

Sygn. akt KIO/UZP 377/10

WYROK
z dnia 30 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wojewódzkie Centrum Medyczne, al. W. Witosa 26, 45-418 Opole** protestu z dnia 10 lutego 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wojewódzkie Centrum Medyczne, al. W. Witosa 26, 45-418 Opole i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wojewódzkie Centrum Medyczne, al. W. Witosa 26, 45-418 Opole** na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Philips Polska Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 195B, 02-222 Warszawa.**

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

I. Publiczny Samodzielny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa, montaż i uruchomienie rezonansu magnetycznego wraz z wyposażeniem oraz szkolenie personelu w zakresie obsługi”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz. 2010/S 19-026679 w dn. 28 stycznia 2010 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 11 lutego 2010 r. Philips Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) – złożył protest, w którym kwestionował postanowienia SIWZ. Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu

22 lutego 2010 r. poprzez jego częściowe uwzględnienie. Odwołujący w dniu 4 marca 2010 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W odwołaniu Odwołujący potrzymał zarzuty zgłoszone w proteście, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu. Mianowicie Odwołujący zarzucał naruszenie art. 7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznacznie wskazujący na producenta SIEMENS. Na rozprawie oświadczył, że nie podtrzymał zarzutów dotyczących punktów III.2, IV.4, IX.2.2, X.3.7 oraz punktów XIII.4, VIII.2.4, V.3 załącznika do SIWZ.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1. W zakresie wymagań odnośnie parametrów, opisanych w Załączniku 1 do SIWZ TZP/2-23/233/09/10 „PARAMETRY TECHNICZNO-UŻYTKOWE REZONANSU MAGNETYCZNEGO”:

Według Odwołującego w rozdziale I „Magnes” w pkt 1.9 („Długość magnesu wraz z obudowami -Podać wartość”) Zamawiający w sposób nieuzasadniony premiuje długość magnesu wraz z obudowami. Odwołujący podał, że istotnymi parametrami dla zapewnienia komfortu pacjenta podczas badania są:

- średnica otworu dla pacjenta (wymóg ≥ 60 cm);
- długość tunelu pacjenta w największym miejscu (a Zamawiający nie uwzględnił tego parametru: 60 cm w aparatach Philips Achieva vs 88 cm w Magnetom Avanto Siemens);
- kąt widzenia przestrzeni przez znajdującego się w izocentrum pacjenta Zamawiający spośród tych trzech parametrów, mających wpływ na komfort pacjenta, uwzględnił tylko średnicę otworu pacjenta (który to parametr nie jest punktowany) i dla oceny wybrał nieistotny – zdaniem Odwołującego - parametr, jakim jest długość magnesu z obudowami, po to, by zapewnić firmie Siemens maksymalną liczbę punktów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wykreślenie parametru 1.9 „Długość magnesu, wraz z obudowami - Podać wartość” i wprowadzenie na jego miejsce parametru „Długość cylindrycznej części tunelu pacjenta (w największym miejscu)” i odpowiednio punktować: „2 pkt za wartość najmniejszą, pozostałe proporcjonalnie mniej”.

W rozdziale I „Magnes” w pkt I.11 Zamawiający określił wymóg odnośnie parametru zużycia helu następująco „Max, zużycie ciekłego helu < 0.03 l/h. podać”, co w ocenie Odwołującego nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów eksploatacji systemu. Odwołujący podniósł, że systemy pozornie bezstratne, reklamowane jako „ZERO BOIL OFF” mogą być droższe w eksploatacji, o ile

uwzględni się koszty straty helu w procesie serwisowania, koszty energii elektrycznej zużywanej do kompresji helu, oraz wysoki koszt części zamiennych, które regularnie muszą być wymieniane w systemie chłodzenia. W konsekwencji Odwołujący wniósł o zmianę parametru na łączne zużycie helu w ciągu roku, uwzględniające eksploatację systemu oraz czynności serwisowe związane z przeglądami systemu chłodzenia rezonansu przez wykreślenie dotychczasowej treści kwestionowanego punktu i wprowadzenie postanowienia: „Zużycie helu w litry/rok z uwzględnieniem prac serwisowych przez okres min 3 lat” i odpowiednio punktować: "1 pkt za wartość najmniejszą, pozostałe odpowiednio mniej".

Zdaniem Odwołującego, w rozdziale II „System gradientowy” pkt II.2: („Maksymalna amplituda gradientu we wszystkich osiach x, y, z równocześnie, dla max. FoV-> 40mT/m. Podać wartość) Zamawiający, być może przez pomyłkę, punktuje liczbą 4 punktów wartość najmniejszą choć, z punktu widzenia użytkownika, wartość największa maksymalnej amplitudy gradientu powinna uzyskać największą liczbę punktów. Odwołujący podał, iż systemy MR firmy Siemens oferują jedną z najniższych wartości parametru maksymalnej amplitudy na rynku. Jednakże Zamawiający, preferując firmę Siemens, tak dostosował przyznawanie punktów, by w kryterium oceny tego parametru zastosować przyznawanie punktów w sposób proporcjonalny, i w tym kryterium nie przyznać firmie Siemens 0 pkt. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę punktacji „4 pkt. za wartość największą, pozostałe proporcjonalnie mniej”.

W rozdziale IV „Cewki” w pkt IV.2 („Dedykowana wielokanałowa cewka typu array do badania głowy, posiadająca min. 12 kanałów pomiarowych obrazujących jednocześnie, pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu -Tak”) Zamawiający określił wymóg w taki sposób, że spełnić go może wyłącznie produkt firmy Siemens. Według Odwołującego, żaden inny producent nie posiada w swojej ofercie dedykowanej wielokanałowej cewki do badania głowy posiadającej minimum 12 kanałów. Oferowane przez pozostałych producentów cewki dedykowane do badania głowy to cewki 8 kanałowe, gwarantujące wykonywanie wszystkich wymaganych w SIWZ aplikacji, pozwalającej na akwizycje równoległe.

W związku z tym, iż opis parametru IV. 2 eliminuje z postępowania potencjalnych oferentów, Odwołujący wniósł o wykreślenie dotychczasowej treści tego punktu i zastąpienie jej następującą „Dedykowana wielokanałowa cewka typu array do badania głowy, posiadająca min. 8 kanałów pomiarowych obrazujących jednocześnie, pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu - Tak”.

W rozdziale IV „Cewki” w pkt IV.9 („Dedykowana wielokanałowa (min 8 kanałów pomiarowych obrazujących jednocześnie) nadawczo-odbiorcza cewka sztywne do badania stawu kolanowego

z wysoką rozdzielczością, pozwalającą na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta)- Tak") przez określenie żądanego parametru Zamawiający wyeliminował z możliwości udziału w postępowaniu firmę Philips. Według Odwołującego, sprawdzonymi i dobrze obrazującymi cewkami do badań kolana są także cewki odbiorcze.

W związku z tym Odwołujący wniósł o zmianę wymogu na: „Dedykowana wielokanałowa (min. 8 kanałów pomiarowych obrazujących jednocześnie) cewka sztywne do badania stawu kolanowego z wysoką rozdzielczością, pozwalającą na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta)".

W rozdziale IV. „Cewki” w pkt IV.11 („Dedykowana wielokanałowa (min. 4 kanały pomiarowe obrazujące jednocześnie) cewka sztywne do badania nadgarstka pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET-zgodnie z nomenklaturą producenta) lub wielokanałowa (min. 4 kanały) elastyczna cewka 5rteria5 o wymiarach pozwalających na badanie nadgarstka, pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET- zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu” oraz pkt IV.12 „Dedykowana wielokanałowa (min. 4 kanały pomiarowe obrazujące jednocześnie) cewka sztywne do badania stopy pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET - zgodnie z nomenklaturą producenta) lub wielokanałowa (min. 4 kanały) elastyczna cewka 5rteria5 o wymiarach pozwalających na badanie stopy, pozwalająca na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET -zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu”) Zamawiający zdaniem Odwołującego premiuje rozwiązania oferowane przez firmę Siemens, stawiając na równi drogą, dedykowane cewki sztywne, dające bardzo dobrą jakość diagnostyczną obrazów, z tanimi i, przestarzałymi cewkami płachtowymi. Oczywista dla Odwołującego jest przewaga wartości diagnostycznych obrazów uzyskiwanych za pomocą cewek sztywnych dedykowanych, ich większej trwałości, a co za tym idzie, znacznie wyższej cenie. Dodatkowo Zamawiający, przez takie a nie inne sformułowanie parametrów IV. 11 i IV. 12 zmusza jednych oferentów do zaoferowania dwóch, drogiej cewek dedykowanych, zaś firmie Siemens umożliwia zaoferowanie jednej cewki płachtowej uniwersalnej. Firma Philips w miejsce przestarzałych cewek płachtowych wprowadziła nowoczesne cewki gięte typu „loop”. Zamawiający jednak nie przewidział możliwości wprowadzenia równoważnego rozwiązania jakim są dwukanałowe cewki gięte, tym samym naruszając zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie wymogu zaoferowania cewek dedykowanych lub wielokanałowych elastycznych cewek typu „loop”/płachtowych (min. 2 kanały) o wymiarach pozwalających na badanie nadgarstka (parametr IV.11) i stopy (parametr IV.12), pozwalające na akwizycje równoległe (typu SENSE, iPAT, ASSET- zgodnie z nomenklaturą producenta) całego obiektu - Tak”.

W rozdziale V „Pozycjonowanie i nadzór pacjenta” w pkt V.1 („Obciążenie płyty stołu (łącznie z ruchem pionowym) \geq 200kg; Podać wartość w kg”) określający wymóg co do maksymalnego obciążenia płyty stołu, eliminuj firmę PHILIPS z postępowania przetargowego, gdyż w tunelu o średnicy 60cm nie ma możliwości zbadania pacjenta o wadze powyżej 150kg, dodatkowo obłożonego cewkami. Wymóg obciążenia min. 200kg (łącznie z ruchem pionowym) jest więc zdaniem Odwołującego podyktowany wyłącznie chęcią wyeliminowania firmy Philips z postępowania przetargowego. Odwołujący podał, iż produkowane przez niego stoły wytrzymują obciążenie 250kg przy ruchu poziomym i 150kg przy ruchu pionowym, co jest rozwiązaniem logicznym, ponieważ stół jest obniżany w celu ułatwienia ułożenia pacjenta na blacie stołu, zaś dodatkowe obciążenie w postaci cewek zakłada się pacjentowi na stole już uniesionym do pozycji badań. Stąd przesuw poziomy jest możliwy przy obciążeniu 250kg.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu parametru V.1, poprzez nadanie mu brzmienia: „Obciążenie płyty stołu $>$ 200kg; Podać wartość w kg”.

2. W zakresie sposobu oceny parametrów technicznych, opisanego w Załączniku 1 do SIWZ TZP/2-23/233/09/10 „PARAMETRY TECHNICZNO-UŻYTKOWE REZONANSU MAGNETYCZNEGO”:

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób wybiórczy i tendencyjny przyznaje punkty głównie tym parametrom, które preferują rozwiązania stosowane przez firmę Siemens, pomijając w większości ocenę parametrów istotnych z punktu widzenia jakości i szybkości obrazowania, jeśli są one korzystniejsze dla systemów konkurencyjnych do Magnetom Avanto. Taki sposób doboru parametrów ocenianych, zdaniem Odwołującego, jest przejawem nierównego traktowania wykonawców i narusza zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o określenie (adekwatnie do wartości parametru), punktacji dla wymienionych parametrów: I.2; III.3; III.4; III.5; V.8; VIII.1.1, IX.3.2.; IX.3.3; X.2.2; X.2.3. Powyższe żądanie rozszerzył w odwołaniu o parametry opisane w punktach XI.1.2; XI.2.2 i XI.2.

Według Odwołującego, również sposób punktacji poszczególnych parametrów aparatu opisany w Załączniku nr 1 do SIWZ jest tendencyjny i niejednolity. Punktacja oparta na przyznawaniu punktów skokowo służy Zamawiającemu do premiowania maksymalną liczbą punktów wybranych parametrów systemu Magnetom Avanto i przyznawania zerowej liczby punktów parametrom systemów konkurencyjnych. Ze swej istoty zasada ta jest niesprawiedliwa, ponieważ przy dwóch złożonych ofertach, różniących się wartością ocenianego parametru choćby o 1%, oferta z lepszym parametrem otrzyma maksymalną

liczbę punktów, a oferta z gorszym - zero punktów. Punktacja taka absolutnie nie oddaje rzeczywistej wartości oferowanych urządzeń, a ocena tak przeprowadzona jest nieobiektywna.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i modyfikację SIWZ zgodnie z jego żądaniami.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Siemens Sp. z o.o., wskazując, że wymagania Zamawiającego zakwestionowane przez Odwołującego wynikają jedynie z obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ wskazując na wady SIWZ, twierdzi, że wobec wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, uniemożliwiających złożenie mu konkurencyjnej oferty, nie jest możliwy jego udział w postępowaniu, a tym samym - udzielenie mu zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutów dotyczących punktów III.2, IV.4, IX.2.2, X.3.7 oraz punktów XIII.4, VIII.2.4, V.3 Załącznika nr 1, dlatego Izba nie rozpatrywała zarzutów w tym zakresie. Skład orzekający również nie rozpatrywał zarzutu dotyczącego punktu II.3, ponieważ w ocenie Izby Odwołujący nie podtrzymał go w odwołaniu. Odwołujący na wstępie odwołania podał, że podtrzymuje i ponawia zarzuty podniesione w proteście w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu. W rozstrzygnięciu protestu, na stronie nr 1 rozstrzygnięcia, Zamawiający wyjaśnił, że poprawił pkt II.3 pismem z dn. 9 lutego br., a ponadto poinformował, że wyraża zgodę na obniżenie parametru granicznego, dopuszczającego do $\geq 180\text{mT/ms}$. Na rozprawie Odwołujący argumentował, że skoro w odwołaniu explicite podtrzymał on zarzut dotyczący punktu II.2, to tym samym podtrzymał również nieuwzględniony aspekt odnoszący się do punktu II.3. Jednak skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego w tym względzie, ponieważ w ocenie Izby takie twierdzenie odnośnie podtrzymania częściowo określonego zarzutu musiałoby wynikać wprost z treści odwołania: w odwołaniu jednak Odwołujący wskazał, że podtrzymuje zarzuty nieuwzględnione rozstrzygnięciem protestu, po czym przytoczył ściśle określone zarzuty (strona druga odwołania i nn.). Krajowa Izba

Odwoławcza, oceniając zakres zarzutów podlegających badaniu, bierze pod uwagę treść odwołania, w granicach wyznaczonych protestem, a nie oświadczenia w tym względzie złożone na rozprawie.

Izba nie wzięła pod uwagę jako dowodów załączników do pisma Odwołującego z dnia 25 marca 2010 r. złożonego do akt sprawy – po pierwsze, folder konkurencyjnej firmy Siemens, z którego może wynikać, że aparat tejże firmy spełnia wymogi Zamawiającego nie jest dowodem, że inny aparat (innego producenta) tychże wymogów nie spełnia, albo że wymogi te nie są racjonalne; po drugie, okoliczność, że inne postępowanie, prowadzone przez innego zamawiającego na przedmiot zamówienia opisany w podobny bądź nawet identyczny sposób, zostało unieważnione, nie może przesądzać, że postępowanie, w którym złożono odwołanie, również powinno zostać unieważnione. Poza powyżej opisanymi, Strony nie przywołały innych dowodów, a zatem rozstrzygnięcie Izby opierało się wyłącznie na stanowiskach zaprezentowanych przez Strony.

Izba uznała za prawdopodobne, lecz nie udowodnione, że aparat firmy GE spełnia wymogi zamawiającego – świadczy o tym okoliczność, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wykonawca ten oprotestował – zgodnie z oświadczeniami Stron – tylko jeden z parametrów urządzenia, wymaganych przez Zamawiającego (i protest ten został uwzględniony). Ustalenie, że tylko jeden podmiot może spełnić wymaganie zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych – skład orzekający podziela pogląd, wielokrotnie prezentowany w orzeczeniach zarówno Zespołów Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca - w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, wyrok KIO z dnia 10 lipca 2009r. Sygn. akt KIO/UZP 807/09).

Nie budziło wątpliwości Stron, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który uniemożliwia czy utrudnia uczciwą konkurencję, Strony różniły się jedynie co do oceny, czy rzeczywiście parametry graniczne i oceniane w postępowaniu przez Zamawiającego rzeczywiście naruszają przepisy art. 7 i 29 Prawa zamówień publicznych. Pod tym kątem Izba badała podniesione zarzuty, szczególną wagę przykładając do parametrów określonych jako graniczne (których niewykazanie spowodowałoby odrzucenie oferty), bowiem niespełnienie ich przez Odwołującego uniemożliwia mu udział w postępowaniu. Ocena parametrów, których posiadanie będzie punktowane w kryterium

„jakość” ma o tyle mniejsze znaczenie, że – jak słusznie zauważył Zamawiający na rozprawie – łącznie kryterium „jakość” będzie oceniane z wagą 5%, a więc rywalizacja między uczestnikami postępowania będzie się odbywała w przeważającej mierze w kryterium „cena” z wagą 95% (str. 10 SIWZ). Wreszcie trzeciorzędną kwestią jest ewentualna wyjątkowość placówki Zamawiającego w regionie, do której to kwestii Zamawiającego zdawał się przykładać szczególną wagę – skala (ilość) wykonywanych badań może mieć znaczenie, ale nie musi się bezpośrednio przekładać na wymagania Zamawiającego, bowiem nie można oczekiwać, że nawet mniejszy ośrodek nabędzie sprzęt o gorszych parametrach czy mniej uniwersalny.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 i 29 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do pkt IV.2 Załącznika nr 1 – dedykowana cewka 12-kanalowa do badania głowy. Zamawiający oświadczył, iż intencją wyrażenia „cewka dedykowana do badania głowy” było uzyskanie cewki umożliwiającej badanie głowy, a więc za spełniającą jego wymagania uzna cewkę uniwersalną. W ocenie składu orzekającego takie stanowisko nie wynikało w sposób jednoznaczny z treści SIWZ, dlatego Zamawiający winien uzupełnić treść punktu IV.2 (czy odpowiadającego mu punktu z załącznika nr 1 w brzmieniu po zmianach) wyraźnym stwierdzeniem, iż dopuszcza zastosowanie cewki uniwersalnej. Ponieważ nie można wykluczyć, że potencjalny wykonawca nie złoży oferty, w przekonaniu, że cewka uniwersalna nie spełni wymogów Zamawiającego, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu modyfikację SIWZ w powyżej opisany sposób. Takie rozstrzygnięcie jest zgodne z zarzutem Odwołującego, lecz nie z żądaniem, bowiem Odwołujący żądał dopuszczenia cewki dedykowanej 8-kanalowej, lecz Izba jest związana wyłącznie zarzutami, a nie żądaniami odwołania.

W punkcie I. 9 Załącznika nr 1 Zamawiający premiuje długość magnesu wraz z obudowami, natomiast Odwołujący wskazał, że premiovana powinna być „długość cylindrycznej części pacjenta (w najwęższym miejscu)”, jednak w ocenie składu orzekającego swojego stanowiska nie uzasadnił. Odwołujący jedynie wskazał inne parametry, które mogą być punktowane, i wybrał z nich jeden, co do którego zaproponował punktację. Wybór akurat tego parametru nie został poparty jakąkolwiek argumentacją. Z kolei Przystępujący do pisma zawierającego przystąpienie do postępowania odwoławczego załączył poglądowy rysunek (poglądowy – bez zachowania proporcji konkretnych aparatów), który wyjaśnia intencję punktowania konkretnego parametru wybranego przez Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie wskazał, że dokonując wyboru parametrów, które będzie premiował, korzystał z internetowych porównywarek aparatów. Takiego oświadczenia Odwołujący zasadniczo nie podważył, jedynie wskazał, że porównywarki mogą

być oparte na danych dostarczanych przez koncerny, a więc nieuwzględniających rzeczywistych potrzeb i komfortu pacjenta.

W ocenie składu orzekającego przy wyborze aparatu komfort pacjenta nie jest sprawą najistotniejszą – bowiem znaczenie ma sama przydatność aparatu do badań (jakość obrazowania). Niewątpliwie jednak słusznie uczynił Zamawiający dodatkowo punktując parametr, który wpływa na komfort pacjenta. Niewykluczone, że do oceny tej cechy można byłoby wybrać inny parametr, ale Odwołujący nie uzasadnił w sposób przekonujący, który parametr byłby bardziej właściwy i dlaczego. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Skład orzekający nie podzielił również poglądu Odwołującego odnośnie punktacji za maksymalne zużycie ciekłego helu (pkt I.11 Załącznika nr 1). Parametr, który będzie oceniany przez Zamawiającego jest parametrem obiektywnym, podawanym w powszechnie dostępnych informacjach dotyczących aparatów będących przedmiotem zamówienia (Zamawiający okazał na rozprawie folder aparatu Odwołującego, w którym podano zerowe zużycie helu, Odwołujący powyższej okoliczności nie zakwestionował). Propozycja Odwołującego, aby punktować całkowite „łączne zużycie helu w ciągu roku, uwzględniające eksploatację systemu oraz czynności serwisowe związane z przeglądami systemu chłodzenia rezonansu”, wydaje się być racjonalna, jednak w ocenie składu orzekającego, tak określony parametr jest mniej obiektywny niż wybrany przez Zamawiającego. Podanie łącznego zużycia helu musiałyby być, w jeszcze większym stopniu niż parametr wskazany przez Zamawiającego, oparte na prognozach realnych kosztów eksploatacyjnych i serwisowych, które mogą być zmienne i zależeć od wielu czynników (przede wszystkim ilości przeprowadzanych badań), co daje możliwość manipulacji parametrem podawanym przez wykonawców do oceny. Tymczasem parametr wskazany przez Zamawiającego do oceny jest parametrem obiektywnym, wynikającym z powszechnie dostępnych informacji na temat konkretnych aparatów, a więc tym samym – łatwym do zweryfikowania i oceny. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego punktu V.1 (obciążenie płyty stołu łącznie z ruchem pionowym co najmniej 200 kg) argumentacja Odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że skoro tunel do badania ma średnicę 60 cm, to wymóg Zamawiającego odnośnie minimalnej nośności stołu jest o tyle nieracjonalny, że pacjent o dużej wadze i tak nie może być przebadany w tunelu. Równocześnie Odwołujący nie zakwestionował pozytywnej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie Izby, czy można prześwietlać poszczególne kończyny pacjenta z otyłością olbrzymią, bez konieczności zmieszczenia całego ciała pacjenta w tunelu. W ocenie Izby, skoro taka możliwość istnieje, należy z niej

skorzystać, a wówczas wymóg nośności stołu również w ruchu pionowym ma istotne znaczenie. Odwołujący podnosił, że może zaoferować aparat o nośności w ruchu pionowym do 150 kg, argumentując, że obciążenie pacjenta cewkami do badania następuje już na stole, a ten również w jego aparacie ma nośność w ruchu poziomym ponad 200 kg. Jednak niewątpliwie w aparacie oferowanym przez Odwołującego, jeżeli nie zmodyfikuje on nośności stołu w ruchu pionowym (przez jej zwiększenie ponad 150 kg), nie może być prześwietlony żaden pacjent o wadze powyżej 150 kg. Ponieważ ilość osób z otyłością olbrzymią stale rośnie, w ocenie składu orzekającego oczekiwanie Zamawiającego co do nośności stołu również w ruchu pionowym jest uzasadnione i racjonalne. Skład orzekający nie mógł oprzeć się na innych orzeczeniach rozpatrujących analogiczny zarzut (co do wymogu minimalnej nośności stołu), bowiem każde rozstrzygnięcie opiera się wyłącznie na skonkretyzowanym w danej sprawie stanie faktycznym i na dowodach oraz argumentacji Stron.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut w powyższym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wadliwej punktacji w pkt II.2 (pierwotnie premiowana była wartość najmniejsza, choć z punktu widzenia użytkownika korzystna jest wartość największa), Strony były zgodne, że Zamawiający poprawił omyłkę (co zresztą Zamawiający wskazał w rozstrzygnięciu protestu). Wobec powyższego, Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Odnosnie zarzutów dotyczących punktów IV.11, 12 i VI.13 Załącznika nr 1 do SIWZ (w pierwotnym brzmieniu) Izba uznała, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił swoich racji. Zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu, opartą na art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, czyli na Odwołującym – jeżeli kwestionuje postanowienia SIWZ, powinien co najmniej uprawdopodobnić, że proponowane przez niego rozwiązania są co najmniej na takim samym poziomie zaawansowania technologicznego, jak rozwiązania opisane kwestionowanymi przez niego parametrami. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał powyższej okoliczności

- w odniesieniu do proponowanych przez siebie cewek loop dwukanałowych (podczas gdy Zamawiający wymagał cewek czterokanałowych innego rodzaju) Odwołujący zarówno w proteście, a następnie w odwołaniu i na rozprawie, stwierdził jedynie, że cewka loop jest cewką nowocześniejszą i zintegrowaną (a więc wystarczą do jej stosowania tylko dwa kanały). Jednak nie przedstawił na potwierdzenie tej tezy ani żadnej argumentacji, ani żadnych dowodów – zatem Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał równoważności proponowanych przez siebie cewek loop do cewek żądanych przez Zamawiającego. Równocześnie Odwołujący żądał dopuszczenia, jako równoważnych, obok cewek loop

dwukanałowych, cewek płachtowych dwukanałowych – które trudno, nawet przy braku argumentacji, uznać za równoważne cewkom płachtowym czterokanałowym, jakich wymagał Zamawiający.

- podobnie w odniesieniu do wymogu z pkt IV.11 dotyczącego cewki nadawczo odbiorczej – tu argumentacja Odwołującego również była bardzo lakoniczna, stwierdził on tylko, iż cewka odbiorcza jest „sprawdzona i dobrze obrazująca”. Sama okoliczność, że wymóg cewki nadawczo–odbiorczej eliminuje firmę Philips z postępowania (co zresztą ostatecznie nie potwierdziło się, bowiem sam Odwołujący twierdził, że cewkami takimi dysponuje, ale ich nie stosuje) nie może przesądzać o uwzględnieniu zarzutu: argumentacja Odwołującego nie powinna być nakierowana na wykazanie, że nie może on złożyć oferty w postępowaniu, lecz na udowodnieniu, że wymogi Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia są o tyle nieracjonalne, że Odwołujący może zaoferować aparat równie dobry (posiadający te same funkcjonalności), co opisany w SIWZ. Zamawiający podniósł, iż cewka nadawczo-odbiorcza ma przewagę nad cewką odbiorczą, ponieważ pozwala uniknąć artefaktów z drugiego kolana, lepszą saturację tłuszczu i obrazowanie cieńszymi warstwami, a ponadto pozwala na uniknięcie ekspozycji obszarów niebadanych. Odwołujący nie polemizował z powyższym stwierdzeniem Zamawiającego.

Reasumując wywody odnośnie oddalenia zarzutów dotyczących punktów IV.11, 12 i VI.13 Załącznika nr 1 do SIWZ, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał swoich racji, i zarzuty te oddaliła.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego braku punktacji za parametry określone w punktach I.2; III.3; III.4; III.5; V.8; VIII.1.1, IX.3.2.; IX.3.3; X.2.2 i X.2.3. Załącznika nr 1. Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego akurat te parametry miałyby być punktowane i w jaki sposób. Jedyne uzasadnienie, jakie można wywieść z wywodów Odwołującego, polega na stwierdzeniu, że w przy ocenie punktowej tych parametrów aparat Odwołującego mógłby uzyskać więcej punktów, niż aparat Przystępującego. W ocenie składu orzekającego żądanie przyznawania punktów za określone parametry powinno być oparte m.in. na wykazaniu, że przyznawanie punktów za przekroczenie określonego minimalnego parametru jest celowe, i aparaty wówczas mogą konkurować jakością lepszą, niż wymagana jako minimalna. Jednak ostateczna decyzja w tym zakresie zawsze zależy od Zamawiającego, bowiem może on zdecydować, że wymaga tylko spełnienia określonych parametrów, i nie będzie przyznawał dodatkowej punktacji za zaproponowanie lepszych parametrów.

Również nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przyznawanie ilości 0 punktów za spełnienie minimalnego parametru – Zamawiający w ten sposób wskazuje, że dodatkowe punkty będą przyznawane wyłącznie za zaproponowanie korzystniejszego parametru, niż określony jako minimalny, a wówczas wszyscy wykonawcy,

którzy zaproponowali parametr o wartości minimalnej są w tej samej sytuacji – nie dostają punktów za określony parametr.

Wobec powyższego, Izba uznała, że w odniesieniu do większości zarzutów Odwołujący nie wykazał ich słuszności, zatem orzeczono jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu modyfikację SIWZ jedynie w zakresie punktu IV.2 Załącznika nr 1 do SIWZ.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....