

Sygn. akt: **KIO/2093/10**  
**KIO/2094/10**  
**KIO/2095/10**

**WYROK**  
**z dnia 12 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie:** **Marek Koleśnikow**

**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

w sprawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych w dniu 27 września 2010 r. przez:

- A. **EDO MED. Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** (sygn. akt KIO/2093/10),
- B. **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** (sygn. akt KIO/2094/10),
- C. **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-583 Warszawa, ul. Wołowska 9** (sygn. akt KIO/2095/10)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62**

przy udziale **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych oznaczonych sygnaturami akt KIO/2093/10 i KIO/2095/10 po stronie zamawiającego

przy udziale **EDO MED. Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygnaturą akt KIO/2095/10 po stronie odwołującego

**orzeka:**

**A. W sprawie odwołania wniesionego przez EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (sygn. akt KIO/2093/10)**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, tytułem kosztów postępowania odwoławczego, wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479.**

**B. W sprawie odwołania wniesionego przez Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 (sygn. akt KIO/2094/10)**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania granicznego dotyczącego wydajności cyklotronu.
2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62** i nakazuje:
  - a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, tytułem kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11,**
  - b) zasądza od **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62** na rzecz **Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania.

**C. W sprawie odwołania wniesionego przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-533 Warszawa, ul. Wołowska 9 (sygn. akt KIO/2095/10)**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-533 Warszawa, ul. Wołowska 9** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, tytułem kosztów postępowania odwoławczego, wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., 02-533 Warszawa, ul. Wołowska 9.**

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Sygn. akt: KIO/2093/10**  
**KIO/2094/10**  
**KIO/2095/10**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi na „Utworzenie pracowni PET dla potrzeb Regionalnego Ośrodka Onkologicznego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi” (znak sprawy: 80/10), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 181-276083 w dniu 17 września 2010 r., wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w dniu 27 września 2010 r. zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania uczestników postępowania: EDO MED Sp. z o.o. (sygn. akt KIO/2093/10), Siemens Sp. z o.o. (sygn. akt. KIO/2094/10), GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (sygn. akt KIO/2095/10). Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w dniu 27 września 2010 r. Specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieścił na stronie internetowej w dniu 17 września 2010 r.

### I. Sygn. akt KIO/2093/10

W odwołaniu EDO MED Sp. z o.o. (dalej EDO MED), wykonawca zarzucił zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, sformułowanie mierników/parametrów oceny w kryterium „Ocena techniczna” w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie jednoznacznego i wyczerpującego, zrozumiałego określenia przedmiotu zamówienia. Uchybienia te mają wskazywać na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany postanowień siwz w zakresie wskazanym w uzasadnieniu, alternatywnie o unieważnienie postępowania i jego ponowne przeprowadzenie na podstawie nowej siwz. W uzasadnieniu odwołujący wskazał na wymagania techniczne opisane w formularzu nr 3, które w jego ocenie winny podlegać zmianie, jako wyłączające zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zarzuty dotyczą:

1. Wymagania 7.1.14 – regulacja wysokości w zakresie /cm/60-90. Odwołujący wniósł o zmianę zapisu na: „Regulacja wysokości w minimalnym zakresie 67-90 cm”, co umożliwi mu złożenie ważnej oferty;
2. Wymagania 7.2.15 – zastosowanie funkcji „point spread funkcjon – PSF” w algorytmie rekonstrukcji badań w celu poprawy rozdzielczości przestrzennej. Odwołujący wniósł o jego wykreślenie, jako wskazującego na jedynego producenta

- Siemens, co eliminuje innych wytwórców stosujących odmienne rozwiązania techniczne dla zrealizowania celu, jakim jest „poprawa rozdzielczości przestrzennej”;
3. Wymagania 7.3.5 – skala HU / - 1000 do + 3000/. Odwołujący wniósł o zmianę zapisu na „minimalny zakres skali HU – rzeczywisty nierozszerzony / - 1000 do + 3000/” co dopuszczałoby zakres „od – 1024 do + 3072”, właściwy dla urządzenia oferowanego przez odwołującego i analogicznie dokonanie zmiany w zakresie parametru ocenianego opisanego w formularzu nr 4 p.3.5;
  4. Wymagania 7.3.9 najkrótszy czas obrotu zespołu lampa-detektor dostępny dla wszystkich typów badań (obwodowych, kardiologicznych, naczyń szyjnych) /sek./0,35. Odwołujący wniósł o jego zmianę na „0,50 sek”, właściwe dla oferowanego urządzenia i dokonanie analogicznej zmiany w zakresie parametru ocenianego – formularz nr 4 p 3.9,
  5. Wymaganie 7.3.11 maksymalna moc generatora /kW/≥ 80. Odwołujący wniósł o jego zmianę na „≥ 60kW”, co pozwoli na złożenie ważnej oferty. Jednocześnie odwołujący podkreślił, iż istotą wymagania nie jest konstrukcja generatora, ale to czy parametry obrazowania CT umożliwiają wykonanie wszystkich badań na najwyższym poziomie. Efekt ten może być osiągnięty również przy użyciu generatora o mniejszej mocy, tym bardziej że, przy generatorze o mocy 60 kW będzie spełniony maksymalny prąd anody, o którym mowa w wymaganiu,

Zdaniem odwołującego opis sposobu oceny ofert w kryterium „Ocena techniczna” został sporządzony z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż przyznanie wagi 65 % temu kryterium przesądziło o jego decydującym znaczeniu dla wyboru oferty najkorzystniejszej, która może okazać się 2-3 krotnie droższa od kolejnej oferty w rankingu. Przy doborze parametrów zamawiający winien się kierować wartościami obiektywnie świadczącymi o wyższej klasie urządzeń z uwzględnieniem całościowego zakresu zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie na parametry dotyczące jednego z urządzeń składających się na przedmiot zamówienia - skanera PET/CT, którego wartościowy udział w całości zamówienia, odwołujący określił na poziomie 20%. Ponadto, część z parametrów, jakie mają być oceniane nie mogą być kwalifikowane jako obiektywne techniczne, świadczące o wyższej klasie urządzenia. W sposób niezrozumiały i nieuzasadniony dla odwołującego zamawiający zróżnicował wartości oceniane w ramach „małych punktów”. Ponadto, odwołujący wskazał na wykorzystanie przy definiowaniu większości parametrów prospektów, opisów technicznych aparatury firmy Siemens. Tak sporządzony opis kryterium, w ocenie odwołującego wskazuje na wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, tj. ofertę wykonawcy oferującego skaner PET/CT Siemens, niezależnie od ceny, gdyż przy porównywalnych technicznie skanerach Philips, których cena jest 3-krotnie niższa od

produktów marki Siemens, wykonawca nie ma szans na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał na trzech liczących się na rynku urządzeń PET/CT wykonawców, dysponujących porównywalnymi urządzeniami, którzy mając na uwadze rangę kryterium „Ocena techniczna” nie będą mogli złożyć oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając powyższe na uwadze, odwołujący wniósł o wprowadzenie do oceny technicznej innych urządzeń składających się na przedmiot zamówienia, a w szczególności cyklotronu, którego wartość jest porównywalna z wartością urządzenia PET/CT oraz mierników do ich oceny, dokonanie modyfikacji wartości ocenianych w urządzeniach PET/CT poprzez dodanie parametrów technicznych obiektywnie wskazujących na wyższą klasę urządzenia. Ponadto, odwołujący wniósł o zmianę parametrów ocenianych:

1. L.p. 1.1 na „Stałe ugięcie blatu stołu pacjenta w całym zakresie przesuwu” (z pominięciem dalszej części opisu „niewymagające kompensacji lub podparcia”);
2. Wykreślenie parametrów: 1.2 i 1.3 – odprowadzenie ciepła z gantry skanera CT i PET do pomieszczenia, które premiuje w sposób nieuzasadniony rozwiązanie właściwe dla produktu firmy Siemens;
3. Zmianę sposobu oceny parametrów 1.5 – średnica apertury gantry skanera PET/CT, 2.3 – FOV podłużne /cm/  $\geq 15$  przez ustalenie 0 pkt dla wartości granicznej oraz 1 pkt za każdy 1 cm powyżej wartości granicznej;
4. Wykreślenie parametru 2.10 – rozmiar matrycy rekonstrukcyjnej z uwagi na brak jego klinicznej wartości;
5. Zmianę brzmienia parametru 3.1 FOV na „FOV poprzeczne – diagnostyczne”;
6. Zmianę sposobu oceny parametru 3.6 – czas rekonstrukcji dla matrycy 512x512 przez ustalenie 0 pkt – dla wartości granicznej i 1 pkt za każde 16 obrazów na sekundę powyżej wartości granicznej;
7. Zmianę sposobu oceny parametru 3.9 – czas obrotu zespołu lampa-detektor dostępny dla wszystkich typów badań (obwodowych, kardiologicznych, naczyń szyjnych), przez ustalenie oceny – 1 pkt za każde 0,001 poniżej wartości granicznej.

Ponadto odwołujący wskazał na zapisy formularza nr 3, które w jego ocenie są wadliwe, nieprecyzyjne i niejednoznaczne, przez co mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i utrudnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający określił w cm wartość przesuwu poziomego (7.1.12) nie występującą w oferowanych na rynku urządzeniach ( $\geq 1600$ , winno być  $\geq 160$ ), jako nieprawidłowe odwołujący wskazał na podanie wielkości FOV podłużne w „cm” a nie w „mm” (7.3.2), jak również na samą wielkość  $\geq 20$ , gdy obecnie maksymalna wartość FOV urządzeń znajdujących się na rynku wynosi 40 mm (analogicznie opis dotyczy parametru ocenianego w formularzu nr 4 p. 3.2). Nieprawidłowo określono parametr 7.3.4 „Ilość detektorów w rzędzie szt.  $\geq 64$ , a winno być „Ilość rzędów detektorów  $\geq 64$ ” (analogicznie w formularzu nr 4 p. 3.4), odwołujący zakwestionował użycie w opisie

parametru 7.3.6 zwrotu „czas rekonstrukcji dla matrycy”, wskazując na prawidłowy zwrot „szybkość rekonstrukcji”.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 1 października 2010 r. po stronie zamawiającego wykonawca Siemens Sp. z o.o.

#### II Sygn. akt KIO/2094/10

W odwołaniu Siemens Sp. z o.o. (dalej Siemens) zarzucił zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowiło podstawę zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz żądania dokonania modyfikacji treści siwz w zakresie przez niego wskazanym. W ocenie odwołującego, wprowadzone przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia zapisy uniemożliwiają wykonawcy zaoferowanie nowoczesnego cyklotronu produkcji Siemens. Zamawiający określił jako parametr wymagany energię deuteronów  $\text{MeV} \geq 8$  z wykorzystaniem wiązki protonowej i deuteronowej, tymczasem w cyklotronie oferowanym przez odwołującego produkcja wszystkich wymaganych przez zamawiającego izotopów odbywa się z wykorzystaniem tylko wiązki protonowej co znacznie upraszcza czynności serwisowe i podwyższa niezawodność cyklotronu. Odwołujący wniósł o zmianę określenia aktywności wejściowej próbki z 10 na 7mCi. Określona przez zamawiającego wydajność - max aktywność próbki wynosi –  $18\text{F Ci} \geq 10$ . Odwołujący zakwestionował określenie wydajności (maksymalnej aktywności próbki)  $11\text{C mCi (EOB } t=30 \text{ min)} \geq 3000$  jako zbyt wysokiej, gdyż produkcja  $11\text{C}$  odbywa się indywidualnie dla każdego pacjenta, któremu podawana jest ściśle określona aktywność niezależna od wielkości produkcji. Odwołujący wniósł o dopuszczenie alternatywnej wydajności, która pokrywa potrzeby jednego ośrodka PET/CT na  $11\text{C mCi (EOB } t=50 \text{ min)} \geq 2000 \text{ mCi}$ . W oparciu o analogiczną argumentację odwołujący wniósł o dopuszczenie alternatywnej wielkości - wydajności (max aktywności próbki)  $150 \text{ mCi}/10\text{min} \geq 2300 \text{ mCi}/\text{min}$ . Oczekiwane przez zamawiającego wydajności produkcyjne, gwarantujące najwyższą aktywność w Ci nie mniejszą od określonej przez zamawiającego, winny ulec modyfikacji w sposób określony przez odwołującego dla FDG:  $\geq 3,5 \text{ Ci}$ ; dla C:  $\geq 2,0 \text{ Ci}$ ; dla O:  $\geq 2,3 \text{ Ci}/10 \text{ min}$ .

#### III Sygn. akt KIO/2095/10

W odwołaniu GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (dalej GE Medical) wykonawca zarzucił zamawiającemu określenie sposobu oceny kryteriów oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na zróżnicowanym zmuszeniu wykonawców do nabycia i zaoferowania konkretnego urządzenia medycznego, co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw z art. 29 ust. 1 i 2, art. 3

ust. 1 i 2, art. 91 ust. 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z przepisami ustawy o finansach publicznych (art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a i b), ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5), ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 4). Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia oraz postanowień siwz w zakresie kryteriów oceny ofert, ewentualnie o nakazanie unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał na sposób oceny ofert, w którym zamawiający ustalił dwa kryteria, tj. cenę i ocenę techniczną, przyznając im odpowiednio wagi 35% i 65%. Przy ocenie technicznej zamawiający oceniać zamierza tylko jedno z urządzeń – pozytonowy tomograf emisyjny, którego wartość wynosi ok. 7 milionów złotych netto, co stanowi jedynie 20 % przedmiotu zamówienia (szacowanego na 35 mln), a opis tego kryterium zamieszczony w załączniku nr 4 wskazuje na urządzenie produkcji Siemens PET/CT. Taki sposób oceny ofert preferuje jednego producenta, który jest w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów, podczas gdy konkurenci nie są w stanie uzyskać nawet połowy, co nie wynika wcale ze złej jakości oferowanego sprzętu, lecz sposobu przyznawania punktów. Zamawiający nie przewiduje przyznawania punktów za odstępstwo od wysokości przez niego określonej, a jednocześnie koncentruje się na parametrach, które pozwalają zapewnić przewagę urządzeniu, niezależnie od tego czy oceniany parametr jest istotny z punktu widzenia klinicznego. Odwołujący wskazał na zakres przedmiotowego zamówienia, który obejmuje zaprojektowanie i wybudowanie fabryki radiofarmaceutyków, wyposażenie ośrodka w cyklotrony, moduły syntezy, dyspenser, komory gorące do syntezerów i dyspensera, urządzenia do kontroli jakości końcowego produktu, system monitorowania skażenia radiacyjnego w ośrodku i wyrzucanym powietrzu w wentylacji, kwalifikacja wszystkich urządzeń i pomieszczeń czystych oraz modernizację pomieszczenia pod skaner PET/CT i sam skaner.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy:

1. EDO MED. Sp. z o.o. po stronie odwołującego (01.10.2010 r.),
2. Siemens Sp. z o.o. po stronie zamawiającego (01.10.2010 r.).

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołania wniesione przez EDO MED oraz GE Medical nie zasługują na uwzględnienie, natomiast odwołanie Siemens Izba uwzględniła, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron oraz uczestników postępowania złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie do protokołu.

Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do ich rozpoznawania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania GE Medical na podstawie art. 189 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesionego przez osobę działającą bez umocowania. Zamawiający swoje stanowisko opierał na tezie, iż w przypadku występowania aplikanta radcowskiego w sprawie, który podpisał odwołanie, dla skuteczności jego umocowania konieczne jest upoważnienie radcy prawnego, którego nie zastępuje pełnomocnictwo mocodawcy. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym aplikant radcowski występował na podstawie pełnomocnictwa spółki GE Medical z dnia 23 września 2010 r., w którego treści określono prawo do samodzielnej reprezentacji spółki, obejmujące między innymi prawo do reprezentowania spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz wnoszenia w imieniu i na rzecz spółki odwołań. W ocenie Izby, nie ma podstaw prawnych do odebrania mocy wiążącej pełnomocnictwa udzielonego przez mocodawcę bezpośrednio aplikantowi radcowskiemu.

Izba rozpoznała odwołania skierowane do łącznego rozpoznania na rozprawie w dniu 8 października 2010 r.

Odwołania GE Medical oraz EDO MED miały wspólny zarzut dotyczący sposobu określenia kryteriów oceny ofert, który zdaniem odwołujących preferował urządzenie jednego z producentów skanera PET/CT (produkcji Siemens), wyłączając tym samym możliwość uzyskania zamówienia bez zaoferowania tego urządzenia. Argumentacja obu odwołujących opierała się na ustaleniu, iż waga kryterium „Ocena techniczna” (65%) ma decydujące znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej, a zamawiający w tym kryterium zamierza oceniać tylko jedno z urządzeń stanowiących element przedmiotu zamówienia – skaner PET/CT, przyznając punkty za parametry, które w najwyższym stopniu może spełnić skaner Siemens. Odwołujący wskazywali na zakres przedmiotu zamówienia, który ma charakter mieszany i obejmuje proces budowlany, a także dostawę niezbędnego sprzętu i aparatury wraz z oprogramowaniem do potrzeb produkcji radiofarmaceutyków i prowadzenia badań

diagnostycznych PET/CT wraz z instalacją i uruchomieniem, tym czasem zamawiający zamierza oceniać jedno urządzenie medyczne, którego wartościowy udział w zamówieniu wynosi około 20%. Odwołujący nie kwestionowali parametrów ocenianych dla skanera PET/CT, jako mających wartości diagnostyczne, natomiast oś sporu wyznaczało stwierdzenie, iż jedynie urządzenie firmy Siemens może uzyskać najwyższą ilość punktów w kryterium „ocena techniczna”, a z ekonomicznego punktu widzenia, zaoferowanie innego urządzenia nie pozwoli na obniżenie ceny oferty na tyle, aby oferta zawierająca urządzenie innego producenta mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. W odpowiedzi na odwołania, zamawiający w zakresie tego zarzutu poinformował o dokonanej zmianie wagi kryteriów oceny ofert, które ustalił dla kryteriów cena oferty 45 % oraz ocena techniczna 55% (modyfikacja z dnia 6 października 2010 r.). W ocenie odwołujących, zmiana wagi kryterium „Ocena techniczna” nie ma wpływu na ustalenie, iż o wyborze oferty najkorzystniejszej zdecyduje zaoferowanie skanera PET/CT produkcji Siemens.

W ocenie Izby, zamawiający był uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie ma obowiązku stosowania wyłącznie kryterium ceny dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można uznać za naruszające zasadę uczciwej konkurencji przyjęcie przez zamawiającego, iż w ramach oceny ofert, większa waga przypisana zostanie ocenie technicznej parametrów oferowanych urządzeń. To zamawiającemu, jako dysponentowi środków przysługuje prawo do ustalenia w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie celów i zadań realizowanych przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał za ważniejsze od uzyskania najniższej ceny, uzyskanie najlepszego pod względem parametrów diagnostycznych sprzętu, którego udział w badaniach ma najważniejsze znaczenie z punktu widzenia diagnostyki chorób oraz ich leczenia. Zamawiający ograniczył ocenę ofert do aparatu – skanera, od którego jakości wygenerowanego obrazu zależy postawienie prawidłowej diagnozy decydującej o dalszym procesie leczenia pacjenta. Założenie to, w ocenie Izby uzasadniało sposób oceny opisany przez zamawiającego. Odwołujący nie wykazali w sposób dostateczny, aby korzystnym dla zamawiającego było ocenianie innych urządzeń, w tym wskazywanego przez nich cyklotronu. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż parametry wymagane dla cyklotronu wskazane przez zamawiającego, znacznie przekraczają jego potrzeby w zakresie produkcji radiofarmaceutyków. Przyznawanie punktów za urządzenie, którego przeznaczenie ma charakter wspomagający funkcjonowanie pracowni PET/CT, ponieważ służy do produkcji radiofarmaceutyków, nie prowadziłyby do ustalenia oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia potrzeb zamawiającego. W tych okolicznościach Izba uznała, iż kryteria oceny ofert miały pozwolić zamawiającemu na uzyskanie najlepszego pod względem diagnostyki chorób urządzenia w ramach tworzonej

pracowni diagnostycznej PET/CT., a nie ograniczać konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotnym dla takiego stwierdzenia jest również okoliczność, że każde z dostępnych na rynku urządzeń (skanery) może być zaoferowane w ofercie, gdyż spełnia warunki wymagane przez zamawiającego. Dopiero przy ocenie w kryterium „Ocena techniczna” wartości przewyższające parametry wymagane będą decydowały o liczbie uzyskanych punktów. Zamawiający ustalając parametry oceniane w kryterium oceny technicznej zastosował metodę opisu sposobu przyznawania punktów bez wyznaczania dla części parametrów górnej granicy możliwych do uzyskania punktów. Oznacza to zatem, iż urządzenie o najlepszych parametrach technicznych uzyska najwyższą liczbę punktów w kryterium „Ocena techniczna”. Taki sposób oceny nie wskazuje na naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu, w którym decydującym dla wyboru oferty najkorzystniejszej są parametry oferowanego urządzenia, najistotniejszego z punktu widzenia potrzeb zamawiającego. W oparciu o powyższe, zarzuty zgłoszone w odwołaniach EDO MED oraz GE Medical, naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 36 ust. 1 pkt 13, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadne i oddaliła oba odwołania.

Izba nie rozpoznawała dalszych zarzutów zgłoszonych w odwołaniu wniesionym przez EDO MED i dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które zamawiający uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie, a w swoich ustaleniach poprzestała na przyjęciu oświadczeń stron. Zarzuty wynikały z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zamawiający zmodyfikował przed otwarciem posiedzenia w sprawie wniesionego odwołania w sposób satysfakcjonujący odwołującego, co potwierdził on w oświadczeniu złożonym do protokołu. Izba nie wzięła pod uwagę stanowiska prezentowanego przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawcy Siemens, które pozostawało w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego. Przystępujący nie mógł zgłosić sprzeciwu od uwzględnienia w części odwołania przez zamawiającego, a zatem jego stanowisko, sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego nie mogło być brane przez Izbę pod uwagę w związku z zakazem wynikającym z art. 185 ust. 5 ustawy pzp. W momencie orzekania przez Izbę, ewentualne naruszenia przepisów ustawy, jakie mogły wynikać z poprzedniego brzmienia siwz nie mogły mieć wpływu na wyniki postępowania, w którym kwestionowane postanowienia przestały obowiązywać, a zatem w tym zakresie odwołanie EDO MED podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie wniesione przez Siemens Izba uwzględniła. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający uwzględnił w części stanowisko odwołującego dotyczące wymaganej energii deuteronów  $MeV \geq 8$  (pkt 1 odwołania), wydajności (max aktywności próbki) 11C Mci (pkt 3 odwołania), wydajności (max aktywność próbki) 150mCi (pkt 4 odwołania) oraz wydajności

produkcyjnej C i O (pkt 5 odwołania) i dokonał stosownej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba uznała, iż w tym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, analogicznie jak przy odwołaniu EDO MED.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust 2 ustawy Pzp w związku z ustalonymi wymaganiami dotyczącymi wymaganej wydajności produkcyjnej FDG cyklotronu (pkt 2 odwołania i 5 w części). Odwołujący w zakresie wskazanych wielkości wymaganych przez zamawiającego wywodził, iż są one nadmierne w stosunku do potrzeb zamawiającego i uniemożliwiają zaoferowanie urządzenia, jakie oferuje odwołujący. Zamawiający uzasadniał parametry dotyczące wydajności produkcyjnej cyklotronu, możliwością ubiegania się w przyszłości o uzyskanie środków w ramach kontraktów zawieranych z Ministerstwem Zdrowia na produkcję radiofarmaceutyków. Strony były zgodne co do ustalenia, iż wydajność oczekiwana przez zamawiającego względem cyklotronu znacznie przekracza potrzeby zamawiającego związane z diagnostyką chorób nowotworowych. Zamawiający okoliczność tę podnosił przy okazji rozpoznawania odwołań wniesionych przez EDO MED oraz GE Medical, dla wykazania braku zasadności poddawania ocenie w kryterium „Ocena techniczna” parametrów cyklotronu. Jednocześnie, zamawiający podkreślał w odpowiedzi na odwołanie, iż celem prowadzonego postępowania jest stworzenie nowoczesnej pracowni PET/CT na potrzeby diagnostyki i leczenia chorób nowotworowych. Poziom wydajności cyklotronu ustalony przez zamawiającego, jako warunek konieczny do spełnienia, wynikał z warunków stawianych przez Ministerstwo Zdrowia na przyznanie dotacji w ramach programu zdrowotnego „Tomografia Pozytonowa (PET) – uruchomienie produkcji radiofarmaceutyku FDG w Polsce”, w którym wymagano zapewnienia możliwości wyprodukowania aktywności  $^{10}\text{C}$   $^{18}\text{F}$  na dwóch tarczach, oraz możliwość uzyskania aktywności  $^{5}\text{C}$  FDG z modułu syntezy. Odwołujący złożył wydruk z ogłoszenia o przyznaniu dofinansowania w ramach programu zdrowotnego powołanego przez zamawiającego dla trzech ośrodków, w tym Centrum Onkologii im. Prof. F.Łukaszczyka z Bydgoszczy, w którym zainstalowany jest cyklotron oferowany przez odwołującego.

W oparciu o powyższe ustalenia, Izba uznała, iż wymóg dotyczący wydajności  $^{18}\text{F}$  (C3 pkt 1 l.p. 1.7 opisu przedmiotu zamówienia) oraz wydajności produkcyjna  $^{5}\text{C}$  dla FDG (C3 pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia), ograniczał dostęp do zamówienia odwołującemu poprzez uniemożliwienie zaoferowania urządzenia – cyklotronu produkcji Siemens, a więc jednego z producentów urządzeń dostępnych na rynku. Stanowisko Izby wynikało z faktu, iż zamawiający nie potrafił w sposób dostateczny wykazać potrzeby wprowadzenia takich parametrów wydajności cyklotronu. Nie było spornym, iż cyklotron produkcji Siemens pozwala zarówno na zabezpieczenie rzeczywistych potrzeb zamawiającego związanych z

funkcjonowaniem pracowni diagnostyki PET/CT, jak również produkcją radiofarmaceutyków na potrzeby innych podmiotów. Zamawiający założył możliwość produkcji radiofarmaceutyków nie tylko na potrzeby własne, co samo w sobie nie stanowi o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Ograniczającym tę konkurencję było ustalenie wydajności cyklotronu, jako warunku koniecznego do spełnienia we wszystkich składanych ofertach, uniemożliwiającej zaoferowanie urządzenia jednego z producentów urządzenia, przy jednoczesnym braku potwierdzenia możliwości wykorzystania zakładanej przez zamawiającego wydajności cyklotronu. Mając na uwadze okoliczność, iż na rynku występuje trzech renomowanych producentów sprzętu medycznego, ograniczenie dostępu do zamówienia jednemu z nich stanowi istotne ograniczenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w otwartej procedurze. W sytuacji, gdy kwestionowana wydajność cyklotronu nie jest istotna z punktu widzenia zapewnienia prawidłowej pracy pracowni PET/CT, a jednocześnie przy postulowanej przez odwołującego zmianie możliwe jest wykorzystanie nadwyżki produkcji radiofarmaceutyków na potrzeby innych ośrodków, ustalenie tego parametru jako koniecznego dla ważności składanej oferty, stanowi, w ocenie Izby, o naruszeniu zasady przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. W ocenie Izby, za niewystarczającą należało uznać argumentację zamawiającego, o hipotetycznej możliwości wykorzystania cyklotronu dla produkcji radiofarmaceutyków na potrzeby innych ośrodków onkologicznych. W szczególności, Izba miała na względzie cel postępowania, jakim jest stworzenie pracowni diagnostycznej PET/CT, a nie uruchomienie produkcji radiofarmaceutyków. Założenie to również przyświecało zamawiającemu przy ustaleniu kryteriów oceny ofert. Skoro, zatem parametry cyklotronu nie miały znaczenia z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej, to również nie powinny stanowić bariery dla części wykonawców, tym bardziej, że zamawiający potwierdził, że wydajność wszystkich dostępnych na rynku cyklotronów jest wystarczająca w stosunku do potrzeb pracowni PET/CT. Zamawiający nie może mieć gwarancji, co do ewentualnych wytycznych Ministerstwa Zdrowia, jakie będą w przyszłości określone dla możliwości przystąpienia do konkursu na produkcję radiofarmaceutyków, a zatem nie mogą one stanowić wystarczającego uzasadnienia dla uznania za dopuszczalne określenia wymagania ograniczającego konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. W oparciu o powyższe Izba uznała, iż zarzut podnoszony przez odwołującego, zasługiwał na uwzględnienie i nakazała dokonanie modyfikacji treści specyfikacji zgodnie z żądaniami odwołującego się.

W oparciu o powyżej orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5

ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego, na którym rozpoznano łącznie trzy odwołania odwołujących oraz zamawiającego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczone przez odwołujących wpisy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....