatu jest ograniczona zarówno mocą generatora, jak i parametrami samej lampy rentgenowskiej.

Odwołujący wskazał, że także w encyklopedii EMITEL w haśle “Tube current” („prąd lampy”) znajduje się m.in. następująca informacja:

“The thermal electrons, accelerated towards the anode by the electric field between the cathode and anode, form the anode current  $I_a$  (also known as X-ray tube current -  $I_a$ ).” .

W tłumaczeniu własnym:

- 1 IEC TR 60788:2004. Medical electrical equipment - Glossary of defined terms.
- 2 EMITEL: European Medical Imaging Technology e-Encyclopaedia for Lifelong Learning. Encyklopedia stworzona przez konsorcjum, w którego skład wchodzi między innymi International Organization for Medical Physics (IOMP). Dostęp: <http://www.emitel2.eu>

“Elektrony termiczne, przyspieszane w stronę anody przez pole elektryczne między katodą a anodą, tworzą prąd anodowy  $I_a$  (znany także jako prąd lampy rentgenowskiej U)”

Odwołujący wskazał, że lampa rentgenowska zawiera dwie elektrody umieszczone w próżni. Opis działania takiej lampy można znaleźć chociażby w szkolnym podręczniku do elektrotechniki , z którego można wyczytać, że: „Elektrony emitowane z katody tworzą wokół niej chmurę elektronową [...]. Dzięki działaniu w przestrzeni międzyelektronowej pola elektrycznego część elektronów z tej chmury kieruje się do anody. W ten sposób powstaje prąd zwany prądem anodowym i oznaczany przez  $I_a$ ”. Jak widać także w literaturze utożsamia się „prąd anodowy” z wielkością opisaną w normie IEC TR 60788:2004 jako „X-RAY TUBE CURRENT”.

Odwołujący stwierdził, że do spełnienia warunku nr 56 konieczne jest wyposażenie kardioangiografu w lampę RTG o chwilowej obciążalności ogniska mocą wynoszącą minimum 100kW. Jak wynika natomiast z treści broszury produktowej załączonej do oferty Philips, oferowany angiograf Azurion 3 posiada lampę RTG o maksymalnej obciążalności ogniska mocą równą 85kW, a w konsekwencji nie spełnia wymagania określonego w punkcie 56 Załącznika nr 4 do s.i.w.z. Dlatego oferta ww. wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. W jego ocenie prąd anodowy to prąd generatora, który ma zasilić lampę. Stwierdził, że w zał. nr 4 do s.i.w.z. pkt 52-65 dotyczą generatora, a pkt 66-88 lampy. Oświadczył, że w dniu 11 września 2017 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, prosząc w wezwaniu o wyjaśnienie, czy zaoferowany aparat spełnia warunek graniczny zawarty w pkt. 56 dotyczący generatora. W wyjaśnieniach z 12 września 2017 r. przystępujący potwierdził spełnianie warunku dotyczącego generatora.

Zamawiający wskazał, że parametry lampy i generatora w zał. nr 4 zostały wyraźnie rozdzielone. Lampa stanowi obciążenie impedancyjne wraz z kablami wysokiego napięcia. Obciążenie lampy pełną mocą generowałyby negatywne skutki i miałyby wpływ na dawkę promieniowania, jaka otrzymuje pacjent. Wskazał, że wybrana oferta w pełni spełnia jego oczekiwania.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa kardioangiografu i systemu do ablacji. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, dzieląc zamówienie na zadania. Przedmiotowe odwołanie dotyczy zadania nr 1: zakup i dostawa aparatu do kardioangiografii. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie kardioangiografu został zawarty w Załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.):

<b>Generator rtg wraz z lampą rtg</b>			
52.	Generator przetwornicowy wysokiego napięcia	TAK	
53.	Wymagana nominalna moc generatora wysokiego napięcia	≥ 100 kW	
54.	Wymagana wartość maksymalnego obciążenia generatora mocą ciągłą w trakcie prześwietlenia (dla obciążenia trwającego 10 minut)	≥ 2400 W	
55.	Wymagany zakres regulacji napięcia anodowego dla radiografii	min. 60 kV - 120 kV	

56.	Wymagane max. wartości prądu anodowego dla radiografii	min. 1000 mA przy +100 kV	
57.	Wymagany najkrótszy czas ekspozycji	$\leq 1$ ms	
58.	Generator powinien być wyposażony w funkcję fluoroskopii pulsacyjnej	TAK	
59.	Wymagana maksymalna wartość prądu przy fluoroskopii pulsacyjnej	$\geq 150$ mA	
60.	Wymagana częstotliwość w fluoroskopii pulsacyjnej	max. 30 imp./sek	
61.	Funkcje radiografii oraz fluoroskopii powinny być wyposażone w automatykę	TAK	
62.	Generator powinien być wyposażony w układ pomiaru dawki promieniowania w wiązce promieniowania rtg wychodzącego z lampy wraz z prezentacją sumarycznej dawki z fluoroskopii i radiografii` wyświetlanej na sali zabiegowej	TAK	
63.	Generator powinien być wyposażony we wskaźnik procentowej pojemności cieplnej lampy	TAK	
64.	Generator musi umożliwiać przejście z funkcji radiografii do rejestracji sceny bez wykonywania pojedynczej ekspozycji kontrolnej bądź serii kontrolnych	TAK	
65.	Wymagany czas uzyskania obrazu fluoroskopii po restarcie sytemu komputerowego i generatora	$\leq 300$ s	
66.	Wymagana ilość ognisk w lampie rtg	min. 2 ogniska	
67.	Wymagana wielkość największego ogniska (zgodnie z normą IEC 336)	$\leq 1,0$ mm	

68.	Wymagana wielkość najmniejszego ogniska (zgodnie z normą IEC 336)	$\leq 0,6$ mm	
69.	Wymagana pojemność cieplna anody	$\geq 2000$ kHU	
70.	Wymagana pojemność cieplna kołpaka	$\geq 2200$ kHU	
71.	Maksymalna szybkość chłodzenia anody	$\geq 1800$ kHU/min	
72.	Lampa musi być wyposażona w układ zabezpieczenia przed przegrzaniem	TAK	
73.	Kolimator lampy musi być wyposażony w przysłony boczne i przysłonę prostokątną	TAK	
74.	Kolimator lampy musi być wyposażony w filtry półprzepuszczalne (klinowe)	TAK	
75.	Kołpak lampy musi zapewniać dodatkową filtrację podczas fluoroskopii i radiografii na poziomie zapewniającym, że promieniowanie przeciekowe kołpaka nie przekroczy w odległości 1 m dawki 0,5 mGy/h przy 125 kV i 2000W	TAK	
76.	Kołpak lampy musi zapewniać stałą, niezmienną, ustawianą w zależności od rodzaju badania filtrację dawki promieniowania rtg niezależnie od grubości i gęstości badanej części anatomicznej pacjenta.	TAK	
77.	Kołpak lampy rtg powinien zapewniać dodatkową (poza inherentną) filtrację promieniowania rtg na poziomie min. ekwiwalentu 0,9 mm Cu	TAK	

W ramach udziału w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 1. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

W dniu 11 września 2017 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący

wskazał, że zaoferowany przezeń aparat spełnia warunek graniczny zawarty w punkcie 56 SOZP dotyczący generatora. Jednocześnie wskazał, że potwierdzenie spełnienia parametru z pkt 56 Załącznika nr 4 do SIWZ „znajduje się w załączonej do oferty przetargowej ulotce na stronie 17 (strona 57 oferty)”.

Na stronie 57 oferty (str. 17 ulotki) znajduje się karta katalogowa zaoferowanego urządzenia. W parametrze „maksymalne natężenie” widnieje wartość: 1000mA przy 100kV.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest podnoszona przez odwołującego argumentacja, iż opisany w pkt. 56 parametr dotyczący prądu anodowego dotyczy lampy rtg, nie zaś generatora. Odwołujący wskazywał, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie nie spełnia wskazanego parametru, ale – jak wynika z treści broszury produktowej załączonej do oferty Philips – oferowany angiograf Azurion 3 posiada lampę RTG MRC 200+ GS 0508 o maksymalnej obciążalności ogniska mocą równą 85 kV.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, iż zamawiający, opisując parametry generatora rtg oraz lampy rtg, dokonał ich pogrupowania w taki sposób, że od pozycji 52 do 65 wskazał parametry generatora, natomiast od pozycji 66 do 77 – lampy, co wynika to z opisu poszczególnych pozycji. Co prawda, w opisie pozycji 56 nie wskazano *expressis verbis* na generator, niemniej jednak pozycja ta znajduje się pośrodku bloku parametrów dotyczącego tej właśnie części zamawianego urządzenia, co pozwala na stwierdzenie, iż racjonalnie i logicznie działający zamawiający parametr ów uznał za parametr generatora. Zamawiający potwierdził zresztą ten fakt w oświadczeniu złożonym na rozprawie. Ponadto zamawiający w dniu 11 września 2017 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, prosząc w wezwaniu o wyjaśnienie, czy zaoferowany aparat spełnia warunek graniczny zawarty w pkt. 56 dotyczący właśnie generatora. W wyjaśnieniach z 12 września 2017 r. przystępujący potwierdził spełnianie warunku dotyczącego generatora, wskazując na kartę katalogową znajdującą się na stronie 57 jego oferty.



Podkreślenia wymaga, że określenie „prąd anodowy” nie ma legalnej, obowiązującej powszechnie definicji, w związku z czym brak jest podstaw do twierdzenia, iż określenie to należy rozumieć wyłącznie w taki sposób, jak prezentuje to odwołujący. Odwołujący złożył do akt sprawy wyciąg z Polskiej Normy PN-IEC 60788 „Radiologia medyczna. Terminologia” str. 4,5 i 41. Ze złożonego wyciągu wynika, iż norma również nie posługuje się terminem „prąd anodowy”, ale „prąd lampy rentgenowskiej”. Żaden z wykonawców przed upływem terminu składania ofert nie zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie przyjętego terminu, toteż brak jest podstaw do przyjęcia, że zamawiającego obowiązuje definicja „prądu anodowego” wskazywana aktualnie przez odwołującego.

Odwołujący, oprócz wskazanego wyżej wyciągu z Polskiej Normy PN-IEC 60788, złożył do akt sprawy szereg dowodów w postaci: wydruku ze strony internetowej [www.emitel2.eu](http://www.emitel2.eu) z definicją prądu lampy w radiologii diagnostycznej, wyciągu z publikacji „Nowoczesne źródła diagnostyczne, promieniowania RTG” (dotyczący lamp rentgenowskich) oraz wyciągu z instrukcji obsługi urządzenia Azurion, zawierający parametry techniczne dotyczące wymagań w zakresie ochrony środowiska oraz konfiguracji systemu RTG.

Izba przeanalizowała złożone przez odwołującego dokumenty i skonstatowała, że dotyczą one wyłącznie lamp rtg. W ocenie Izby odwołujący za pomocą złożonych dowodów wykazał, że prąd anodowy występuje w lampach rtg, jednakże nie są to dowody wskazujące, że prąd anodowy nie może występować w generatorze.

Przystępujący złożył natomiast jako dowód w sprawie wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Azurion zawierający parametry techniczne dotyczące generatora promieniowania RTG. Na stronie 271 instrukcji, jako parametr generatora, wskazano maksymalne natężenie prądu lampy RTG i najwyższe napięcie lampy przy takim natężeniu – 1000mA, 100kV. W ocenie Izby jest to dowód spełniania przez zaoferowane urządzenie wymaganego parametru.

Reasumując, odwołujący nie wykazał, iż urządzenie zaoferowane przez przystępującego nie spełnia parametru opisanego w pozycji 56 załącznika nr 4 do s.i.w.z. Odwołujący upatruje niezgodności treści oferty przystępującego z treścią opisu wskazanej pozycji w rozumieniu prezentowanym wyłącznie przez odwołującego. Izba stoi na stanowisku, że dokonana przez odwołującego interpretacja opisu pozycji 56 jest nieuprawniona. Odwołujący nie zwrócił się uprzednio do zamawiającego o wyjaśnienie, przez co należy rozumieć określenie „prąd anodowy”, w związku z czym nie można uznać za obowiązującą definicji przyjętej przez odwołującego. W tym kontekście Izba stwierdziła, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie spełnia postawione warunki, co wynika ze

złożonej przez niego wraz z ofertą karty katalogowej oraz instrukcji obsługi urządzenia Azurion.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....