

Sygn. akt: KIO 54/12

**WYROK**  
z dnia 24 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **TMS sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej w Sosnowcu**

przy udziale wykonawcy **Siemens sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie oceny proporcjonalnej parametru technicznego nr 36 załącznika nr 1 do SIWZ „dawka konieczna do zyskania wymienionej w poprzednim punkcie niskokontrastowej rozdzielczości (mGy)” polegającej na przyznawaniu najmniejszej wartości tego parametru 10 pkt, a pozostałym ofertom oceny proporcjonalnej oraz dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie postanowieniu pkt 21 załącznika nr 1 do SIWZ „pole powierzchni dużego ogniska lampy rtg” wartości granicznej „nie większe niż 2,24 mm<sup>2</sup>” a także wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wymaganych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej w Sosnowcu** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **TMS sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Zakładu Diagnostyki Obrazowej w Sosnowcu** na rzecz **TMS sp. z o.o. w Warszawie** kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Diagnostyki Obrazowej w Sosnowcu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa, montaż, instalacja i uruchomienie spiralnego tomografu komputerowego minimum 16 warstwowego z jednoczesnym odkupem tomografu komputerowego Somatom Emotion 6.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 4 stycznia 2012 r. nr 2012/S 1-001340.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) opisu przedmiotu zamówienia odwołujący wniósł w dniu 9 stycznia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w zakresie określonym w odwołaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w uzasadnieniu argumentował, że zamawiający w sposób wadliwy i niezgodny z przepisami ustawy Pzp, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję sporządził SIWZ, wprowadzając parametry graniczne, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu, sformułował parametry oceniane w sposób prowadzący do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechał podania istotnych informacji mających wpływ na właściwe tj. zgodne z intencjami zamawiającego sporządzenie oferty przez potencjalnych wykonawców a w tym odwołującego.

Odwołujący przywołał treść punktu 9 (Okole i stół) oraz 20 i 21 (Generator i lampa) załącznika nr 1 do SIWZ „Zestawienie techniczno - użytkowych cech zamawianego spiralnego tomografu komputerowego 16-warstwowego”. Wskazywał, że zamawiający zamierza oceniać parametry, które mają charakter tylko i wyłącznie technologiczny i nie stanowią o wartości użytkowej, czy klinicznej aparatu. Ich wpływ na redukcję dawki oraz na rozdzielczość, a tym samym jakość uzyskiwanych obrazów w dobie nowoczesnych promowanych na świecie rozwiązań technicznych, jest znikomy. Parametry te mogą mieć znaczenie jedynie w przypadku konstrukcji przestarzałych technologicznie. Systemy tomografii komputerowej Toshiba Medical Systems Corp., oferowane przez odwołującego charakteryzują się unikalną, zaawansowaną technologicznie konstrukcją na tle tomografów oferowanych przez innych producentów, w tym producentów systemów 16-rzędowych.

Nowoczesne rozwiązania zawarte w jego systemach powodują, że brak jest korelacji pomiędzy parametrami opisanymi w pkt. 20 i 21 Załącznika nr 1 do SIWZ (powierzchniami ognisk), rozdzielczością (jakością) uzyskiwanych obrazów a dawką generowaną w trakcie badań, związaną z uzyskiwaniem określonej rozdzielczości, jak ma to miejsce w przypadku rozwiązań przestarzałych technologicznie. Podnosił, że jest wręcz odwrotnie, tj. tomografy komputerowe firmy Toshiba o największych powierzchniach ognisk lampy generują najniższe dawki niezbędne do uzyskania wymaganej rozdzielczości niskokontrastowej. Podobnie, należy wskazać na brak podstaw do oceny parametru wymienionego w pkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ. Wyjaśniał, że mniejsza odległość pomiędzy ogniskiem lampy, a detektorem, może służyć zmniejszeniu dawki, ale nie gwarantuje, że dawka w tomografii będzie najniższa. Na wielkość dawki, a także na jakość uzyskiwanych obrazów ma wpływ wiele innych parametrów, w związku z czym należałoby poddawać ocenie „efekt końcowy”, czyli wielkość dawki, związanej z uzyskiwaniem określonej (oczekiwanej) jakości obrazu, a nie - tylko i wyłącznie - narzędzi służących jej obniżeniu, czyli technologii zastosowanych w danym urządzeniu.

Odwołujący zwracał uwagę, że suma punktów możliwych do uzyskania w punktach: 9, 20 i 21 wynosi 30, podczas gdy wielkość dawki, będąca „efektem” zastosowania tych rozwiązań, nie jest oceniana w ogóle. Taka ocena punktowa wspomnianych parametrów może stanowić przejaw stosowania praktyk utrudniających uczciwą konkurencję i nierównego traktowania potencjalnych wykonawców. Dodatkowo podnosił, że wartość graniczna wymagana przez zamawiającego w pkt 21 („Pole powierzchni dużego ogniska ( $\text{mm}^2$ ) - nie większe niż 2”) w kombinacji z innymi parametrami, zawartymi w SIWZ w niniejszym postępowaniu, uniemożliwia zaoferowanie odwołującemu, któregokolwiek z tomografów komputerowych, które posiada w swojej ofercie, w tym najnowocześniejszego ma świecie systemu tomografii komputerowej, 320 rządowego systemu AQUILION ONE. Wielkość dużego ogniska lampy w systemie, który odwołujący chciałby zaoferować w niniejszym postępowaniu wynosi bowiem  $2,24 \text{ mm}^2$ .

W związku z powyższym odwołujący wniósł o wykreślenie parametrów wymienionych w punktach: 9, 20 i 21 Załącznika nr 1 do SIWZ lub modyfikację treści pkt. 21 „pole powierzchni dużego ogniska” w ten sposób aby nie był on parametrem wymaganym, lecz wyłącznie ocenianym. Ponadto odwołujący wniósł o modyfikację treści parametru opisanego w pkt. 36 „dawka konieczna do zyskania wymienionej w poprzednim punkcie niskokontrastowej rozdzielczości (mGy)” polegającą na przyznawaniu najmniejszej wartości tego parametru 10 pkt, a pozostałym ofertom oceny proporcjonalnej.

Odnosząc się do wymagania opisanego przez zamawiającego w pkt 80 załącznika nr 1 do SIWZ „Integracja oferowanego tomografu z posiadany systemem PACS/RIS” odwołujący podniósł, że zamawiający nie opublikował żadnej informacji, żadnego standardu,

który pozwoliłby na wykonanie wspomnianych wyżej integracji. System PACS/RIS dostarczyła firmę Siemens, zaś odwołujący nie ma wiedzy na temat, w jaki sposób ma być dokonana integracja. Wywodził ponadto, że zasada równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji wymaga, aby gwarantem udostępnienia wspomnianej wiedzy odwołującemu był zamawiający, gdyż uniemożliwia to odwołującemu sporządzenie oferty na poziomie merytorycznym i finansowym. Podnosił, że wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający. W związku z powyższym zarzutem odwołujący wniósł o:

- a) potwierdzenie, że zamawiający pisząc o integracji, ma na myśli integrację poprzez standard DICOM 3.0 w zakresie: WORKLIST, MPPS, DICOM SEND, DICOM LIST oraz poinformowanie, co obejmuje licencja wykupiona przez zamawiającego i czy licencja, którą posiada, obejmuje pozycje wymienione przez odwołującego powyżej;
- b) udzielenie przez zamawiającego gwarancji, że jeżeli zajdzie konieczność udostępnienia przez dostawcę/producenta systemu PACS/RIS wiedzy, czy zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie integracji z systemem PACS/RIS, taka wiedza i zasoby zostaną wybranemu w przetargu wykonawcy udostępnione, oraz że nie zaistnieją żadne przeszkody ze strony dostawcy/producenta systemu PACS/RIS do realizacji przedmiotu zamówienia w tym zakresie (tj. że ze strony firmy Siemens nie ma żadnych przeszkód do integracji z systemami tomografii komputerowej innych producentów) oraz że dostawca/producent systemu PACS/RIS przed składaniem ofert przedłoży innym wykonawcom stosowną, jednakową dla wszystkich wykonawców, ofertę na integrację ich tomografów z systemem PACS/RIS firmy Siemens, posiadanym przez zamawiającego.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie uznając jednocześnie, że tylko niektóre z zarzutów odwołania znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż, instalacja i uruchomienie spiralnego tomografu komputerowego minimum 16 warstwowego z jednoczesnym odkupem tomografu komputerowego Somatom Emotion 6. W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez zestawienie techniczno - użytkowych cech zamawianego urządzenia, zastrzegając, że niespełnienie któregośkolwiek z wymaganych parametrów granicznych spowoduje odrzucenie oferty (Rozdział III pkt 5.2 SIWZ).

Ustalono nadto, że zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w rozdziale „Okole i stół” zastrzegł, iż oceniał będzie parametr *odległość między ogniskiem lampy, a detektorem (mm)* w ten sposób, że najmniejszej wartości tego parametru będzie przyznawał 10 pkt, a pozostałym ofertom punkty według oceny proporcjonalnej (parametr nr 9). Zamawiający zastrzegł także w załączniku nr 1 do SIWZ w rozdziale „Generator i lampa rtg”, iż oceniał będzie parametr *Pole powierzchni małego ogniska (mm<sup>2</sup>)* w ten sposób, że najmniejszej wartości tego parametru będzie przyznawał 10 pkt, a pozostałym ofertom punkty według oceny proporcjonalnej (parametr nr 20). Nadto zamawiający postanowił, iż oceniał będzie parametr *Pole powierzchni dużego ogniska (mm<sup>2</sup>)* w ten sposób, że w ten sposób, że najmniejszej wartości tego parametru będzie przyznawał 10 pkt, a pozostałym ofertom punkty według oceny proporcjonalnej (parametr nr 21). Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że najwyższa dopuszczalna wartość tego parametru to 2 mm<sup>2</sup>. Ustalono również, że w załączniku nr 1 do SIWZ, w rozdziale „system skanowania”, zamawiający określił, że parametr *Dawka konieczna do uzyskania wymienionej w poprzednim punkcie niskokontrastowej rozdzielczości (mGy)* nie będzie parametrem ocenianym (parametr nr 36). Wreszcie w załączniku nr 1 do SIWZ, w rozdziale „warunek dodatkowy”, zamawiający

wymagał *integracji oferowanego tomografu z posiadanym systemem RIS/PACS*, zaś parametr ten nie był parametrem ocenianym (parametr nr 80).

Przechodząc do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podziela podnoszone w piśmiennictwie i orzecznictwie stanowisko, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Z drugiej strony zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07, „uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)”. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując siwz, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”. Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie

uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1122/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba w pierwszej kolejności poczyniła ustalenia dotyczące rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia. Izba uznała za udowodnione twierdzenie odwołującego, iż specyfika rynku przedmiotowych zamówień, przedstawia się w taki sposób, iż oferowane są produkty czterech producentów, tj. Siemens, Toshiba, General Electric i Philips, a więc jest to rynek relatywnie ograniczony. Temu twierdzeniu odwołującego nie zaprzeczył ani zamawiający ani przystępujący.

Izba ustaliła również, w przedmiotowym postępowaniu, przy utrzymaniu kwestionowanych parametrów granicznych istnieje możliwość zaoferowania tomografów komputerowych pochodzących od co najmniej dwóch producentów tj. Siemens i General Electric. Producenci ci złożyli oferty w uprzednio prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, które dotyczyło tożsamego przedmiotu zamówienia, zaś parametry graniczne kwestionowane przez odwołującego obecnie były tożsame. W oparciu o powyższe można było stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego nie prowadził do pełnego wyłączenia konkurencji w postępowaniu. Izba uznała jednak za zasadne stanowisko odwołującego, że okoliczność iż spośród czterech producentów urządzeń co najmniej dwóch może zaoferować swe urządzenia nie oznacza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia wykluczający urządzenia jednego z pozostałych producentów jest prawidłowy i nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 30 grudnia 2010 r. sygn. akt: KIO 2729/10, w którym podniesiono, że *treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż do naruszenia normy prawnej*



*wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już w przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Zatem Izba uznała, że również w analizowanej sytuacji, a mianowicie gdy poprzez opis przedmiotu zamówienia nie wyłączono zupełnie konkurencji, ale rynek pozostaje ograniczony, należy zbadać, czy kwestionowane parametry techniczne urządzenia znajdują uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.*

Nie było spornym, że przy dostawie tomografu komputerowego jedną z kluczowych potrzeb zamawiającego jest zapewnienie sobie takiego urządzenia, które zapewni jak najlepszą rozdzielczość (jakość) obrazu przy jak najniższej generowanej dawce.

Odwołujący twierdził, że rozwiązania zawarte w jego systemach powodują, że można uznać za znikomą korelację pomiędzy parametrami opisanymi w pkt 20 i 21 załącznika nr 1 do SIWZ (powierzchniami ognisk), rozdzielczością (jakością) uzyskiwanych obrazów a dawką generowaną w trakcie badań, związaną z uzyskiwaniem określonej rozdzielczości. Twierdził również, że mniejsza odległość pomiędzy ogniskiem lampy, a detektorem (pkt 9 załącznika nr 1 do SIWZ), może służyć zmniejszeniu dawki, ale nie gwarantuje, że dawka w tomografii będzie najniższa. Podnosił, że na jakość uzyskiwanych obrazów ma wpływ wiele innych parametrów. Ponadto w trakcie rozprawy wyjaśniał, że na końcowy rezultat w postaci określonej rozdzielczości przy określonej dawce ma wpływ wiele elementów, nie tylko te, które opisał zamawiający w pkt 9, 20 i 21 załącznika nr 1 do SIWZ. Wywodził, że producenci urządzeń stosują różne rozwiązania w celu ograniczenia wielkości dawki przy określonej rozdzielczości. Przykładowo wskazał, że on sam stosuje m.in. odpowiednie algorytmy rekonstrukcyjne.

Natomiast zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, że zasadnym jest utrzymanie ocenianych parametrów technicznych wymienionych w pkt 9, 20, 21 załącznika nr 1 do SIWZ. Argumentował, że brak możliwości oceniania powierzchni ognisk lampy rtg jak również odległości pomiędzy lampą a detektorem spowodować może nabycie urządzenia, w którym obraz rekonstruowany uzyskiwany będzie z pierwotnego, mniej dokładnego obrazu naturalnego. Wywodził, że urządzenia dysponujące ogniskami lampy rtg o większych powierzchniach cechuje gorsza rozdzielczość obrazu. W tej sytuacji nie spełni jego oczekiwań zaferowanie urządzenia, w którym zasadniczym czynnikiem mającym wpływ na jakość obrazu rekonstruowanego będzie algorytm rekonstrukcyjny. A zatem zamawiający twierdził, że istnieje korelacja pomiędzy kwestionowanymi parametrami technicznymi tj. powierzchniami ognisk lampy rtg oraz odległością pomiędzy ogniskiem lampy i detektorem a uzyskaniem obrazu rekonstruowanego lepszej jakości. Przy czym twierdził, że inne czynniki, w tym algorytmy rekonstrukcyjne na które wskazał odwołujący, nie będą w stanie zupełnie

zniwelować ujemnych skutków dla jakości obrazu wynikających z dopuszczenia ognisk lampy rtg o większej powierzchni.

Izba oceniając twierdzenia stron co do znaczenia zakwestionowanych parametrów technicznych dla potrzeb zamawiającego jakie mają być zaspokojone w wyniku dostawy urządzenia stwierdziła, że były one sprzeczne. Zamawiający zaprzeczył bowiem stanowisku odwołującego co do znikomego charakteru zależności pomiędzy kwestionowanymi parametrami technicznymi a potrzebą zamawiającego. W tej sytuacji odwołujący sporną okoliczność winien wykazać, tj. w jaki sposób stosowane przez niego rozwiązania konstrukcyjne powodują znikomy poziom korelacji pomiędzy zakwestionowanymi parametrami granicznymi i ocenianymi a jakością obrazu, występowanie innych czynników mających wpływ na funkcjonalność urządzenia i ich wpływ na jakość obrazu i wielkość dawki.

Izba stwierdziła, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarcza wprowadzić zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontrydiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony zamawiający winien jednak przekonać Izbę, że dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. 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) dowodami 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W ocenie Izby odwołujący, który poprzestał jedynie na swych twierdzeniach, nie wykazał znikomej korelacji pomiędzy parametrami opisanymi w pkt 20 i 21 załącznika nr 1 do SIWZ (powierzchniami ognisk), rozdzielczością (jakością) uzyskiwanych obrazów a dawką generowaną w trakcie badań, związaną z uzyskiwaniem określonej rozdzielczości. Nie wykazał również, że mniejsza odległość pomiędzy ogniskiem lampy, a detektorem (pkt 9 załącznika nr 1 do SIWZ) nie gwarantuje, że dawka w tomografie będzie najniższa. Nie udowodnił także podnoszonej przez siebie okoliczności, że na jakość uzyskiwanych obrazów ma wpływ wiele innych parametrów. Izba uznała, że w omawianym zakresie ciężar dowodu spoczywał na odwołującym, który znikomy charakter korelacji wywodził w szczególności ze stosowanych przez siebie nowoczesnych rozwiązań. Jednocześnie odwołujący sam w treści odwołania przyznawał, że pewna korelacja istnieje. Skoro zależność pomiędzy kwestionowanymi parametrami technicznymi urządzenia opisanymi w pkt 9, 20, 21 załącznika nr 1 do SIWZ a jakością rekonstruowanego obrazu istniała, a nie wykazano że jest znikoma, Izba nie dopatrzyła się utrudnienia uczciwej konkurencji w ich ocenianiu. Wobec braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła, że obiektywnym potrzebom zamawiającego które sprowadzają się do dostawy urządzenia, które zapewni najlepszą jakość obrazu przy jak najniższej dawce służą kwestionowane przez odwołującego oceniane parametry techniczne z pkt 9, 20, 21 załącznika nr 1 do SIWZ i z tych powodów Izba nie nakazała ich usunięcia, o co wnosił odwołujący.

Jednakże dostrzeżenia wymagało, że parametr techniczny opisany w pkt 21 załącznika nr 1 do SIWZ (pole powierzchni dużego ogniska lampy rtg) był zarówno parametrem wymaganym jak i ocenianym. Zamawiający zamierzał nie tylko oceniać stopień spełnienia tego parametru przyznając 10 pkt za najmniejszą jego wartość, lecz zastrzegł również, iż pole powierzchni dużego ogniska ma być nie większe niż  $2\text{mm}^2$ , ustanawiając tym samym parametr wymagany (graniczny, odcinający), którego niespełnienie, w przeciwieństwie do parametrów ocenianych, wiązałoby się z odrzuceniem oferty. Ponadto, konieczność spełnienia tego parametru uniemożliwiła zaoferowanie przez odwołującego któregośkolwiek z tomografów komputerowych, które posiada w swojej ofercie. Jednocześnie zamawiający złożył w trakcie rozprawy wydruk z dnia 19 stycznia 2012 r. ze strony internetowej <http://www.slideshare.net/tomasz.piotrowski/aob-i-2604312>, z którego wynikało, iż *typowy, efektywny rozmiar ogniska wynosi 0,3, 0,6, 1,0 i 2 mm*. Biorąc pod uwagę powierzchnię dużego ogniska lampy rtg wymaganą przez zamawiającego na poziomie  $2\text{mm}^2$  należało stwierdzić, że zamawiający wykluczył poprzez parametr graniczny (który dotyczył powierzchni a nie rozmiaru ogniska), rozmiary ogniska zbliżone, lecz mniejsze niż  $2\text{mm}^2$ , które zgodnie z wydrukiem złożonym przez samego zamawiającego były typowe i co istotne, efektywne. W tej sytuacji Izba nie uznała za zasadne utrzymywanie parametru granicznego „powierzchnia dużego ogniska lampy rtg” na poziomie  $2\text{mm}^2$ , uznając, iż eliminowanie

urządzenia odwołującego, które posiada pole powierzchni dużego ogniska na poziomie 2,24 mm<sup>2</sup>, a więc posiada typowy i efektywny rozmiar ogniska poniżej 2 mm, jest nieuzasadnione. Zamawiający nie przekonał w żaden sposób Izby, dlaczego istnieje konieczność utrzymania parametru „powierzchnia dużego ogniska lampy rtg” akurat na takim poziomie, jaki wymagał w SIWZ przez co eliminuje się rozwiązanie, które w świetle złożonego przez niego dowodu jest typowe i efektywne. Sama chęć zamówienia tylko niektórych spośród urządzeń typowych sama w sobie nie stanowi jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji. Jednakże zamawiający w takiej sytuacji powinien co najmniej przedstawić argumentację, która uzasadniałaby dlaczego rozwiązanie odwołującego, choć typowe i efektywne, to jednak nie spełnia wymagań zamawiającego. Przykładowo zamawiający mógł wskazać na zakres, specyfikę badań wykonywanych w jego jednostce. Izba uznała, że w omawianym zakresie ciężar dowodu obciążał zamawiającego. Tylko on bowiem wiedział, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego. Niezależnie od powyższego, Izba wzięła pod uwagę, iż zamawiający zapewnił sobie już w analizowanym postępowaniu możliwość premiowania oferty w której zaoferowane zostanie urządzenie o jak najmniejszej powierzchni dużego ogniska lampy rtg poprzez przyznanie takiej ofercie 10 pkt. Ponadto, w drodze modyfikacji SIWZ zamawiający może zwiększyć punktację w tym parametrze, adekwatnie do zaspokajanej potrzeby. Reasumując, Izba nie negując korzyści jakie zapewnia zamawiającemu możliwość zapewnienia sobie urządzenia o mniejszej powierzchni ogniska dużego lampy rtg nie przychyliła się do alternatywnego żądania odwołującego tj. wykreślenia tego parametru jako ocenianego. Jednocześnie Izba nie dostrzegła jednak konieczności utrzymania kwestionowanego parametru na wymaganym poziomie 2mm<sup>2</sup>, w sytuacji gdy dowód złożony przez samego zamawiającego powierzał, że wykluczono w ten sposób rozwiązanie typowe i efektywne, które zamierzał zaoferować odwołujący. Wobec braku uzasadnienia obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wymaganie aby pole powierzchni ogniska dużego lampy rtg wynosiło maksymalnie 2mm<sup>2</sup>, jako działanie wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, naruszało art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie postanowieniu pkt 21 załącznika nr 1 do SIWZ „pole powierzchni dużego ogniska lampy rtg” wartości granicznej „nie większe niż 2,24 mm<sup>2</sup>”, która umożliwi odwołującemu złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Zamawiający w trakcie rozprawy uznał zasadność zarzutu odwołania dotyczącego postanowienia opisanego w pkt 36 załącznika nr 1 do SIWZ tj. „dawka konieczna do uzyskania wymienionej w poprzednim punkcie niskokontrastowej rozdzielczości (mGy)”. W świetle powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp w tym zakresie za przyznany. W wykonaniu wyroku Izby zamawiający winien zmodyfikować ww.

postanowienia SIWZ zgodnie z żądaniem odwołującego, tj. poprzez wprowadzenie oceny proporcjonalnej parametru technicznego nr 36 załącznika nr 1 do SIWZ „dawka konieczna do zyskania wymienionej w poprzednim punkcie niskokontrastowej rozdzielczości (mGy)” polegającej na przyznawaniu najmniejszej wartości tego parametru 10 pkt, a pozostałym ofertom oceny proporcjonalnej.

Ponadto, w związku z nakazanymi modyfikacjami postanowień SIWZ zamawiający obowiązany jest dokonać łączących się ze zmianami czynności, w tym czynności informacyjnych wymaganych zgodnie z ustawą Pzp.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego postanowienia pkt 80 załącznika nr 1 do SIWZ (integracja oferowanego tomografu z posiadanym systemem PACS/RIS) albowiem odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, iż ogranicza zarzuty przedstawione w odwołaniu w ten sposób, iż nie podtrzymuje zarzutu dotyczącego postanowienia pkt 80 załącznika nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....