

Sygn. akt: KIO 448/19

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 marca 2019 roku** przez wykonawcę **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPOZOZ w Tarnowie, z siedzibą w Tarnowie**

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Odwołującego: TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego im. św. Łukasza SPOZOZ**

w Tarnowie, z siedzibą w Tarnowie kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Tarnowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 14 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej jako „PZP”) odwołanie złożył wykonawca TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Przetarg nieograniczony na dostawę integralnego systemu planowania leczenia napromienianiem dla Szpitala Wojewódzkiego im. św. Łukasza SPZOZ w Tarnowie prowadzi Zamawiający: Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SPOZOZ w Tarnowie.

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu

- wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o. (dalej: „Varian”)
- zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Varian, pomimo zaistnienia nieusuwalnych podstaw odrzucenia z powodu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Varian, pomimo złożenia przez tego wykonawcę oferty niezgodnej z SIWZ, której to niezgodności nie ma możliwości usunąć bez zmiany treści oferty.

Zamawiający dokonał w ocenie Odwołującego naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 89 ust 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Varian, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór wykonawcy niezgodnie z ustawą;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. X i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Varian, pomimo iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż jest przejawem działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami, a nadto zmierza do wyeliminowania z rynku innych wykonawców;
- art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty, której nie można ocenić jako najkorzystniejsza;
- art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a niezgodność ta jest nieusuwalna bez zmiany oferty z uwagi na niespełnienie przez zaoferowany sprzęt wymogów technicznych (granicznych) oraz niezgodność zaoferowanego

sprzętu z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej;

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie czynności wyboru oferty Varian jako najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty wykonawcy Varian jako niespełniającej wymogów SIWZ i/lub zawierającej rażąco niską cenę oraz naruszającą zasady uczciwej konkurencji;
- powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte poprzez jego uwzględnienie. Działania Zamawiającego polegające na wyborze oferty firmy Varian zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz postanowień SIWZ. Uwzględniając treść oferty Odwołującego, w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawnej czynności oceny, byłaby ona najkorzystniejsza. Czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem ustawy Pzp pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co narusza interes Odwołującego.

Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze ofert drogą mailową w dniu 04.03.2019r. Odwołanie złożono w dniu 14.03.2019 r. tj. w ustawowym terminie przewidzianym w art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP, a kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący notyfikował Zamawiającemu w toku postępowania, iż zaoferowana przez Varian cena może być uznana za rażąco niską, w związku z czym zastosowana została procedura wyjaśniająca, a złożone oświadczenia Zamawiający uznał za wystarczające. Odwołujący wskazywał również Zamawiającemu na inne nieprawidłowości oferty Varian, w szczególności kwestię niezgodności z SIWZ z uwagi na brak możliwości spełnienia przez oferowany sprzęt wymogów opisanych w punkcie 14 i nast. Załącznika IB do SIWZ.

Odwołujący kwestionuje rozstrzygnięcie postępowania argumentując, że Zamawiający mylnie uznał, że oferta Varian odpowiada treści SIWZ i nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także iż nie spełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji.

I. Rażąco niska cena i czyny nieuczciwej konkurencji

Cena oferty Varian jest o ponad 40% niższa od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotu zamówienia; jest również znacznie niższa od wartości oferty Odwołującego. Powyższe spowodowało zastosowaniem procedury wyjaśnienia zaoferowanej wartości, jednakże w ocenie Odwołującego, przedstawione przez

Varian informacje nie mogą uzasadnić, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska w rozumieniu Ustawy.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę brutto w wysokości 1.600.000,00 zł, Varian zaoferował realizację zamówienia za kwotę 949 974,00 zł (przy gwarancji udzielonej na 36 miesięcy), a Odwołujący - za kwotę 1 543 335,00 zł (przy gwarancji udzielonej na 24 miesiące).

Zdaniem Odwołującego Varian nie wykazał, iż faktycznie zaoferowana cena odpowiada innym cenom rynkowym, a nawet cenom oferowanym przez ten sam podmiot w innych postępowaniach, a nadto - iż umożliwia nie tylko realizację zamówienia, lecz również uzyskanie jakiegokolwiek zysku.

Varian w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie wskazał m.in. iż oferta w tym postępowaniu odpowiada ofercie wybranej w postępowaniu prowadzonym przez SPZOZ MSWIA z W-M Centrum Onkologii w Olsztynie, Al. Wojska Polskiego 37, Olsztyn, co miało uwiarygodnić twierdzenia o prawidłowej kalkulacji ceny zaoferowanej w postępowaniu. Należy jednak podkreślić, iż podobieństwo wskazanych postępowań jest jedynie pozorne, bowiem kluczowe pozostają nie podstawowe stacje, wskazane w wyjaśnieniach Varian, ale dodatkowy sprzęt, który należy zaoferować, aby spełnić wymogi SIWZ. Zakres postępowania prowadzonego w Olsztynie nie był bowiem identyczny, jak przedmiotowego postępowania, tamtejszy zamawiający dysponuje systemem pochodzącym od Varian, a w konsekwencji wykonawca zobowiązany był jedynie do rozbudowy tego systemu w oparciu o swoje rozwiązania, a nie zapewnić miał dodatkowe elementy, pozwalające na wymaganą przez Zamawiającego kompatybilność systemu z już przez niego posiadany.

System będący przedmiotem tego postępowania, opisany w pkt. 14 i niżej SIWZ, wymaga dla swojej prawidłowej pracy szeregu urządzeń (pełnej infrastruktury). Centralnym punktem systemu zarządzania i weryfikacji oraz planowania jest m.in. serwer/serwery wraz z oprogramowaniem, umożliwiającym/e zdalną pracę na pozostałych stacjach, urządzeniach. Ta baza sprzętowa w przypadku Centrum Onkologii w Olsztynie istniała w momencie składania oferty. Więc cena oferty nie zawiera tych produktów, zawiera tylko cenę rozbudowy o dodatkowe stacje. Natomiast w przypadku postępowania w Tarnowie w ramach przedmiotu zamówienia należy dostarczyć nie tylko stacje planowania i stacje zarządzania i weryfikacji. Należy również dostarczyć/zbudować infrastrukturę składającą się z szeregu niezbędnych urządzeń, które są stosunkowo drogie. Z uwagi na fakt, iż Varian nie dysponuje oprogramowaniem umożliwiającym spełnienie wymogu kompatybilności z systemem Mosaiq (innym niż system Varian), opisanym w punkcie 13 Załącznika nr IB do SIWZ, zmuszony był do zastosowania wymogów opisanych w punktach 14 i nast., co skutkuje koniecznością zaoferowania dodatkowych, drogiej rozwiązań.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego oferta zawierać i kalkulować musiałaby co najmniej następujące sprzęty:

- a) stacja i oprogramowanie Velocity - umożliwiające wykonywanie deformacyjnej rejestracji obrazu i weryfikacji realizacji leczenia (obliczeń na obrazowaniu weryfikacyjnym);
- b) 3 stacje VARIAN EXCHANGE, umożliwiające podłączenie systemu Aria do akceleratorów Siemens zamawiającego;
- c) 3 stacje ARIA w sterowniach akceleratorów, pozwalające na prowadzenie leczenia przez techników radioterapii;
- d) 1 stacja ARIA w sekretariacie medycznym.

Ponadto w przypadku postępowania prowadzonego w Olsztynie tylko jedna zaoferowana stacja Eclipse posiadała licencję na moduł optymalizacji IMRT, podczas gdy w tym postępowaniu Varian zobowiązał się dostarczyć co najmniej dwie takie licencje (punkt 11 Załącznika IB), a nadto postępowanie prowadzone w Olsztynie nie wymagało zaoferowania licencji automatycznego planowania, jakie są wymagane w Tarnowie (np. Rapid Plan). W konsekwencji zatem rozwiązanie proponowane w postępowaniu w Olsztynie było rozwiązaniem mniej zaawansowanym, składającym się z mniejszej ilości elementów, które dodatkowo są elementami tańszymi. Pomimo tego ceny w obu postępowaniach nie są znacznie zróżnicowane.

Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania wyciąg z oferty Varian, złożonej w postępowaniu prowadzonym przez SPZOZ MSWIA z Warmińsko-Mazurskiego Centrum Onkologii w Olsztynie.

Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu w Olsztynie Varian zaoferował sprzęt medyczny za 965 736 PLN brutto i niemedyczny za 28 413 PLN brutto (monitory + cena szkolenia), natomiast w niniejszym postępowaniu - sprzęt medyczny za 734 724 PLN brutto i niemedyczny za 215 250 PLN brutto (cena serwera/serwerów). W konsekwencji zatem już na pierwszy rzut oka stwierdzić można, iż w tym postępowaniu cena jest rażąco zaniżona, bowiem jest o 24% niższa niż zaoferowana w Olsztynie, mimo że oferta zawiera dodatkowe, bardzo drogie elementy.

Odwołujący wskazał nadto, iż warte uwagi są również oferty złożone przez Varian na podobne przedmioty zamówień w innych postępowaniach, prowadzonych w nieodległych odstępach czasowych (w 2018 r.). Wyniki tej analizy wskazują wprost, że cena zaoferowana w tym postępowaniu przez Varian jest zaniżona nawet w stosunku do zwykłych cen tego wykonawcy (cen rynkowych).

Wykonawca Varian składał ofertę w postępowaniu na dostawę wyposażenia i aparatury medycznej w ramach zadania „Budowa Siedleckiego Ośrodka Onkologii”, w Siedlcach, gdzie zaoferował 3 stacje systemu planowania Eclipse za cenę 1 187 460 PLN brutto (wliczony 8% podatku VAT) oraz sprzęt komputerowy do stacji (wyposażenie IT) za

cenę 450 180 PLN brutto (23% VAT). Zaoferowano też 3 stacje do konturowania za cenę 259 200 PLN brutto (8%), co daje 86 400 PLN brutto za stację oraz system weryfikacji i zarządzania ARIA za cenę 480 180 PLN brutto (8%) wraz ze sprzętem za 565 800 PLN brutto (23%). Wyposażenie zaoferowane w Siedlcach jest bardzo podobne do wyposażenia zaoferowanego w Tarnowie. Jako dowód załączono ofertę Varian w postępowaniu na dostawę wyposażenia i aparatury medycznej w ramach zadania „Budowa Siedleckiego Ośrodka Onkologii”, w Siedlcach.

Przekładając ceny wskazane w powyższym postępowaniu na asortyment i zakres niniejszego postępowania, cena oferty Varian w tym postępowaniu winna kształtować się następująco:

- a) 3 stacje planowania Eclipse wraz ze sprzętem komputerowym: 1 637 640 PLN brutto
- b) 2 stacje do konturowania: 172 800 PLN brutto
- c) System weryfikacji i zarządzania: 1 045 980 PLN brutto
- d) W SUMIE: 2 856 420 PLN brutto

W powyższej kalkulacji nie uwzględniono dodatkowych stacji Velocity oraz kosztów stacji Exchange w celu integracji z akceleratorami zamawiającego, ani kosztów instalacji, a zatem kolejnych ważnych cenotwórczo elementów, niezbędnych w celu realizacji zamówienia w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego.

Reasumując, cena oferty zgłoszonej w tym postępowaniu jest o 1 906 445 PLN brutto niższa niż ta, jaką zaoferowano w Siedlcach, co stanowi aż 67%, przy czym nie można pominąć, iż winna uwzględniać nie tylko sprzęt objęty postępowaniem w Siedlcach, ale nadto dodatkowe elementy, których Odwołujący nie podejmuje się już wyceniać. Powyższe prowadzi do oczywistego wniosku, iż różnica cen tego samego wykonawcy w podobnych postępowaniach byłaby jeszcze większa.

Odwołujący dokonał również analizy oferty złożonej przez Varian w postępowaniu w na dostawę akceleratorów wysokoenergetycznych wraz z montażem i wyposażeniem dla Ośrodka Radioterapii dla Wielospecialistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim Spółka z o.o. w Gorzowie.

Varian zaoferował w Gorzowie 6 stacji Eclipse za cenę 1 479 816 PLN brutto (wliczony 8% podatek VAT) wraz ze sprzętem komputerowym za cenę 207 624 PLN brutto (wliczony 23% podatek VAT). Jako dowód dołączono ofertę Varian. Przeliczając na pojedynczą stację Eclipse:

- a) Cena oprogramowania: 246 636 PLN brutto
- b) Cena stacji komputerowej: 34 604 PLN brutto

Cena, jaką Varian powinien zaproponować za same 3 stacje planowania Eclipse w Tarnowie na podstawie postępowania w Gorzowie wynosi:

- a) 739 908 PLN brutto za oprogramowanie

b) 103 812 PLN brutto za sprzęt komputerowy

Powyższa kalkulacja nie uwzględnia dwóch stacji konturowania (lekarskich) systemu Aria ani żadnych dodatkowych stacji takich jak Velocity zaoferowanych w Tarnowie.

Nadto w postępowaniu w Gorzowie dostarczono 30 stacji Aria za kwotę 1 649 700 PLN brutto (oprogramowanie 8% VAT) oraz 769 734 PLN brutto (sprzęt komputerowy 23% VAT). Na tej podstawie możliwa jest przybliżona kalkulacja ceny jednej stacji Aria wraz ze sprzętem komputerowym:

a) oprogramowanie 54 990 PLN brutto (8% VAT)

b) sprzęt komputerowy 25 657 PLN brutto (23% VAT)

W przedmiotowym postępowaniu należy dostarczyć co najmniej 9 licencji Aria, w tym 6 na oddzielnych komputerach (wraz z systemem Exchange lub jako stacje zarządzania radioterapią), a zatem, uwzględniając powyższą kalkulację, cena za system Aria winna w przybliżeniu:

a) oprogramowanie 494 910 PLN brutto (8% VAT)

b) sprzęt komputerowy 153 942 PLN brutto (23% VAT)

Podsumowując powyższe wyliczenia cen systemu Eclipse i Aria oraz doliczając dodatkowo cenę, jaką Varian zaoferował za system konturowania w postępowaniu w Siedlcach (2 stacje za 172 800 PLN brutto), konfiguracja która powinna zostać dostarczona Zamawiającemu powinna kosztować co najmniej:

a) oprogramowanie: 1 407 618 PLN brutto (8% VAT)

b) sprzęt komputerowy: 257 754 PLN brutto (23% VAT)

c) SUMA: 1 665 372 PLN brutto

Cena zaoferowana w tym postępowaniu jest zatem o 43% niższa, a mimo wszystko uwzględnia nie tylko elementy omówione powyżej, ale także dodatkowo cenę systemu Velocity, koszt integracji z akceleratorami użytkownika i koszt instalacji, co jednoznacznie wskazuje na jej nierzeczywistość, nierynkowość i brak odniesienia nawet do cen tego samego wykonawcy.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO „*pod pojęciem rażąco niskiej ceny rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych*

źródle niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać" (tak: wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r., sygn.: KIO 115/18). Wyżej przedstawione porównanie wskazuje wprost, iż zaoferowana cena nie jest ceną rynkową, bowiem nawet sam wykonawca nie składa innych ofert, zawierających konsekwentnie tak niską cenę winnych postępowań. W ostatnim roku, który uznać można za adekwatny do porównania, bowiem nic nie wskazuje na nagłe zmiany w rynku i procesie produkcji, umożliwiające znaczne obniżenie ceny (a przynajmniej wykonawca o takich okolicznościach nie wspominał w wyjaśnieniach), oferowane produkty w możliwych do porównania postępowaniach, były w cenach znacznie wyższych, możliwych do odniesienia do cen produktów innych producentów.

W postępowaniu Varian nie wykazał, iż faktycznie istniały szczególne okoliczności w oszczędności metody wykonania zamówienia czy sprzyjających warunków właściwych dla tego konkretnego postępowania. Nie może o takich warunkach świadczyć wyłącznie oferta producenta, skoro - jak wskazuje sam Varian - producent jest podmiotem ściśle powiązany z Varian, a w konsekwencji ustalenie ceny na poziomie dumpingowym mogło odbyć się w porozumieniu z tym podmiotem.

Wszystkie okoliczności przytoczone w wyjaśnieniach Varian jawią się jako bardzo ogólnikowe w kontekście przedstawionych porównań innych ofert tego samego wykonawcy, składanych w trzech innych postępowaniach. Nie można przyjąć, iż stanowią one szczególne okoliczności czy sprzyjające warunki właściwe dla tego konkretnego postępowania, które ujawniły się dopiero aktualnie, bowiem kilka miesięcy temu jeszcze nie były dostępne firmie Varian i z tego powodu oferowane ceny w innych postępowaniach były tak skrajnie różne od tej zaoferowanej Zamawiającemu.

Wskazywana przez Varian współpraca z Siemens również nie może stanowić argumentu i być traktowana jako przedmiotowo istotna, bowiem po pierwsze nie dotyczy produkcji sprzętu, a po drugie - umowa między podmiotami podpisana została w 2012 r., a zatem oferty w innych postępowaniach, omawiane powyżej, były również składane w warunkach obowiązywania globalnego partnerstwa, co jednak nie wpłynęło tak znacznie na ich cenę.

Odwołujący podniósł przy tym, iż z ogólnodostępnych informacji zawartych na przytoczonych przez Varian stronach internetowych wynika, iż globalne partnerstwo obu podmiotów dotyczy wzajemnego oferowania swoich sprzętów, co z pewnością może wpłynąć nieznacznie na cenę tych produktów, jednak wyklucza możliwość oferowania ich poniżej ich wartości i tak znaczne różnicowanie cen w stosunku do cen rynkowych.

Podniesione także w wyjaśnieniach argumenty dotyczące niskiego kosztu pracowników pozostają w ocenie Odwołującego bez znaczenia, biorąc pod uwagę procentowy udział tego kosztu w całkowitej cenie oferty.

Wyżej opisane działanie Varian stanowić może również czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: znkU). Zgodnie z art. 3 ust. 1 znkU czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 znkU, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Oferta Varian nie tylko narusza prawo i dobre obyczaje poprzez zawarcie w niej rażąco niskiej ceny, nie uwzględniającej wszystkich elementów, co jest działaniem zmierzającym do uzyskania zamówienia za wszelką cenę. Jednocześnie działanie takie zmierza do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia i oferowanie świadczenia tych usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji konkurencji. Należy podkreślić, iż *„niedokonywanie kalkulacji podanych cen pod kątem ich realności kosztów, czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia, tylko pod kątem wygrania przetargu, potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców”* (tak: wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013, KIO 267/13).

W zaistniałej, sytuacji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty złożonej przez firmę Varian na mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i ewidentnie zmierza do wyeliminowania Odwołującego jako konkurencji w tym postępowaniu.

W tym miejscu przytoczyć można twierdzenia samego wykonawcy Varian, składane w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, gdzie wskazano wprost, iż na rynku istnieje wąskie grono wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie (Varian wskazuje na trzech, w tym sam wykonawca i Odwołujący), a Zamawiający ustalił koszt zamówienia w oparciu o cenę pozostałych dwóch (poza Varian) wykonawców. Tymczasem cena zaoferowana przez Varian jest niższa o 40%, a zatem nie tylko jest znacznie niższa od kalkulacji Zamawiającego, ale od przyjętych cen rynkowych dla danego przedmiotu zamówienia.

Takie działanie Varian, biorąc pod uwagę fakt, iż cena ta nie może zawierać skalkulowanych wszystkich niezbędnych elementów zamówienia lub też zawiera te elementy w cenach znacznie zaniżonych (a nawet bezpłatnie, czego jednak nie można zweryfikować, bowiem brak jednostkowych wycen), zmierza wprost do całkowitego wyeliminowania konkurencji z rynku. Powyższe wypełnia bez wątpienia znamiona czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 znkU. Nadto, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2017 (sygn. KIO 102/17), już nawet

„złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Już z tych powodów oferta Varian podlegała odrzuceniu, a wyjaśnienia złożone w sprawie rażąco niskiej ceny nie mogą zostać uznane za wystarczające dla jej uwzględnienia w postępowaniu.

II. Niezgodność oferty z SIWZ

Niezależnie od powyższego oferta Varian winna podlegać, zdaniem Odwołującego, odrzuceniu także z uwagi na fakt, iż jest niezgodna z wymogami SIWZ, opisanymi w tabeli Załącznika IB - parametry techniczne i warunki gwarancji, co oznacza, iż Varian zaoferował Zamawiającemu przedmiot niezgodny z jego żądaniem i opisem.

1. W opublikowanej pierwotnie wersji SIWZ (Załącznik IB - parametry techniczne i warunki gwarancji) Zamawiający żądał w punkcie 13, aby oferowany system planowania leczenia był w pełni kompatybilny do współpracy z systemem zarządzania i weryfikacji R&V Mosaiq wersja 2.50.05D7, natomiast na wypadek braku pełnej i skutecznej kompatybilności oferowanego systemu planowania leczenia z systemem zarządzającym Mosaiq w wersji 2.50.05D7, Zamawiający przewidział w punkcie 14 wymóg bezkosztowego zapewnienia dla Zamawiającego wyższej wersji systemu Mosaiq z zapewnieniem optymalnego sprzętu komputerowego lub zaoferowanie swojego równoległego funkcjonującego systemu zarządzającego.

Wskutek pytań do SIWZ Zamawiający zmienił treść Załącznika IB do SIWZ w ten sposób, iż dopisał punkty 14.1 - 14.8, w których wyspecyfikowano sposób spełnienia wymagań, o których mowa w punkcie 14. Wymóg kompatybilności był wymogiem granicznym (zarówno w pierwszej, jak i w drugiej wersji).

Dodatkowo w punktach 47 i 48 SIWZ ustalono kryterium oceniane:

47 Zapewnione bezpośrednie i automatyczne (bez operacji import/eksport) zapamiętywanie pełnych planów terapeutycznych i struktur anatomicznych w jednej bazie danych wszystkich oferowanych stacji systemu planowania leczenia Podlega ocenie;

48 Zapewnione bezpośrednie i automatyczne (bez operacji import/eksport) wykorzystanie przez wszystkie oferowane stacje systemu planowania leczenia obrazów CT,

PET-CT, NMR zapamiętanych w jednej bazie danych dla wszystkich stacji oferowanego systemu planowania leczenia Podlega ocenie.

Kluczową, wspólną kwestią dla wymienionych punktów są wymogi:

- posiadania jednej wspólnej bazy danych oferowanego systemu weryfikacji i zarządzania oraz oferowanego systemu planowania leczenia oraz
- możliwość bezpośredniego i automatycznego - bez operacji import/export dostępu do danych pacjentów.

Wbrew twierdzeniom firmy Varian, zaoferowane rozwiązanie (jako całość) nie posiada wspólnej bazy danych oraz możliwości bezpośredniego i automatycznego - bez operacji import/export dostępu do danych pacjentów.

Zaoferowane przez Varian rozwiązanie składa się z trzech systemów:

- Systemu Aria - system zarządzania i weryfikacji
- Systemu Eclipse - część systemu planowania
- Systemu Velocity - część systemu planowania

Jak wynika z przedłożonych wraz z ofertą materiałów, system Velocity (część systemu planowania) nie posiada wspólnej bazy danych z systemami Aria oraz z systemami Eclipse oraz nie posiada możliwości bezpośredniego i automatycznego - bez operacji import/export dostępu do danych pacjentów.

Powyższe stoi w sprzeczności z wymogami Zamawiającego, opisanymi w SIWZ, a nadto nawet - z samym oświadczeniem Varian, złożonym na wezwanie, w których wskazano, iż wymogi opisane w punktach 14.2-14.5 oraz 47-48 zostały spełnione.

Odwołujący podnosi, iż stacja Velocity jest stacją oddzielną, wymagającą ręcznego przesyłania z pomocą funkcji import/eksport danych pacjentów z systemu zarządzania Aria lub stacji planowania leczenia Eclipse.

Zgodnie z wymogami SIWZ obowiązkiem wykonawcy było potwierdzenie wszystkich zaoferowanych parametrów w materiałach informacyjnych. W dokumentach złożonych dla systemu Velocity wraz z ofertą, na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów oraz w związku z wezwaniem do wyjaśnień, nigdzie nie potwierdzono spełnienia tego warunku. Dokumenty złożone na wezwanie do wyjaśnień to materiały handlowe/promocyjne systemu Eclipse. Ulotki te stanowią bardzo ogólną informację dotyczącą tylko tego systemu. Wykonawca Varian bardzo ogólnie wyjaśnił istnienie tej funkcjonalności, natomiast nadal z żadnego z przedłożonych w ofercie dokumentu, czy ulotki nie wynika potwierdzenie spełnienia wymaganych w punktach 14.2 - 14.5, oraz pkt. 47,48 parametrów.

Dodatkowo należy podkreślić, że brak tych funkcjonalności w systemie Velocity jest bezsporny i potwierdzony w złożonej wraz z ofertą instrukcji obsługi.

System Velocity nie jest zintegrowany i nie posiada wspólnej bazy danych pacjentów, planów leczenia i obrazów. Zaoferowane przez Varian stacje systemu Velocity posiadają

oddzielną lokalną bazę danych, która nie jest zintegrowana z systemami Aria i Eclipse (dokument: Instrukcja obsługi Velocity, str. 19). Dodatkowo, aby pobrać dane pacjenta należy skorzystać z opcji DICOM import, opisanej na stronie 31 instrukcji obsługi Velocity.

„Aby otworzyć okno Patient Import (Importowanie danych pacjentów), należy kliknąć ikonę Import (Importuj). Okno Patient Import (Importowanie danych pacjentów) umożliwia użytkownikom zaimportowanie danych pacjenta z komputera lokalnego, w tym z folderu na komputerze użytkownika, zmapowanego dysku sieciowego lub płyty CD.

Również przesłanie opracowanych obrazów i danych wymaga wyeksportowania ich w formacie DICOM. Procedura ta została opisana na stronie 46 instrukcji obsługi.

Eksportowanie/wysyłanie danych pacjenta

Użytkownicy mogą szybko i łatwo eksportować wszystkie objętości, zestawy struktur, opublikowane rejestracje, dawki RT, plany radioterapii, obiekty BLOB oraz dokumenty, korzystając z opcji Patient Export (Eksportuj dane pacjenta) znajdującej się na pulpicie kontrolnym pacjenta.

Aby wysłać kopię plików pacjenta z systemu Velocity za pośrednictwem protokołu DICOM do innej skonfigurowanej lokalizacji DICOM, należy wykonać poniższe czynności (...).”

Dowód: dokumenty produktowe złożone przez Varian, załączone do akt postępowania

Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż wymogi Zamawiającego nie zostaną spełnione przez zaoferowany przez Varian sprzęt, a w konsekwencji iż oferta jest niezgodna z SIWZ.

2. Odwołujący podnosi także, iż częścią oferty Varian są 27 calowe monitory NEC MultiSync PA271W, które dostarczone mają zostać zarówno jako wyposażenie stacji planowania, jak i konturowania. Zaoferowany sprzęt nie stanowi monitora medycznego i w związku z powyższym jest on objęty stawką 23% VAT.

Należy wskazać, iż monitory, na których lekarze radioterapeuci i radiolodzy konturują obszary napromieniania, narządy krytyczne oraz dokonują przeglądu obrazów medycznych (CT PET, NMR) a więc podejmują decyzję kliniczną o przeprowadzonym leczeniu na podstawie obrazu, powinny spełniać wymogi określone w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (tekst jednolity: Dz.U.2017.884), w tym wymogi opisane w Załączniku 1 do tego Rozporządzenia.

Sam Zamawiający w punkcie 3 Załącznika IB do SIWZ wymagał nadto dostarczenia monitorów dla każdej oferowanej stacji specjalnych konturowania i fuzji różnych badań obrazowych (innych niż skanowanie CT do planu leczenia) CT, PET-CT, NMR wyposażonych w narzędzia zaawansowane w tym fuzje deformacyjne (tzw. stacji lekarskich) zgodnych ze standardem DICOM o przekątnej min. 24 cali.

Z dokumentacji dostarczonej w postępowaniu wynika, iż zaofferowany przez Varian sprzęt posiada jedynie tryb wyświetlania DICOM, natomiast nie jest zgodny z tym formatem. Powyższe potwierdza informacja uzyskana od dystrybutora przedmiotowych monitorów, który jednocześnie wskazuje, iż zaofferowane monitory nie spełniają wymogów Rozporządzenia w określonych zakresach. Jako dowód Odwołujący załączył korespondencję e-mail z dystrybutorem oraz wskazał na dokumentację sprzętu Varian znajdującą się w aktach postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnieniach, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy znajdującego się w klasyfikacji przed ofertą Odwołującego oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Varian Medical Systems Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący w złożonym na rozprawie piśmie procesowym wnosil o uznanie odwołania za bezzasadne w całości.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, złożone oświadczenia oraz poczynione samodzielnie ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu jako bezzasadne.

W zakresie kalkulacji ceny oferty w wyjaśnieniach Przystępującego wskazano, że cena oferty zawiera wszystkie koszty bezpośrednio (czyli koszt produkcji i dostawy systemu planowania leczenia, systemu konturowania i fuzji oraz systemu weryfikacji i zarządzania procesem radioterapii z zastosowanymi rabatami i upustami), koszty pośrednie (czyli koszty dostawy, koszty wdrożenia i instalacji, koszty szkoleń, serwisu, przeglądów technicznych), zysk, uwzględnia wszystkie uwarunkowania SIWZ oraz obciążenia publicznoprawne.

W wyjaśnieniach przedstawiono również czynniki, które w ocenie Przystępującego obiektywnie pozwalały obniżyć cenę oferty. Do takich czynników Przystępujący zaliczył stosowanie bezpośrednio cen producenta, z pominięciem pośredników – dystrybutorów, oferowanie autorskiego rozwiązania systemowego, którego cena ma stosunkowo niezmienny charakter na przestrzeni ostatnich kilku lat, dysponowanie stałym zespołem specjalistów, rabaty dla użytkowników sprzętu firmy Siemens Healthcare, z którym Przystępujący związany jest umową o globalnym zasięgu, gdzie rozwiązania obu podmiotów współpracują ze sobą, a podmioty te prowadzą powiązaną akcję sprzedażową własnych rozwiązań systemowo-sprzętowych.

Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Izba uważa, że złożone wyjaśnienia przedstawiają sposób kalkulacji ceny oferty dla konkretnego Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego słusznie Zamawiający i Przystępujący zwracali uwagę, tak w pismach procesowych, jak i na rozprawie, że mamy w tym postępowaniu do czynienia z wysoko specyficznym i bardzo specjalistycznym przedmiotem zamówienia. Rynek podmiotów funkcjonujących w tym segmencie nie jest rozbudowany, a jednocześnie występujące na nim podmioty oferują autorskie rozwiązania systemowe, które nawet jeżeli są podobne w warstwie logicznej systemu, to nakład pracy ich

wytworzenia może być diametralnie różny. System planowania leczenia w przypadku każdego ze szpitali będzie się między sobą różnił, z uwagi na odrębną specyfikę pracy jednostki, pełnioną funkcję w regionie, charakter specjalizacji szpitala. Odmiennosc wynikać może także z posiadania zróżnicowanej infrastruktury i wyposażenia samego szpitala. To zaś przekłada się na okoliczność, że wysokość wartości szacunkowej obliczona przez Zamawiającego nie może być jedynym miarodajnym punktem odniesienia dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny, jako że nie nosi cech ceny rynkowej.

Dlatego także nie można uznać za wyznacznik ceny, którą powinna osiągnąć dana oferta w przedmiotowym postępowaniu jakiegokolwiek innego postępowania, na które powoływał się Odwołujący. Pod pojęciem systemu zarządzania, czy systemu planowania leczenia, nawet jeżeli będzie on nosił taką samą nazwę, może kryć się zupełnie inne systemowo rozwiązanie. Potwierdza powyższe tabela załączona do pisma procesowego Przystępującego z analizą opcji rozwiązania zamawianych przez różne ośrodki. Już choćby z uwagi na różną infrastrukturę i inny poziom wyposażenia system Aria dla ośrodka w Siedlcach, czy Gorzowie nie będzie tożsamy z systemem Aria dla ośrodka w Tarnowie. Zdaniem Izby Przystępujący wykazał, że między postępowaniami, które Odwołujący uczynił referencyjnymi w odwołaniu nie zachodzi znak równości do przedmiotowego postępowania. Odniesienie Odwołującego byłoby wiarygodne, gdyby dokonał on szczegółowego zestawienia wymagań systemowych, wymogów hardware i software, co było możliwie na podstawie powszechnie dostępnych na stronach internetowych poszczególnych zamawiających opisów przedmiotu zamówienia. Odwołujący natomiast ograniczył się do prostego wyliczenia ceny jednostkowej każdego z elementów systemu planowania i uznał, że cena jednostkowa za moduł nie mogła być niższa niż w innym postępowaniu. Głównym czynnikiem kosztotwórczym w przedmiotowym postępowaniu jest wartość wytworzenia dóbr o charakterze niematerialnym, a korzystanie z rozwiązań autorskich, stworzonych i wyprodukowanych przez samego Przystępującego niewątpliwie pozwala na obniżenie ceny oferty.

Co warte natomiast podkreślenia oferta Przystępującego w warstwie związanej z urządzeniami niemedyceznymi, standardowymi, powszechnie dostępnymi urządzeniami komputerowymi, drukarkami, czy serwerami, nie odbiega od ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący de facto przyznał w odwołaniu, że globalne partnerstwo wiążące Varian i Siemens dotyczące wzajemnego oferowania swoich sprzętów, może wpłynąć nieznacznie na cenę tych produktów. Nie wykazał jednak dalszej części własnego twierdzenia, że którykolwiek produkt, czy to Varian, czy Siemens zaoferowano poniżej kosztów wytworzenia. Tymczasem cały aspekt umowy o globalnym partnerstwie sprowadza się właśnie do możliwości oferowania rabatów z uwagi na kompatybilność rozwiązań obu wspomnianych podmiotów, co może przełożyć się na obniżenie ceny oferty.

Skład orzekający Izby uważa że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa Przystępującego została przedstawiona w sposób nierzetelny, wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji nie mogło dojść do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, zostały poparte dowodami, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Dowód wykazania, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej obciążał Odwołującego, który nie sprostował w ocenie składu orzekającego Izby temu obowiązki.

Dokonując oceny zasadności zarzutu odwołania naruszenia zasad uczciwej konkurencji, z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. Jednym zaś z najostrejszych przejawów nieuczciwej konkurencji jest zmowa przetargowa.

Swoją argumentację o złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Odwołujący oparł na okolicznościach związanych z zaniżoną ceną oferty Przystępującego. Z uwagi na nieuwzględnienie tej części argumentacji co do możliwości wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, Izba nie znalazła również podstaw do uznania, że złożenie oferty przez Przystępującego wypełniało przesłanki popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Za działanie takie nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana.

Odwołującemu nie udało się w ocenie składu orzekającego Izby wykazać, że Przystępujący podjął się takich działań, które uniemożliwiały lub utrudniały innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Nie wykazano także z jakimi dobrymi obyczajami kupieckim były sprzeczne działania podjęte przez Przystępującego. Nie wykazano przede

wszystkim, że w postępowaniu mieliśmy do czynienia z wprowadzeniem na rynek produktu poniżej kosztów jego wytworzenia. W tym zakresie nie przedstawiono jakiegokolwiek materiału dowodowego, ograniczając się do samych ogólnych twierdzeń w odwołaniu. Konkurowanie ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony Przystępującego. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać. Podsumowując, stwierdzić należało, że również ta część zarzutów odwołania nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu odwołania związanego z oceną zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, gdzie Odwołujący twierdził, że system Velocity nie jest zintegrowany i nie posiada wspólnej bazy danych pacjentów, planów leczenia i obrazów, w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Odwołujący w przedmiotowym zakresie nie przedstawił żadnego materiału dowodowego. Co więcej, na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do tego zarzutu w polemice do wyjaśnień przedstawionych w piśmie procesowym przez Przystępującego.

W punkcie 14.2 załącznika nr 1B do SIWZ Zamawiający wymagał wspólnej bazy danych (wspólna lista pacjentów i planów leczenia) oferowanego systemu weryfikacji i zarządzania oraz oferowanego systemu planowania leczenia, natomiast w punktach 47 i 48 załącznika nr 1B wymagano możliwości bezpośredniego i automatycznego dostępu do danych pacjenta w jednej bazie danych wszystkich oferowanych stacji systemu planowania leczenia.

Jak wynika z oferty Przystępującego system Velocity jest *pakiem oprogramowania udostępniającym lekarzowi narzędzia do porównywania danych medycznych, danych obrazów zgodnych ze standardem DICOM, umożliwia wyświetlanie, dodawanie adnotacji, (...), rejestrację i scalanie obrazów medycznych w celach pomocniczych w dziedzinie przykładowo radiologii diagnostycznej, onkologii i planowanie terapii (Velocity – Instrukcja obsługi)*. Już tylko z tego fragmentu opisu wynika, że nie jest to więc system planowania leczenia, może on co najwyżej ten proces planowania wspomagać. Z oferty Przystępującego niezbicie wynika, że systemem zarządzania jest system Aria, a systemem planowania leczenia jest system Eclipse. Odwołujący nie wskazywał natomiast, że osiągnięcie funkcjonalności wspólnej bazy danych między tymi elementami nie jest możliwe.

Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe bezpośrednie i automatyczne przekazywanie danych między poszczególnymi modułami systemu zarządzania i planowania leczenia. Co więcej, taką możliwość potwierdza wyciąg z instrukcji obsługi dla Velocity

przedstawiony w piśmie procesowym przez Przystępującego. W dokumencie tym potwierdzono synchronizację między systemem informacji onkologicznej Aria a systemem planowania leczenia Eclipse i modułem Velocity. Producent wskazuje, że nie ma potrzeby ręcznego przesyłania danych z Eclipse do Velocity oraz że zapewniona jest automatyczna synchronizacja w tle zatwierdzonych obiektów z systemu Aria/Eclipse do bazy danych Velocity.

Przywołane przez Odwołującego w odwołaniu fragmenty instrukcji umożliwiające ręczne wykonanie importu i eksportu są tym samym dodatkowymi funkcjami, co ważne także opisanymi przez Zamawiającego jako pożądane w załączniku nr 1B (pkt 21 i 22).

Końcowo zauważyć należy, iż wszystkie kwestionowane przez Odwołującego funkcjonalności systemu, który zamawiany jest w postępowaniu były punktami dodatkowo ocenianymi, nie były to innymi słowy parametry graniczne, niezbędne, konieczne dla funkcjonowania oferowanego systemu. Zaoferowanie tych funkcjonalności umożliwiało uzyskanie większej liczby punktów w procesie oceny oferty. Jednocześnie tylko w przypadku tych parametrów należało przedłożyć wraz z ofertą materiały firmowe w języku polskim potwierdzające osiągnięcie parametrów ocenianych. Dokumenty te nie służyły więc ocenie parametrów minimalnych, gdzie Zamawiający poprzestał na ocenie poprzez oświadczenie wykonawcy. Potwierdzenie występowania parametru ocenianego i brak złożenia odpowiedniego dokumentu ten fakt potwierdzającego powodował jedynie nieprzyznanie dodatkowych punktów, nie powodował natomiast odrzucenia oferty. Nawet więc niespełnienie któregośkolwiek z wymienionych wymogów nie mogłoby odnieść skutku wskazywanego przez Odwołującego, to jest odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ. Odwołujący natomiast nie kwestionował przyznania ofercie Przystępującego większej niż udowodniona przez wykonawcę liczba punktów, a przede wszystkim nie wykazał, że w takim przypadku jego oferta plasowałaby się w klasyfikacji ogólnej przed ofertą Przystępującego, tym samym mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Mając powyższe na uwadze, zarzut odwołania należało uznać za nieuzasadniony.

W przypadku zarzutu zaoferowania przez Przystępującego monitora niespełniającego wymogów SIWZ, a przede wszystkim wymogów przywołanego w odwołaniu Rozporządzenia Ministra Zdrowia, to zauważyć należy, iż wspomiane Rozporządzenie dotyczy zasad i metod dobrej praktyki medycznej, zmierzającej do ograniczenia dawek dla pacjentów w rentgenodiagnostyce, diagnostyce radioizotopowej i radiologii zabiegowej, włączając w to poziomy referencyjne oraz fizyczne parametry badań rentgenowskich warunkujących uznanie postępowania za zgodne z dobrą praktyką medyczną, zaś załącznik nr 1 odnosi się do wymagań dotyczących opisu i przeglądu obrazów rejestrowanych w postaci cyfrowej.

Jak wynika z treści Rozporządzenia obrazy zapisane w postaci elektronicznej, które są częścią dokumentacji medycznej, przekazywane i archiwizowane są w standardzie DICOM zgodnym z normą ISO 12052 (§ 3 ust. 6 rozporządzenia).

Monitory stosowane na stacjach opisowych radiologii klasycznej muszą mieć pola obrazowania dostosowane do prezentacji monochromatycznej i zapewniać, że uzyskiwana na nich krzywa kalibracji nie może odbiegać o więcej niż 10% od krzywej DICOM (punkt I.5 Załącznika nr 1 Wymagania ogólne).

Z zapisów SIWZ wynikało natomiast, że Zamawiający wymagał monitorów dla każdej oferowanej stacji specjalnych konturowania i fuzji różnych badań obrazowych wyposażonych w narzędzia zaawansowane, w tym fuze deformacyjne (tzn. stacji lekarskich) zgodne ze standardem DICOM o przekątnej min. 24 cale.

Zestawienie zapisów SIWZ oraz wymogów Rozporządzenia dowodzi, że Odwołujący myli lub miesza pojęcia radiologii i radioterapii. Jak słusznie podkreślił Przystępujący w piśmie procesowym i Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wymagania Rozporządzenia odnoszą się wprost do radiologii. Na podstawie wykonanych zdjęć, obrazów radiologicznych i ich opisu ustalana jest dopiero radioterapia. Rozporządzenie wprost określa wymogi dla monitorów opisowych stosowanych w radiologii klasycznej. Natomiast urządzenia, które należało zaoferować w postępowaniu służyć będą do pracy w dziedzinie radioterapii. Między tymi dziedzinami nie można postawić znaku równości, a tym samym nie można wywodzić, że oferowane monitory miały spełniać wymogi Rozporządzenia. Odwołujący nie wykazał, że wymogi Rozporządzenia dotyczące monitorów do obrazowania używanych w radiologii klasycznej przekładają się wprost na wymogi dla monitorów stosowanych w radioterapii. Znamienne jest, że Odwołujący jasno w odwołaniu stawia tezę, że to obrazy powinny spełniać wymogi określone w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia, następnie zaś wywodzi, że zaoferowany przez Varian sprzęt posiada jedynie tryb wyświetlania DICOM, natomiast nie jest zgodny z tym formatem, bliżej nie precyzując co przez takie twierdzenie rozumie. Skoro bowiem na proponowanym przez Przystępującego monitorze możliwe jest odczytanie obrazów zapisanych w określonym formacie do prezentacji monochromatycznej, a na tym właśnie polega zapis obrazów w standardzie DICOM i możliwość ich odtworzenia przy planowaniu radioterapii, to Izba nie znajduje podstaw uznania zarzutu za zasadny.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, że pojęcie standardu DICOM rozumieć można tylko w jeden sposób, Izba przywołała brzmienie § 3 ust. 6 rozporządzenia, gdzie wprost wskazano, że standard ten należy rozumieć jako zgodny z określoną normą ISO 12052. Podczas gdy SIWZ takiego określenia nie zawierała, nie przywoływała żadnej normy odnośnie standardu DICOM. Nie można zatem w ocenie Izby jednoznacznie założyć, że jest to jedyna możliwa interpretacja tego pojęcia i że nie

funkcjonują inne normy, które odmiennie definiują dany standard, na przykład w zależności od funkcji urządzenia, w którym ten parametr przewidziano, lub dziedziny, w której dane urządzenie znajduje zastosowanie. Takiej okoliczności Odwołujący nie wykazał. Ze źródeł powszechnie dostępnych na stronach internetowych wynika, że standard ten „*jest bardzo rozbudowanym standardem, ponieważ musi sprawdzać się we wszystkich gałęziach medycyny. Dlatego też jest rozwijany przez 30 różnych grup roboczych (WG – ang. workgroup), odpowiadających za różne dziedziny*” (https://pl.wikipedia.org/wiki/DICOM#Części_standardu). To zaś w ocenie Izby oznacza, że nie można wymagań dla urządzeń stosowanych w radiologii wprost przekładać na wymogi dla urządzeń stosowanych w radioterapii, a pojęcie standardu DICOM winno być przez Zamawiającego szczegółowo opisane względem funkcji, którą ma realizować.

Podatkowo można zauważyć, że nawet z karty produktu złożonej przez samego Odwołującego wynika, że monitor oferowany przez Przystępującego ma zaimplementowaną fabrycznie krzywą tonalną zgodną z DICOM, choć nie jest monitorem medycznym. Potwierdza ten fakt również instrukcja obsługi złożona na rozprawie przez Przystępującego, gdzie przeczytać można, że możliwe jest ustawienie kolorów do obrazowania medycznego zgodne ze standardem DICOM GSDF, czyli do prezentacji monochromatycznej. Zdaniem składu orzekającego Izby te zapisy się nie wykluczają ale wprost pokazują, że praca w standardzie DICOM na oferowanym modelu monitora jest możliwa, nawet przy założeniu, że Zamawiający nie wymagał monitora medycznego, co potwierdza treść odpowiedzi na odwołanie. Dlatego też zarzut odwołania nie zasługuje w tym elemencie na uwzględnienie.

Reasumując, z tych powodów odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W świetle niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972 ze zmianami), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: