

**Sygn. akt: KIO 2359/15**

**WYROK**

**z dnia 10 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2015 r. przez wykonawcę **Elekta Sp. z o.o., ul. Podbiłęty 52, 02-732 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego, ul. Zyty 26, 65-046 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **Candela Sp. z o.o., ul. Czarnieckiego 72, 01-541 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Elekta Sp. z o.o., ul. Podbiłęty 52, 02-732 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację wysokoenergetycznego przyspieszacza liniowego z opcją terapii 4D adaptacyjnych, stereotaktycznych z bramkowaniem oddechowym i fotonowymi wiązkami bezfiltrowymi oraz systemów planowania leczenia, weryfikacji i zarządzania wraz adaptacją bunkra. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 207-375300.

W dniu 30 października 2015 r. wykonawca Elekta Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), w szczególności wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez dobór parametrów granicznych w sposób nieobiektywny, utrudniający uczciwą konkurencję, nieodpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego i uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu,
2. naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez określenie parametrów i rozwiązań charakterystycznych dla urządzenia jednego, konkretnego producenta tzn. firmę Varian Medical Systems Inc., co skutkować będzie pozornością przetargu nieograniczonego wobec faktycznego dopuszczenia do postępowania tylko jednego podmiotu,
3. naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez ukształtowanie oceny parametrów, które promuje rozwiązania jednego, konkretnego producenta, a nie obiektywne walory użytkowe i funkcjonalne przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 2 co w konsekwencji mogłoby prowadzić do zawarcia nieważnej umowy i miałyby wpływ na wynik postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający fundamentalne zasady równego traktowania wykonawców, nieutrudniania uczciwej konkurencji oraz zasady właściwego opisywania przedmiotu zamówienia, w następstwie czego uniemożliwił odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty na dostawę przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Jak przy tym zauważył odwołujący, przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę, albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonywania zamówienia.

Odwołujący podał, że na świecie i w Polsce jest aktualnie aktywnych tylko dwóch producentów, których produkty mogłyby wypełnić wymagania zamawiających na podobny sprzęt, tzn. firma Varian Medical Systems i grupa firm Elekta, którą w Polsce reprezentuje odwołujący. W ocenie odwołującego, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że pozornie dopuszcza się złożenie oferty przez inne podmioty, jednak *de facto* tylko oferta firmy Varian Medical Systems nie będzie podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. W konsekwencji, całe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego opierać się będzie na fikcji stosowania dopuszczenia rozwiązań konkurencyjnych dopuszczając tylko jednego wykonawcę.

Zdaniem odwołującego, sposób opisu przedmiot zamówienia sugeruje przeświadczenie zamawiającego, że oferowane przez odwołującego rozwiązania nie posiadają prawidłowych parametrów technicznych uprawniających do użycia klinicznego w warunkach zamawiającego, i które stanowią o możliwości realizacji wysokospecjalistycznych procedur radioterapii, co pozostaje w jawnej sprzeczności z powszechną praktyką kliniczną, w szczególności stosowaną we wszystkich państwach Unii Europejskiej, w tym w Polsce - akceleratory oferowane przez odwołującego są w Polsce stosowane dla wszystkich procedur klinicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że fakt zastosowania przez odwołującego innych rozwiązań konstrukcyjnych i technologicznych niż opisane w parametrach, absolutnie nie oznacza braku przydatności do realizacji wszystkich procedur klinicznych w Polsce. Odwołujący uznał, że nie istnieją przesłanki upoważniające zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania poprzez uwypuklenie arbitralnie wybranych elementów

konstrukcji akceleratora, jako że te same procedury kliniczne mogą być skutecznie, a w pewnych przypadkach nawet z lepszym skutkiem, realizowane przy użyciu akceleratorów oferowanych przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 7.6

Odwołujący stwierdził, że tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, bowiem jest on charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Zdaniem odwołującego, różnica 9% w maksymalnej mocy dawki (2400 MU/min zamiast 2200 MU/min) nie ma uzasadnienia klinicznego, ponieważ szczytowa moc dawki w wysoko zmodulowanych planach leczenia jest wykorzystywana tylko przez bardzo krótki czas i tylko w ograniczonej liczbie planów. Zysk polegający na skróceniu czasu napromieniania jest marginalny i nie jest potwierdzony praktyką kliniczną.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 9.1

W ocenie odwołującego, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, gdyż parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Jak wskazał odwołujący, wyższe energie elektronowe niż 15 MeV nie mają uzasadnienia klinicznego, ponieważ dzięki współczesnym technikom napromieniania wiązkami fotonowymi, tj. modulacji IMRT można uzyskać lepszą konformalność rozkładu dawki, co bezpośrednio wpływa na narażenie tkanek zdrowych na promieniowanie. W przypadku napromieniania skóry metodą konwencjonalną, tj. wiązką elektronów lepsze dopromienienie powierzchni (efekt *build-up*) można uzyskać dzięki szerszemu spektrum energetycznemu w kierunku niższych energii, tj. 4 MeV.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO —TECHNICZNY pkt 10.6

Zdaniem odwołującego, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, bowiem parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący podał, iż jest to parametr, który został określony przez normy/zalecenia dopuszczające akceleratory do praktyki klinicznej. W opinii odwołującego, określenie tego parametru na poziomie  $\leq 0,3^\circ$  w żaden sposób nie wpływa na jakość oraz ilość realizowanych procedur radioterapii, ponieważ jest tylko jednym elementem w parametrach urządzenia wpływających na dokładność realizowanych procedur. Odwołujący zwrócił uwagę, że procedury kontroli jakości wymagane w radioterapii określają kontrolę dokładności ustawienia gantry na poziomie wartości  $0,5^\circ$ .

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 10.16

Odwołujący podniósł, iż tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian. Odwołujący stwierdził, że dla nowoczesnych technik napromieniania fotonami, tj. modulacji IMRT bardzo niski zakres mocy dawki, tj. 0-40 MU/min nie ma uzasadnienia klinicznego, ponieważ powszechnie dąży się do skrócenia seansu napromieniania, by pacjent krócej leżał na stole radioterapeutycznym (mniejsze ryzyko poruszenia).

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 10.18

Jak argumentował odwołujący, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, bowiem jest on charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian. W ocenie odwołującego, 9% różnica w maksymalnej mocy dawki (2400 MU/min zamiast 2200 MU/min.) nie ma uzasadnienia klinicznego, ponieważ szczytowa moc dawki w wysoko zmodulowanych planach leczenia jest wykorzystywana tylko przez bardzo krótki okres czasu i tylko w ograniczonej liczbie planów. Zysk polegający na skróceniu czasu napromieniania jest marginalny. Dodatkowo, praktyczna moc dawki w technikach dynamicznych jest możliwa wyłącznie przy dużej prędkości listków kolimatora i nie powinna być rozpatrywana samodzielnie.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 11.5

W przekonaniu odwołującego, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, jako że jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący wskazał, że w procedurach realizacji leczenia blat stołu terapeutycznego pozostaje w pozycji statycznej, dlatego niedokładność przesuwu blatu o wartości 0,5 mm nie ma żadnego znaczenia w procesie realizacji leczenia i nie wpływa na jakość oraz bezpieczeństwo leczenia.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 15.5

Odwołujący stwierdził, że tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, bowiem jest on charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Zdaniem odwołującego, nie ma uzasadnienia klinicznego umieszczenia panelu detektorów MV w izocentrum, bo tam pozycjonowany jest pacjent.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 15.9

W ocenie odwołującego, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu

jednego producenta-firmy Varian Medical Systems. Odwołujący podał, że funkcjonalność zmiany położenia detektora dotyczy możliwości zbierania obrazu w pełnym polu terapeutycznym, co jest w pełni realizowane przez akceleratory oferowane przez odwołującego, stąd określanie parametru w sposób, jak uczynił to zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 15.10

Odwołujący podniósł, iż tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący podał, że systemy obrazowania wykorzystują obraz do weryfikacji położenia pacjenta w pozycji terapeutycznej i niedokładność pozycjonowania detektora w pozycji przed wykonaniem obrazowania, nie stanowi o jakimkolwiek wpływie na ostateczną weryfikację ułożenia pacjenta. Dlatego określanie parametru w sposób, jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.12

Zdaniem odwołującego, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, bowiem jest on charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta-firmy Varian Medical Systems. Odwołujący wyraził pogląd, iż funkcjonowanie akceleratora w linii terapeutycznej jest związane ze współpracą wielu elementów i systemów, dlatego producenci wykorzystują różne metodologie integracji systemów w sposób zapewniający integralność, bezpieczeństwo oraz pewność definiowanych i realizowanych danych. Akceleratory oferowane przez odwołującego zapewniają pełną integrację oraz współpracę między systemami, realizując wszystkie wymagane działania funkcjonalne. Dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.13

Odwołujący wskazał, że tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, jako że parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Médical Systems. Odwołujący stwierdził, że funkcjonalność zmiany położenia detektora dotyczy możliwości zbierania obrazu w pełnym obszarze terapeutycznym, co jest w pełni realizowane przez akceleratory oferowane przez odwołującego, dlatego określanie parametru w sposób jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.16

W opinii odwołującego, parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący wskazał, że systemy obrazowania wykorzystują obraz do weryfikacji położenia pacjenta w pozycji terapeutycznej i niedokładność pozycjonowania detektora w pozycji przed wykonaniem obrazowania nie stanowi o jakimkolwiek wpływie na ostateczną weryfikację ułożenia pacjenta, dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.18

Jak zauważył odwołujący, tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty, gdyż parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący wyjaśnił, że pojemność cieplna lampy rtg wpływa na możliwość ciągłej pracy w czasie pełnego obrazowania pacjenta w procesie terapeutycznym. Wszyscy producenci dostarczają technologię, która zapewnia taki wymóg i pojemności cieplne lamp rtg posiadają bardzo duży zapas możliwości realizacji ciągłej pracy w celu wykluczenia możliwości przerwania obrazowania z tego powodu. Dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.19

Odwołujący podniósł, że tak sformułowane parametry uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametry te są charakterystyczne dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący argumentował, że elementy systemu obrazowania, tj. kolimator powinny spełniać wymagania funkcjonalne, które zamawiający opisuje. Jednak realizacja tych zadań jest wykonywana w różny sposób przez producentów systemu. Nie ma to jednak żadnego znaczenia z punktu widzenia realizacji procedur radioterapii. Dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.20

Zdaniem odwołującego, tak sformułowane parametry uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametry te są charakterystyczne dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący stwierdził, że funkcjonowanie akceleratora w linii terapeutycznej jest związane ze współpracą wielu elementów i systemów. Dlatego producenci wykorzystują różne metodologię integracji systemów w sposób

zapewniający integralność, bezpieczeństwo oraz pewność definiowanych i realizowanych danych. Akceleratory oferowane przez odwołującego zapewniają pełną integrację oraz współpracę między systemami, realizując wszystkie wymagane działania funkcjonalne jednocześnie nie wymagają instalacji oprogramowania systemu IGRT na stacji sterującej akceleratorem. Dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 17.2

Odwołujący argumentował, że tak sformułowany parametr uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametr ten jest charakterystyczny dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Zdaniem odwołującego, 9% różnica w maksymalnej mocy dawki (2400 MU/min zamiast 2200 MU/min) nie ma uzasadnienia klinicznego, ponieważ szczytowa moc dawki w wysoko zmodulowanych planach leczenia jest wykorzystywana tylko przez bardzo krótki okres czasu i tylko w ograniczonej liczbie planów. Zysk polegający na skróceniu czasu napromieniania jest marginalny.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 19.4

Odwołujący zauważył, że tak sformułowane parametry uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametry te są charakterystyczne dla specyfikacji produktu jednego producenta-firmy Varian Medical Systems. Zdaniem odwołującego, elementy systemu obrazowania powinny spełniać wymagania funkcjonalne związane z parametrami ilościowymi i jakościowymi. Jednak realizacja tych zadań jest wykonywana w różny sposób przez producentów systemu. Nie ma to jednak żadnego znaczenia z punktu widzenia realizacji procedur radioterapii. Dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 23.3

Jak podał odwołujący, tak sformułowane parametry uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej oferty - parametry te są charakterystyczne dla specyfikacji produktu jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odwołujący wyjaśnił, że funkcjonowanie akceleratora w linii terapeutycznej jest związana ze współpracą wielu elementów i systemów. Dlatego producenci wykorzystują różne metodologię integracji systemów w sposób zapewniający integralność, bezpieczeństwo oraz pewność definiowanych i realizowanych danych. Akceleratory oferowane przez odwołującego zapewniają pełną integrację oraz współpracę między systemami, realizując wszystkie wymagane działania funkcjonalne jednocześnie realizując ciągłość realizacji procedur pacjentów, którzy byli do tej pory leczeni



w ośrodku zamawiającego. Dlatego określanie parametru w sposób, w jaki to zrobił zamawiający jest tylko i wyłącznie próbą ograniczenia możliwości złożenia ważnej oferty przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 1.2

W przekonaniu odwołującego, zamawiający oceniając dodatkowo parametr wskazuje w sposób bezpośredni na rozwiązanie firmy Varian Medical Systems. Odwołujący zwrócił uwagę, że parametr ten wskazuje na jeden z elementów akceleratora, który uczestniczy w procesie generowania promieniowania, które może być skutecznie generowane przez rozwiązanie innego typu np. magnetron stosowane przez odwołującego. Odwołujący zauważył, że zainstalowana baza akceleratorów w Polsce i na świecie pokazuje, że obydwa rozwiązania nie wprowadzają ograniczeń we współczesnej radioterapii i mogą być stosowane alternatywnie.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 3.1

W ocenie odwołującego, zamawiający rażąco wysoko ocenia parametr oferowanego kolimator MLC, który nie znajduje uzasadnienia w praktyce klinicznej. Odwołujący wyraził pogląd, iż faworyzowanie rozwiązania technicznego polegającego na obecności dwóch szerokości listków w jednym kolimatorze (0,25 cm i 0,5 cm) bez wymogu wymiarów pełnego pola terapeutycznego 40 cm x 40 cm, wielkości transmisji promieniowania przez listki, prędkości poruszania się listków nie ma uzasadnienia klinicznego, i jest ograniczeniem jakości oraz możliwości oferowanego akceleratora wpływających w sposób negatywny na ostateczną konfigurację. Badania i opracowania naukowe publikowane na świecie pokazują, że w nowoczesnej radioterapii kolimator MLC HD 120 firmy Varian Medical Systems, nie posiada dodatkowych zalet (przykładem jest publikacja: Phys Med Biol. 2007 Jan 7;52(I):169-82. „Influence of the linac design on intensity-modulated radiotherapy of head-and-neck plans.”).

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 3.3

Odwołujący uznał, że zamawiający opisując parametr oceniany ogranicza konkurencyjność ofert w stosunku do potencjalnej oferty firmy Varian Medical Systems. Zdaniem odwołującego, opisywany parametr nie przedstawia wartości dodanej w stosunku do realizowanych nowoczesnych technik leczenia w radioterapii, na co wskazują publikowane wyniki porównań przygotowania i realizacji planów leczenia w wielu ośrodkach w Polsce i na świecie.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 3.4

Odwołujący stwierdził, że zamawiający opisując parametr oceniany ogranicza konkurencyjność ofert w stosunku do potencjalnej oferty firmy Varian Medical Systems. Jak wskazał odwołujący, zamawiający nie wymaga zaoferowania możliwości realizacji klina dynamicznego, a jednocześnie ocenia sposób jego realizacji. Sposób realizacji klina dynamicznego w akceleratorze, który odwołujący chciałby zaoferować, jest realizowany poprzez zmotoryzowany klin fizyczny oraz szczęki kolimatora. Odwołujący zauważył, że w przeciwieństwie do rozwiązania opisanego przez zamawiającego, oferowana technologia przez odwołującego, zapewnia możliwość definiowania i realizacji klina dynamicznego w dowolnym kierunku (dowolny kąt ustawienia klina względem wiązki promieniowania od 0 do 360 stopni) bez zmiany położenia kolimatora, zapewniając zamawiającemu dużo więcej możliwości w zakresie ilości kombinacji, a co za tym idzie, możliwości zastosowań w praktyce klinicznej. Opiszana przez zamawiającego technologia zapewnia realizację klina dynamicznego tylko w jednym kierunku, dlatego zamawiający opisując w ten sposób parametr, ogranicza zakres zastosowania tej funkcjonalności w praktyce klinicznej.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 4.2

W opinii odwołującego, poddając ocenie parametr wydajności zbierania informacji obrazowej przez detektor portalowy należy uwzględnić wiele elementów, a ilość ramek/sek jest tylko jednym z elementów, który samodzielnie nie stanowi o ostatecznym wyniku.

- Załącznik nr 1 do SIWZ- PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 4.4, 4.5, 6.1, 6.2, 6.3

Odwołujący podniósł, że zamawiający opisując ocenianą funkcjonalność merytoryczną określił jasno wymagania, jednak dodatkowo użył opisu, który uniemożliwia zaoferowanie opisywanej funkcjonalności oferentom innym niż firma Varian - oferowane na rynku inne systemy zapewniają możliwość realizacji opisywanej funkcjonalności, jednak w różny od opisanego sposób, nie utrudniając funkcjonalnie realizacji opisywanych funkcji. Dostępne technologie inne niż oferowana przez firmę Varian zapewniają możliwość pełnego wykorzystania funkcji poprzez integrację systemów z wykorzystaniem różnego rodzaju interfejsów. Takie rozwiązanie wspomaga funkcjonowanie ośrodka nawet w sytuacji, kiedy nastąpi awaria jednego z komponentów zintegrowanej linii terapeutycznej.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 5.1

Zdaniem odwołującego, poddając ocenie parametr wydajności zbierania informacji obrazowej przez detektor zintegrowanego systemu IGRT należy uwzględnić wiele elementów, a ilość ramek/sek jest tylko jednym z nich. O ostatecznym wyniku decyduje całość zastosowanej technologii. Parametrem istotnym funkcjonalności nie jest wydajność

zbierania informacji lecz szybkość przedstawienia obrazu operatorowi, która w wielu sytuacjach praktycznych jest wyższa dla rozwiązania oferowanego przez odwołującego.

- Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 5.2

Odwołujący stwierdził, że zamawiający opisując funkcjonalność w zakresie obsługi zintegrowanego systemu IGRT ograniczył możliwość złożenia konkurencyjnej oferty do rozwiązania firmy Varian Medical Systems. W ocenie odwołującego, funkcjonalność ustawiania ramion systemu ze sterowni pracowni akceleratorowej w żaden sposób nie podnosi jakości takiego systemu. Odwołujący wskazał, że procedura realizacji radioterapii oraz postępowania z pacjentem w pracowni akceleratorowej wymaga uczestnictwa dwóch techników elektroradiologii - wymaganie to zostało opisane w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej (Dz.U. z 2011 r. Nr 51, poz. 265). Procedury stosowane w radioterapii, które mają również odzwierciedlenie w cytowanym akcie wykonawczym do ustawy Prawo atomowe nakładają obowiązek na operatorów akceleratora, aby uczestniczyli bezpośrednio z pacjentem podczas przygotowania go do procedury leczenia, dlatego wymaganym jest ułożenie pacjenta na stole terapeutycznym i przygotowanie oraz sprawdzenie wszystkich mechanicznych elementów akceleratora również w zakresie potencjalnych kolizji z urządzeniem. Celem jest zapewnienie bezpieczeństwa, jak również możliwość bezprzerwowej realizacji procedury. W związku z tym, ustawienie ramion systemu IGRT powinno się odbywać w obecności operatorów w bezpośredniej bliskości pacjenta. Z tego powodu uruchamianie systemu ze sterowni może stanowić utrudnienie, a nie dodatkową wartość urządzenia. Zdaniem odwołującego, jest to jeden z dowodów, które pokazuje, że sterowanie systemem w tym zakresie ze sterowni akceleratora jest jedynie promocją rozwiązania firmy Varian, a nie wpływa w żaden sposób na jakość realizowanych procedur.

Odwołujący zaznaczył, że powyższe podkreślenia parametrów granicznych nie mają uzasadnienia klinicznego (przedmiotem zamówienia jest bowiem dostawa sprzętu medycznego do stosowania klinicznego) i uniemożliwiają odwołującemu złożenie ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty. W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył możliwość składania ofert wyłącznie poprzez jednego wykonawcę. Odwołujący wskazał, że działanie zamawiającego narusza również zasady określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ww. ustawy spośród wymienionych przykładowo czynów mających znamiona nieuczciwej konkurencji ustawodawca wymienia również: „utrudnianie dostępu do rynku”, co niewątpliwie ma miejsce w przedmiotowym zamówieniu.

Jak zauważył odwołujący, w przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5). Jednocześnie, na co zwrócił uwagę w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, po stronie odwołującego wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudniania konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji.

Odwołujący zwrócił uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowej wadliwej punktacji i opisie przedmiotu zamówienia, które to postępowanie podlegać mogłoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zdecydowanie ma zasadniczy wpływ na wynik postępowania. Powyższe stwierdzenie, jak wskazał odwołujący, znalazło odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w sprawie wszczętej na skutek powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygn. akt III C1161/09), gdzie orzeczono nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego uzasadniając, że „Zamawiający, który tak jak w niniejszej sprawie pozwany Powiat Nowodworski, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony tylko przez jednego dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy zamówień publicznych i skonkretyzowana, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy”. Przytoczony wyrok został również podtrzymany przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w dniu 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt VI ACa 965/11). W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, również w interesie zamawiającego jest dokonanie modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniami odwołującego, tylko bowiem w ten sposób oddali od siebie ryzyko unieważnienia przedmiotowego postępowania, jak i unieważnienia umowy zawartej w wyniku jego przeprowadzenia.

Odwołujący wniosł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

a.) w Załączniku nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 7.6

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

7.6 Zakres mocy dawek w trybie napromieniania dla wiązki fotonów 10MV FFF, dla pełnego zakresu pól: od  $\leq 400$  MU/min do  $\geq 2200$  MU/min – TAK

b.) w Załączniku nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 9.1

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

9.1 Sześć energii elektronów z zakresu 4 MeV – 15 MeV – TAK

c.) w Załączniku nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 10.6

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

10.6 Niedokładność ustawienia kąta obrotu ramienia:  $\leq 0,5^\circ$  - TAK

d.) w Załączniku nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 10.16

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

10.16 Zmienna moc dawki podczas emisji promieniowania, dla wymaganych wiązek fotonowych z filtrem spłaszczającym, w zakresie od 40 do co najmniej 500 MU/min – TAK

e.) w Załączniku nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 10.18

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

10.18 Zmienna moc dawki podczas emisji promieniowania, dla wiązki fotonowej 10 MV bez filtra spłaszczającego (FFF), co najmniej w zakresie od 400 do 2200 MU/min – TAK

f.) w Załączniku nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 11.5

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

11.5 Niedokładność przesuwu blatu stołu w osiach X, Y i Z:  $\leq 0,5$  mm (błąd średni kwadratowy);  $\leq 1$  mm (błąd maksymalny) – TAK

g.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 15.5

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

15.5 Pole widzenia detektora (FOV) w odniesieniu do izocentrum  $\geq 26 \text{ cm} \times 26 \text{ cm}$  – TAK

h.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 15.9

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

15.9 Detektor przesuwany w osiach X i Y w zakresie min. 11,5 cm – TAK

i.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 15.10

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

15.10 Niedokładność pozycjonowania detektora względem izocentrum wiązki terapeutycznej  $MV \leq 2 \text{ mm}$  – TAK

j.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.12

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

16.12 Transfer danych (obrazy TK, struktury RTSTRUCT, plany leczenia RTPLAN) z bazy danych systemu weryfikacji i zarządzania do akceleratora i odwrotnie

k.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.13

Odwołujący wniósł o usunięcie wymagania granicznego w celu dopuszczenia rozwiązania konkurencyjnego

l.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.16

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

16.16 Niedokładność pozycjonowania detektora względem izocentrum wiązki terapeutycznej  $MV: \leq 1 \text{ mm}$  – TAK

m.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.18

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

16.18 Pojemność cieplna lampy rtg  $\geq 1200 \text{ kWh}$

n.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.19

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

16.19 Lampa rtg wyposażona w kolimator promieniowania X o następujących cechach:

- a) Sterowany przez zintegrowany system sterowania oferowanego akceleratora
- b) Zapewnia możliwość stosowania przesłon X1, X2, Y1 i Y2
- c) System kontrolny zapobiegający napromienieniu nieaktywnej części detektora
- d) System zapewnia możliwość zastosowania filtrów do modyfikacji wiązki obrazującej
- e) Zapewnia możliwość zastosowania filtrów stosownie do wybranego trybu obrazowania i obszaru anatomicznego

o.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 16.20

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

16.20 Oprogramowanie systemu IGRT stanowi integralny element systemu sterowania akceleratorem – TAK

p.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 17.2

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

17.2 Dynamiczna i jednoczesna synchronizacja mocy dawki emitowanego promieniowania fotonowego (w zakresie co najmniej od 40 do maksymalnej oferowanej mocy dawki dla wiązek z filtrem spłaszczającym oraz co najmniej od 400 do 1400 MU/min dla wiązki FFF 6MV i co najmniej od 400 do 2200 MU/min dla wiązki FFF 10 MV), ruchu listków kolimatora wielolistkowego MLC oraz prędkości obrotu ramienia akceleratora – TAK

q.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 19.4

Odwołujący wniósł o usunięcie wymagania granicznego w celu dopuszczenia rozwiązania konkurencyjnego

r.) Załącznik nr 1 do SIWZ - FORMULARZ CENOWO -TECHNICZNY pkt 23.3

Odwołujący wniósł o modyfikację brzmienia wymagania granicznego w poniższy sposób dopuszczający rozwiązania konkurencyjne:

23.3 Integracja dwóch pozostałych, posiadanych akceleratorów firmy Siemens, wraz z oprzyrządowaniem (EPID, MVCT):

- automatyczne kolejkowanie w terminarzu pacjentów na dany aparat
- przesyłanie na konsolę operatora danych demograficznych pacjenta, w tym imię i nazwisko, data urodzenia, kod i opis rozpoznania choroby, zdjęcie identyfikacyjne
- przesyłanie do aparatu planów leczenia z możliwością wyboru planu, który ma być realizowany
- zapisywanie w systemie zarządzania historii napromieniania wraz z informacją o dawkach frakcyjnych
- zapisywanie w systemie zarządzania obrazów uzyskanych w trakcie weryfikacji ułożenia pacjenta
- zapisywanie w systemie zarządzania informacji o wykonanych korektach przesunięć stołu
- realizowanie na akceleratorze weryfikacyjnych planów leczenia w trybie kontroli jakości bez ingerencji w dane terapeutyczne planu leczenia
- pobieranie z systemu informacji o zaplanowanym obrazowaniu pacjenta wraz z definicją trybu obrazowania
- możliwość dowolnego wyboru kolejki pacjentów dla różnych aparatów, w szczególności dla akceleratorów identycznych dozymetrycznie – TAK

3. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie ocenianych parametrów z uwzględnieniem obiektywnych walorów użytkowych i funkcjonalnych oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w następujący sposób:

a.) Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 1.2  
Odwołujący wniosk o usunięcie parametru ocenianego.

b.) Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 3.1

Odwołujący wniosk o usunięcie parametru ocenianego.

Jednocześnie odwołujący wniosk o dopisanie parametrów:

Transmisja promieniowania przez listki kolimatora MLC – Wartość najmniejsza: 20 pkt  
Wartości większe: 0 pkt

Maksymalna prędkość poruszania się listków kolimatora MLC - Wartość największa: 20 pkt  
Wartości mniejsze: 0 pkt

Maksymalna prędkość poruszania się szczęk kolimatora MLC - Wartość największa: 10 pkt



Wartości mniejsze: 0 pkt

c.) Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 3.3

Odwołujący wnioskował o usunięcie tego parametru ocenianego.

d.) Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 3.4

Odwołujący wnioskował o zmianę brzmienia parametru na:

3.4 Realizacja klina dynamicznego zapewnia możliwość uzyskania profilu klina co najmniej wzdłuż przekątnych pola definiowanego przez szczęki i kolimator, bez konieczności obrotu kolimatora – TAK – 1 pkt, NIE – 0 pkt

e.) Załącznik nr 1 do SIWZ – PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 4.2

Odwołujący wnioskował o usunięcie tego parametru ocenianego.

f.) Załącznik nr 1 do SIWZ – PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt. 4.4, 4.5, 6.1, 6.2, 6.3

Odwołujący wnioskował o zmianę brzmienia punktów wymienionych powyżej na brzmienie:

4.4 Zapis wykonanych obrazów portalowych w bazie danych systemu weryfikacji i zarządzania – TAK – 5 pkt, NIE – 0 pkt

4.5 Porównywanie obrazów systemu Portal Imaging z obrazami DRR z oferowanego systemu planowania leczenia – TAK – 5 pkt, NIE – 0 pkt

6.1 Zapamiętywanie pełnych planów terapeutycznych w bazie danych oferowanego systemu planowania leczenia oraz systemu weryfikacji i zarządzania – TAK – 1 pkt, NIE – 0 pkt

6.2 Wykorzystanie przez oferowane stacje systemu planowania leczenia obrazów CT, NMR i PET/CT zapamiętanych w bazie danych oferowanego systemu planowania leczenia oraz systemu weryfikacji i zarządzania – TAK – 1 pkt, NIE – 0 pkt

6.3 Wykorzystanie przez oferowane stacje systemu planowania leczenia danych alfanumerycznych i obrazowych, zapamiętanych w bazie danych oferowanego systemu planowania leczenia oraz systemu weryfikacji i zarządzania – TAK – 1 pkt, NIE – 0 pkt

g.) Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 5.1

Odwołujący wnioskował o usunięcie tego parametru ocenianego.

h.) Załącznik nr 1 do SIWZ - PARAMETRY TECHNICZNE OCENIANE pkt 5.2

Odwołujący wnioskował o usunięcie tego parametru ocenianego.

W dniu 2 listopada 2015 r. zamawiający zmodyfikował treść SIWZ.

Na rozprawie odwołujący w związku z przeprowadzoną w dniu 2 listopada 2015 r. przez zamawiającego modyfikacją treści SIWZ złożył oświadczenie, iż wycofuje zarzut oznaczony nr 1 w odwołaniu i związane z tym wnioski opisane w pkt 2 ppkt a-r.

W pozostałym zakresie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść SIWZ wraz z załącznikami, treść modyfikacji treści SIWZ z dnia 2 listopada 2015 r., dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu. Izba miała na uwadze okoliczność, iż urządzenia oferowane przez obu biorących udział w postępowaniu odwoławczym wykonawców z powodzeniem funkcjonują na rynku i posiadają swoje zalety. Izba zważyła jednak również, iż kwestionowane przez odwołującego wymagania w zakresie podtrzymanym nie są wymaganiami granicznymi, warunkującymi możliwość złożenia przez odwołującego oferty, ale kryteriami oceny ofert, przy użyciu których zamawiający preferuje poszczególne rozwiązania. Takie działanie zamawiającego jest dopuszczone ustawą Pzp, w szczególności jest zgodne z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne,

serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Ustanowione przez zamawiającego kryteria oceny ofert nie uniemożliwiają odwołującemu w sposób bezpośredni złożenia oferty, co potwierdził na rozprawie sam odwołujący. Izba zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż kryteria oceny ofert nie mogą naruszać podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O takim naruszeniu nie można jednak mówić w przedmiotowej sprawie, bowiem ustanowione kryteria nie wykluczają możliwości ubiegania się przez odwołującego o udzielenie zamówienia, a ponadto, zamawiający w sposób należyty wykazał zasadność wprowadzonych kryteriów.

Oceniając zasadność zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wprowadzenie kryterium opisanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 1.2 Izba na podstawie złożonych dowodów nie miała wątpliwości, iż akceleratory mogą być zasilane zarówno przez magnetrony, jak i klistrony. Oba rozwiązania posiadają swoje wady i zalety. Zamawiający wyjaśnił jednak, iż istotną dla niego okolicznością jest trwałość urządzenia, w czym dominuje klistron, co znalazło potwierdzenie na stronie 123 złożonego przez zamawiającego wyciągu z publikacji „Akceleratory biomedyczne” autorstwa W. Scharfa. Cecha ta ma niewątpliwie znaczenie wobec okoliczności, iż zamawiający planuje korzystanie z zamawianego urządzenia przez około 10 lat. Ponadto, mniejsza trwałość urządzenia wpływa na zakłócenie w leczeniu pacjentów. Takie wyjaśnienie Izba uznała za wystarczające dla preferowania tego rozwiązania na poziomie 1 pkt. Wobec powyższego,

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący kryterium wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 3.1. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, iż celem zamawiającego jest pozyskanie urządzenia uniwersalnego, pozwalającego na leczenie małych zmian nowotworowych oraz pozwalającego wykorzystać jak największą dawkę promieniowania skierowaną na jak najmniejszy obszar poza obszarem zmiany, na co pozwala kolimator spełniający wymaganie zamawiającego. Zamawiający wskazał ponadto, że posiada już kolimator z listkami o szerokości 5 mm. Uzasadnienie to znajduje potwierdzenie w materiałach złożonych na rozprawie przez strony, w szczególności w złożonej przez zamawiającego publikacji „Stereotaktyczna terapia z napromieniowaniem ciała: Raport AATM Grupa Zadaniowa 101”, jak też opinii prof. dr. hab. P. K. . Na korzyść z zastosowania kolimatorów o mniejszej niż 5 mm szerokości listka wskazują również publikacje ze stron internetowych złożone przez odwołującego jako Załącznik nr 14 do pisma odwołującego. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, iż rozwiązanie punktowane przez zamawiającego jest zgodne z obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2014 r. w sprawie ogłoszenia wykazu wzorcowych procedur radiologicznych

z zakresu radioterapii onkologicznej (Dz. U. z 2014 r., poz. 81). Inny aspekt stanowi ilość punktów przewidzianych przez zamawiającego za zaoferowanie preferowanego rozwiązania. Jednak odwołujący w swoich żądaniach nie wnosił o obniżenie punktacji, nie wnosił też o rozbięcie wymagania z pkt 3.1. na dwa osobne. Rolą Izby nie jest ustalanie punktacji według własnego uznania i uzasadnianie prawidłowości przyjętego poziomu punktów. Jednocześnie, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał korzyści, jakie może przynieść dla zamawiającego preferowanie proponowanych przez odwołującego rozwiązań oraz prawidłowości proponowanej punktacji. Bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu pozostają ogłoszenie Ministra Zdrowia z dnia 31 marca 2015 r. na wybór realizatora/realizatorów Narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych zadania pn.: Poprawa działania systemu radioterapii onkologicznej w Polsce – doposażenie i modernizacja zakładów radioterapii, jako że postanowienia tego ogłoszenia nie obowiązują w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Z tego samego powodu dowodu w przedmiotowej sprawie nie może również stanowić korespondencja odwołującego z Urzędem Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (Załączniki nr 26, 27 i 29 do pisma odwołującego).

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący kryterium wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 3.3. Zamawiający wykazał zasadność wprowadzonego kryterium brakiem napromieniowania zdrowych tkanek przez domykanie się listów kolimatora, stąd Izba nie znalazła podstaw do usunięcia przedmiotowego kryterium.

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut odnoszący się do kryterium wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 3.4. Za istotny walor zamawianego urządzenia zamawiający uznał taki sposób realizacji klina, który nie zmienia wiązki promieniowania. Zasadność wyboru takiego kryterium potwierdził prof. dr hab. P. K. w wydanej opinii wskazując przy tym, iż zastosowanie „zmotoryzowanego klina” prowadzi do zmiany widma promieniowania, co powoduje trudności w modelowaniu wiązki terapeutycznej.

Izba stwierdziła, iż nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący kryteriów wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 4.2 i 5.1. Odwołujący stwierdził, iż ww. parametry w żaden sposób nie decydują o walorach funkcjonalnych rozwiązania. Zamawiający z kolei wyjaśnił, iż ilość ramek na sekundę to parametr, który wyznacza możliwość detektora w zakresie jakości obrazu, zaś jakość obrazu w prosty sposób przekłada się na precyzję obszaru napromieniowania, a zatem ma wpływ na proces leczenia. Zamawiający stwierdził również, że zautomatyzowanie ruchów wpływa na czas i precyzję wykonania badania. Izba dała wiarę twierdzeniom zamawiającego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w odwołaniu wnosił jedynie o usunięcie kwestionowanych kryteriów, nie proponował w tym zakresie wprowadzenia innych kryteriów, stąd twierdzenie zawarte w złożonym piśmie, iż zamawiający nie odniósł się do żadnego z istotnych parametrów funkcjonalnych wskazanych na stronie 7 pisma w pkt a-f Izba uznała za bezzasadne.

Nie potwierdziły się zarzuty odnoszące się do kryteriów wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 4.4, 4.5, 6.1, 6.2 i 6.3. Izba przyjęła uzasadnienie podane przez zamawiającego w zakresie korzyści płynących z integracji danych w jednej bazie danych. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że proponowane przez niego kryteria przyniosą zamawiającemu realną korzyść. Okoliczność, iż urządzenie oferowane przez odwołującego nie posiada preferowanych przez zamawiającego funkcjonalności nie może jako jedyna skutkować wyeliminowaniem spornych kryteriów.

Za niezasadny Izba uznała też zarzut dotyczący kryterium wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ Parametry techniczne oceniane pkt 5.2. Zamawiający argumentując zasadność przyjęcia preferowanego rozwiązania wskazywał na okoliczność, iż zautomatyzowanie ruchów ramion detektora i lampy wpływa na czas i precyzję wykonania badania. Izba uznała, że przedmiotowa funkcjonalność zasługuje na docenienie w postaci 1 pkt.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że uprawnieniem zamawiającego jest punktowanie w kryteriach oceny ofert preferowanego rozwiązania, o ile poszczególne kryteria znajdują uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Izba za umotywowane uznała przyjęcie spornych kryteriów. Co za tym idzie, Izba nie stwierdziła zasadności stawianych zarzutów.

Za nie udowodnione Izba uznała twierdzenie odwołującego o skutku w postaci powstania u zamawiającego linii terapeutycznej firmy Varian, co w przyszłości miałyby uniemożliwić ubieganie się przez odwołującego o zamówienia na kolejne przyspieszacz liniowe. Izba stwierdziła też, że dowodu w przedmiotowej sprawie nie mogą stanowić przedstawione przez odwołującego badania mające na celu wykazanie, że urządzenie oferowane przez odwołującego jest wyżej oceniane – są to analizy wybiórcze, wybrane przez odwołującego w konkretnym celu i jako takie nie mogą stanowić dowodu na okoliczność, iż zamawiający powinien był ustanowić inne kryteria oceny ofert. O zasadności twierdzeń odwołującego nie świadczy też analiza własna odwołującego przedstawiona jako Załącznik nr 3 do złożonego pisma – odwołujący nie określił, które urządzenia podlegały ocenie, nie wykazał też, że obaj wykonawcy posiadają w swojej ofercie tylko po jednym urządzeniu, które mogą zaoferować w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec wycofania przez odwołującego zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania oraz związanych z nim wniosków opisanych w pkt 2 ppkt a-r Izba zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....