

**Sygn. akt: KIO 643/18**

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez Odwołującego: Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy: GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę tomografu komputerowego, przebudowę infrastruktury teletechnicznej i remont pracowni radiologicznej” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 marca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 058-127726.

I. W dniu 3 kwietnia 2018 r. wykonawca Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności:

- sporządzenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako „SIWZ”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (dalej także jako „OPZ”) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez określenie parametrów granicznych charakterystycznie dla konkretnego rozwiązania proponowanego przez konkretnego producenta, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu.
- określeniu sposobu oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców poprzez punktowanie rozwiązań konkretnego producenta a nie obiektywnych rozwiązań funkcjonalnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1, 2 i 3.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Po analizie wszystkich dokumentów składających się na SIWZ obowiązującą w Postępowaniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy

Pzp sporządził specyfikację, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i nie utrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia, nie zachowując tym samym należytej staranności i przez to Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty na sprzęt produkcji Siemens. Przeprowadzona przez Odwołującego szczegółowa analiza SIWZ, w szczególności zaś załącznika nr 2 do SIWZ „opis parametrów przedmiotu zamówienia”, dowodzi, że Zamawiający zdefiniował wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie Odwołującemu - pomimo że jest on czołowym producentem urządzeń będących przedmiotem zamówienia - ważnej konkurencyjnej oferty.

Podkreślił, że zmiany, o które wnosi, nie prowadzą do obniżenia wymaganych parametrów i nie zmniejszają funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Żądania Odwołującego mają na celu uzyskanie możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, a Zamawiającemu - uzyskanie konkurencyjnych cen ofert, co sprzyja celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków publicznych. Zamawiający przeprowadzając postępowanie, opisując przedmiot Zamówienia w sposób, który już na wstępie eliminuje pozostałych potencjalnych wykonawców, a także oceniając przedmiot Zamówienia poprzez punktowanie walorów technicznych charakterystycznych dla jednego konkretnego rozwiązania Revolution EVO produkcji GE, a nie funkcjonalności urządzeń, również narusza zasady równego traktowania, co zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, która stanowi m. in. wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku. Takie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający możliwość pozyskania Zamówienia przez innych wykonawców rażąco narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że aktualnie żadne inne rozwiązanie, poza rozwiązaniem, którego producentem jest firma GE nie może być przedmiotem oferty niepodlegającej odrzuceniu, gdyż Revolution EVO produkcji GE jest jedynym urządzeniem występującym na rynku polskim spełniającym wszystkie parametry wymagane, a zgodnie z legendą załącznika nr 2 w punkcie 2 „niespełnienie któregokolwiek z parametrów granicznych skutkowało będzie odrzuceniem oferty”. Określenie dyskryminacyjnych warunków jest działaniem świadomym, prowadzącym wprost do nierównego traktowania wykonawców poprzez faworyzowanie tylko jednego wykonawcy - firmy GE.

Nawet przy istnieniu innych wykonawców zdolnych do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu (po ewentualnej częściowej modyfikacji SIWZ, która mogłaby świadczyć tylko o pozorności zachowania zasady uczciwej konkurencji) możliwość uzyskania przez nich

zamówienia byłaby bardzo teoretyczna. W praktyce, każde inne urządzenie poza Revolution EVO produkcji GE nie jest w stanie konkurować, gdyż tylko to urządzenie posiada właściwości podlegające ocenie punktowej i tylko wykonawca oferujący to konkretne urządzenie ma szansę uzyskać zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący przedstawił szczegółowe zarzuty oraz żądania ich modyfikacji w zakresie załącznika nr 2 do SIWZ. Odwołujący stwierdził, co następuje:

#### Zarzut nr 1 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 9

Obecny zapis uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Pragniemy zauważyć, że za kontakt z pacjentem w trakcie całego badania odpowiedzialny jest wykwalifikowany personel i w jego gestii jest komunikacja z pacjentem poprzez system komend głosowych za pośrednictwem interkomu. Dodatkowo na gantry tomografu umieszczone są wskaźniki włączenia promieniowania, które pośrednio sygnalizują konieczność wstrzymania oddechu.

Wnosimy o usunięcie punktu, co umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

#### Zarzut nr 2 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 23

Obecny zapis punktu uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Zamawiający wymaga szerokości zespołu detektorów w osi Z nie mniejszej niż 40 mm, ale też oczekuje jak najmniejszej szerokości warstwy akwizycyjnej (pkt 22), co w efekcie oznacza, że detektor spełniający wymóg min. 64 rzędów nie spełnia warunku szerokości zespołu detektorów ( $64 \times 0,6 = 38,4$ ).

Wnosimy o dopuszczenie szerokości detektora 38,4 mm, co umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

#### Zarzut nr 3 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 27

Obecny zapis punktu uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Zamawiający wymaga podania wartości pitch, dla szerokości wiązki promieniowania min. 40 mm i pola skanowania min. 50 cm. Szerokość detektora w oferowanych tomografach firmy Siemens wynosi  $64 \times 0,6$  mm czyli 38,4 mm.

Wnosimy o dopuszczenie podania wartości współczynnika pitch dla szerokości wiązki promieniowania min. 38 mm i pola skanowania min. 50 cm nie mniejszy od 1,50, co umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

#### Zarzut nr 4 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 32

Zamawiający wymaga zaoferowania rozwiązania technicznego, klinicznie nieistotnego, gdyż do ochrony radiologicznej stosowane jest wiele różnych technologii w zależności od oferenta.

Wnosimy o usunięcie tego punktu, co umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

#### Zarzut nr 5 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 24

Zamawiający w sposób świadomy promuje rozwiązania firmy GE Healthcare, jednocześnie utrudniając uczciwą konkurencję. Czas pełnego obrotu układu lampy – detektor jest najistotniejszym parametrem determinującym jakość uzyskiwanych obrazów diagnostycznych. Determinuje wykonywanie wysoce specjalistycznych badań kardiologicznych czy perfuzyjnych w kontekście braku artefaktów ruchowych, krótszego czasu wstrzymania oddechu przez pacjenta, czy też większego zakresu badania uzyskiwanego w krótszym czasie. Dlatego dziwi kryterium oceny zaproponowane przez Zamawiającego, na równi traktujące czas obrotu 0,34s jak i 0,30s, jak również ograniczenie wymogu jedynie do badań kardiologicznych. W tej klasie sprzętu różnice rzędu 0,01s stanowią istotną różnicę w finalnie uzyskiwanych obrazach diagnostycznych jak również w kosztach stosowanych technologii.

Wnosimy o wprowadzenie wymogu, który bezpośrednio przekłada się na możliwość badania pacjentów z wysokim tętnem, arytmia czy niewspółpracujących, w sposób następujący:

*24. Czas najkrótszego pełnego skanu 360o max. 0,35 s dostępny w badaniach ogólnych i kardiologicznych.*

*TAK/podać*

*Najniższa wartość - 10 pkt Pozostałe - 0 pkt*

#### Zarzut nr 6 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 37

Zamawiający w sposób świadomy promuje rozwiązania firmy GE Healthcare, jednocześnie utrudniając uczciwą konkurencję, określając efektywną rozdzielczość kardiologiczną, jako maksymalnie 135 ms. Efektywna rozdzielczość czasowa nie jest pojęciem fizycznym i nie odnosi się do rozdzielczości czasowej, którą dysponuje przedmiot zamówienia. Rozdzielczość czasowa jest parametrem ściśle określonym i w najbardziej zaawansowanych tomografach komputerowych kardiologicznych wynosi około 150ms. Powyższa logika utwierdza jedynie celowe preferowanie Zamawiającego wybranego modelu tomografu firmy GE Healthcare.

Wnosimy o usunięcie punktu w całości, co umożliwi nam złożenie ważnej oferty, bądź wprowadzenie wymogu podania rzeczywistej rozdzielczości czasowej, możliwej do uzyskania w badaniach kardiologicznych przy jednosegmentowej rekonstrukcji, która bezpośrednio przekłada się na możliwość badania pacjentów z wysokim tętnem, arytmia czy niewspółpracujących, w sposób następujący:

37. *Rzeczywista rozdzielczość czasowa możliwa do uzyskania w badaniach kardiologicznych przy jednosegmentowej rekonstrukcji. (Wartość potwierdzona w materiałach producenta).*

*TAK, podać*

*Najniższa wartość -10 pkt Pozostałe - 0 pkt*

Zarzut nr 7 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 14

Zamawiający oczekuje jak najkrótszego czasu obrotu układu lampa rtg - detektor (pkt 24), co wymaga odpowiednio większej mocy generatora dla zachowania właściwej relacji sygnału do szumu, w trakcie akwizycji danych obrazowych. Tak więc sformułowanie o mocy minimum 70 kW jest tylko nieuzasadnionym preferowaniem wybranego modelu tomografu firmy GE Healthcare, ponieważ inne modele tomografów, w tym samym segmencie, posiadają moc generatora min. 80 czy 100 kW co potwierdza nasze rozumowanie.

Wnosimy o wprowadzenie wymogu, który zapewni zwiększenie możliwości klinicznych, szczególnie w badaniach kardiologicznych, w sposób następujący:

14. *Generator o mocy min. 70kW.*

*TAK/podać*

*>80 kW- 5 pkt*

*>100 kW - 10 pkt*

Zarzut nr 8 Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 40

Wymaganie rekonstrukcji obniżającej dawkę o wartości procentowe [%] jest niemiarodajne i subiektywne, gdyż przy takim wymogu premiuje się rozwiązania firm, które oferują najwyższy poziom dawki. Producenci, w ramach podobnej klasy algorytmów iteracyjnych odnoszą się do różnych wartości procentowych w zależności od wartości dawki startowej.

Wnosimy o dopuszczenie algorytmu iteracyjnego z wielokrotnym przetwarzaniem w obszarze danych surowych umożliwiającą redukcję dawki co najmniej o 60% w relacji do standardowej metody rekonstrukcji FBP bez pogorszenia jakości obrazowania (np. AIDR3D, iDose4, ASiR-V lub inny spełniający powyższe wymaganie), co umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

Zarzut nr 9 Stacja technika, pkt 8

Zamawiający wymaga zaoferowania rozwiązania technicznego, klinicznie nieistotnego, gdyż do oceny radiologicznej nie ogląda się 10 zadań rekonstrukcyjnych jednocześnie, gdyż obraz na monitorze ze względu na jego rozmiary byłby nie diagnostyczny.

Wnosimy o dopuszczenie możliwości zaoferowania tomografu z maksymalną liczbą 8 (prospektywnych) współbieżnych zadań rekonstrukcyjnych dla jednego protokołu skanowania, co umożliwi nam złożenie ważnej oferty.

#### Zarzut nr 10 Serwer aplikacyjny, pkt 12

Obecny zapis punktu ogranicza konkurencję i uniemożliwia nam złożenie ważnej oferty.

Zamawiający wymaga zaoferowania rozwiązania technicznie przestarzałego, które nie wnosi żadnej wartości diagnostycznej, które obecnie zastąpione jest bardziej zaawansowanymi aplikacjami naczyniowymi.

W związku z powyższym wnosimy o możliwość zaoferowania stacji lekarskiej nieposiadającej funkcjonalności wirtualnej endoskopii naczyń. Oferowany serwer posiada szereg Innowacyjnych funkcjonalności do oceny i prezentacji badań w 3D, tj. 3D Reference Point, Anatomy Visualizer, Region Growing, umożliwiające analizy przekrojów poprzecznych i niezbędnych pomiarów oraz zaawansowany pakiet do analizy naczyniowej wymagany w punkcie 11.

#### Zarzut nr 11 Wyposażenie pkt 5

Zamawiający ogranicza konkurencję i uniemożliwia zaoferowania produktów i rozwiązań alternatywnych, tylko ogranicza się do rozbudowy posiadanego produktu firmy GE.

W związku z powyższym wnosimy, aby Zamawiający umożliwił zaoferowanie alternatywnego rozwiązania w postaci systemu optymalizacji dawki łącznie z oferowanym tomografem.

#### Zarzut nr 12 Wyposażenie pkt 6

Obecny zapis ogranicza zasady uczciwej konkurencji i wymaga zaoferowania systemu firmy GE.

W związku z powyższym wnosimy, aby Zamawiający umożliwił zaoferowanie niezależnego systemu do zarządzania zużyciem kontrastu łącznie z oferowanym tomografem i automatycznym wstrzykiwaczem kontrastu.

Wskazane powyżej okoliczności naruszają interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a w szczególności w złożeniu ważnej konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. Odwołujący jest przedstawicielem czołowego producenta tomografów komputerowych, a zostaje pozbawiony możliwości złożenia oferty, co prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w wyżej wymienionych punktach powoduje sytuację, w której brak będzie jakiegokolwiek konkurencji w Postępowaniu.



Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż postępowanie o udzielenie zamówienia dotyczy projektu Nr POIS.09.02.00-00- 0113/17 finansowanego ze środków Unii Europejskiej, a opis przedmiotu zamówienia sporządzony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nie zapewniający równego traktowania wykonawców, jak ma to miejsce w tym przypadku, jest naruszeniem skutkującym korektą finansową. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 lutego 2017 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżenia wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówień zarówno w punkcie nr 12 taryfikatora stawek za określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert jak i w punkcie nr 20 za dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia przewidziana jest korekta w wysokości 25%. Stwierdzone nieprawidłowości narażają Zamawiającego na stratę finansową, a co za tym idzie naruszenie interesu publicznego.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o ograniczeniu zarzutów odwołania poprzez cofnięcie zarzutów wskazanych pod pkt 4, 5 oraz 7.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia GE Medical Systems Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz Przystępującego na rozprawie.

Z dokumentacji Postępowania wynika, iż w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów (z uwzględnieniem ich ograniczenia na podstawie oświadczenia złożonego na posiedzeniu) Zamawiający przewidział następujące wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia:

W zakresie zarzutu nr 1:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 9

Opis przedmiotu zamówienia: Wskaźniki oddechu informujące pacjenta w trakcie akwizycji o konieczności zatrzymania oddechu.

Parametr wymagany: TAK/podać

Punktacja: Bez oceny

W zakresie zarzutu nr 2:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 23

Opis przedmiotu zamówienia: Maksymalna szerokość pokrycia wiązki w osi Z odniesiona do izocentrum (pokrycie anatomiczne detektora) min. 40 mm (w przypadku systemów dwudetektorowych podać sumę szerokości dwóch detektorów)

Punktacja: TAK/podać

Parametr wymagany: 40 mm - 0 pkt

> 40 mm - 2 pkt

> 80 mm - 4 pkt

W zakresie zarzutu nr 3:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 27

Opis przedmiotu zamówienia: Maksymalny współczynnik pitch dla szerokości wiązki promieniowania min. 40 mm i pola skanowania min. 50 cm nie mniejszy od 1,50.

Parametr wymagany: TAK/podać

Punktacja: 1,50-0 pkt

>1,50-1 pkt

> 1,75 - 2 pkt

W zakresie zarzutu nr 6:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 37

Opis przedmiotu zamówienia: Efektywna rozdzielczość czasowa możliwa do uzyskania w badaniach kardiologicznych przy jednosegmentowej rekonstrukcji. (Wartość potwierdzona w materiałach producenta).

Parametr wymagany: TAK/podać

Punktacja: 135 ms-0 pkt

< 135 ms - 2 pkt

< 30 ms-4 pkt

W zakresie zarzutu nr 8:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 40

Opis przedmiotu zamówienia: Niskodawkowy, iteracyjny algorytm rekonstrukcji z wielokrotnym przetwarzaniem w obszarze danych surowych umożliwiający redukcje dawki co najmniej 75% w relacji do standardowej metody rekonstrukcji FBP bez pogorszenia jakości obrazowania (np. AIDR3D, iDose4, ASiR-V lub inny spełniający powyższe wymaganie).

Punktacja: TAK/podać nazwę i procent redukcji dawki bez pogorszenia jakości (Wartość potwierdzona w materiałach producenta).

Parametr wymagany: 75 % - 0 pkt

> 75 % - 3 pkt

> 80 % - 5 pkt

W zakresie zarzutu nr 9:

Stacja technika, pkt 8

Opis przedmiotu zamówienia: Maksymalna ilość (prospektywnych) współbieżnych zadań rekonstrukcyjnych dla jednego protokołu skanowania min. 10

Parametr wymagany: TAK/podać

Punktacja: Bez oceny

W zakresie zarzutu nr 10:

Serwer aplikacyjny, pkt 12

Opis przedmiotu zamówienia: Oprogramowanie do wirtualnej endoskopii naczyń – z przekrojami w trzech głównych płaszczyznach (wraz z interaktywną synchronizacją położenia kursora).

Parametr wymagany: TAK/podać nazwę i producenta oprogramowania

Punktacja: Bez oceny

W zakresie zarzutu nr 11:

Wyposażenie, pkt 5

Opis przedmiotu zamówienia: Podłączenie tomografu wraz z zakupem odpowiedniej bezterminowej licencji do istniejącego w zakładzie serwera optymalizacji dawek.

Parametr wymagany: TAK/podać

Punktacja: Bez oceny

W zakresie zarzutu nr 12:

Wyposażenie, pkt 6

Opis przedmiotu zamówienia: Rozbudowa istniejącego serwera dawek o opcję optymalizacji kontrastu umożliwiającą gromadzenie informacji dotyczącej zużycia kontrastu w badaniu oraz tworzące automatyczne raporty dotyczące np. skumulowanej dawki jodu dla danego pacjenta.

Parametr wymagany: TAK/podać nazwę i producenta oprogramowania

Punktacja: Bez oceny

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, iż *po pierwsze* w przepisach ustawy Pzp ustawodawca zawarł zasadę opisu przedmiotu zamówienia bez utrudniania uczciwej konkurencji. Przestrzeganie tej zasady przez zamawiającego musi być jednak powiązane z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lipca 2013 r. (KIO 1550/13): opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego stanowi wypadkową uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji przy opisie tych potrzeb. W ocenie Izby ingerencja przez wykonawców w opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do ograniczenia jego zakresu o elementy, które

z punktu widzenia zamawiającego są niezbędne, a wynikają z jego uzasadnionych potrzeb. Zdaniem Izby, nie zawsze opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż nie wszyscy wykonawcy będą zdolni do jego wykonania, stanowić będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W wyroku z dnia 10 lipca 2009 r. (KIO/UZP 807/09) Izba stwierdziła, iż: ustalenie, że tylko jeden podmiot może spełnić wymaganie zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy ustawy Pzp – skład orzekający podziela pogląd, wielokrotnie prezentowany w orzeczeniach zarówno Zespołów Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom.

W orzecznictwie Izby podkreśla się dopuszczalność stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., KIO 445/17).

*Po drugie*, wymaga również podkreślenia, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie podlega uwzględnieniu z następujących powodów:

Odnosząc się ogólnie do postawionych przez Odwołującego zarzutów, należy podkreślić, iż żaden z nich nie został przez Odwołującego udowodniony. Jak natomiast wynika z przywołanych powyżej przepisów, to w pierwszej kolejności na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy. Wobec braku przedstawienia przez Odwołującego jakichkolwiek dowodów, nawet okoliczność braku możliwości złożenia przez niego oferty – wobec treści kwestionowanych zapisów SIWZ – nie mogła zostać uznana za potwierdzoną. Jakkolwiek

okoliczność tą można by wywieść z faktu złożenia odwołania i podniesienia określonych zarzutów, to z drugiej strony nie można wykluczyć sytuacji składania przez wykonawców odwołań w celu możliwości złożenia oferty na bardziej korzystnych warunkach, co podyktowane jest stosowaną przez nich polityką handlową. Skład orzekający Izby nie prezentuje stanowiska, iż taka sytuacja z pewnością ma miejsce w niniejszej sprawie, jednakże wskazuje, iż aby odwołanie mogło zostać uwzględnione, także ta podstawowa okoliczność winna zostać przez Odwołującego udowodniona.

Ponadto, odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów, należy wskazać co następuje:

#### Zarzut nr 1:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 9

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający posiada uzasadnioną potrzebę, aby zamawiany tomograf komputerowy wyposażony był we wskaźniki oddechu informujące pacjenta w trakcie akwizycji o konieczności zatrzymania oddechu. Jak wskazał Zamawiający wskaźniki oddechu mają istotne znaczenie dla diagnozowania. Z uwagi na profil pacjentów Zamawiającego (m.in. pacjenci trudni i niedosłyszący) urządzenie to powinno oferować jak największą ilość sposobów dotarcia do pacjenta z tą informacją. W przypadku niewstrzymania oddechu istnieje ryzyko powtórzenia badania, co skutkuje niekorzystnym dla pacjenta zwielokrotnieniem dawki promieniowania. Przedmiotowe rozwiązanie jest zatem pożądane przede wszystkim z uwagi na dobro pacjentów Zamawiającego, co należy również utożsamiać z interesem samego Zamawiającego.

Ponadto z dowodów złożonych przez Przystępującego (dowody złożone do zarzutu nr 1 – materiały producentów, dokumenty z postępowań), których treść nie była kwestionowana przez Odwołującego, wynika, iż ww. rozwiązanie jest stosowane przez różnych producentów. Brak jest uzasadnienia dla zakazania Zamawiającemu wymagania rozwiązania korzystnego z punktu widzenia pacjentów, tylko dlatego, że jeden z wykonawców nie oferuje tego rozwiązania.

#### Zarzut nr 2 i 3:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 23 oraz 27

W szczególności, z dowodów złożonych przez Przystępującego (dowody złożone do zarzutu nr 2 – materiały producentów, dokumenty z postępowań) wynika, iż po pierwsze, parametr szerokości pokrycia wiązki w osi odniesionej do izocentrum (szerokość detektora) na poziomie min. 40 mm spełnia co najmniej kilka urządzeń różnych producentów, w tym co najmniej jedno urządzenie oferowane przez Odwołującego. Izba dała wiary twierdzeniom Zamawiającego, iż

parametr ten ma dla niego znaczenie – szerokość detektora wpływa na rozdzielczość badania, szeroki detektor umożliwia wykonywanie wysokiej jakości dynamicznych badań naczyniowych bez ruchu stołu w jak najszerszym zakresie. Z dowodów złożonych przez Przystępującego wynika również, iż parametr szerokości detektora na poziomie określonym przez Zamawiającego był również stosowany przez innych zamawiających, a zatem nie jest uprawnione twierdzenie, iż działanie Zamawiającego jest nakierowane na uniemożliwienie Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu.

#### Zarzut nr 6:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 37

Zarzut nr 6 nie podlegał uwzględnieniu jako zarzut przez Odwołującego nieudowodniony, a nawet niedookreślony. Wymaga bowiem wskazania, iż Odwołujący uzasadniając przedstawione w tym zakresie twierdzenia powoływał się na różnice pomiędzy pojęciami „efektywna” oraz „rzeczywista” rozdzielczość czasowa i w konsekwencji domagał się zmiany przedmiotowego parametru poprzez zastąpienie pojęcia „efektywna rozdzielczość czasowa” pojęciem „rzeczywista rozdzielczość czasowa” albo jego całkowite usunięcie. Jednakże Odwołujący ani nie wykazał różnicy pomiędzy tymi dwoma pojęciami, ani nie udowodnił, iż taki parametr jak „rzeczywista rozdzielczość czasowa” w ogóle jest stosowany przez zamawiających w postępowaniach na tego rodzaju przedmiot zamówienia czy też pojęciem tym posługują się producenci w swoich materiałach. Izba nie jest uprawniona do nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia parametrem, co do którego nie zostało wykazane, iż jest on w ogóle stosowany przez innych wykonawców niż Odwołujący. Ma to szczególne znaczenie w kontekście tego, iż wartość parametru rozdzielczości czasowej ma być – zgodnie z treścią OPZ – potwierdzona w materiałach producenta. Jeżeli zatem ten sposób opisu ww. parametru znajdowałby zastosowanie wyłącznie u Odwołującego, to taka modyfikacja SIWZ mogłaby spowodować nieuzasadnione uprzywilejowanie Odwołującego spowodowane wyłącznie stosowanym nazewnictwem. Natomiast z dowodów złożonych przez Przystępującego (dowody złożone do zarzutu nr 6 – materiały producentów, dokumenty z postępowań) wynika, iż stosowane jest określenie „rozdzielczości czasowej” lub „efektywnej rozdzielczości czasowej”. Odwołujący nie udowodnił nawet zawartego w odwołaniu twierdzenia, iż w najbardziej zaawansowanych tomografach komputerowych kardiologicznych rozdzielczość czasowa wynosi ok. 150 ms. Jeżeli za takie uznać urządzenie oferowane przez Odwołującego, to dowody przedstawione przez Przystępującego temu przeczą. Ponadto, w ocenie składu orzekającego Izby nie było sporne pomiędzy stronami, iż określenie ww. parametru ma znaczenie dla tego przedmiotu zamówienia – im lepsza rozdzielczość tym

wyższa jakość obrazowania (spór dotyczył sposobu jego określenia przez Zamawiającego), dlatego brak było również podstaw do całkowitego usunięcia tego parametru z SIWZ.

#### Zarzut nr 8:

Wielorzędowy tomograf komputerowy, pkt 40

Zasadność zarzutu nr 8 nie została przez Odwołującego w żaden sposób wykazana, w szczególności, iż Odwołujący sam zaprzeczył swoim twierdzeniom przedstawionym w tym zakresie. Wymaga wskazania, iż z jednej strony Odwołujący twierdził, iż w ogóle wymaganie rekonstrukcji obniżającej dawkę o wartości procentowe [%] jest niemiarodajne i subiektywne, z drugiej strony nie żądał usunięcia przedmiotowego wymogu z OPZ, lecz obniżenia wskazanej przez Zamawiającego wartości procentowej, co zdaje się potwierdzać stanowisko Zamawiającego, iż parametr ten ma dla niego znaczenie (wysoka jakość obrazowania), jak i dla bezpieczeństwa pacjentów (jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – w szczególności w przypadku wielokrotnych, kontrolnych badań pacjentów). Natomiast przede wszystkim należy podkreślić, iż Odwołujący opierał swoje stanowisko na twierdzeniu, iż producenci w ramach podobnej klasy algorytmów iteracyjnych odnoszą się do różnych wartości procentowych w zależności od wartości dawki startowej, jednakże na potwierdzenie tego nie przedstawił żadnych dowodów.

#### Zarzut nr 9:

Stacja technika, pkt 8

Zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony, albowiem został on skierowany wobec innej treści niż zawarta w postanowieniu pkt 8 OPZ dotyczącego stacji techniki. Odwołujący błędnie zrozumiał ten zapis, tj. że dotyczył on wyświetlania zadań na monitorze, podczas gdy wymaganie to dotyczyło ujęcia zadań w protokole. Zarzut nie dotyczył zatem postanowienia SIWZ obowiązującego w Postępowaniu, w ramach którego zostało złożone odwołanie.

#### Zarzut nr 10:

Serwer aplikacyjny, pkt 12

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający ma uzasadnione potrzeby wymagania oprogramowania do wirtualnej endoskopii naczyń, albowiem posiadanie przez urządzenie tej dodatkowej funkcjonalności ma znaczenie dla przeprowadzania badania, gdy potrzebne jest dokonanie wglądu do naczynia. Możliwość stosowania tego rozwiązania może być istotna dla Zamawiającego ze względu na profil badanych u niego pacjentów (często z udarem mózgu, tętniakiem). W powyższym zakresie Izba dała wiary twierdzeniom Zamawiającego. Zamawiający stwierdził również, iż rozwiązanie przedstawione przez Odwołującego (dowód w postaci zrzutów aplikacyjnych rozwiązania alternatywnego) stanowi rozwiązanie



standardowe. Twierdzeniu temu Odwołujący nie zaprzeczył. Ponadto, z dowodów złożonych przez Przystępującego (dowody do zarzutu nr 10 – dokumenty z innych postępowań) wynika, iż rozwiązanie to oferowane jest przez różnych wykonawców, w tym także przez Odwołującego.

#### Zarzut nr 11 i 12:

Wyposażenie, pkt 5 i 6

Jak stwierdził Przystępujący udzielenie przez niego licencji kosztuje ok. (ponad) 100 tysięcy złotych i w przypadku składanych do niego zapytań ofertowych zawsze oferuje podobną cenę. Twierdzeniu temu nie zaprzeczył Odwołujący, który wskazał, iż przy wartości zamówienia wynoszącego ok. 4 mln zł ww. wartość takiej oferty ma znaczenie dla jego szans w Postępowaniu. Tym samym, podniesienie tego zarzutu Odwołujący uzasadnia nie brakiem możliwości w ogóle uzyskania zamówienia, lecz uprzywilejowaną pozycją Przystępującego skutkującą zmniejszeniem jego (Odwołującego) szans na uzyskanie zamówienia, jak i większymi kosztami realizacjami zamówienia. Jednakże w ocenie składu orzekającego Zamawiający ma uzasadnione potrzeby pozostawienia jednego systemu optymalizacji dawek. Jak wskazał Zamawiający posiadanie dodatkowego systemu byłoby dla niego uciążliwe. W ocenie składu orzekającego nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego dotycząca konieczności przeszkolenia dodatkowego pracownika. Sama ta okoliczność z pewnością nie mogłaby uzasadniać ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w tym zakresie należy przyznać rację Odwołującemu. Na uwzględnienie natomiast zasługuje argumentacja wskazująca na trudności w monitorowaniu dawek otrzymywanych przez pacjentów, przejawiające się tym, iż musiały by one być liczone przez pracowników. Twierdzeniom Zamawiającego w tym zakresie nie zaprzeczył Odwołujący, stwierdzając jedynie, iż zasadzie zachowania uczciwej konkurencji przeciwstawia się wygodę Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego nie ma można w tym przypadku mówić wyłącznie o wygodzie Zamawiającego. Liczenie dawek otrzymanych przez pacjentów przez pracowników, a nie przez jeden system, może skutkować występowaniem błędów, które mogą mieć dla pacjentów szkodliwe skutki. W związku z tym, w sytuacji, w której przedmiotowe wymagania SIWZ nie uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, lecz jedynie skutkują zwiększeniem po jego stronie kosztów realizacji zamówienia (dokładnie o ile – wobec kosztów rozwiązania alternatywnego – nie zostało to przez Odwołującego wykazane), Izba nie znajduje podstaw do nakazania Zamawiającemu zmiany zapisu SIWZ w sposób mogący mieć negatywne skutki dla pacjentów Zamawiającego. Jak ponadto wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego (wykaz urządzeń emitujących dawki rtg w IPIN), posiadany przez niego

system optymalizacji dawek obsługuje urządzenia różnych producentów, jakie są do niego podłączone. Dopuszczenie rozwiązania alternatywnego mogłoby skutkować ostatecznie tym, iż po przeprowadzeniu kilku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający dysponowałby kilkoma systemami optymalizacji dawek, co byłoby całkowicie nieracjonalne pod względem organizacyjnym i generowałoby niepotrzebne dodatkowe koszty.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....