

Sygn. akt KIO/UZP 994/08

**WYROK/POSTANOWIENIE\***  
**z dnia 16 października 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff  
Klaudia Szczytowska - Maziarz  
**Protokolant:** Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 2, 16 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny, ul. Ks. J. Bielawskiego 18** protestu / protestów\* z dnia 2 września 2008r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **RTA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zelwerowicza 11/14** oraz **Candela sp. z o.o. z Warszawy, ul. Czarnieckiego 72** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1 . oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 440 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta czterdzieści złotych zero groszy) przez **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** na rzecz **Szpitala Specjalistycznego w Brzozowie Podkarpackiego Ośrodka Onkologicznego, ul. Ks. J. Bielawskiego 18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00. gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę akceleratora wysokoenergetycznego zostało wszczęte przez Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny, ul. Ks. J. Bielawskiego 18 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 19 sierpnia 2008r. za numerem 2008/S 159-215165. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego [www.szpital-brzozow.pl](http://www.szpital-brzozow.pl) w tym samym dniu. Protest Odwołujący – Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11 wniósł bezpośrednio do Zamawiającego w dniu 2 września 2008r. zarzucając Zamawiającemu wadliwe sporządzenie SIWZ w zakresie :

- kryteriów oceny ofert w zakresie ocenianych parametrów technicznych urządzenia,
- określenia wymaganych technicznych parametrów granicznych urządzenia,

To jest naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3, art. 36 ust. 4, art. 41 pkt. 9, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – w skrócie ustawy) oraz innych, o których mowa w uzasadnieniu protestu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że :

1. Zamawiający naruszył, w jego ocenie, art. 7 ust. 1 ustawy poprzez sformułowanie podkryteriów, kryterium Ocena techniczna o wadze 70%, w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji. Ta wadliwość nie daje się usunąć w trybie modyfikacji siwz z mocy art. 38 ust. 5 ustawy i dlatego postępowanie należy unieważnić,

2. Zamawiający, także zdaniem Odwołującego, naruszył art. 29 ust. 2 ustawy poprzez określenie warunków granicznych parametrów technicznych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję preferując rozwiązania przestarzałe i nierozwojowe,

a) E. Portal Elektroniczny. Pkt 2 Manualne sterowanie ruchem portalu z kasyety sterującej portalu – Odwołujący wskazał na sprzeczność pkt F2 z pkt E2, czyli zaoferowania zintegrowanej konsoli akceleratora, a manualnego sterowania ruchem portalu z kasyety sterującej portalu. Ponadto stwierdził, że przewidziane rozwiązanie dyskryminuje nowoczesne urządzenia terapeutyczne oferujące pełną integrację. Odwołujący podniósł, że nie ma w swojej ofercie systemu zdeintegrowanego,

b) E. Portal Elektroniczny. Pkt 4 Rozdzielczość matrycy portalu : podać wielkość piksela matrycy portalu – Odwołujący wskazał, że żądanie portalu o rozdzielczości 0,8 mm, jest żądaniem sprzętu niskiej jakości, gdyż standardem jest rozdzielczość 0,4 mm,

c) F. Wyposażenie Akceleratora. Pkt 12 Dziesięć stacji systemu weryfikacji i zarządzania w standardzie zgodnym z oferowanym akceleratorem – według Odwołującego system weryfikacji i zarządzania nie jest przedmiotem procedury przetargowej, a nadto posiada już kupiony 2005r. system weryfikacji i zarządzania umożliwiający pracę z akceleratorami wszystkich firm oferujących funkcjonalność IGRT. Wskazał, że w tej sytuacji bezprzedmiotowe są kryteria oceny w pkt D 1-7 i wnosił o ich usunięcie,

d) G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT Pkt 1 Sprzęt i oprogramowanie systemu IGRT jest integralnym elementem akceleratora, umożliwiające realizację funkcji „Image Guided Radiation Therapy” (IGRT) w oparciu o technologię Cone Beam CT – Odwołujący zakwestionował zapis „w oparciu o technologię Cone Beam CT” wskazując, iż nie jest to jedyne rozwiązanie techniczne, a przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie wymaga zaoferowania konkretnego rozwiązania technologicznego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji,

e) G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT Pkt 2 System wyposażony jest w oprogramowanie umożliwiające :

- rekonstrukcję obrazów CBCT,

- obliczanie właściwego położenia pacjenta w oparciu o badanie referencyjne CT i badanie wykonane w technologii Cone BEAM CT – Odwołujący podtrzymał argumentację z pkt d),

f) G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT Pkt 3 System umożliwia eksport danych w standardzie DICOM – obrazy CBCT - Odwołujący podtrzymał argumentację z pkt d),

g) G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT Pkt 3 Oferowana konfiguracja umożliwia realizację ruchów stołu terapeutycznego z kabiny sterowania bez konieczności wchodzenia do bunkra – Odwołujący wniósł o doprecyzowanie, że realizacja ruchów stołu dotyczy przesunięcia obliczonego przez system IGRT.

W zakresie pkt 1 protestu – podkryteria kryterium „Ocena Techniczna” Odwołujący podniósł, co następuje :

a) A. Charakterystyka akceleratora. Pkt 1 Trzecia energia wiązek fotonowych w konfiguracji akceleratora o wartości 4MV – taką opcję oferuje tylko jeden producent firma Elekta, a na rynku brak jest zapotrzebowania na taką cechę. Ponadto punktowo to podkryterium pozostaje w dużej dysproporcji z innymi podkryteriami, co może w ocenie Odwołującego, wskazywać na preferowanie jednego wykonawcy,

b) A. Charakterystyka akceleratora. Pkt 4 Kliny w zakresie 1-60 stopni, realizowane co:

≤ 1 stopień – 4 pkt

≥ 5 stopni – 3 pkt

≥ 15 stopni – 1 pkt

Pozostałe – 0 pkt

- Odwołujący pominął kliny w zakresie > 1 stopnia i < 5 stopni i takim parametrem przyznaje wartość zero, mimo, że są one korzystniejsze od realizacji klinów z większym krokiem.

c) B. Parametry systemu IGRT. Pkt 1 Oferowana technologia IGRT oparta na technologii wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej – Odwołujący podniósł, że umiejscowienie wiązki jest kwestią rozwiązania technologicznego i nie ma wpływu na jakość obrazowania, dlatego preferowanie takiego rozwiązania ogranicza uczciwą konkurencję,

d) B. Parametry systemu IGRT. Pkt 2 Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia funkcjonalność obrazowania typu fluoroskopowego w trakcie napromieniania w osi prostopadłej do osi wiązki terapeutycznej – Odwołujący podniósł analogiczną argumentację jak w odniesieniu do pkt c).

e) ) B. Parametry systemu IGRT. Pkt 3 Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia jakość obrazowania poprzez zdjęcia planarne - Odwołujący podniósł analogiczną

argumentację jak w odniesieniu do pkt c) oraz wskazał, że obrazy 3D zapewniają jakość obrazowania,

f) B. Parametry systemu IGRT. Pkt 4 Przestrzeń dla pacjenta w czasie obrotu gąty z systemem IGRT – Odwołujący podniósł preferowanie jednego rozwiązania opartego na technologii wiązki kilowoltowej prostopadłej do wiązki terapeutycznej. Ponadto, według Odwołującego, Zamawiający określił niejednoznaczne kryterium oceny, w szczególności nie uwzględniające sytuacji zaoferowania urządzeń o jednakowych wartościach w tym parametrze,

g) D INNE WŁAŚCIWOŚCI 1. Integracja oferowanego systemu obrazowania IGRT z systemem weryfikacji i zarządzania. Możliwość analizy obrazów na wszystkich stacjach oferowanego systemu, bez konieczności uruchamiania aplikacji systemu obrazowania, 2. Integracja oferowanego portalowego systemu obrazowania z systemem weryfikacji i zarządzania. Możliwość analizy obrazów na wszystkich stacjach oferowanego systemu weryfikacji i zarządzania, bez konieczności uruchamiania aplikacji systemu obrazowania, 3. Dostęp do danych pacjenta (plany leczenia, obrazy symulacyjne, obrazy DRR, obrazy diagnostyczne) na stacjach systemu weryfikacji i zarządzania bez konieczności uruchamiania poszczególnych aplikacji i modułów linii terapeutycznej,

4. System weryfikacji i zarządzania posiada zaimplementowane biblioteki procedur medycznych ICD10 w języku polskim,

5. System weryfikacji i zarządzania zapewnia funkcjonalność pozwalającą na szczegółowe kodowanie diagnoz medycznych wraz z automatycznym wyznaczaniem stadium zaawansowania,

6. Oferowany system weryfikacji i zarządzania zapewnia prezentację w interfejsie użytkownika wszystkich danych zebranych w dotychczas używanym systemie LANTIS,

7. Oferujący zapewnia przygotowanie w systemie raportów zaprojektowanych przez użytkownika

- Odwołujący wskazał, że te elementy nie są przedmiotem postępowania i nie powinny być poddawane ocenie w ramach podkryterium. Ponadto podniósł, że jest to wymóg sprzeczny w wytycznymi „Narodowego Programu Zwalczenia Chorób Nowotworowych”, zgodnie z którym przy zakupie linii radioterapeutycznej powinno się uwzględniać preferencję jednego producenta w celu uzyskania pełnej integracji, a Zamawiający posiada już przyspieszacz liniowy firmy Siemens Medical Solutions Inc. Oncology Care Systems, zatem dobór przez Zamawiającego parametrów granicznych preferuje rozwiązania technologiczne jednego producenta niespójne z posiadaniem już wyposażeniem linii terapeutycznej. Dobór kryteriów i podkryteriów dokonany przez Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, powoduje, że urządzenia firmy wiodącej na rynku oferowane nawet za symboliczną złotówkę uzyskałyby sumarycznie mniejszą liczbę punktów. Odwołujący wskazał, że umowa zawarta na skutek

postępowania prowadzonego w oparciu o tak skonstruowany siwz, byłaby nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zamawiający powiadomił wykonawców o wplynięciu protestu oraz wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym w dniu 2 września 2008r.

W dniu 3 września 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiła RTA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zelwerowicza 11/14 wnosząc o oddalenie protestu w całości oraz wskazując swój interes prawny w przystąpieniu. Przystępujący wskazał, że parametry techniczne określone w SIWZ wynikają z potrzeb Zamawiającego i nie ograniczają konkurencji. Fakt, że jedno z rozwiązań technicznych obecnych na rynku nie uzyska maksymalnej ilości punktów w ocenie technicznej nie jest dowodem na ograniczanie uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, jeśli wynika z uzasadnionych potrzeb.

W dniu 4 września 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiła Candela sp. z o.o. z Warszawy, ul. Czarnieckiego 72 wnosząc o oddalenie protestu w całości oraz wskazując na swój interes prawny w przystąpieniu. W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ pozwala Odwołującemu na złożenie oferty konkurencyjnej i spełniającej wymogi Zamawiającego. Również kryteria oceny ofert zostały określone przez Zamawiającego prawidłowo. Odwołujący według wiedzy Przystępującego posiada w swojej ofercie urządzenia spełniające wymagania Zamawiającego. Podniósł też, że Zamawiający nie może być zmuszany do zmiany wymaganych i ocenianych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia i na poparcie tej tezy powołał wyrok ZA z 31 stycznia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-137/05, z 3 lutego 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-153/05, z 7 lutego 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-175/05. Przystępujący stanął na stanowisku, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wnoszeniu protestu.

W dniu 5 września 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając go w części to jest odnośnie zarzutu dotyczącego pkt E.2 tabeli „Parametry wymagane” rezygnując z wymogu „manualne sterowanie ruchem portalu z kasety sterującej portalu”. W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddalił z następującym uzasadnieniem :

1. Odnośnie punktu E.4 tabeli „Parametry wymagane”. Portal Elektroniczny. Rozdzielczość matrycy portalu: podać wielkość piksela matrycy portalu. – Zdaniem Zamawiającego tak określony wymóg jest wymogiem minimalnym i wedle wiedzy Zamawiającego wszyscy potencjalni wykonawcy mogą go spełnić, dlatego nie ma on charakteru dyskryminującego i jest możliwe złożenie oferty oferującej sprzęt przewyższający wymogi minimalne.
2. Odnośnie punktu F.12 tabeli „Parametry wymagane”. Wyposażenie akceleratora. Dziesięć stacji systemu weryfikacji i zarządzania w standardzie zgodnym z oferowanym akceleratorem – Zamawiający stwierdził, iż obecnie posiadany system weryfikacji i zarządzania nie zapewnia współpracy w pełnym zakresie funkcjonalnym

z akceleratorami wszystkich producentów i dlatego Zamawiający wymagał doposażenia istniejącego systemu weryfikacji i zarządzania w tym zakresie, który zapewni pełną, skuteczną i bezpieczną implementację nowoczesnych technik terapeutycznych w oparciu o nieograniczony dostęp do danych pacjenta – rozbudowa posiadanego systemu. Zamawiający, jego zdaniem, nie określił w żaden odrzucający sposób wymagań w tym zakresie, właśnie po to aby nie ograniczać dostępu do zamówienia któremukolwiek wykonawcy. Według wiedzy Zamawiającego Odwołujący jest w stanie wymóg spełnić.

3. Odnośnie punktu G.1 tabeli „Parametry wymagane”. Wyposażenie Akceleratora W Zakresie Systemu IGRT. Sprzęt i oprogramowanie systemu IGRT jest integralnym elementem akceleratora, umożliwiające realizację funkcji „Image Guided Radiation Therapy” (IGRT) w oparciu o technologię Cone Beam CT – zgodnie z rozeznaniem rynkowym Zamawiającego wszyscy potencjalni wykonawcy deklarują możliwość dostarczenia systemu IGRT w oparciu o technologię Cone Beam. Technologia CBCT została z dużym sukcesem wdrożona we wszystkich ośrodkach referencyjnych w Polsce, a co za tym idzie została w pełni zaakceptowana przez środowisko medyczne jako bardzo dobre i skuteczne narzędzie do kontroli jakości leczenia.
4. Odnośnie punktu G.2 tabeli „Parametry wymagane”. Wyposażenie Akceleratora W Zakresie Systemu IGRT. System wyposażony jest w oprogramowanie umożliwiające rekonstrukcję obrazów CBCT, obliczanie właściwego położenia pacjenta w oparciu o badanie referencyjne CT i badanie wykonane w technologii Cone Beam CT. Zamawiający zajął takie samo stanowisko jak w odniesieniu do pkt 3 rozstrzygnięcia.
5. Odnośnie punktu G.3 tabeli „Parametry wymagane”. Wyposażenie Akceleratora W Zakresie Systemu IGRT. System umożliwia eksport danych w standardzie DICOM – obrazy CBCT. Zamawiający zajął takie samo stanowisko jak w odniesieniu do pkt 3 rozstrzygnięcia.
6. Odnośnie punktu G.5 tabeli „Parametry wymagane”. Wyposażenie Akceleratora W Zakresie Systemu IGRT. Oferowana konfiguracja umożliwia realizację ruchów stołu terapeutycznego z kabiny sterowania bez konieczności wchodzenia do bunkra - Zamawiający wyjaśnił, że realizacja ruchów stołu dotyczy przesunięcia obliczonego przez system IGRT.
7. Odnośnie punktu A.1 tabeli parametrów dostawy i usług dodatkowych kryterium Ocena techniczna. Charakterystyka Akceleratora. Trzecia energia wiązek fotonowych w konfiguracji akceleratora o wartości 4MV – Zamawiający podniósł, że aktualnie stosuje procedury terapeutyczne, które zakładają leczenie pacjentów również w zakresie niskich energii fotonów. W chwili obecnej w terapii tego typu jest wykorzystywane urządzenie ze źródłem kobaltowym, którego aktywność zbliża się do

wartości granicznej przydatności do stosowania. Zapotrzebowanie na stosowanie niskich energii fotonowych w terapii jest duże ze względów terapeutycznych, co pokazuje fakt realizowanych instalacji w ośrodkach referencyjnych również na rynku polskim. Ośrodki w Polsce i na świecie dokonują zakupów specjalizowanych akceleratorów dla niskich energii (4MV), co jednak wobec Zamawiającego nie może mieć miejsca, bo nie ma właściwych warunków lokalowych. Postanowienie to, według Zamawiającego, nie uniemożliwia Odwołującemu złożenia ważnej oferty w postępowaniu, a ma dla Zamawiającego istotne znaczenie ekonomiczne i terapeutyczne.

8. Odnośnie punktu A.4 tabeli parametrów dostawy i usług dodatkowych kryterium Ocena techniczna. Charakterystyka Akceleratora. Kliny w zakresie 1-60 stopni, realizowane co:

≤ 1 stopień – 4 pkt

≥ 5 stopni – 3 pkt

≥ 15 stopni – 1 pkt

Pozostałe – 0 pkt

Zamawiający wskazał, że dotychczas stosowane kliny fizyczne w zakresie 4 kątów łamiących nie stanowią wystarczających możliwości pozwalających na najlepsze przygotowanie planu leczenia dla pacjenta. Zwiększenie możliwości w zakresie klinów fizycznych w ocenie zamawiającego ma uzasadnienie kliniczne oraz dozymetryczne. Zamawiający nie punktuje zakresu >1stopnia i <5stopni z powodu niedostępności rozwiązania, które umożliwiłoby złożenie oferty w tym zakresie.

Odnośnie punktu B.1 tabeli parametrów dostawy i usług dodatkowych kryterium Ocena techniczna. Parametry systemu IGRT. Oferowana technologia IGRT oparta na technologii wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej – Zamawiający podniósł, że promowanie przez Zamawiającego rozwiązanie wykorzystujące system IGRT kV w osi prostopadłej do wiązki terapeutycznej wynika z założeń funkcjonalnych, które zakładają rozbudowaną kontrolę pacjenta w trakcie leczenia w sposób alternatywny do obrazowania w osi wiązki terapeutycznej. Techniki 4D oparte o systemy IGRT z prostopadłą geometrią w stosunku do wiązki terapeutycznej, dają wymierne efekty w zakresie ograniczania napromienianych obszarów, a co za tym idzie ograniczania obszarów zdrowych narażonych na toksyczne działanie promieniowania. Wedle wiedzy Zamawiającego, na rynku występują wykonawcy którzy są w stanie zapewnić wykonanie zamówienia w połączeniu z taką opcją.

9. Odnośnie punktu B.2 tabeli parametrów dostawy i usług dodatkowych kryterium Ocena techniczna. Parametry systemu IGRT. Oferowana konfiguracja systemu IGRT



zapewnia funkcjonalność obrazowania typu fluoroskopowego w trakcie napromieniania w osi prostopadłej do osi wiązki terapeutycznej – Zamawiający wyjaśnił, że obrazowanie fluoroskopowe w osi prostopadłej do wiązki terapeutycznej daje użytkownikowi możliwość prowadzenia kontroli w trakcie leczenia pacjenta ortogonalnie w stosunku do wiązki terapeutycznej. Zastosowanie energii promieniowania na poziomie diagnostycznym zapewnia ograniczenie dodatkowej dawki podawanej pacjentowi. Zastosowanie technologii umożliwiającej weryfikację ułożenia pacjenta podczas ekspozycji w geometrii ortogonalnej pozwala na odniesienie korekcji ułożenia w stosunku do trójwymiarowego wyznaczenia położenia obszaru leczenia, narządów krytycznych oraz izocentrum w sposób dynamiczny, a co za tym idzie reakcji w sytuacji kiedy realizacja przygotowanego planu leczenia jest zagrożona błędem związanym np. z ruchomością oddechową pacjenta.

10. Odnośnie punktu B.3 tabeli parametrów dostawy i usług dodatkowych kryterium Ocena techniczna. Parametry systemu IGRT. Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia jakość obrazowania poprzez zdjęcia planarne – Według Zamawiającego określone rozwiązanie daje możliwość ilościowej oceny położenia izocentrum w pacjencie bez zmiany geometrii akceleratora, a co za tym idzie eliminuje czynnik czasu mogący wpływać na zmianę lokalizacji tego parametru. Zamawiający promuje funkcjonalność, która podnosi jakość w zakresie kontroli leczenia z wykorzystaniem wyposażenia IGRT. Zamawiający podniósł, iż wie, że na rynku występują wykonawcy którzy są w stanie zapewnić wykonanie zamówienia w połączeniu z taką opcją.
11. Odnośnie punktu B.4 tabeli parametrów dostawy i usług dodatkowych kryterium Ocena techniczna. Parametry systemu IGRT. Przestrzeń dla pacjenta w czasie obrotu gentry z systemem IGRT – Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku tego parametru, jeżeli dojdzie do sytuacji w której wszystkie oferty będą miały taką samą wartość w danym parametrze, wszystkie otrzymają taką samą, najwyższą ilość punktów. W przypadku gdy zostaną podane różne parametry najwyższy otrzyma maksymalną liczbę punktów, najniższy natomiast 0 pkt.
12. Odnośnie punktu D. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7. Inne właściwości - Zamawiający podtrzymał brzmienie zapisów punktu D podpunkt 1-7 stwierdzając, że podane parametry są istotnymi, choć nie niezbędnymi funkcjami systemu planowania leczenia. Z tego względu Zamawiający uważał, że ważnym jest premiowanie dostarczenia akceleratora z systemami posiadającymi te funkcje, natomiast ich nie posiadanie nie uniemożliwia złożenia ważnej oferty.

Ponadto Zamawiający podniósł, że z jego wiedzy wynika, że warunki określone jako graniczne dla złożenia oferty w postępowaniu spełnia każdy z wykonawców występujących na rynku, w tym Odwołujący. Oceniane dodatkowo i premiowane cechy przedmiotu

zamówienia mają istotne znaczenie dla Zamawiającego, zarówno z punktu widzenia ekonomicznego jak i funkcjonalnego i terapeutycznego. Pozwalają na zwiększenie wydajności pracy, skrócenie czasu badań a przez to zwiększenie liczby wykonywanych procedur medycznych i leczonych pacjentów. Zamawiający uznał, że do niego należy ostateczna ocena, czy dane cechy przedmiotu zamówienia są dla niego istotne z punktu widzenia przyszłego wykorzystania w codziennym stosowaniu, i czy mają dla niego tak istotne znaczenie, że chce je dodatkowo punktować, mobilizując wykonawców do dostarczenia takiej konfiguracji aparatu jaka według zamawiającego jest najkorzystniejsza, z drugiej strony nie uniemożliwiając wykonawcom złożenia oferty w konfiguracji podstawowej.

W dniu 10 września 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty, argumentację i żądanie unieważnienia postępowania podniesione w proteście w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu. Dodatkowo podał, że :

- Zamawiający w rozstrzygnięciu nie podał programu NFZ, z którego wynika że system obrazowania powinien mieć rozdzielczość 0,8 mm, wedle wiedzy Odwołującego NFZ preferuje rozwiązanie Epid, które wymaga rozdzielczości 0,4 x0,4 mm,
- wymaganie dotyczące standardu zgodności z oferowanym akceleratorem systemu weryfikacji i zarządzania jest niezasadne, bo wszystkie funkcje systemu zależą od funkcjonalności serwera, a nie akceleratora,
- Technologia Cone Beam CT nie zapewnia najwyższej jakości, a Zamawiający uniemożliwia złożenie ofert równoważnych i lepszych jakościowo, w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia powinien odnosić się do funkcjonalności, a nie do rozwiązań technicznych,
- posiadany przez Zamawiającego akcelerator Primus ma możliwość rozbudowy o energię 4MV, ale Zamawiający nie skorzystał z takiego rozwiązania, co może świadczyć o braku potrzeby zastosowania takiej energii u Zamawiającego, a rzeczywista wartość punktowa oceny tego podkryterium, według Odwołującego, nie powinna przekraczać 4,5 pkt,
- Odwołujący nie potwierdza faktu, że nie istnieją na rynku wersje produktów realizujące skok kąta w przedziale  $>1$  i  $< 5$  stopnia,
- obrót elementów obrazujących wokół pacjenta w systemie IGRT wynosi nawet 360 stopnia, więc nie ma znaczenia kąt ustawienia systemu obrazowania, dlatego preferowanie rozwiązania wiązki KV prostopadłej do wiązki terapeutycznej, uniemożliwia złożenie równoważnych ofert,
- wymóg Zamawiającego realizacji technologii IGRT z zastosowaniem wyłącznym technologii obrotu gantry z systemem obrazującym uniemożliwia zaoferowanie ofert równoważnych,
- Odwołujący jako przedstawiciel producenta posiadanego akceleratora Primus stwierdził, że nie ma możliwości integracji posiadanego akceleratora Primus z żadnym systemem

weryfikacji realizującym opisaną w pkt D 1-7 funkcjonalność, w tym celu bowiem producent musiałby przeprowadzić procedurę certyfikacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 1 października 2008r. przystąpiła RTA sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując na swój interes prawny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 1 października 2008r. przystąpiła Candela sp. z o.o. z Warszawy wnosząc o oddalenie protestu oraz wskazując na swój interes prawny.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Zamawiający w pkt 2 SIWZ – Przedmiot zamówienia - wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa akceleratora wysokoenergetycznego, kolimatora wielolistkowego MLC oraz systemu wizualizacji EPID – szt 1, do siedziby zamawiającego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zamieszczony w tabeli (parametry wymagane).

W punkcie E.2 tabeli wskazał, że wartością graniczną minimalną wymaganą jest manualne sterowanie ruchem portalu z kasety sterującej portalu, zaś w punkcie F.2 tabeli zapisał, że wymaga zintegrowanej konsoli akceleratora umożliwiającej ustawianie i weryfikację parametrów akceleratora na podstawie danych systemu zarządzania.

W punkcie E.4 postanowił, że wymaga jako minimalnej rozdzielczości matrycy portalu (należało podać wielkość piksela matrycy portalu) < 0.8mm x 0.8mm. Zgodnie z pkt F.12 tabeli Zamawiający oczekiwał dostarczenia mu dziesięciu stacji systemu weryfikacji i zarządzania w standardzie zgodnym z oferowanym akceleratorem. W pkt G.1 tabeli wymagał, aby sprzęt i oprogramowanie systemu IGRT było integralnym elementem akceleratora, umożliwiającym realizację funkcji „Image Guided Radiation Therapy” (IGRT) w oparciu o technologię Cone Beam CT. Ponadto wymagał także, żeby system wyposażony był w oprogramowanie umożliwiające:

- rekonstrukcję obrazów CBCT
- obliczanie właściwego położenia pacjenta w oparciu o badanie referencyjne CT i badanie wykonane w technologii Cone Beam CT, zgodnie z pkt G.2 tabeli.

System zamawiany przez Zamawiającego miał dodatkowo umożliwiać eksport danych w standardzie DICOM - obrazy CBCT (pkt G.3 tabeli).

W pkt 11 SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny, kryteria oceny ofert oraz sposób ich oceny. Zgodnie z tymi postanowieniami SIWZ oferowaną cenę należało podać w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Sposób obliczania ceny jaki wykonawcy powinni byli przyjąć w ofertach: cena jednostkowa brutto x ilość = wartość brutto. Zamawiający wybrał kryterium bilansowe składające się z ceny o wadze 30% i oceny technicznej o wadze 70%.

Przez cenę (koszt) zamówienia Zamawiający rozumiał łączny koszt za całość przedmiotu zamówienia, stanowiący całkowite wynagrodzenie wykonawcy.

Co do oceny technicznej, to Zamawiający przyjął ocenę na podstawie tabeli opisującej oceniany parametr, maksymalną ilość punktów przyznawanych w ramach oceny oraz sposób oceny. Zamawiający w kwestionowanych przez Odwołującego podkryteriach zapisał

- a) podkryterium A.1 - Trzecia energia wiązek fotonowych w konfiguracji akceleratora o wartości 4MV, punktacja maksymalna 25 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 25 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- b) podkryterium A.2 - Kliny w zakresie 1-60 stopni, maksymalna punktacja 4 pkt, przy czym w zależności od stopnia Zamawiający przewidział przyznanie odpowiedniej ilości punktów i tak kliny realizowane co:

≤ 1 stopień – 4 pkt

≥5 stopni – 3 pkt

≥ 15 stopni – 1 pkt

Pozostałe – 0 pkt

- c) podkryterium B.1 - Oferowana technologia IGRT oparta na technologii wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej, punktacja maksymalna 30 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 30 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- d) podkryterium B.2 - Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia funkcjonalność obrazowania typu fluoroskopowego w trakcie napromieniania w osi prostopadłej do osi wiązki terapeutycznej, punktacja maksymalna 20 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 20 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- e) podkryterium B.3 - Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia jakość obrazowania poprzez zdjęcia planarne, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- f) podkryterium B.4 - Przestrzeń dla pacjenta w czasie obrotu gantry z systemem IGRT, punktacja maksymalna 10 pkt, Zamawiający punktował największą odległość 10 punktami, najmniejszą 0 punktami, a pozostałe proporcjonalnie,
- g) podkryterium D.1 - Integracja oferowanego systemu obrazowania IGRT z systemem weryfikacji i zarządzania. Możliwość analizy obrazów na wszystkich stacjach

oferowanego systemu, bez konieczności uruchamiania aplikacji systemu obrazowania, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,

- h) podkryterium D.2 - Integracja oferowanego portalowego systemu obrazowania z systemem weryfikacji i zarządzania. Możliwość analizy obrazów na wszystkich stacjach oferowanego systemu weryfikacji i zarządzania, bez konieczności uruchamiania aplikacji systemu obrazowania, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- i) podkryterium D.3 - Dostęp do danych pacjenta (plany leczenia, obrazy symulacyjne, obrazy DRR, obrazy diagnostyczne) na stacjach systemu weryfikacji i zarządzania bez konieczności uruchamiania poszczególnych aplikacji i modułów linii terapeutycznej, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- j) podkryterium D.4 - System weryfikacji i zarządzania posiada zaimplementowane biblioteki procedur medycznych ICD10 w języku polskim, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- k) podkryterium D.5 - System weryfikacji i zarządzania zapewnia funkcjonalność pozwalającą na szczegółowe kodowanie diagnoz medycznych wraz z automatycznym wyznaczaniem stadium zaawansowania, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- l) podkryterium D.6 - Oferowany system weryfikacji i zarządzania zapewnia prezentację w interfejsie użytkownika wszystkich danych zebranych w dotychczas używanym systemie LANTIS, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt,
- m) podkryterium D.7 - Oferujący zapewnia przygotowanie w systemie raportów zaprojektowanych przez użytkownika, punktacja maksymalna 2 pkt, gdy urządzenie posiada tę funkcję otrzyma 2 pkt, gdy nie posiada 0 pkt.

W dniu 16 września 2008r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ zmieniając termin składania ofert i termin otwarcia ofert.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania to jest z ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, modyfikacji specyfikacji oraz wizualizacji metody realizacji IGRT przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie, stanu wyposażenia ośrodków w Polsce wg 3 różnych kryteriów na podstawie Raportu na temat radioterapii w Polsce przygotowanego przez

Krajowego Konsultanta w dziedzinie radioterapii onkologicznej, raportu na temat stanu radioterapii w Polsce z kwietnia 2006r., schematu procesu radioterapii (NKI+Hongkong), pisma Szpitala Galati, Rumunia nt. rozstrzygnięcia przetargu na przyśpieszacz medyczny, MultiAccess 6.1 – potwierdzenie zakończenia produkcji, udziałów Varian, Siemens i Elekta w rynku przyśpieszaczy w Europie, udziałów Varian, Siemens i Elekta w rynku przyśpieszaczy w Polsce, bieżących udziałów (przykładowych aktualnych sprzedaży) Varian, Siemens i Elekta w rynku przyśpieszaczy w USA, informacji firmy Elekta NT. bazy instalacyjnej IGRT kV, informacji firmy Varian NT. udziału instalacji IGRT ortogonalnego w bieżącej sprzedaży, abstraktów naukowych na temat technologii 4D i jej implementacji, Press release Varian i Siemens na temat współpracy, oferty Odwołującego złożonej w poprzednim postępowaniu przed Zamawiającym, stanowiska firmy Elekta odnośnie instalacji w Winthertur w Szwajcarii.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron i ich pełnomocników przedstawione w pismach oraz zaprezentowane na rozprawie.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba stwierdziła, że nie zaszyły przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy skutkujące odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się jego zarzutów może dojść do modyfikacji postanowień specyfikacji, usuwających postanowienia ograniczające uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a w ostateczności do unieważnienia postępowania, jeśli potwierdzą się zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert preferujące konkretnego wykonawcę. Działanie zatem Odwołującego zmierza do umożliwienia mu udziału w postępowaniu, a tym samym uzyskania zamówienia publicznego. Uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego przejawia się w uniemożliwieniu udziału w postępowaniu, a tym samym uzyskaniu zysku z realizacji kontraktu w przypadku jego przyznania.

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy poprzez określenie warunków granicznych parametrów technicznych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, preferując rozwiązania przestarzałe i nierozwojowe, a konkretnie :

a) określenie wymagania minimalnego rozdzielczości piksela 0,8mm w pkt E. „Portal Elektroniczny. Pkt 4 Rozdzielczość matrycy portalu : podać wielkość piksela matrycy portalu”

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w zakresie tego zarzutu podniósł jedynie, że wymaganie minimalne jest zbyt niskie i nie nadaje się do weryfikacji położenia pacjenta w oparciu o system EPID wymagany przez Narodowy Fundusz Zdrowia. Odwołujący jednakże

w żaden sposób nie wykazał, że taki wymóg minimalny narusza lub może utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy). Odwołujący nie wykazał, że nie produkuje się obecnie lub że nie są dostępne na rynku portale elektroniczne o rozdzielczości piksela 0,8mm i że w związku z tym warunek jest niemożliwy do spełnienia. Nadto Izba ustaliła, że warunek postawiony przez Zamawiającego jest warunkiem minimalnym i wykonawcy mogą zaoferować portale z matrycą wyższej rozdzielczości, co nie będzie uznane za sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

W tej sytuacji Izba stwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów technicznych.

b) określenie wymagania zgodności stacji systemu weryfikacji i zarządzania w standardzie zgodnym z oferowanym akceleratorem pkt F. Wyposażenie Akceleratora. Pkt 12 Dziesięć stacji systemu weryfikacji i zarządzania w standardzie zgodnym z oferowanym akceleratorem zamiast zapisu o konfiguracji sprzętowej pozwalającej na uruchomienie na nich aplikacji klienckiej systemu weryfikacji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z wyjaśnień stron złożonych na rozprawie i niesprzecznych, wykonawcy oferujący akceleratory wysokoenergetyczne oferują również własne systemy weryfikacji i zarządzania. Tym samym znane im są własne minimalne wymagania sprzętowe określone dla oferowanego systemu. Zarzut w rzeczywistości sprowadza się do poprawności technicznej jego sformułowania, ale nie ma to wpływu na czytelność zapisu dla uczestników postępowania. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób wymóg narusza lub może utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto Odwołujący wiąże ten zarzut z zarzutem dyskryminującego określenia kryteriów oceny oferty w kryterium ocena techniczna pkt D1-7, czyli wiąże zarzut z zarzutem, że system weryfikacji i zarządzania nie jest przedmiotem zamówienia, a Zamawiający dysponuje już takim systemem weryfikacji i zarządzania Landis, zaoferowanym przez Odwołującego przy zakupie akceleratora Primus. Odwołujący jednakże nie udowodnił, że posiadany przez Zamawiającego system zarządzania i weryfikacji jest w stanie współpracować z nową linią terapeutyczną zakupowywaną w przedmiotowym postępowaniu, wręcz wskazał, że odmówi udzielenia certyfikatu, w przypadku próby instalacji bieżącego systemu w celu współpracy z urządzeniami innych producentów. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, że system weryfikacji i zarządzania stanowi integralny element linii terapeutycznej i jest istotną częścią procesu leczenia pozwalającym na weryfikację stanu pacjenta, danych laboratoryjnych i wyników stosowanej terapii. Według Izby wymóg dostarczenia stacji komputerowych nie jest wymogiem nadmiernym i znajduje swoje uzasadnienie potrzebami Zamawiającego. Ponadto

Izba dała wiarę, że obecnie posiadany system weryfikacji i zarządzania może nie współpracować z nową linią terapeutyczną z uwagi na to, że system Landis zakończył okres swojego funkcjonowania na rynku i zostanie zastąpiony produktem nowszej generacji MOSAIQ. Te okoliczności zostały wykazane ofertą Odwołującego z dnia 17 sierpnia 2008r. przed Zamawiającym oraz pismem producenta dotyczącym zakończenia produkcji MultiAccess 6.1.

Izba nie dopatrzyła się w określonym przez Zamawiającego postanowieniu opisującym przedmiot zamówienia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy.

c) określenie wymogu realizacji funkcji IGRT w oparciu wyłącznie o rozwiązanie techniczne CBCT w pkt G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT pkt 1 Sprzęt i oprogramowanie systemu IGRT jest integralnym elementem akceleratora, umożliwiające realizację funkcji „Image Guided Radiation Therapy” (IGRT) w oparciu o technologię Cone Beam CT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz przeprowadzonego przez niego rozeznania rynku, rozwiązanie techniczne CBCT oferują wszyscy działający na rynku polskim producenci i dostawcy, w tym strony postępowania Candela, RTA i sam Odwołujący. Jest to zatem rozwiązanie techniczne powszechne na rynku i jego wdrożenie, jak i zastosowanie w oferowanym przedmiocie zamówienia, nie wpływa na warunki konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że rozwiązanie techniczne nie może być wdrożone w planowanym do zaoferowania sprzęcie, jak również nie wykazał, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych jest konieczne z uwagi na posłużenie się przez Zamawiającego przy opisie znakami towarowymi, patentami, pochodzeniem. Art. 29 ust. 3 ustawy nakazuje dopuścić rozwiązania równoważne właśnie w przypadku, gdy Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, posłużył się takimi elementami. Sam fakt, że istnieją inne technologie, które są równoważne przedstawionej przez Zamawiającego, nie przesądza jeszcze o konieczności ich dopuszczenia, jeśli wybór danej technologii jest uzasadniony interesem Zamawiającego i nie prowadzi to do utrudnienia uczciwej konkurencji. Fakt, że Odwołujący planował zaoferować inne rozwiązanie – Fan Beam nie uzasadnia przyjęcia dyskryminującego charakteru opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że otrzyma rozwiązanie popularne, wdrożone i posiadające pozytywne opinie innych ośrodków klinicznych, które może zaoferować każdy z producentów tego typu sprzętu medycznego występujących na rynku. Należy przyznać rację Zamawiającemu, że wdrożenie rozwiązania akceptowanego przez wszystkich producentów jak i większość ośrodków medycznych w kraju i na świecie zapewnia możliwość zachowania kompatybilności technologii w przypadku rozbudowy linii terapeutycznej, co ma istotne znaczenie dla



oszczędności kosztów zakupu jak i dokładniejszego dostosowania potrzeb Zamawiającego do bieżących osiągnięć rynku sprzętu medycznego.

Izba nie dopatrzyła się w określonym przez Zamawiającego postanowieniu, opisującym przedmiot zamówienia, naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy.

d) określenie wymogu wykonywania badań w technologii CBCT w pkt G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT pkt 2 System wyposażony jest w oprogramowanie umożliwiające :

- rekonstrukcję obrazów CBCT,
- obliczanie właściwego położenia pacjenta w oparciu o badanie referencyjne CT i badanie wykonane w technologii Cone BEAM CT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z analogicznych powodów jak przedstawiono w pkt I.c uzasadnienia Izby.

Izba nie dopatrzyła się w określonym przez Zamawiającego postanowieniu, opisującym przedmiot zamówienia, naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy.

e) określenie obrazów CBCT w pkt G. Wyposażenie akceleratora w zakresie systemu IGRT Pkt 3 System umożliwia eksport danych w standardzie DICOM – obrazy CBCT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z analogicznych powodów jak przedstawiono w pkt I.c uzasadnienia Izby. Wskazać należy, że Izba dała wiarę dowodowi z Press release Varian i Siemens, z którego jednoznacznie wynika, że Odwołujący uznaje DICOM jako standard i podejmuje się współpracy w tym zakresie z pozostałymi producentami, uznając wartość medyczną przyjętego rozwiązania.

Izba nie dopatrzyła się w określonym przez Zamawiającego postanowieniu, opisującym przedmiot zamówienia, naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy.

II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez sformułowanie podkryteriów, kryterium „Ocena techniczna” o wadze 70%, w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji, a konkretnie :

a) premiowanie rozwiązania technicznego „Trzecia energia wiązek fotonowych w konfiguracji akceleratora o wartości 4MV” oferowanego tylko przez jednego producenta w pkt A. Charakterystyka akceleratora. pkt 1

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że tylko jeden producent oferuje premiowane przez Zamawiającego rozwiązanie. Stanowisko przeciwne wynika z

twierdzeń Zamawiającego i obu Przystępujących, ponadto sam Odwołujący potwierdza, że jest możliwe wyposażenie akceleratora Primus jego produkcji, obecnie posiadanego przez Zamawiającego, a także proponowanego z ofercie z dnia 17 sierpnia 2008r. akceleratora ARTISTE, w taką energię. Odwołujący nie wykazał, na czym polega trudność w zaoferowaniu tej opcji w ramach bieżącego postępowania. Izba dała wiarę argumentom Zamawiającego wskazującym na znaczenie terapeutyczne i możliwość wykorzystania trzeciej energii wiązek fotonowych w procesach leczniczych. Wzięła także pod uwagę, że uzyskanie sprzętu wyższej jakości wpłynie na zakres refundowania środków z NFZ. Postulat Odwołującego dotyczący kosztów i możliwości zainstalowania takiego rozwiązania w posiadanym przez Zamawiającego, akceleratorze, nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu. Zamawiający ma prawo oczekiwać rozwiązania nowoczesnego i kompleksowego, pod warunkiem, że jest to uzasadnione jego potrzebami, co w ocenie Izby wykazał oraz nie ma wpływu na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji, co również nie zostało przez Odwołującego udowodnione.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

b) ograniczenie konkurencji poprzez odmowę przyznania punktacji rozwiązaniom oferującym kliny w zakresie  $> 1$  stopnia i  $< 5$  stopni w pkt A. Charakterystyka akceleratora. pkt 4 Kliny w zakresie 1-60 stopni

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący stwierdził, że istnieje konstrukcyjna możliwość wprowadzenia klinów w zakresie  $>1$  i  $< 5$  stopnia, jednakże Odwołujący nie wykazał, że obecnie na rynku są oferowane akceleratory z takim rozwiązaniem, a potencjalna możliwość wdrożenia rozwiązania nie może stanowić argumentu przemawiającego za dyskryminującą oceną w ramach kryterium oceny ofert. Nadto z przedłożonej przez Zamawiającego oferty Odwołującego z dnia 17 sierpnia 2008r. wynika, że Odwołujący również nie oferuje w ramach posiadanych urządzeń takiego rozwiązania. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

c) premiowanie rozwiązania technologicznego wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej B. Parametry systemu IGRT. Pkt 1 Oferowana technologia IGRT oparta na technologii wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że premiowane rozwiązanie technologiczne preferuje określonego producenta akceleratorów. Z oferty Odwołującego z dnia 17 sierpnia 2008r. wynika, że oferuje on technologię kV CBCT oraz kVision czyli technikę IGRT CBCT, opartą na technologii kilowoltowej z wykorzystaniem detektora kV

zainstalowanego na gantry i wiązki kilowoltowej, pozwalającej na poprawę jakości obrazu, uproszczenie obsługi, zapewnienie wysokiej jakości pozycjonowania. Zamawiający natomiast podał techniczne aspekty przyjętego rozwiązania i wskazał na konkretne korzyści terapeutyczne wynikające z zastosowanego rozwiązania sprowadzające się do zmniejszenia dawki napromieniowania podczas diagnostyki i leczenia wobec zastosowania wiązki kilowoltowej w miejsce wiązki megawoltowej. Ponadto wskazał na uzyskanie w ramach przyjętego rozwiązania lepszego monitorowania przesunięcia oddechowego pacjenta podczas diagnostyki, co pozwala na uniknięcie zbędnego napromieniowania sąsiadujących z obszarem leczonym tkanek miękkich. Takie stanowisko potwierdzili również obaj Przystępujący do Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał za pomocą badań technicznych, analizy porównawczej czy też opinii specjalistów, że rozwiązanie oparte o wiązkę silniejszą megawoltową przynosi konkretne korzyści terapeutyczne, a przyjęcie innego kąta nachylenia wiązek ma uzasadnienie medyczne. Wobec faktu nie udowodnienia twierdzeń przez Odwołującego, Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1.

d) premiowanie rozwiązania technologicznego wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej w pkt B. Parametry systemu IGRT. Pkt 2 Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia funkcjonalność obrazowania typu fluoroskopowego w trakcie napromieniania w osi prostopadłej do osi wiązki terapeutycznej

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w pkt. II. c)

e) ) premiowanie rozwiązania technologicznego wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej w pkt B. Parametry systemu IGRT. Pkt 3 Oferowana konfiguracja systemu IGRT zapewnia jakość obrazowania poprzez zdjęcia planarne

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w pkt. II. c)

f) premiowanie rozwiązania technologicznego wiązki kilowoltowej prostopadłej w stosunku do wiązki terapeutycznej oraz niejednoznacznego określenia sposobu oceny ofert przy złożeniu ofert o jednakowych wartościach badanego parametru w pkt B. Parametry systemu IGRT. Pkt 4 Przestrzeń dla pacjenta w czasie obrotu ganty z systemem IGRT

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w pkt. II. c)

W ocenie Izby niezasadny jest zarzut niejednoznacznego określenia sposobu oceny ofert przy złożeniu ofert o jednakowych wartościach badanego parametru. Zamawiający określił, że będzie punktował największą odległość - 10 punktami, najmniejszą - 0 punktami, a

pozostałe proporcjonalnie. Rozważając możliwe rozwiązania Izba uznała, że w przypadku złożenia wszystkich ofert o jednakowej odległości zachodzić może jedynie wątpliwość, co do tego, czy tym ofertom Zamawiający przyzna 10 czy 0 punktów. Jednak jednoznaczne jest to, że niezależnie od przyznania 0 czy 10 punktów, wszyscy wykonawcy dostaną taką samą ilość punktów. W tej sytuacji fakt przyznania 10 punktów, czy przyznania 0 punktów jest neutralny dla wykonawców i nie wpłynie na ogólną punktację, czyli tak jakby w ogóle takiego kryterium nie było. Nie budzi także wątpliwości, że w przypadku złożenia kilku ofert z różnym parametrem odległości, w tym na przykład dwóch z taką samą odległością, a pozostałych z wartościami mniejszymi lub większymi, to oferty z taką samą odległością uzyskają jednakową ilość punktów proporcjonalną, w stosunku do zadeklarowanej wartości najmniejszej i największej. Tym samym w ocenie Izby sposób oceny tego kryterium jest czytelny, nie budzi wątpliwości i nie narusza zasady równego traktowania wykonawców.

g) premiowanie funkcjonalności systemu weryfikacji i zarządzania, który nie jest przedmiotem postępowania w pkt D INNE WŁAŚCIWOŚCI

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Według Izby Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił podczas rozprawy w dniu 2 października 2008r., że dostawa obejmuje także system weryfikacji i zarządzania, a nie same stacje komputerowe. Izba podtrzymuje uzasadnienie tak jak w pkt I. b).

Ponadto Odwołujący zarzucił naruszenie art. 36 ust. 4 ustawy, nie wskazując jednakże, w jaki sposób jego interes w tym zakresie doznał uszczerbku, jak również nie podając jakiegokolwiek uzasadnienia stawianego zarzutu. W tej sytuacji Izba uznała zarzut za nieudowodniony.

Izba stwierdza, że Zamawiający nie naruszył art. 36 ust. 4 ustawy.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 41 pkt 9 ustawy, ale nie wykazał, na czym w tym przypadku polegało naruszenie Zamawiającego, ani nie przedstawił na tę okoliczność dowodów. W tym stanie rzeczy Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy na obecnym etapie postępowania. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył przepis na etapie przed upływem terminu składania ofert. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy odnosi się do dokonania wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Zamawiający nie dokonał oceny ofert, ani wyboru oferty najkorzystniejszej, z tego też względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Ustosunkowując się do użytego przez Odwołującego, jako argumentu, błędnego zastosowania trybu przetargu nieograniczonego, zamiast trybu zamówienia z wolnej ręki, to zarzut ten nie był podnoszony na etapie postępowania protestacyjnego. Jednakże na marginesie należy wskazać, że Izba nie podziela tego zarzutu. Odwołujący uzasadniał słuszność postawionego zarzutu postanowieniami pkt V ppkt 1 lit. b Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych opracowanego przez Ministerstwo Zdrowia – Radę ds. Zwalczania Chorób Nowotworowych, w ramach, którego wskazano na konieczność uwzględniania, przy dokonywaniu wyboru aparatury do radioterapii preferencji linii terapeutycznej, jednego producenta. Izba nie podziela tego stanowiska i uznaje za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego i Przystępujących, że w chwili obecnej Zamawiający nie dysponuje linią terapeutyczną spełniającą wymogi Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych. Zamawiający i Przystępujący zgodnie potwierdzili, że obecnie posiadany sprzęt do radioterapii pochodzi z różnych okresów, a więc stopień jego zużycia (wyeksploatowania) jest różny, ponadto poszczególne jego elementy pochodzą od różnych producentów. Izba dała wiarę Zamawiającemu, że dopiero obecne postępowanie ma doprowadzić do wyboru dostawcy podstawowej linii terapeutycznej. Przemawiała za tym opis przedmiotu zamówienia oraz kompleksowy charakter dostawy, obejmującej nie tylko sam akcelerator o parametrach podstawowych, ale także wyposażony w dodatkowe opcje jak trzecia energia wiązek 4MV, czy zakup stacji komputerowych wraz z systemem zarządzania i weryfikacji. Zamawiający oświadczył również, że posiadany akcelerator Primus wraz z dodatkowym wyposażeniem nie będzie dalej modernizowany. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego, przy zakupie nowych urządzeń, stanowiących odrębną linię terapeutyczną, było zagwarantowanie konkurencyjnego charakteru postępowania, co zapewniał tryb przetargu nieograniczonego. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 10 ust. 2 ustawy w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy.

Izba nie doparzyła się także podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3 zdanie 2 ustawy. Odwołujący w szczególności wskazał na pkt 3 c siwz, zgodnie z którym Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców znajdujących się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, czyli posiadających ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż 100 000 euro i na potwierdzenie spełnienia tego warunku zgodnie z pkt 7 lit. j oczekiwał przedłożenia polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż 100 000 euro. W ocenie Izby, nieokreślenie to nie

stanowi podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż w braku takiego określenia należy przyjąć najbardziej powszechnie stosowany kurs przeliczeniowy w transakcjach handlowych tj. średni kurs NBP, co potwierdza stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie. Odwołujący nie wykazał, że niewskazanie przez Zamawiającego stosownego przelicznika powodować, by mogło dokonanie wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub że takie naruszenie miało wpływ na wynik postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy).

Odwołujący podniósł także, że nieważny jest wymóg złożenia przez wykonawców oświadczenia, że zobowiązują się, iż w przyszłym postępowaniu na warunkach nie gorszych niż określone w pkt 11 SIWZ będą świadczyć usługi serwisowe po upływie okresu gwarancji za ceny nie wyższe niż wynikające z przedmiotowego zamówienia. Oświadczenie to jest przedmiotem oceny ofert w pkt E1 tabeli. Odwołujący podniósł, że wymóg ten nie dotyczy przedmiotu zamówienia i jest niedookreślony, gdyż nie wiadomo, jak długo takie usługi miałyby być świadczone. Izba uznała, że w tym przypadku nie zachodzi nieważność postępowania, gdyż oświadczenie – załącznik nr 4 jest skonkretyzowany czasowo w ramach kryterium oceny ofert – warunki serwisu i gwarancji. W pkt E1 tabeli z pkt 11 swiz Zamawiający wyraźnie odnosi się do warunków serwisu w okresie jednego roku oraz dostarczania części zamiennych przez okres 3 lat po zakończeniu gwarancji. Nie jest zatem tak jak twierdzi Odwołujący, że nie można obliczyć ceny, uwzględniając czas trwania kontraktu serwisowego oraz dostawy części zamiennych. Jest to wymóg ściśle określony i precyzyjny. Gwarantuje on stałość cen dla Zamawiającego w okresie serwisowania i dostawy części zamiennych. Ustawowym obowiązkiem producenta jest zapewnienie dostępności części zamiennych przez okres lat 10, a więc wymóg postawiony przez Zamawiającego nie jest wygórowany.

Izba nie dopatryła się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3, art. 36 ust. 4, art. 41 pkt. 9, art. 91 ust. 1, art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp. uwzględniając wniosek pełnomocnika Zamawiającego o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 2440zł. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Dz.U. Nr 128 poz.886 Izba zalicza uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....