

WYROK

z dnia 2 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę

Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej Curie

ul. W.R. Roentgena 5, 02-781 Warszawa,

oddział w Gliwicach ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15, 44-101 Gliwice

przy udziale wykonawcy **EDO MED Sp. z o.o. ul. Puławska 479, 02-844 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez EDO MED Sp. z o.o. jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej Curie, oddział w Gliwicach i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Siemens Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej Curie, oddział w Gliwicach na rzecz Siemens Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie, oddział w Gliwicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę z instalacją gammakamery rotacyjnej dla Zakładu Medycyny Nuklearnej i Endokrynologii Onkologicznej dla Centrum Onkologii – Instytutu im. Marii Skłodowskiej-Curie w Gliwicach” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 maja 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 103-175831. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

19 sierpnia 2013 r. odwołujący – Siemens Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia EDO MED Sp. z o.o. i w konsekwencji zaniechaniem odrzucenia jego oferty, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 polegającego na wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem tych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy EDO MED Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,
2. wykluczenie EDO MED. Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenie jego oferty ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, ewentualnie odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem skutków czynności wnioskowanych powyżej, a w konsekwencji uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że oferta spółki EDO MED została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż wykonawca w swojej ofercie podał nieprawdziwe dane mające istotny wpływ na wynik postępowania i w związku z tym winien być wykluczony, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Złożona przez tego wykonawcę oferta w części dotyczącej

parametrów technicznych urządzenia zawierała potwierdzenie nieprawdziwych informacji, co skutkowało również tym, iż oferowane urządzenie nie odpowiadało granicznym wymaganiom zamawiającego, więc oferta podlegała odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po pierwsze w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Parametry techniczne” pkt 1.6. zamawiający wymagał: „Możliwość rozbudowy oferowanej kamery o co najmniej 16-warstwowy tomograf komputerowy”. W kolumnie „wymóg” zawarł informację „TAK”, co oznaczało, iż jest to parametr bezwzględnie wymagany. Jednocześnie na końcu tabeli zamawiający zawarł informację, iż „parametry techniczne określone przez Zamawiającego w niniejszym druku w kolumnie wymóg jako „TAK” są warunkami granicznymi. Niespełnienie nawet jednego z ww. wymagań spowoduje odrzucenie oferty”.

EDO MED Sp. z o.o. w swojej ofercie podał następującą odpowiedź: „TAK, Możliwość rozbudowy oferowanej kamery o 140-warstwowy tomograf komputerowy”.

Odpowiedź ta nie jest zgodna z prawdą, gdyż oferowany system BrightView X może być rozbudowany tylko do wersji BrightView XCT, który to system wyposażony jest w płaski panel CsI (jodek cezu) o długości podłużnej pola widzenia detektora 14 cm, o szybkości rotacji 60 s lub 12 s. System hybrydowy o nazwie BrightView XCT produkcji firmy Philips składa się z modułu SPECT będącego dwugłowicową gammakamerą z dwoma detektorami oraz z płaskiego, półprzewodnikowego detektora, który nie jest tomografem komputerowym. Tomograf komputerowy, zgodnie ze swoim standardowym przeznaczeniem, powinien umożliwiać diagnostyczne badania w technice spiralnej (helikalnej), czyli akwizycję danych obrazowych w trakcie ciągłego przesuwu stołu pacjenta. Dodatkowo czas pełnego obrotu lampy wokół pacjenta w wielowarstwowym tomografie komputerowym powinien być możliwie krótki, aby zapewnić diagnostyczną jakość obrazów bez artefaktów ruchowych (standardowo w tomografach min. 16-warstwowych czas ten wynosi poniżej 1s). Ponadto sam producent gammakamery BrightView X podaje w danych technicznych tego sprzętu, że BrightView XCT jest unikalną integracją BrightView X z zaawansowaną technologią Philipsa flat-panel X-ray (płaski panel z promieniowaniem X), a nie integracją z tomografem komputerowym. Na rynku nie istnieje zarejestrowany jako produkt medyczny żaden tomograf komputerowy oparty o technologię płaskiego panelu. Panele takie są standardowo stosowane w urządzeniach typu „ramię C”, ale nigdy żaden producent nie zaliczył takiego urządzenia do grupy tomografów komputerowych. Istotne jest również, iż rozporządzenie Ministerstwa Zdrowia, jak i wymogi Narodowego Funduszu Zdrowia, precyzyjnie określają wymogi, jakie musi spełnić tomograf komputerowy, których omawiane urządzenie firmy Philips w wielu aspektach nie spełnia, a zatem nie może być uznane w rozumieniu stosownych polskich regulacji jako tomograf komputerowy.

Nigdzie w treści oferty firmy EDO MED Sp. z o.o. nie ma potwierdzenia, że gammakamera BrightView X może być rozbudowana o co najmniej 16-warstwowy tomograf komputerowy, lecz w punkcie 1.2. zawiera potwierdzenie nieprawdziwych danych i finalnie zaoferowanie urządzenia niespełniającego granicznych wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po drugie w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Parametry techniczne” pkt 8.7. zamawiający wymagał: „Automatyczny system kontroli jakości gammakamery z wykorzystaniem długożyciowego źródła kalibracyjnego pozwalający na: kalibrację jednorodności bez kolimatora lub [z] kolimatorem. W przypadku oferowania powyższego systemu należało opisać metodę, podać jakie źródła i aktywności są stosowane oraz załączyć do oferty karty katalogowe/prospekty/zdjęcia systemu”. W kolumnie „wymóg” zamawiający zawarł informację „TAK”, co oznaczało, iż jest to parametr bezwzględnie wymagany. Jednocześnie na końcu tabeli Zamawiający zawarł informację, iż „Parametry techniczne określone przez Zamawiającego w niniejszym druku w kolumnie wymóg jako „TAK” są warunkami granicznymi. Niespełnienie nawet jednego z ww. wymagań spowoduje odrzucenie oferty”.

EDO MED Sp. z o.o. w ofercie potwierdził, wpisując „TAK”, iż spełnia określony przez zamawiającego wymóg graniczny. Tymczasem z analizy treści oferty, w szczególności z opisu zawartego na str. 61-63, wynika, że oferowana w przedmiotowym postępowaniu gammakamera BrightView X nie spełnia wymogu „automatycznego systemu kontroli jakości (...) pozwalającego na kalibrację jednorodności bez kolimatora lub z kolimatorem”.

Już w samej odpowiedzi EDO MED Sp. z o.o. w punkcie 8.7. znajduje się takie określenie jak: „zostaje umieszczone” – bez określenia „automatycznie”, a w załączonym opisie, który ma potwierdzić automatyzm tej procedury kalibracji, nie znajduje się opisu automatycznego procesu kontroli jakości, a jedynie opis procesu manualnego, wymagającego wykonania wielu czynności przez operatora urządzenia, gdyż jedynie taki właśnie manualny proces jest dostępny w gammakamerze BrightView X. Instrukcja postępowania dla operatora podczas kalibracji jednorodności zawarta na stronie 63. oferty wskazuje: zamontować kolimatory..., na ekranie nacisnąć przycisk..., ustawić źródło..., przymocować uchwyt..., wyśrodkować źródło..., w programie... kliknąć opcję..., wpisać nazwę..., kliknąć „DALEJ”..., kliknąć przycisk...

Automatyczny system kontroli jakości gammakamery eliminuje kontakt operatora z promieniotwórczym źródłem kalibracyjnym, przez co nie naraża go na potencjalne napromieniowanie. Ponadto taki automatyczny system eliminuje manualne czynności montażu kolimatorów i ich ręcznego zdejmowania do wykonania pełnej procedury kalibracji jednorodności (z i bez kolimatorów), jak również eliminuje konieczność instalacji uchwytu źródła, jak i samego źródła. Taka automatyka zmniejsza ryzyko uszkodzenia detektorów

gammakamery podczas codziennego nakładania i zdejmowania kolimatorów do kalibracji oraz pozwala na oszczędność czasową w pracowni SPECT.

Taki „automatyzm” kontroli jakości, jaki opisuje EDO-MED Sp. z o.o. w produkcie firmy Philips, spełniony jest praktycznie przez wszystkie systemy na rynku od wielu lat i żaden z producentów w oficjalnych materiałach, włącznie z firmą Philips, nie nazwał systemu automatycznym. W broszurze urządzenia nawet wymiana kolimatorów określona jest jako półautomatyczna, a zatem i kontrola jakości, w której skład wchodzi wymiana kolimatorów, nie może być nazwana automatyczną. Żaden załącznik do oferty EDO MED Sp. z o.o., żaden opis ani innego rodzaju materiał będący częścią tej oferty nie potwierdza automatyczności wykonania procedury kontroli jakości gammakamery BrightView X, a jedynie pokazuje, iż opisany system kontroli jakości nie jest automatyczny.

Zatem wykonawca potwierdzając w ofercie w punkcie 8.7. posiadanie automatycznego systemu kontroli jakości podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a finalnie zaoferowane urządzenie nie spełnia granicznych wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający stwierdził, iż poprzez „kontrolę jakości” miał na myśli codzienne testy w celu weryfikacji jednorodności obrazu otrzymywanego w gammakamerze. Na filmie przedstawionym przez odwołującego według niego nie znajduje się kontrola jakości, lecz kalibracja po uszkodzeniu kolimatorów lub kryształu scyntylicyjnego, bądź w przypadku przekroczenia norm dla gammakamery. Potwierdził jednak, iż czynności wskazane na filmie musiałyby wykonywać, jakkolwiek w innej kolejności.

Jeśli chodzi o wymóg z punktu 1.6., kierował się dokumentami przedłożonymi przez oferenta. Wskazany panel płaski uważa za spełniający jego warunek, gdyż zmodyfikował specyfikację w punkcie 1.1., gdzie wymagał rozbudowy do wersji zintegrowanej z tomografem diagnostycznym spiralnym. Punkt 1.6. jest rozwinięciem punktu 1.1. w zakresie, iż tomograf ma być min. 16-warstwowy. Modyfikacją zamawiający usunął wymóg „diagnostyczny spiralny”, bowiem w jego działalności taki nie jest potrzebny, ma bowiem służyć tylko do lokalizowania rozkładu radioznacznika w danym narządzie.

Tomograf komputerowy to układ lampa RTG – detektor, który przetwarza obraz dwuwymiarowy na trójwymiarowy, nie ma zatem znaczenia rodzaj detektora. Panel płaski to część integralna tomografu bez względu na jego budowę, jeśli produkuje obrazy tomograficzne przestrzenne. Gdyby chodziło o tomograf spiralny, użyłby określenia 16-rzędowy, a nie 16-warstwowy, co wskazywałoby, że nie może być płaski. Tomograf niediagnostyczny oznacza, że nie musi on mieć jakości służącej do badania diagnostycznego, lecz do wsparcia techniki SPECT. Nie wskazywał też, że badania mają być

refundowane przez NFZ. Tomograf komputerowy jako jedyne urządzenie może tworzyć obrazy warstwowe, które składa w obrazy 3D, dlatego wyznacznikiem tego, czy dane urządzenie jest tomografem, jest owa możliwość i dlatego sprzęt oferowany przez przystępującego uznał za tomograf.

Film dotyczący Siemens'a nie obejmuje wszystkich czynności, które musi wykonać operator, a automatyzm odnosi się tylko do środkowej części procedury.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca EDO MED Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, iż system z płaskim półprzewodnikowym panelem może być tomografem komputerowym, co potwierdzają przedstawione artykuły branżowe, które opisują technologię tomografii komputerowej przy użyciu płaskiego panelu. Stwierdzenie, iż tomograf powinien umożliwiać diagnostyczne badania w technice spiralnej (helikalnej) nie jest prawdą, co potwierdza historia rozwoju tomografii komputerowej, w której wskazano na datę powstania pierwszego tomografu komputerowego spiralnego, rok 1989. Natomiast przed tą datą zostały podane również inne tomografy komputerowe, które nie są tomografem spiralnym. Jest to więc dowód na to, iż nie każdy tomograf musi umożliwiać diagnostyczne badania w technice spiralnej, a tomograf spiralny jest tylko jednym rodzajem z wielu rodzajów tomografów komputerowych. Wskazał też, iż tomograf komputerowy O-arm jest tomografem wykorzystującym płaski panel.

Opis systemu BrightView XCT przygotowany przez producenta brzmi: „Kompaktowość urządzenia sprawia, że BrightView XCT jest unikalną integracją BrightView X z zaawansowaną technologią Philipsa flat-panel X-ray. Do istotnych korzyści klinicznych należą współpłaszczyznowe badania SPECT i tomografii komputerowej bez przesuwu stołu pomiędzy akwizycjami, elastyczne protokoły oddechowe CT zoptymalizowane pod kątem lokalizacji i korekcji pochłaniania oraz wysoka rozdzielczość przy niskich poziomach dawek CT”. Zatem sam producent w tym akapicie trzykrotnie potwierdza, że jest to tomograf komputerowy (CT). Deklaracje zgodności systemu BrightView XCT, certyfikat jednostki notyfikowanej oraz pismo z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych potwierdzają zakwalifikowanie BrightView XCT jako systemu SPECT/CT.

Przywołane przez odwołującego rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2011 roku w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu ambulatoryjnej opieki specjalistycznej, nie definiuje pojęcia „tomograf komputerowy”, lecz stawia jedynie warunki realizacji poszczególnych świadczeń gwarantowanych.

Co do automatycznej kontroli jakości, to w pierwotnej wersji załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania zamawiającego były następujące: „Automatyczny system kontroli jakości gammakamery wykorzystujący wbudowane w skaner stałe źródła kalibracyjne, pozwalający na:

- kalibrację jednorodności bez kolimatora – bez udziału operatora,
- kalibrację jednorodności z kolimatorem – bez udziału operatora,
- kalibrację centrum rotacji – bez udziału operatora.

W przypadku oferowania powyższego systemu należy opisać metodę, podać jakie źródła i aktywności są stosowane oraz załączyć do oferty karty katalogowe/prospekty/zdjęcia systemu.”

W wyniku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający świadomie zrezygnował z wymagania „wbudowanych w skaner stałych źródeł kalibracyjnych” oraz dopuścił udział operatora.

Odwołujący przytacza szereg czynności, które wykonywane są przed kontrolą jakości jednorodności gammakamery. Sama kontrola jakości jednorodności jest automatyczna, na co potwierdza instrukcji obsługi opisująca przedmiotową opcję: „Po wybraniu obrazu do analizy (kontroli jakości) jednorodności pkt. 7 i kliknięciu Dalej (Proceed) pkt. 8 „Po chwili pojawią się wyniki analizy jednorodności” – brak co prawda słowa „automatycznie”, ale stwierdzenie „pojawią się” jednoznacznie oznacza, że system robi to automatycznie. Ponadto przedstawiony jest przykład wyników analizy jednorodności oraz parametry/wartości, które są sprawdzane/obliczane przez system automatycznie. Czyli kontrola jakości jednorodności po wybraniu obrazu do analizy wymaga jednokrotnego kliknięcia „Dalej” (Proceed) przez Operatora. Pismo przedstawiciela producenta potwierdza automatyczność analizy jednorodności oraz wymienia wartości obliczane automatycznie przez system.

W punkcie 8.7. wskazano na trzy elementy: kontrola jakości, źródło kalibracyjne długożyciowe i kalibrację. Zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczyła rezygnacji z wymogu, aby źródło kalibracyjne było wbudowane w skaner. Zatem skoro źródło to nie musi być wbudowane, należy je przynieść i umieścić na kamerze, a więc czynność ta nie wlicza się do automatycznej kontroli jakości jednorodności. Kontrola jakości zaczyna się, gdy kamera jest przygotowana, a źródło położone. Automatyzm dotyczy tego, żeby uzyskać wyniki w sposób automatyczny. Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „automatyczny”. Procedury kontroli jakości nie muszą być takie same w urządzeniach różnych firm.

Oba zaprezentowane przez odwołującego filmy są nieporównywalne, gdyż film Siemens jest krótkim filmem marketingowym, natomiast film dotyczący Philipsa nie został przygotowany przez firmę Philips, jest to prywatny film do celów szkoleniowych nakręcony przez jakiegoś użytkownika, jest na nim szereg czynności, których operator przy kontroli

jakości nie musi wykonywać. Ruch detektorów jest automatyczny – bez pilota. Po zmianach specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanych przez zamawiającego w punkcie 8.7. i 8.8. „Parametrów technicznych” oferta przystępującego spełnia wymagania zamawiającego, a odwołujący nadinterpretuje wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do poz. 1.6. wyjaśnił, iż system SPECT/CT jest to hybryda komputerowej tomografii emisyjnej pojedynczego fotonu z tomografią komputerową, zatem po rozbudowie kamera będzie połowicznie gammakamerą, a połowicznie tomografem. Obrazy systemu SPECT/CT są obrazami warstwowymi, jakościowo mogą służyć do diagnozy. Nazwa „system SPECT/CT” nie jest nazwą własną, lecz nazwą rodzaju urządzenia, jak tomograf czy rezonans. Rozwój technologii tomografii obecnie zmierza w kierunku paneli płaskich. Dowody przedstawione przez przystępującego załączone do pisma procesowego wskazują, iż spełnił on wymagania zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny dotyczący wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści oferty złożonej przez przystępującego nie jest sporny pomiędzy stronami.

Zgodnie z punktem 1.1. załącznika „Parametry techniczne” w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia był „skaner SPECT składający się z dwugłowicowej gammakamery SPECT zapewniający możliwość późniejszej rozbudowy o skaner CT do wersji SPECT/CT zintegrowanej z diagnostycznym spiralnym tomografem wielowarstwowym CT i wspólnym stołem pacjenta”. Jednocześnie w punkcie 1.6. zamawiający postawił wymaganie: „Możliwość rozbudowy oferowanej kamery o co najmniej 6-warstwowym tomograf komputerowy”.

Po zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkt 1.1. otrzymał brzmienie: „skaner SPECT składający się z dwugłowicowej gammakamery SPECT zapewniający możliwość późniejszej rozbudowy o skaner CT do wersji SPECT/CT zintegrowanej

z tomografem wielowarstwowym CT i wspólnym stołem pacjenta”, a punkt 1.6.: „Możliwość rozbudowy oferowanej kamery o co najmniej 16-warstwowy tomograf komputerowy”.

Po zmianach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zatem nie wymagał, aby oferowany tomograf był tomografem diagnostycznym spiralnym. Wykonawcy mogli więc zaoferować tomograf komputerowy dowolnego rodzaju, nadający się do wymaganej rozbudowy gammakamery.

Jednocześnie brak jest – a w każdym razie strony ani przystępujący nie wskazali – oficjalnej definicji tomografu komputerowego.

Ogólnie przyjmuje się, iż tomografem komputerowym jest urządzenie służące do wykonywania tomografii komputerowej, która jest jednym z rodzajów badań radiologicznych wykorzystujących promieniowanie rentgenowskie, metodą diagnostyczną pozwalającą na uzyskanie obrazów tomograficznych (przekrojów) badanego obiektu, która wykorzystuje złożenie projekcji obiektu wykonanych z różnych kierunków do utworzenia obrazów przekrojowych dwuwymiarowych i przestrzennych.

Według zamawiającego tomograf komputerowy to układ lampa RTG – detektor, który przetwarza obraz dwuwymiarowy na trójwymiarowy, nie ma przy tym znaczenia rodzaj detektora (płaski czy spiralny). Opis ten (definicja), nie był kwestionowany ani przez odwołującego ani przystępującego.

Jednocześnie odwołujący przyznał, że zaoferowane rozwiązanie wykorzystuje technologię tomografii.

Izba stwierdziła, iż z jednej strony rozumie niuanse pomiędzy urządzeniami, które wykorzystują daną technologię, ale niekoniecznie muszą być urządzeniami przypisanymi do danej nazwy. Jak np. obecnie większość urządzeń elektronicznych, aparaty cyfrowe, telefony komórkowe/smartfony wykorzystują technikę komputerową, jednak same w sobie są desygnatem nazwy „komputer”, jak PC czy laptop, lecz wciąż „aparatem fotograficznym”, „telefonem” itd. I na odwrót, chociaż urządzenie takie jak laptop można wykorzystać do komunikacji głosowej czy robienia zdjęć, nie jest on powszechnie uważany ani za aparat fotograficzny, ani telefon.

Jednak na gruncie nowoczesnych urządzeń medycznych w wielu wypadkach trudno z równą pewnością wskazać takie podziały i zbiory desygnatu nazwy – przede wszystkim brak tu wystarczającej tradycji i niezmienności cech urządzeń. Nie można więc jednoznacznie uznać, że urządzenie, które wykorzystuje technologię tomografii, nie jest tomografem. Wręcz przeciwnie – raczej jeśli wykorzystuje technologię tomografii, to tomografem jest.

Zatem choć oferowane ramię C bezspornie nie jest tomografem diagnostycznym spiralnym, to trudno jednocześnie jednoznacznie zaprzeczyć, że w ogóle nie jest tomografem.

Przy czym należy zauważyć, że podział urządzeń zawarty na stronie internetowej firmy Philips też nie jest rozstrzygający, gdyż opera się on nie tylko na rodzaju urządzeń, ale też

na ich przeznaczeniu. Zatem w kategorii „tomografy komputerowe” rzeczywiście znajdują się tomografy diagnostyczne spiralne, ale systemy BrightView, BrightView X i BrightView XCT zostały przypisane do działu „medycyna nuklearna” jako „tomografia SPECT/komputerowa”. Zatem Izba nie mogła uznać, iż możliwość rozbudowy systemu BrightView X do BrightView XCT nie można uznać za możliwość rozbudowy gammakamery o tomograf komputerowy.

Zgodnie z punktem 8.7. i 8.8. załącznika „Parametry techniczne” w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagane były: „Możliwość wykonywania jakości gammakamery przez użytkownika” oraz „Automatyczny system kontroli jakości gammakamery wykorzystujący wbudowane w skaner stałe źródła kalibracyjne, pozwalający na:

- kalibrację jednorodności bez kolimatora – bez udziału operatora,
- kalibrację jednorodności z kolimatorem – bez udziału operatora,
- kalibrację centrum rotacji – bez udziału operatora.

W przypadku oferowania powyższego systemu należy opisać metodę, podać jakie źródła i aktywności są stosowane oraz załączyć do oferty karty katalogowe/prospekty/zdjęcia systemu.”

Po zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkty 8.7. i 8.8. zostały połączone i nadano im treść: „Automatyczny system kontroli jakości gammakamery z wykorzystaniem długożyciowego źródła kalibracyjnego pozwalający na: kalibrację jednorodności bez kolimatora lub [z] kolimatorem. W przypadku oferowania powyższego systemu należy opisać metodę, podać jakie źródła i aktywności są stosowane oraz załączyć do oferty karty katalogowe/prospekty/zdjęcia systemu”.

Punkt 8.9. (po zmianie nr 8.8.) brzmi: „Zagwarantowanie w okresie gwarancji dostawy długożyciowych źródeł kalibracyjnych dla automatycznej kontroli jakości”.

Z powyższych postanowień po pierwsze należy wysnuć podstawowy wniosek – kalibracja jednorodności jest częścią wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego kontroli jakości, zatem do czynności operatora dotyczących kontroli jakości należy wliczyć również kalibrację.

Jest to zresztą logiczne, ponieważ w wypadku negatywnego wyniku kontroli jakości operator musi dokonać kalibracji, po czym przeprowadzić ponowną kontrolę jakości, do uzyskania jej pozytywnego wyniku.

Notabene należy też zwrócić uwagę, iż również przystępujący w ramach wymaganego przez zamawiającego opisu kontroli jakości załączył dokument pt. „Kalibracja jednorodności zewnętrznej detektora”.

Na marginesie należy też wskazać, iż zamawiający w punkcie 8.7. nie odróżnia codziennej kontroli jakości od innych.

Po drugie należy się zgodzić z odwołującym, iż choć zamawiający modyfikując treść punktu 8.7. i 8.8. usunął wskazanie na brak udziału operatora przy kalibracji, jak też wymóg, by stałe źródła kalibracyjne były wbudowane w skaner, pozostawił wymóg, by kontrola jakości była „automatyczna”.

Oczywiście i niestety, po zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, trudno wskazać tak wyraźnie jak w początkowej wersji wymogu, co zamawiający miał na myśli żądając, by kontrola odbywała się automatycznie. Można za to stwierdzić z całą pewnością, że wymóg dotyczy urządzenia, a nie braku zaangażowania intelektu i wykorzystania przyzwyczajenia operatora do posługiwania się urządzeniem, co sugerował zamawiający.

Zdaniem Izby „automatyczny” powinno tłumaczyć się w taki sposób, iż operator powinien zadać urządzeniu zadanie do wykonania (jedno polecenie lub szereg poleceń wydawanych „z góry”), a urządzenie powinno wykonać czynność kontroli jakości.

Tymczasem, jak wynika z zawartego w ofercie przystępującego opisu „Kalibracja jednorodności zewnętrznej detektora”, a następnie opisu załączonego do pisma procesowego wynika, że nawet jeśli uznać, iż ułożenie/zabranie źródła płaskiego czy montaż kolimatorów przez operatora została przez zamawiającego dopuszczona, to podczas przewidzianej w oferowanym urządzeniu kontroli jakości operator musi kolejno wydawać urządzeniu polecenia w trakcie całej kontroli jakości, a bez udziału operatora w trakcie całej kontroli urządzenie jej samo nie wykona. Zatem nie będzie ona automatyczna, lecz wykonywana przez operatora na komputerze.

Zatem Izba nie mogła uznać, iż opisana kontrola jakości jest „automatyczna”.

Co zaś do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się. Niezależnie bowiem od deklaracji „TAK” w tabeli opisującej wymagane parametry urządzenia, przystępujący w ofercie podał dodatkowe informacje, na podstawie których zamawiający mógł ocenić, czy oferowane rozwiązanie uznaje za spełniające jego wymogi, czy też nie. Zatem była to kwestia ocenna, czy urządzenie jest zgodne z wymogami, a nie próba wprowadzenia zamawiającego w błąd co do właściwości tego urządzenia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: