

Sygn. akt: KIO 1441/17

WYROK
z dnia 14 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2017 r., dniu 8 sierpnia 2017 r. oraz w dniu 13 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2017 r. przez wykonawcę **S. H. Spółka z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Miejskie Centrum Medyczne im. Dr Karola Jonschera w Ł., (...)** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczenia” (postępowanie nr 18/2017)

przy udziale wykonawcy **T. Spółka z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

przy udziale wykonawcy **G. M. S. P. Spółka z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odnoszących się do wykonawcy G. M. S. P. Spółka z o.o., (...);

1. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **S. H. Spółka z o.o., (...)** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. H. Spółka z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **S. H. Spółka z o.o., (...)** na rzecz wykonawcy - **T. Spółka z o.o., (...)** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złote i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) 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:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 14 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1441/17

Zamawiający – Miejskie Centrum Medyczne im. Dr Karola Jonschera w Ł., (...) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczenia” (postępowanie nr 18/2017)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 06.04.2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 08.04.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 070 – 133409.

W dniu **03.07.2017** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.07.2017** r. w formie pisemnej przez wykonawcę **S. H. Spółka z o.o.** Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechań dokonanych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Przedmiotem odwołania są:

- wadliwa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty złożonej przez Wykonawcę T. Sp. z o.o. zwany dalej „T.”,
- zaniechanie odrzucenia ofert T. i G. M. S. P. Sp. z o.o. zwany dalej „G.” jako niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Zarzuty:

Zamawiający dokonał, w ocenie Odwołującego, naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (z późn. zmianami) Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp):

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert T. oraz G. jako niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Termin wniesienia odwołania.

Zamawiający powiadomił Odwołującego o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej drogą elektroniczną w dniu 03.07.2017r. Uwzględniając zatem ustawowe terminy dla wnoszenia środków ochrony prawnej uznać należy, iż niniejsze odwołanie jest wnoszone z zachowaniem terminu ustawowego.

Interes prawny Odwołującego:

Działania Zamawiającego polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy T., zostały dokonane z naruszeniem powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp oraz postanowień SIWZ.

Uwzględniając treść oferty Odwołującego oraz fakt, iż z uwzględnieniem zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego w przypadku dokonania przez Zamawiającego poprawnej czynności oceny ofert byłaby ofertą najkorzystniejszą, czynności Zamawiającego dokonane z naruszeniem Pzp pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co ma bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- unieważnienie czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej,
- dokonanie ponownej oceny ofert w sposób zgodny z rzeczywistością jak i z zasadami Pzp,
- odrzucenie ofert T. i G. jako niezgodnych z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia
- w konsekwencji powyższych, uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczenia dla Miejskiego Centrum Medycznego im. dr. Karola Jonschera w Ł.

Odwołujący kwestionuje spełnienie wymagania z pkt. 27 załącznika nr 1 do siwz, mówiącego o akwizycji min. 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg, przez tomograf komputerowy (...) zaoferowany przez T. i tomograf komputerowy (...) zaoferowany przez G.

W podanych przez T. (pismo z dn. 01.06.2017) i G. (pismo z dn. 06.06.2017) wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, nie ma potwierdzenia wymaganej przez Zamawiającego akwizycji min.128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg. Złożone przez Wykonawców T. i G. wyjaśnienia wprowadziły Zamawiającego w błąd, gdyż zaoferowane tomografy komputerowe (...)i (...) nie zapewniają takiej możliwości i w związku z tym nie spełniają wymagań siwz.

Jak wskazał Odwołujący, po analizie dokumentów przedstawionych przez Wykonawców T. i G. oraz według najlepszej wiedzy Odwołującego znajdującej poparcie w danych technicznych producentów urządzeń, zaoferowane przez firmy T. i G. tomografy komputerowe dokonują odpowiednio akwizycji tylko 80 zestawów danych surowych (80 elektronicznych kanałów danych akwizycyjnych) w przypadku tomografu zaoferowanego przez T. – (...) i 64 zestawów danych surowych (64 elektroniczne kanały danych akwizycyjnych) w przypadku tomografu zaoferowanego przez G. - (...) w trakcie obrotu układu lampa - detektor, a dopiero w kolejnym procesie rekonstrukcji tych danych, z wykorzystaniem dedykowanych algorytmów rekonstrukcyjnych, tomografy te pozwalają na uzyskanie odpowiednio: 160 warstw (...) i 128 warstw ((...)), co jednak nie jest zgodne z wymaganym przez Zamawiającego rozumieniem terminu akwizycja.

W oparciu o wskazane powyżej okoliczności Odwołujący stwierdził, iż czynność oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej jest nieprawidłowa i dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp co winno skutkować uwzględnieniem odwołania.

Uwzględniając powyższą argumentację, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenie ofert T. i G. jako niezgodnych z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględnienie zarzutów przedstawionych w powyższym uzasadnieniu ma bezpośredni wpływ na ostateczną punktację i w konsekwencji na uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą z uwagi na to, że jest to jedyna oferta nie podlegająca odrzuceniu.

Na zakończenie uzasadnienia zostało wskazane, że w związku z powyższym skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez Odwołującego jest w pełni uzasadnione i konieczne, a Odwołujący podtrzymuje swoje żądania wyrażone w niniejszym odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, w oparciu o dowód z opinii biegłego dopuszczony w sprawie wraz z opinią uzupełniającą sporządzona przez biegłego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na 3 miejscu w rankingu ofert podnosząc w ramach odwołania zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców sklasyfikowany na wyższych pozycjach w tym rankingu. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza w trakcie rozprawy (po jej uprzednim odroczeniu) w dniu 8 sierpnia 2017 r. postanowiła, mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, który zgłosił sprzeciw, tj. T. sp. z o.o. (podniesione na rozprawie z dnia 25.07.2017 r.) oraz stanowiska zawarte w treści odwołania i w pismach procesowych, jak również stanowiska reprezentowane przez Strony w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 1775/10, powołać z urzędu dowód z opinii biegłego w specjalności „sprzęt medyczny – ocena fizyczna parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej”, celem oceny zgodności tomografu (...)wykonawcy T. sp. z o.o., zaoferowanego w postępowaniu z punktem III.27 załącznika nr 2 do SIWZ „Opis parametrów technicznych”.

Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszej sprawie w dniu 9 sierpnia 2017 r. wydała postanowienie, w ramach którego postanowiła powołać dowód z opinii biegłego i na biegłego wyznaczyć p. dr A. R. wpisaną na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Bydgoszczy w specjalności „*sprzęt medyczny – ocena fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej, wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej*” w celu wydania opinii w przedmiocie spełnienia przez zaoferowane przez wykonawcę T. Spółka z o.o. urządzenie (tj. tomograf komputerowy (...)) wymogu, że urządzenie to musi umożliwiać akwizycję min. 128 submilimetrowych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa - detektor dla jednej energii promieniowania rtg.

W ramach punktu 2 ww. postanowienia Izba postanowiła określić biegłemu termin do dnia 31.10.2017 r. na wydanie opinii na podstawie następującej dokumentacji (kompletnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentacji sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 1441/17), w tym w szczególności:

- ogłoszenia o zamówieniu z dnia 08.04.2017 r. numer 2017/S 070-133409;
- specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ),

- załącznika nr 1 (załącznik nr 2 do SIWZ) zawierającego opis przedmiotu zamówienia wraz z jego modyfikacjami;
- oferty z dnia 16.05.2017 r. złożonej w postępowaniu przez wykonawcę T. Spółka z o.o., (...) wraz z zadeklarowanym zakresem świadczenia oraz jego parametrami zawartymi w załączniku nr 1 do formularza ofertowego (sporządzonego na wzorze stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ);
- kompletnej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, w tym odpowiedzi na pytania wykonawców (w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia), jak również modyfikacji SIWZ oraz korespondencji kierowanej przez Zamawiającego do wykonawców w zakresie złożonych ofert;
- informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 03.07.2017 r.;
- odwołania wykonawcy S. H. Spółka z o.o. dnia 13.07.2017 r.;
- odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie zawartej w piśmie z dnia 24.07.2017 r.;
- protokołu rozprawy z dnia 25.07.2017 r. oraz 08.08.2017 r. wraz z materiałem dowodowym przedłożonym na rozprawie.

W związku z realizacją postanowienia Izby z dnia 09.08.2017 r. została sporządzona opinia biegłego nr 7/10/2017. W jej treści zostało wskazane, że na podstawie postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego z dnia 9 sierpnia 2017 roku w sprawie (Sygn. akt KIO 1441/17) odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13.07.2017r przez Wykonawcę S. H. Spółka z o.o. (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego — Miejskie Centrum Medyczne im dr Karola Jonschera w Ł. (...) w trybie przetargu nieograniczonego „Dostawa tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczeń”

przy udziale wykonawcy T. Spółka z o.o. (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesionego odwołania po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawcy G. M. S. P. Spółka z o.o. (...) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego,

odnosząc się do zawartej w postanowieniu tezy „wydania opinii w przedmiocie spełnienia przez zaoferowane przez wykonawcę T. Spółka z o.o. urządzenie (tomograf komputerowy (...)) wymogu, że urządzenie to musi umożliwić akwizycję min 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg” — biegły wyjaśnił, co następuje:

Po przeanalizowaniu przesłanej dokumentacji, zdaniem biegłego urządzenie firmy T. sp z o.o. (...) w konfiguracji (...) spełnia wymóg określony przez Zamawiającego w zakresie punktu 27 „akwizycji min. 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg. ”

Uzasadnienie

Zamawiający w dniu 10.05.2017r dokonał modyfikacji zapisu SIWZ w załączniku nr 1. Zgodnie z zapisem w tym dokumencie w zakresie zagadnienia III — Parametry skanowania punkt 27 brzmi:

"Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg".

Parametr ten jest parametrem punktowanym. Zamawiający ustalił kryteria oceny tego parametru w następujący sposób: „ od 128 do 159 warstw 0 pkt.; od 160 do 511 warstw — 2 pkt; 512 lub więcej warstw — 5 pkt”.

Firma T. sp. z o.o. złożyła ofertę, W zakresie zagadnienia III — Parametr skanowania punkt 27 w rubryce parametry oferowane (podać wartość oferowanych parametrów) w złożonej ofercie opisała wymieniony parametr:

„Tak, zgodnie z wymogiem parametru. Tomograf komputerowy umożliwiający uzyskanie 160 zestawów danych surowych (143360 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie jednego obrotu układu lampa rtg - detektor wykorzystywane do rekonstrukcji 160 warstw submilimetrycznych dla jednej energii promieniowania. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 10.05.2017r”.

Zamawiający dokonując zestawienia oferowanych parametrów technicznych, podlegających ocenie w punkcie 27 uznał także, że proponowane urządzenie posiada 160 warstw, a więc spełnia minimum określone w SIWZ jako 128 warstw i dodatkowo w zakresie punktacji mieści się w drugiej grupie. Stąd też, T. Sp z o.o. oferując aparat (...) w konfiguracji (...) w postępowaniu przetargowym otrzymała za ten parametr 2 pkt.

Materiał dowodowy dla KIO 1441/17 przedłożony na rozprawie zawiera oświadczenie producenta o danych technicznych systemu (...) (...) w konfiguracji (...). Przełożone oświadczenie potwierdza fakt uzyskania 160 zestawów danych surowych w trakcie jednego

obrotu układu lampa rtg — detektor wykorzystywane do rekonstrukcji 160 warstw submilimetrycznych dla jednej energii promieniowania. Z oświadczenie wynika także, że tomograf komputerowy wykorzystuje technologię (...) podwajający liczbę informacji uzyskanych z detektora w obrocie o 360° układu lampa-detektor. (podkreślenie biegłego).

Ponadto, jak wskazał biegły, załączona instrukcja obsługi Tomografu (...) w konfiguracji (...) punkt dotyczący detektora potwierdza fakt że skaner CT wyposażony w 80 rzędowy detektor umożliwiający generowanie „160 warstw o grubości 0,5mm badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg w trybie pracy sekwencyjnej (aksjalnej) i spiralnej w pełnym polu widzenia."

Biegły wskazał w opinii, że w celu wyjaśnienia zagadnienia należy posłużyć się definicją akwizycji. Zgodnie z wikipedią akwizycja oznacza zbieranie danych (informacji). Pierwszy etap polega na przetwarzaniu informacji polegający na ich przygotowaniu do dalszej obróbki czy interpretacji. Akwizycja danych obejmuje rejestrowanie, próbkowanie czy kwantowanie danych w dowolnej postaci np. w postaci falowej. Akwizycja sekwencyjna oznacza, że dane (informacje) zbierane są warstwa po warstwie, Z wiedzy biegłej wynika, że wielkość ogniska i rozmiar detektora determinują otwór próbkowania. Częstotliwość próbkowania jest to liczba mówiąca o tym ile razy dane z detektora zostaną „przeczytane” w czasie rotacji i razem z otworem próbkowania determinują gęstość próbkowania, a to oznacza jak ostatecznie obiekt jest próbkowany.

Następnie biegły wskazał, że wszystkie nowoczesne skanery w celu poprawy gęstości próbkowania korzystają z zasady (...) - takiej, iż dane z drugiego 180° obrotu każdej rotacji są uzyskiwane z pierwszego 180° obrotu. Niektórzy producenci także wykorzystują dynamiczne lub „pływające” ogniska (Flying Focal Spot) w celu efektywnego uzyskania dwóch zestawów danych lub obrazu w każdym kątowym położeniu próbki, zwiększając tym samym dalej gęstość próbkowania. Rodzaj zastosowanej metody do zwiększenia gęstości próbkowania zależy od producenta i będzie on cechą charakterystyczną dla danego producenta. Technologia (...) działająca na zasadzie prezentowanej powyżej pozwala na uzyskanie 160 zestawów danych surowych. Dzięki tej metodzie podwaja się liczbę informacji (danych) uzyskanych z detektora w czasie jednego obrotu.

Proces formowanie obrazu w tomografii komputerowej (CT) składa się z 3 etapów:

- *akwizycji danych (zbieraniu informacji z ciała pacjenta z pomocą promieniowania X);*

Po przejściu przez ciało pacjenta, promieniowanie rtg pada na elektroniczny detektor mierzący wartość transmisji lub wartość tłumienia.

- rekonstrukcji obrazu;

Rekonstrukcja obrazu z technologią podwojenia warstw Conexact™ stosowana jest w tomografach T.(2). Wykorzystanie tej technologii pozwala na uzyskanie danych pozwalających na podwojenie liczby warstw. T.(2) stworzyła ten algorytm nazywając go algorytmem rekonstrukcji Conexact celu wyeliminowania artefaktów obrazowych wiązki stożkowej. Algorytm rekonstrukcji wykorzystywany do skanowania wolumetrycznego bazuje na trójwymiarowej filtrowanej projekcji wstecznej. W celach rekonstrukcyjnych używane są dane surowe ze wszystkich kątów projekcji. Rekonstruowana jest objętość, z której teoretycznie nieskończona liczba poprzecznych obrazów może być generowana z otaczających danych surowych. Przy osiowym pokryciu objętości np. 32 mm algorytm rekonstrukcji generuje 128 unikalnych plasterów (warstw) na obrót z odstępem 0,25 mm. Przed rekonstruowaniem obrazu z danych surowych zarówno w trybie standardowym jak i trybie podwójnej warstwy może zostać wybrany tryb co daje 64 lub 128 warstw (plastrów).

Wskazać należy, że technologia ConeXact wykorzystuje fakt, że wiązka promieniowania rtg wychodząca z lampy nie jest równoległa, lecz rozbieżna, dzięki czemu dane uzyskiwane w różnych położeniach lampy różnią się od siebie. Dane surowe służące do rekonstrukcji, jak również zrekonstruowane, dane obrazowe traktowane są jako plik danych objętościowych. W pliku danych surowych zebrane są informacje ze 128 warstw akwizycyjnych, plik danych obrazowych umożliwia wyświetlanie 128 nakładających się warstw o grubości 0,5 mm każda, jak również innych warstw o większej grubości. Zastosowanie tej metody pozwala jednocześnie na zwiększenie rozdzielczości izotropowej bez zwiększania dawki promieniowania co niewątpliwie jest dodatkową korzyścią dla pacjenta.

- wyświetlania obrazu, jego opracowania i przechowywania.

Wyświetlany obraz organu na monitorze jest wynikiem obróbki danych (pobranych i przetworzonych próbek).

Reasumując

W ocenie bieglego urządzenie CT (...), umożliwia zebranie 160 zestawów danych surowych, podczas każdej projekcji wykonywanej w czasie jednego obrotu układu lampa rtg detektory, które to dane umożliwiają rekonstrukcję 160 warstw badanego obiektu. W świetle

powyższego uznać należy, że zaoferowany tomograf komputerowy umożliwi zebranie min. 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu lampy detektor dla jednej energii promieniowania, a więc warunek określony w punkcie 27 został spełniony.

Zamawiający nie określił technologii w jakiej oczekiwałby, aby ten warunek był zrealizowany, albowiem technologia jest indywidualnym rozwiązaniem każdego producenta i często jest wyłącznie zastrzeżona dla tego konkretnego producenta. Zamawiający zobowiązany jest natomiast do prowadzenia postępowania przetargowego w sposób gwarantujący równe traktowanie oferentów i zapewnienie konkurencyjności, a zatem winien brać pod uwagę różnorodność rozwiązań technicznych (technologicznych, metodologicznych), stosowanych przez różnych producentów, którzy mogą spełnić wymóg podany w punkcie 27 w celu zapewnienia określonej funkcjonalności sprzętu o porównywalnej klasie sprzętu dostępnego na rynku służącego do realizacji świadczenia medycznego.

Odwołujący – S. H. Spółka z o.o., pismem z dnia 06.11.2017 r. w odpowiedzi na pismo z dnia 2 listopada 2017 roku (sygn. UZP/DO/DN/Odw/23026/17; KIO 1441/17) doręczone dnia 3 listopada 2017 roku, przedstawił uwagi do treści przestanej opinii biegłego dr A. R.

W ocenie Odwołującego opinia biegłego jest niepełna, nie wyjaśnia wszystkich zagadnień, które zostały wskazane przez Izbę jako budzące jej wątpliwości, jest także nierzetelna, wewnętrznie sprzeczna i nielogiczna.

Zgodnie z postanowieniem KIO z dnia 9 sierpnia 2017 roku w sprawie dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego, biegły został powołany celem ustalenia "czy zaoferowane przez Wykonawcę T. sp. z o.o. urządzenie w postaci tomografu komputerowego (...)spełnia wymagania określone w treści SIWZ pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ (po jego ostatecznym brzmieniu wynikającym z udzielonych wyjaśnień oraz modyfikacji SIWZ". Dodatkowo z uzasadnienia ww. postanowienia Izby jak również z akt sprawy odwoławczej, w tym odwołania, protokołu z rozprawy i załączonego do niego materiału dowodowego, jasno wynikało, że kwestią sporną, która wymagała jednoznacznej uzasadnionej opinii biegłego była kwestia rozumienia terminu akwizycja oraz zależności / stosunku liczby elektronicznych kanałów akwizycyjnych do liczby zestawów danych surowych.

W uzasadnieniu swojej opinii biegły powołuje się na definicję akwizycji z Wikipedii (sam fakt korzystania z tego źródła informacji przez osobę, która została powołana do wydania opinii z racji posiadania wiadomości specjalistycznych, budzi zastrzeżenia co do wiarygodności i rzetelności wydanej opinii) pomijając całkowicie fakt doprecyzowania tej definicji przez Zamawiającego w odpowiedziach udzielonych na zadane pytania (odpowiedź na pytanie nr 130) dnia 10.05.2017 r, gdzie Zamawiający wyjaśnił, że pod pojęciem akwizycji, którym

posługuje się w pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ rozumie uzyskiwanie min. 128 zestawów danych surowych (min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie obrotu układu lampa rtg-detektor, wykorzystywanych do rekonstrukcji min. 128 warstw submilimetrycznych. Wymóg z pkt 27 załącznika nr 2 należy czytać razem z przedmiotową odpowiedzią Zamawiającego, która wymóg ten uzupełnia i uściśla. Biegły w swojej opinii do tej kluczowej dla sprawy odpowiedzi Zamawiającego nigdzie się nie ustosunkował, pominął milczeniem podstawowy element wymogu Zamawiającego a mianowicie ilość kanałów elektronicznych biorących udział w akwizycji danych obrazowych. Jest to element, który stanowił niejako oś sporu podczas rozprawy, co zostało utrwalone w przekazanym biegłemu protokole z rozprawy. Według T. sp. z o.o. jest ilość wszystkich elementów detektora, a zgodnie z powszechnie obowiązującą terminologią, z którą jest zbieżne stanowisko Odwołującego, jest to ilość kanałów w osi —z detektora biorących udział w akwizycji danych obrazowych. Jest to zasadnicza różnica, której biegły w ogóle nie rozpatruje, co powoduje, że opinia nie może być uznana za wyczerpującą i pełną.

Dodatkowo zwrócić należy uwagę na fakt, że biegły dla uzasadnienia swojej opinii korzysta jedynie z danych firmowanych przez T. sp. z o.o. (powołuje się na oświadczenie producenta, przedstawia odpowiedź i uzasadnienie T.) i Wikipedii (!!!) jako źródła terminologii, natomiast zupełnie pomija dowody przedstawione przez Odwołującego, które pochodzą z udokumentowanych źródeł innych niż firmowane przez Toshiba, w tym na książkę: Computed Tomography, Physical Principles, Clinical Applications, and Quality Control napisanej przez Dr Euclid Seeram z Medical Imaging and Radiation Sciences University of Sydney, wydanie czwarte, uaktualnione, z 2016 roku, gdzie na stronach: 3, 93 i 411, przedstawionych jako dowód w sprawie jest informacja o fazach tworzenia obrazu jak również interpretacji jak ilość kanałów danych w akwizycji pozostaje w relacji do ilości danych surowych, a w efekcie ilości obrazów uzyskiwanych z fazy akwizycji. Raz jeszcze podkreślić należy, że biegły w swojej opinii nie odniósł się do spornego twierdzenia, że ilość kanałów elektronicznych służących do akwizycji danych określa możliwości akwizycyjne tomografu w zakresie zestawów danych surowych, a to jest równoważne określeniu ilości warstw akwizycyjnych, co potwierdza literatura fachowa z zakresu tomografii komputerowej przedstawiona jako dowód na rozprawie.

Odnosząc się do szczegółowego uzasadnienia na str. 2-4 opinii biegłego zwracamy uwagę, że tomograf ma dwa tryby pracy: sekwencyjny (bez przesuwu stołu pacjenta) i spiralny (helikalny) z przesuwem stołu pacjenta i niezależnie od trybu pracy dane zbierane są jednocześnie przez wszystkie kanały elektroniczne w osi -Z w każdej projekcji. W tomografach trzeciej generacji, a takie są obecnie używane, nie ma czegoś takiego jak zbieranie danych warstwa po warstwie. (...) jest techniką, stosowaną przez część producentów, polegającą na 'sumowaniu' danych z przeciwległych projekcji, stąd pojawia się

kąt 180, przy czym jedna z tych projekcji jest przesunięta o $1/4$ długości elementu detektora i służy to do poprawy rozdzielczości obrazu w płaszczyźnie xy. Tak więc nie oznacza to, że z dwóch projekcji mamy dwa razy więcej kanałów danych i dwa razy więcej warstw, bo te dwie projekcje składają się na tak samo krotną projekcję wynikową. Nieprzypadkowo biegły chce opisać akwizycję sekwencyjną, ponieważ w przypadku akwizycji spiralnej, przy dużym przesuwie stołu pacjenta, nie można uzyskać projekcji przeciwległej, tzn. można ale ona dotyczy już zupełnie innego obszaru anatomii, a więc jest nieprzydatna do korelacji z tą z punktu zero stopni. Wyrazem braku logiki i rzetelności przedstawionego przez biegłego wyводу są twierdzenia o uzyskiwaniu danych z pierwszego 180 stopni obrotu dla drugiego 180 stopni obrotu. Złą techniką wiąże się większa ilość informacji dla danej projekcji, ale nie zwiększa to ilości kanałów danych ani ilości warstw.

Prawidłowo należałoby opisać ten proces następująco: w każdej projekcji danych, w trakcie pełnego obrotu układu lampadetektor, bierze udział taka sama liczba kanałów akwizycji danych (nazywanych również kanałami elektronicznymi) rozmieszczonych wzdłuż osi —z detektora, które to kanały danych są równoważne liczbie uzyskiwanych obrazów, czyli warstw w fazie akwizycji. Dalsze przetwarzanie danych surowych, czyli interpolacja przeciwległych projekcji czy też generowanie dodatkowych warstw odbywa się w fazie rekonstrukcji.

Zamawiający wyraźnie określił, że chce uzyskać przedmiot zamówienia, który dokonuje akwizycji min. 128 warstw submilimetrowych, natomiast biegły w swojej opinii, w części opisującej fazę rekonstrukcji umieszcza technologię podwojenia warstw Conexact, czyli uzyskiwania przez tomograf (...) 160 warstw i na tej podstawie wysnuwa wniosek sprzeczny ze swoją analizą, że ten tomograf spełnia warunek określony w pkt.III.27 SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności niepełność, nierzetelność i nielogiczność wydanej opinii Odwołujący wniósł o pominięcie opinii biegłego jako dowodu niewiarygodnego ewentualnie o dopuszczenie opinii innego biegłego lub przesłuchanie biegłego w celu wyjaśnienia wydanej przez niego opinii.

Odwołujący zwrócił uwagę na jednolitą linię orzeczniczą sądów powszechnych, w tym na:

Wyrok Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 30 maja 2017 roku (IV CSK 473/16): *Dowód z opinii biegłego jest dowodem szczególnego rodzaju, który nie może być zastąpiony innym dowodem. Z tego względu jeżeli przeprowadzona opinia jest niekompletna, oparta na błędnych założeniach, pomija istotne okoliczności lub jest nienależycie uzasadniona, a wskutek tego nieprzydatna, sąd jest zobowiązany dopuścić dowód z dalszej opinii; odrzucenie opinii i polemika z jej wnioskami w sferze wymagającej wiadomości specjalnych stanowi naruszenie nie tylko art. 233 § 1, ale także art. 278 i 286 KPC.*

a także Wyrok Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 23 czerwca 2017 roku I CSK 627/16: *Dopuszczenie dowodu z dodatkowej opinii biegłych może być uzasadnione jedynie "w razie potrzeby"* (art. 286 KPC)(...). *Chodzi tu o potrzebę podyktowaną rzeczową i umotywowaną krytyką opinii dotychczasowej, nasuwającą wątpliwości co do trafności zawartych w niej konkluzji.*

oraz wyrok Sądu apelacyjnego w Gdańsku — III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 26 października 2015 roku III AUa 808/15: *Opinia biegłego podlega ocenie na podstawie właściwych dla jej przedmiotu kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków.*

które to wyroki zawierają wskazówki dotyczące kryteriów oceny opinii biegłego, jak i postępowania w przypadku uznania takiej opinii za niewiarygodną, co ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Mając na uwadze stanowisko Odwołującego – S. H. Spółka z o.o., zawarte w piśmie z dnia 06.11.2017 r. Izba postanowiła w dniu 7 listopada 2017 r. Zobowiązać biegłego - panią dr A. R. wpisaną na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Bydgoszczy w specjalności „*sprzęt medyczny – ocena fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej, wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej*” do wydania opinii uzupełniającej zawierającej ustosunkowanie się do zastrzeżeń zawartych w piśmie procesowym Odwołującego – S. H. Spółka z o.o. z dnia 06.11.2017 r. (DzK-KIO-19358/17).

W pkt 2 ww. postanowienia Izba określiła biegłemu termin do dnia 13.11.2017 r. na wydanie opinii uzupełniającej (termin wyznaczonej rozprawy). W uzasadnienie powyższego postanowienia Izba wskazała, że Prezes Krajowej Izby Odwoławczej przekazał Stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego opinię biegłego Nr 7/10/2017 pismem z dnia 02.11.2017 r. (znak UZP/DO/DN/Odw/23026/17) jednocześnie określając termin do zgłoszenia ewentualnych zastrzeżeń. Pismem z dnia 06.11.2017 r. Odwołującego – S. H. Spółka z o.o. z dnia (zarejestrowanym dnia 06.11.2017 r. pod DzK-KIO-19358/17) wniósł zastrzeżenia wskazując, że przekazana opinia jest niepełna, nie wyjaśnia wszystkich zagadnień, które zostały wskazane przez Izbę jako budzące jej wątpliwości, jest także nierzetelna, wewnętrznie sprzeczna i nielogiczna. Odwołujący w szczególności wskazał, że opinia ta nie uwzględnia doprecyzowania pojęcia „akwizycji” przez Zamawiającego, jak również sporu co do znaczenia tego pojęcia, w tym zależności/stosunku liczby elektronicznych kanałów akwizycyjnych do liczby zestawów danych surowych (zdaniem

Odwołującego - istoty sporu wynikającej z protokołu rozprawy). W powyższym piśmie wskazano również, że biegły w ramach opinii wykorzystał jedynie z danych z dokumentów złożonych przez T. Spółka z o.o. pomijając źródła wskazane przez Odwołującego.

Opinia Uzupełniająca 9/11/2017

Celem opinii uzupełniającej jest ustosunkowanie się do zastrzeżeń zawartych w piśmie procesowym Odwołującego - S. H. sp. z o.o. z dnia 6.11.2017r (DzK-KIO 19358/17)

Odnosząc się do postawionych zarzutów biegła podtrzymuje wydaną opinię 8/10/2017 w całości i wskazuje że argumenty podnoszone przez S. H. sp. z o.o. w piśmie nie zasługują na uwzględnienie

W ramach uzasadnienia opinii uzupełniającej wskazano, że podnoszone przez S. H. w piśmie z dnia 6.11.2017r zarzuty jakoby biegła odniosła się wyłącznie do materiałów, czy danych firmowych T. sp. z o.o. jest bezpodstawna. Biegła analizowała cały zakres dostarczonej jej dokumentacji, w tym także zapoznała się z „fragmentami” publikacji na które to materiały w piśmie z dnia 06.11.2017r powołuje się S. H. Biegła wyjaśnia, że nie powołała się w swojej opinii na „zaznaczone markerem fragmenty” publikacji, które w dodatku zostały przetłumaczone w sposób fragmentaryczny, tak jak oczekiwałyby tego S. H. Sp. z o.o. Publikacja naukowa ma swoją wartość tylko wówczas gdy:

- czyta się ją w całości;
- powołuje się na określone źródła literaturowe zawarte w publikacji i można się w każdej chwili do nich odwołać;
- przytacza się jej fragmenty (cytuje się ją) zgodnie z przyjętym na świecie standardem naukowym.

Przedłożone do analizy biegłej „szczętki” tytułów naukowych nie spełniają żadnego z powyższych standardów, a zatem nie mają żadnych z znamion, które pozwoliły by uznać zgromadzony materiał za wartościowy i użyteczny dla niniejszej sprawy. Należy przy tym także wskazać, że nie jest rolą biegłego gromadzić materiał dowodowy (a więc szukać go np. w Internecie by móc się odnieść w całości co obecnie zarzuca biegłemu S. w piśmie z dnia 06.11.2017r), szukać i sprawdzać skąd pochodzą owe publikacje jakie jest ich źródło. W dodatku, wskazać należy, że zaznaczanie wyłącznie fragmentów wyrwanych z kontekstu, poddanych z konkretnym zamiarem tłumaczeniu na j. polski, które w odwołaniu mają być podstawą analizy biegłego jest działaniem wykraczającym poza standard jakiegokolwiek pracy naukowej. Zdaniem biegłej analizując materiał sporny, nie można powoływać się jedynie na „wybrane fragmenty publikacji”, które nie mają w takim ujęciu żadnej wartości, bowiem właśnie to świadczyłoby o braku jakiegokolwiek logiki, a także nierzetelnej i wewnętrznie sprzecznej pracy biegłego, a co w konsekwencji mogłoby skutkować nie uwzględnienie tak

sporządzonej opinii - jak sugeruje w piśmie S. H. sp. z o.o. przez KIO. Stąd też jest to jeden z powodów dla których te materiały zostały pominięte. Ponadto, zdaniem biegłej takie dokumenty, przedstawione do oceny nie mają żadnej wartości z punktu widzenia analizowanej sprawy. Biegła w swojej opinii powołała się na „twarde dowody” zgromadzone w aktach postępowania, a więc materiał złożony w formie oświadczenia podpisanego przez przedstawiciela T. sp. z o.o. oraz dane podane w ofercie T. sp. z o.o. Trudno w tym momencie zgodzić się z S. H. sp. z o.o., która prawdopodobnie jest nie niezadowolona z rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego - że oświadczenie T. Sp. z o.o. podpisane przez osobę uprawnioną jest dokumentem do których biegła nie powinna sięgać czy odnosić się w swojej opinii. Biegła nie zgadza się także, z tezą że może to świadczy o jej nierzetelnej pracy jak biegłego.

Należy wskazać, że rolą biegłego jest ocena sprawy w oparciu o jego najlepszą wiedzę oraz zgromadzony w aktach materiał dowodowy, przedstawiony biegłemu do oceny, co w niniejszej sprawie zostało uczynione. Fakt powoływania się na źródło jakim jest Wikipedia miało na celu wyłącznie sposób zrozumiały wyjaśnienie pojęcia „akwizycji”, w sposób zrozumiały dla ogółu społeczeństwa, a zatem nie może to być podstawą zarzutu do pracy biegłego.

Także w sposób szczególny, wymaga odniesienie się do zarzutu jakoby biegła nie zrealizowała postanowienia KIO 1441/17. Zgodnie z przytoczonym wyżej postanowieniem biegły miał się ściśle ustosunkować do tezy zawartej w dokumencie KIO 1441/17 z dnia 9 sierpnia 2017r tj. do: „wydania opinii w przedmiocie spełnienia przez zaoferowane przez Wykonawcę T. sp. z o.o. urządzenie wymogu, że urządzenie to musi umożliwiać akwizycję min. 128 submilimetrowych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg.”, co także zostało uczynione. Biegła wyjaśniła, że jej zdaniem wymóg zawarty w postanowieniu i SIWZ został przez urządzenie spełniony. W tym miejscu wskazać należy, że w postanowieniu teza nie brzmiała tak jak to w piśmie z dnia 06.11.2017r sugeruje S. H. sp z o. o. a więc „Czy zaoferowane przez Wykonawcę T. sp. z o.o. urządzenie w postaci tomografu komputerowego spełnia wymagania określone w treści SIWZ punkt 27 załącznika nr 2 (po jego ostatecznym brzmieniu wynikających z udzielonych wyjaśnień oraz modyfikacji siwz)”. Jest to nadinterpretacja w której S. H. sp z o.o. sugeruje jak biegły ma interpretować dokumenty przedłożone jej do oceny co jest niedopuszczalne

Biegła wyjaśnia, że zapoznała się zarówno z treścią pytań i odpowiedzi z dnia 10.05.2017 r. jak również z modyfikacją SIWZ z dnia 10.05.2017r. Biegła uznała, że w świetle okoliczności iż w dniu 10.05.2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania jak również 10.05.2017 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ przekazując formularz potencjalnym Wykonawcą po

modyfikacji w którym nie zamieścił wymogu w takiej formie jak wskazuje S. H. Sp. z o.o., brak jest podstaw aby uznać stanowisko Siemens za zasadne w niniejszej sprawie. Zamawiający w zmodyfikowanym formularz z dnia 10.05.2017r nie zamieścił udzielonej na pytanie 130 interpretacji w zakresie punktu 27 SIWZ w którym wskazałby na wymóg - jakoby miałby on być spełniony przez urządzenie poprzez wyłączenie uznania, że urządzenie spełni wymóg, jeśli ilość kanałów elektronicznych osi — z biorących udział w akwizycji danych obrazowych będzie 128. Skoro T. sp. z o.o. oświadczyła, że wymóg SIWZ w brzmieniu podanym przez Zamawiającego spełnia i wskazuje na fakt że urządzenie posiada 143360 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora, to nie ma podstaw ku temu, aby biegły to kwestionował zwłaszcza że wymóg Zamawiającego zawarty w SIWZ po modyfikacji nie precyzował że zamawiający ma na myśli wyłącznie 128 kanałów elektronicznych osi - z. W świetle powyższego, biegły podtrzymał swoją opinię w całości, a ponadto wniósł o nie uwzględnianie stanowiska S. H. zawartego w piśmie z dnia 06.11.2017 r.

Oprócz powyższych dowodów Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:

Na wniosek wykonawcy T. Spółka z o.o.:

1. Dowód w postaci oświadczenia producenta o danych technicznych systemu (...) w konfiguracji (...), podpisanego przez H. R. S. – Senior Regional Managera „Central Europe” w ramach którego producent oświadczył, że system w konfiguracji (...) umożliwia uzyskanie 160 zestawów danych surowych (143360 elektronicznych kanałów akwizycyjnych) w trakcie jednego obrotu układu lampy rtg – detektor wykorzystywane do rekonstrukcji 160 warstw submilimetrycznych dla jednej energii promieniowania. Tomograf komputerowy wykorzystuje technologię (...) podwajającą liczbę informacji uzyskanych z detektora w pełnym obrocie (o 360°) układu lampy detektor. Do powyższego oświadczenia zostało dołączone pełnomocnictwo wraz z jego tłumaczeniem dla p. H. R. S.
2. Fragmentu dokumentu (str. 1) zatytułowanego „Multislice Helical CT Scanner (...)no. MPDCT0532EAF wraz z jego tłumaczeniem;

Na wniosek Odwołującego:

1. Dwóch wypisów z ulotek reklamowych urządzenia (...)160 wraz z ich tłumaczeniem;
2. Wypisu fragmentu podręcznika użytkownika urządzenia (...) produkcji GE;
3. Strony 267 podręcznika „Tomografia komputerowa. Zasady fizyczne, zastosowania kliniczne i kontrola jakości. Edycja czwarta. Dr inż. Euclid Seeram, FCAMRT. Obrazowanie medyczne i radiologia, University of Sydney, Australia wraz z tłumaczeniem;

4. Strony 35 artykułu z Computed Tomography wydanego przez Toshiba Medical Systems 2009 zatytułowanego „Tryb podwojenia warstwy w rekonstrukcji obrazu CT” J. Blobel, H. de Vries, R. Irwan, Y. Ogawa wraz z tłumaczeniem;
5. Abstraktu zatytułowanego „Algorytm rekonstrukcji sprzężonej wiązki stożkowej” autorstwa Jiang Hsieh, Xiangyang Tang, Jean-Baptiste Thibault, Charles Shaughnessy, Roy A. Nilsen, Eugene Williams wraz z tłumaczeniem;
6. Stron. 3, 93 oraz 410 podręcznika „Tomografia komputerowa. Zasady fizyczne, zastosowania kliniczne i kontrola jakości. Edycja czwarta. Dr inż. Euclid Seeram, FCAMRT. Obrazowanie medyczne i radiologia, University of Sydney, Australia wraz z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego języka angielskiego;
7. Stron 2 oraz 3 wraz z tłumaczeniem Raportu AAPM Nr 96 (Amerykańskiego Stowarzyszenia Fizyków w Medycynie) wraz z notą biograficzną tej organizacji.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa tomografu komputerowego wraz z adaptacją pomieszczeń o parametrach wskazanych w treści załącznika nr 2 do SIWZ zatytułowanego „Opis parametrów technicznych”.

Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ zatytułowanego Opis parametrów technicznych – dział III Parametry skanowania w poz. 27 tabeli w kolumnie „Parametry techniczne” zostało wskazane, że: *„Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa – detektor dla jednej energii promieniowania rtg”*. Powyższy parametr był punktowany w ramach kryteriów oceny ofert z następującą punktacją

- od 128 do 159 warstw – 0 pkt;
- od 160 – 511 warstw – 2 pkt;
- 512 i więcej warstw – 5 pkt.

Zgodnie z Rozdziałem V. SIWZ zatytułowany WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA POSTAWIONYCH WARUNKÓW / WYMAGAŃ w tabeli zawartej w SIWZ Zamawiający wskazał:

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

5. Opis parametrów technicznych – wypełniony w rubryce "Parametry Oferowane" i podpisany przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny Wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem) potwierdzający spełnianie wymagań dotyczących oferowanego sprzętu (stanowiący zał. nr 2 do SIWZ) załączony dodatkowo w postaci elektronicznego nośnika – w formie płyty CD/DVD (w formacie Word).

6. Oświadczenie Wykonawcy, że dysponuje kompletem dokumentów dopuszczających do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (t.j.: Dz.U. 2017 poz. 211) w zakresie oferowanego tomografu komputerowego oraz, że na każde żądanie Zamawiającego, przedstawi poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopie (wg zał. nr 4 do SIWZ).

7. Informacje (w języku polskim, a dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę) na temat oferowanego przedmiotu zamówienia (np. strony katalogowe, ulotki informacyjne), potwierdzające spełnienie wymagań określonych w zał. nr 2 do SIWZ. Każdy parametr wymagany w opisie parametrów technicznych ma być potwierdzony stroną katalogową/ulotką informacyjną z zaznaczeniem konkretnego punktu tabeli.

Zgodnie z Rozdziałem VIII SIWZ zatytułowanym „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY” Zamawiający w pkt 1 zatytułowanym „Wymagania podstawowe” zawarł m.in. następujące postanowienia:

2) Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.

7) Wzory dokumentów dołączonych do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej zgodnej z niniejszą SIWZ formie.

8) Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych wzorów dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków).

3. Forma oferty

1) Oferta musi być złożona w formie pisemnej w języku polskim pod rygorem nieważności, w formie zapewniającej czytelność jej treści oraz sporządzona w formacie nie większym niż A4. Arkusze o większych formatach należy złożyć do formatu A4.

- 2) Stosowne wypełnienia miejsc wykropkowanych we wzorach dokumentów, stanowiących załączniki do niniejszej Specyfikacji i wchodzących w skład oferty, mogą być dokonane komputerowo, maszynowo lub odręcznie (czytelnie, wyłącznie długopisem lub piórem z niebieskim lub czarnym tuszem / atramentem).
- 3) Poprawki muszą być naniesione czytelnie i opatrzone podpisami osób uprawnionych do reprezentowania Wykonawcy.
- 4) Wszystkie miejsca w ofercie, w których Wykonawca naniósł poprawki lub zmiany wpisywanej przez siebie treści muszą być parafowane przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny Wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem).
- 5) Dokumenty, przygotowane samodzielnie przez Wykonawcę, na podstawie wzorów stanowiących załączniki do niniejszej Specyfikacji, muszą mieć formę wydruku komputerowego lub maszynopisu.
- 6) Całość oferty musi być złożona w formie uniemożliwiającej jej przypadkowe zdekompletowanie – arkusze (kartki) oferty muszą być zszyte, zbindowane lub połączone w jedną nierozłączną całość inną techniką.
- 7) Wszystkie zapisane strony oferty muszą być kolejno ponumerowane i opatrzone podpisem (parafką) osób upoważnionych do reprezentowania Wykonawcy (zgodnie z dokumentem określającym status prawny Wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem).
- 8) Dokumenty, wchodzące w skład oferty, mogą być przedstawione w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Zgodność z oryginałem wszystkich kopii dokumentów, wchodzących w skład oferty, musi być potwierdzona przez upoważnionego przedstawiciela (przedstawicieli) Wykonawcy, (zgodnie z dokumentem określającym status prawny Wykonawcy lub dołączonym do oferty pełnomocnictwem).

4. Zawartość oferty

Oferta musi zawierać wszystkie dokumenty wymienione w rozdziale V.1 niniejszej SIWZ pkt 1-3 tabeli, wstępnie potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę stawianych mu warunków / wymagań. Dokumenty składające się na ofertę powinny być ułożone w kolejności zgodnej z tabelą w rozdziale V.1.

Wykonawca S. H. Spółka z o.o. pismem z dnia 05.05.2017 r. zwrócił się do Zamawiającego z następującym pytaniem, działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp: „dotyczy załącznika nr 2 do SIWZ – opis parametrów technicznych – pkt III.27. Prosimy o potwierdzenie, że sformułowanie: akwizycja min. 128 submilimetrowych warstw oznacza uzyskiwanie min. 128 zestawów danych surowych (min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie obrotu układu lampa rtg – detektor, wykorzystywanych do rekonstrukcji min. 128 warstw submilimetrowych”.

Zamawiający pismem z dnia 10.05.2017 r. zatytułowanym „Modyfikacja treści SIWZ i odpowiedzi na pytania do SIWZ” działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp udzielił m.in. odpowiedzi na pytanie nr 130 (Dotyczy załącznika nr 2 do SIWZ – Opis parametrów technicznych – pkt III.27.) Prosimy o potwierdzenie, że sformułowanie: akwizycja min. 128 submilimetrycznych warstw oznacza uzyskiwanie min. 128 zestawów danych surowych (min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie obrotu układu lampa rtg – detektor, wykorzystywanych do rekonstrukcji min. 128 warstw submilimetrycznych”.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że sformułowanie: akwizycja min. 128 submilimetrycznych warstw oznacza uzyskanie min. 128 zestawów danych surowych (min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie obrotu układu lampa rtg – detektor, wykorzystywanych do rekonstrukcji min. 128 warstw submilimetrycznych.

Do powyższego pisma został dołączony zmodyfikowany załącznik nr 1 (Załącznik nr 2 do SIWZ po modyfikacji z dnia 10.05.2017 r.), gdzie w tabeli zatytułowanej „Opis parametrów technicznych” III Parametry skanowania w poz. 27 tabeli w kolumnie „Parametry techniczne” zostało wskazane, że: *„Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 128 submilimetrycznych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa – detektor dla jednej energii promieniowania rtg”*. Powyższy parametr był punktowany w ramach kryteriów oceny ofert z następującą punktacją

- od 128 do 159 warstw – 0 pkt;
- od 160 – 511 warstw – 2 pkt;
- 512 i więcej warstw – 5 pkt.

W powyższym załączniku pod tabelą Zamawiający zawarł następującą wzmiankę: *„Parametry techniczne opisane powyżej, z wyłączeniem pkt 16, 57, 61, 78, 79, 80, 88, 98, 99, 111 tabeli, są parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Niespełnienie przez Wykonawcę chociażby jednego wymaganego parametru, skutkować będzie odrzuceniem oferty”*.

Wykonawca T. Spółka z o.o. pismem z dnia 12.05.2017 r. wskazał, że w nawiązaniu do modyfikacji z dnia 10.05.2017 r. w zakresie pytania i odpowiedzi oznaczonej numerem 130, że taka interpretacja parametru technicznego wymaganego zapisami punktu III.27 uniemożliwia T. Spółka z o.o. złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty. Wykonawca ten wskazał ponadto, że uzyskiwanie min. 128 zestawów danych surowych (min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie obrotu układu lampa rtg-detektor, wykorzystywanych do rekonstrukcji min. 128 warstw submilimetrycznych jest rozwiązaniem technologicznym charakterystycznym dla 64 rzędowych systemów tomografii komputerowej oferowanych przez firmy Siemens i Philips. Podwajanie liczby warstw w

stosunku do liczby rzędów w sposób wymagany modyfikacją dokonaną przez Zamawiającego (FFS – pływające ognisko), jest tylko jedynym z rozwiązań technologicznych oferowanych przez poszczególnych producentów systemów tomografii komputerowej i umożliwiających podwojenie liczby warstw w stosunku do liczby rzędów detektora. Następnie wykonawca T. Spółka z o.o. wskazał w powyższym piśmie „Czy w związku z powyższym Zamawiający zrezygnuje z rozumienia parametru wymaganego w pkt III.27 jak w odpowiedzi na pytanie nr 130 (Pismo Zamawiającego z dnia 10.05.2017 r. „Modyfikacja treści SIWZ i odpowiedzi na pytania do SIWZ) i dopuści rozwiązanie technologiczne alternatywne do technologii opisanej przez Zamawiającego i umożliwiającej akwizycję min. warstw submilimetrycznych badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa – detektor dla jednej energii promieniowania rtg?”.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania wykonawca T. Spółka z o.o. złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 2.540.040,00 złotych brutto oferując urządzenie (...) w konfiguracji (...).

Na str. 5 oferty (str. 3 załącznika nr 2 do SIWZ) wykonawca T. Spółka z o.o. w poz. 27 tabeli zaferował parametr wpisując: „TAK, zgodnie z wymogiem parametru. Tomograf komputerowy umożliwiający uzyskanie 160 zestawów danych surowych (143360 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie jednego obrotu układu lampa rtg – detektor wykorzystywane do rekonstrukcji 160 warstw submilimetrycznych dla jednej energii promieniowania. *Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 10.05.2017.*

Na str. 13 oferty wykonawca T. Spółka z o.o. zamieścił dokumentację techniczną oferowanego urządzenia, gdzie dla detektora w ramach parametru „Ilość rzędów detekcyjnych/warstw zostało wskazane m.in., że: 160 warstw o grubości 0,5 mm badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg w trybie pracy sekwencyjnej (aksjalnej) i spiralnej w pełnym polu widzenia”.

Wykonawca T. Spółka z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 07.06.2017 r., (w związku z najwyższą oceną przyznaną ofercie ww. wykonawcy, wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp m.in. do dokumentów celem wykazania spełnienia przez oferowane dostawy określonych przez Zamawiającego wymagań) przedstawił m.in. dokumentację techniczną dla oferowanego urządzenia, z której wynika, że tomograf komputerowy serii (...) dysponuje rozwiązaniem Conexact™ z technologią podwojenia warstw.

Jak wynika z załącznika nr 1 do informacji o złożonych ofertach (zestawienie oferowanych parametrów technicznych) wykonawca G. M. S. P. Spółka zaferował parametr nr 27 na

poziomie 128 warstw, wykonawca S. H. Spółka z o.o. na poziomie 128 warstw, zaś wykonawca T. Spółka z o.o. na poziomie 160 warstw.

Zamawiający pismem z dnia 30.05.2017 r. zwrócił się do wykonawcy T. Spółka z o.o., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. „W załączonym do oferty *Opisie parametrów technicznych* pferow3anego przez Państwa urządzenia, w pkt 27 tabeli podali Państwo informację, że zaoferowany tomograf komputerowy umożliwia uzyskanie 160 zestawów danych surowych (143360 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie jednego obrotu układu lampa rtg – detektor wykorzystywane do rekonstrukcji 160 warstw submilimetrowych dla jednej energii promieniowania. Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy liczba 143360 nie została wpisana omyłkowo. Jeżeli nie, prosimy o wyjaśnienie z czego wynika wskazana powyżej wartość”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca T. Spółka z o.o. pismem z dnia 01.06.2017 r. wskazał, co następuje.

„(...) wyjaśniamy i potwierdzamy, że liczba elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora zaoferowana w pkt 27 tabeli „Opis parametrów technicznych” jest prawidłowa i nie została wpisana omyłkowo. Zamawiający pismem z dnia 10.05.2017 dokonał modyfikacji treści SIWZ i udzielił odpowiedzi na pytania do SIWZ. Odpowiedzią na pytanie nr 130 dokonał interpretacji treści parametru zawartego w dot. III.27 Załącznika nr 2 do SIWZ. Parametr ma brzmienie cyt. *„Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 128 submilimetrowych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa – detektor dla jednej energii promieniowania rtg”*. Zamawiający potwierdził, że w tym punkcie sformułowanie akwizycja min. 128 submilimetrowych warstw oznacza uzyskanie min. 128 zestawów danych surowych (min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora) w trakcie obrotu układu lampa rtg – detektor wykorzystywanych do rekonstrukcji min. 128 warstw submilimetrowych. W tabeli „Opis parametrów technicznych” Załącznika nr 2 do SIWZ. W kolumnie „Parametry oferowane” Zamawiający wymagał podania wartości oferowanych parametrów. Biorąc pod uwagę powyższe oraz interpretację brzmienia parametru, w której Zamawiający wprowadził wymóg graniczny w postaci minimalnej liczby elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora Wykonawca, firma T. te wartość podał. Wartość 143360 wynika z przemnożenia rzeczywistej liczby elementów detektora (tj. 80 rzędów detektora x 896 kanałów) przez 2 i oznacza liczbę elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora. Podwojenie, wynika z faktu, iż forma Toshiba w oferowanych tomografach stosuje technologię (...) podwajająca liczbę informacji uzyskanych z detektora w pełnym obrocie (o 360°) układu lampa detektor.

W dniu 03.07.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

I. W przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszą uznano ofertę firmy:

T. Sp. z o.o., (...)

- oferta spełnia warunki i wymagania postawione w postępowaniu, uzyskała 91,87 punktów w kryterium oceny ofert (w kryterium: Cena – 60,00 pkt, w kryterium: Parametry techniczne – 11,87 pkt, w kryterium: Okres gwarancji - 15,00 pkt, w kryterium: Termin płatności - 5,00 pkt).
Ww. oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

II. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyły również firmy:

1. G. M. S. P. Sp. z o.o., (...)

- oferta uzyskała 82,71 punktów w kryterium oceny ofert (w kryterium: Cena – 51,33 pkt, w kryterium: Parametry techniczne – 11,38 pkt, w kryterium: Okres gwarancji - 15,00 pkt, w kryterium: Termin płatności - 5,00 pkt);

2. S. H. Sp. z o.o., (...)

- oferta uzyskała 80,11 punktów w kryterium oceny ofert (w kryterium: Cena – 50,19 pkt, w kryterium: Parametry techniczne – 9,92 pkt, w kryterium: Okres gwarancji - 15,00 pkt, w kryterium: Termin płatności - 5,00 pkt).

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 13.07.2017 r. wniósł odwołanie.

Zamawiający pismem z dnia 24.07.2017 r. złożył oświadczenie woli wskazując, iż uwzględni w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania, które miało miejsce dnia 25 lipca 2017 r., Przystępujący T. sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

W tym samym dniu Przystępujący G. M. S. P. Spółka z o.o. złożył oświadczenie woli, iż nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba, mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w całości, oraz brak sprzeciwu ze strony jednego z przystępujących po stronie

Zamawiającego - G. M. S. P. Spółka z o.o., (...) uznała, że postępowanie odwoławcze, w zakresie zarzutów skierowanych wobec oferty ww. wykonawcy, podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

W zakresie pozostałych zarzutów, tj. zarzutów wobec oferty T. Spółka z o.o. Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, iż Odwołujący niezgodności treści oferty tego wykonawcy upatruje w kontekście wymogu zawartego w pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ zawierającego opis parametrów technicznych.

Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uznała, że ocena tego materiału w kontekście podniesionych zarzutów wymaga wiadomości specjalnych, co poskutkowało powołaniem z urzędu dowodu z opinii biegłego.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego nawet posiadanie przez sąd (w tym przypadku skład orzekający Izby) wiedzy i wiadomości specjalnych umożliwiających ocenę zgromadzonego materiału dowodowego, nie jest przesłanką odstąpienia od powołania biegłego, gdyż powyższe spowodowałoby odebranie stronom postępowania prawa do polemiki z taką oceną dokonaną przez sąd. Nadto strony i uczestnicy postępowania informację o tej ocenie, jej prawidłowości i przebiegu rozumowania o faktach, uzyskiwałyby dopiero na etapie uzasadnienia wydanego orzeczenia. Oznacza to, iż organ orzekający nie może wykorzystać posiadanej wiedzy specjalistycznej, gdyż powyższe właśnie stanowiłyby rażące naruszenia zasady kontrydiktoryjności postępowania i bezstronności składu orzekającego. Takie postępowanie odbierałoby stronom prawo do udowodnienia swoich twierdzeń, w tym przedkładania dowodów na odparcie dowodów strony przeciwnej, jak również uniemożliwiłoby odniesienie się do oceny zgromadzonego materiału dowodowego, którego ocena wymaga wiadomości specjalnych i tym samym weryfikacji tej oceny przy użyciu własnych ekspertów mogących ewentualnie podważyć i zakwestionować zawarte w opinii biegłego wnioski i sposób ich uzyskania.

Na powyższe wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 października 2011 r. (sygn. akt III CSK 3/11) wskazując, że: *„jeżeli rozstrzygnięcie sprawy wymaga wiadomości specjalnych, tj.*

wykraczających poza zakres wiedzy powszechnie dostępnej przeciętnie wykształconemu ogółowi, to zawnioskowany dowód z opinii biegłego powinien być przeprowadzony, choćby ktokolwiek ze składu orzekającego takie wiadomości posiadał. Odmienne stanowisko pozbawiłoby strony możliwości stawiania pytań i krytyki określonego poglądu i prowadziłoby do niedopuszczalnego połączenia funkcji sędziego i biegłego.” Teza ta potwierdzona jest także innymi orzeczeniami Sądu Najwyższego, w tym w wyroku z dnia 19 grudnia 1990 r., (sygn. akt I PR 148/90, OSP 1991, nr 11, poz. 300) i z dnia 18 lipca 1975 r., (sygn. akt I CR 331/75, LEX nr 7729).

A zatem o konieczności powołania dowodu z opinii biegłego decydują okoliczności danej sprawy (istnienie faktów, których ocena wymaga wiedzy specjalistycznej) oraz sama zasada kontradiktoryjności, na co wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt V CSK 381/11. W jego uzasadnieniu Sąd wskazał, iż *„kontradiktoryjność procesu wymaga zapewnienia, aby strony mogły przedstawić swoje racje i dowody istotne dla rozstrzygnięcia sprawy na rozprawie, z możliwością ustosunkowania się do nich. Zamknięcie rozprawy jest możliwe dopiero, gdy postępowanie dowodowe zostanie zakończone. Wyjątek w art. 224 § 2 k.p.c. dotyczy takich okoliczności, które nie wymagają rozprawy. Nie należy do nich przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, nawet jeśli opinia ta ma być tylko uzupełniona, ale stanowi podstawowy dowód rozstrzygnięcia w zakresie wysokości odszkodowania, która to wysokość, jak i samo odszkodowanie są kwestionowane przez pozwanego.”* W powyższym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał ponadto, iż wadliwość postępowania dowodowego powoduje, że strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw.

Istotą dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego materiału dowodowego z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko prawidłowa identyfikacja faktów. Biegły bowiem nie tylko ocenia fakty przy uwzględnieniu wiadomości specjalnych, ale również pozwala ustalić stan faktyczny, tj. dostrzega on fakty, których bez wiadomości specjalnych dostrzec nie sposób.

Tak też wskazał w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt I CSK 200/11), gdzie wyraził pogląd, iż: *„dowód z opinii biegłego nie służy uzupełnianiu twierdzeń strony o faktach czy nawet do czynienia ustaleń w zakresie faktów możliwych do stwierdzenia na podstawie innych środków dowodowych. Dowód ten może być wykorzystany do weryfikowania wymagających wiedzy specjalnej powiązań między ustalonymi faktami albo do wyprowadzenia z tych faktów wniosków, których sformułowanie wymaga wiedzy specjalistycznej (art. 278 k.p.c.).”*

Co do samej inicjatywy dowodowej w przedmiocie powołania dowodu z opinii biegłego wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt V CSK 382/10) wskazując, że: „w sytuacji, w której uzyskanie wiadomości specjalnych zapewnia wyłącznie opinia biegłego, to w braku odpowiedniej inicjatywy dowodowej strony niedopuszczenie dowodu z takiej opinii stanowi naruszenie art. 232 zd. drugie k.p.c., gdy przeprowadzenie przez sąd z urzędu tego dowodu stanowi jedyny sposób przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu.” Analogicznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r. (sygn. akt V CSK 202/11).

Zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba ma prawo dopuścić dowód niewskazany przez stronę, natomiast art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że rozprawę zamyka się, jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Przepisy te oznaczają, iż w procedurze odwoławczej przed Izbą obowiązuje nie tylko kontrydiktoryjność jako taka i jako cel postępowania sam w sobie, ale przede wszystkim dążenie do prawdy materialnej (obiektywnej). Jest to bardzo słuszne założenie ustawodawcy, biorąc pod uwagę wagę spraw, które rozpatruje Izba, oraz to, że dotyczą one wydatkowania środków publicznych, zatem powinny być rozpatrywane z wyjątkową starannością. To, że Izba nie ma obowiązku wymuszania na stronach ani zastępowania stron w wypełnianiu obowiązku przedstawiania dowodów – co jest oczywiste – nie oznacza, że w przypadku, kiedy uzna to za wskazane dla rzetelności rozpoznania środka ochrony prawnej, nie może powołać dowodu z urzędu (zresztą podobnie jak sąd).

Za powołaniem z urzędu dowodu z opinii biegłego przemówiły również stanowiska wykonawcy T. Spółka z o.o. oraz S. Spółka z o.o. zaprezentowane w ramach sprawy odwoławczej rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 1775/10, w szczególności co do roli i funkcji algorytmu rekonstrukcyjnego coneXact™.

Tym samym Izba kierując się powyższymi okolicznościami oraz stanowiskiem sądów powszechnych powołała dowód z opinii biegłego.

Z wniosków opinii biegłego p. dr A. R. przy Sądzie Okręgowym w Bydgoszczy w zakresie specjalności „sprzęt medyczny – ocena fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej, wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej” o numerze 7/10/2017, opracowanej w oparciu o całość dokumentacji akt sprawy, odnoszącej się do zarzutów odwołania, wynika co następuje.

Po przeanalizowaniu przesłanej dokumentacji, zdaniem biegłego urządzenie firmy T. sp z o.o. (...) w konfiguracji (...) **spełnia wymóg** określony przez Zamawiającego w zakresie punktu 27 „akwizycji min. 128 submilimetrowych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampa-detektor dla jednej energii promieniowania rtg. ”

Izba przyjęła wnioski wynikające z opinii biegłego wraz z ustaleniem faktów i ich oceną oraz ustosunkowaniem się do zgłoszonych zastrzeżeń Odwołującego – S. H. Spółka z o.o., za dowód w pełni wiarygodny, znajdujący oparcie w wymaganiach SIWZ, odpowiedziach na pytania Zamawiającego oraz w treści oferty wykonawcy T. Spółka z o.o., wraz z dodatkowymi wyjaśnieniami stron, załączonymi do protokołu rozprawy.

W ocenie Izby, wbrew stanowisko Odwołującego, opinia biegłego jest spójna i logiczna, ma jednoznaczny wydźwięk i opiera się w swoich ustaleniach na materiale dowodowym zgromadzonym w niniejszej sprawie. Izba również nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że biegły winien uwzględnić złożony w sprawie jako dowód wybrany przez Odwołującego fragment publikacji zatytułowanej „Computed Tomography, Physical Principles, Clinical Applications, and Quality Control” autorstwa Dr Euclid Seeram z Medical Imaging and Radiation Sciences University of Sydney, wydanie czwarte, uaktualnione, z 2016 roku. Odwołujący wskazał, że materiał ten został zupełnie pominięty przez biegłego, gdzie jak wskazał Odwołujący, na stronach: 3, 93 i 411 jest informacja o fazach tworzenia obrazu jak również interpretacji jak ilość kanałów danych w akwizycji pozostaje w relacji do ilości danych surowych, a w efekcie ilości obrazów uzyskiwanych z fazy akwizycji.

Izba w tym miejscu wskazuje, że publikacja ta nie może stanowić dowodu w ścisłym tego słowa znaczeniu, gdyż nie przesądza ona o faktach, lecz stanowi ich interpretację z uwzględnieniem wiedzy oraz poglądów jej autora. Jak wynika z samej argumentacji Odwołującego jest ona jedynie „(...) interpretacją jak ilość kanałów danych w akwizycji pozostaje w relacji do ilości danych surowych, a w efekcie ilości obrazów uzyskiwanych z fazy akwizycji (...)”. Izba ma świadomość skomplikowania materii objętej odwołaniem, jak również faktu, że na określone stanowisko może wpłynąć odpowiednie podejście i interpretacja do istniejących na rynku rozwiązań w zakresie sposobu zbierania, prezentacji, przetwarzania oraz gromadzenia danych w tomografach komputerowych.

W zależności bowiem od użytej w danym urządzeniu technologii odmiennego znaczenia mogą nabrać, z pozoru proste i jednoznaczne wymagania, w szczególności, gdy ich sformułowanie nie uwzględniało odmienności dostępnych na rynku w danej chwili rozwiązań. Tym samym, od wielu lat, za najbardziej miarodajne i pożądane, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, uznaje się parametry funkcjonalne – nie zaś suche dane techniczne stanowiące jedynie odzwierciedlenie jednego z wielu możliwych sposobów otrzymywania pożądanych funkcjonalności. Jednakże istotą sporu w ramach rozpoznawanego środka

ochrony prawnej jest zgodność oferowanego przez T. Spółka z o.o. urządzenia z wymogiem postawionym przez Zamawiającego (poz. III.27 tabeli załącznika nr 2 do SIWZ), w tym z całościowo ocenianą treścią SIWZ ukształtowaną w wyniku modyfikacji i odpowiedzi na zapytania wykonawców.

Izba uznała bowiem, iż zadane przez Odwołującego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pytanie, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi nr 130 w piśmie z dnia 10.05.2017 r. miało charakter intencjonalny i zmierzało *de facto* do ograniczenia konkurencji w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego typu sytuacja, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest wysokospecjalistyczny sprzęt elektroniczny (w tym wypadku urządzenie medyczne w postaci tomografu komputerowego) jest dość powszechna, zaś intencje takich działań są nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej przez wykonawcę celem ograniczenia rynku i uniemożliwienia innym wykonawcom udziału w postępowaniu.

Z analogiczną sytuacją mieliśmy do czynienia, chociażby w ramach odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1775/10, gdzie Zamawiający w odpowiedzi na pytanie o następującej treści: „Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający wymaga tomografu komputerowego umożliwiającego akwizycję min. 128 warstw w jednym obrocie układu lampy detektor dla skanu spiralnego oraz sekwencyjnego, tzn. posiadającego detektor o min 128 elektronicznych kanałach akwizycyjnych DAS (Data Acquisition System), umożliwiający zebranie, w każdej projekcji, min. 128 zestawów danych surowych do rekonstrukcji min. 128 warstw poprzecznych do osi skanowania (osi przesuwu podłużnego stołu) obiektu badanego. Doprecyzowanie tego wymagania pozwoli uniknąć ewentualnych konsekwencji dotyczących sposobu uzyskiwania warstw akwizycyjnych, które mogą prowadzić do konieczności ich rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą” udzielił następującej odpowiedzi: „Wymagane jest zebranie minimum 128 zestawów danych surowych - podczas każdej projekcji wykonywanej w czasie jednego obrotu układu lampy rtg - detektory, które to dane umożliwią rekonstrukcję minimum 128 warstw badanego obiektu poprzecznych do kierunku skanowania”. Odpowiedź ta i wynikająca z niej modyfikacja SIWZ w wyroku z dnia 2 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1775/10) została przez Izbę uchylona, ze względu na naruszenie zasad ujętych w treści art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać bowiem należy, iż rynek urzędów stanowiących przedmiot niniejszego postępowania ogranicza się w zasadzie do 4 producentów, zaś każdy z nich do uzyskiwania zbliżonych wyników diagnostycznych wykorzystuje zupełnie odmienne technologie. Stąd też rynek ten należy uznać za dość wrażliwy na naruszenia odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i możliwość wystąpienia, niedopuszczalnych prawem, ograniczeń w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Przechodząc na kanwę niniejszego sporu Izba wskazuje, że fakt powołania biegłego, sposób sformułowania pytania w postanowieniu z dnia 9 sierpnia 2017 r., zakres przekazanej biegłemu dokumentacji był podyktowany sposobem procedowania Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć rzeczywiście Zamawiający, w sposób nieuprawniony w ocenie Izby, przychylił się w odpowiedzi na pytanie nr 130 (udzielone w piśmie z dnia 10.05.2017 r.) do wniosku jednego z wykonawców (ściśle wniosku Odwołującego zawartego w piśmie z dnia 05.05.2017 r.) nie dokonał kompleksowej zmiany SIWZ w zakresie zgodnym z udzieloną przez niego odpowiedzią. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem biegłego, wyrażonym w opinii uzupełniającej nr 9/11/2017, że kwestionowany przez Odwołującego parametr w załączniku nr 2 do SIWZ pozostał w pierwotnym brzmieniu.

Do pisma z dnia 10.05.2017 r., zawierającego modyfikację SIWZ oraz odpowiedzi na pytania wykonawców, został dołączony, jak wskazał Zamawiający zmodyfikowany, załącznik nr 1 (Załącznik nr 2 do SIWZ po modyfikacji z dnia 10.05.2017 r.), gdzie w tabeli zatytułowanej „Opis parametrów technicznych” III Parametry skanowania w poz. 27 tabeli w kolumnie „Parametry techniczne” zostało wskazane, że: *„Tomograf komputerowy umożliwiający akwizycję min. 128 submilimetrowych warstw badanego obszaru w czasie jednego pełnego obrotu układu/układów lampy – detektor dla jednej energii promieniowania rtg”*.

Analizując ten dokument i jego rolę w procesie składania ofert Izba wskazuje, iż zawiera on wzorzec oświadczenia woli wykonawców, składanego w ramach procesu składania ofert - obejmującego deklarację parametrów granicznych. Porównanie odpowiedzi na pytanie nr 130 (zawarte w piśmie z dnia 10.05.2017 r.) oraz treść tego załącznika odnosząca się w pkt III.27 do tego samego parametru pozwala na wniosek, że oba te dokumenty pozostają wobec siebie w opozycji. W przypadku pkt III.27 załącznika nr 2 do SIWZ nie ma mowy o danych surowych, w tym brak jest dookreślenia, że urządzenie winno posiadać min. 128 elektronicznych kanałów akwizycyjnych detektora. Co najistotniejsze brak jest w jego treści odniesienia do osi – z, na którą w ramach wykładni tego parametru, powołuje się Odwołujący. Zdaniem Izby wykładnia prezentowana przez Odwołującego jest nadmiarowa i nie znajduje potwierdzenia w treści powyższego dokumentu. Mając na uwadze powyższe, pozostawienie przez Zamawiającego pkt 27 w rozdziale III załącznika nr 2 do SIWZ tego wymogu w pierwotnym brzmieniu, nie pozwalało na uwzględnienie argumentacji i interpretacji tego parametru przedstawionej przez Odwołującego.

Stąd też Izba uznała stanowisko biegłego wyrażone w opinii podstawowej oraz opinii uzupełniającej za w pełni uprawnione i zgodne ze stanem faktycznym. Biegły bowiem dokonał oceny spełnienia tego parametru, nie w oparciu o sugerowaną w sposób intencjonalny przez Odwołującego interpretację jego treści, lecz oparł się na materiale

procesowym przekazanym mu wraz z postanowieniem Izby z dnia 9 sierpnia 2017 r. Ocena spełnienia tego parametru, jako naturalna konsekwencja postawionego przez Odwołującego zarzutu w postaci art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, referującego do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, winna nastąpić w oparciu o treść tej ostatniej. Uzupełnianie jej treści, w tym jej uszczegóławianie o nie wynikające z niej elementy, stanowi wyjście poza brzmienie wymagań stawianych przez Zamawiającego, który co istotne, poza formalnym uwzględnieniem zarzutów odwołania w piśmie z dnia 24.07.2017 r., nie podjął się wyczerpującego uzasadnienia swojego stanowiska. Izba w tym miejscu wskazuje, że treść SIWZ w jej pełnym i ostatecznym brzmieniu jest wiążąca, zarówno dla podmiotu zamawiającego, wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również dla organów rozpoznających środki ochrony prawne oraz powołanego w tym przypadku biegłego, który co istotne, nie ma obowiązku poszukiwania faktów, lecz winien poddać ocenie te dokumenty z uwzględnieniem posiadanych wiadomości specjalnych. Jednocześnie w tym miejscu wskazać należy, że w ramach środków ochrony prawnej ocenie podlegają czynności podmiotu zamawiającego przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście podniesionych zarzutów, które obejmowały tylko i wyłącznie niezgodność treści ofert dwóch wykonawców z treścią SIWZ.

Mając na uwadze wypracowaną w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie wątpliwości interpretacyjne oraz wszelkie nieścisłości i rozbieżności wynikające z dokumentacji postępowania należy interpretować na korzyść wykonawców, Izba uznała, że celem oceny spełnienia przez zaoferowane przez wykonawców urządzenia (tomografy komputerowe) spornego parametru, należy przyjąć jego znaczenie wynikające z załącznika nr 2 do SIWZ zatytułowanego „Opis parametrów technicznych” w dziale III Parametry skanowania z poz. 27 tabeli. Jak wyżej wskazano załącznik ten stanowił wzór, składanego wraz z ofertą oświadczenia woli, zawierającego deklarację oferowanych parametrów granicznych i tym samym stanowił podstawowy dokument będący nośnikiem przedmiotowej części tego oświadczenia. To zatem jego ocena pozwala na przyjęcie zgodności treści oferty z treścią SIWZ w kontekście podniesionego jako zarzut odwołania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż podniesiony w odwołaniu wobec oferty T. Spółka z o.o. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż gdyby doszło do uznania w ramach rozpoznania odwołania, że Zamawiający dokonał pełnej i skutecznej modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 05.05.2017 r., doszłoby do nakazania Zamawiającemu unieważnienie prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba w całej rozciągłości podziela argumentację Przystępującego T. Spółka z o.o., że sugerowane przez wykonawcę S. H. Spółka z o.o.

rozumienie spornego parametru stanowiłoby niedopuszczalne prawem ograniczenie konkurencji do *de facto* jednego urządzenia na rynku właściwym obejmującym jedynie 4 producentów. Stąd też należałoby wówczas uznać, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....