

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 13 stycznia 2015 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 16 grudnia 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Zamawiającego – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi**

dotyczących informacji z dnia 09 grudnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/4(14)/14/KB) o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na postawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. Nr 907 ze zm.) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi obejmująca: a) Zakup symulatora terapeutycznego z opcją leczenia 2D, wyposażeniem obejmującym stację roboczą sterującą akceleratorem stanowiącą element posiadanego systemu Aria Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej - 1 szt, b) Unowocześnienie akceleratorów: Clinac 2300 CD Silhouette S/N 134, Clinac 2300 CD Silhouette S/N 40, Clinac 600 CD S/N 1083, Clinac 600 CD S/N 718 poprzez rozbudowę posiadanych kolimatorów wielolistkowych Millennium MLC80 do wersji 120 – listkowej, c) Unowocześnienie posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej poprzez zakupienie: fantomu wodnego wraz z detektorami półprzewodnikowymi i komorami jonizacyjnymi, elektrometru wraz z oprogramowaniem, upgrade posiadanej matrycy ImrtMathXX Scanditronix - Welfhofer, zestawu do dozymetrii codziennej wraz z okablowaniem dla posiadanego systemu kontroli jakości w brachyterapii, zestawu do dozymetrii in vivo, fantomu do kontroli systemu radioterapii przy użyciu bramkowania sterowanego oddechem 4D, -fantomów kontroli jakości w brachyterapii (oznaczenie sprawy 103/12).”*

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący: Aneta Młacka  
Członkowie: Anna Packo  
Beata Pakulska

wyraża następującą opinię:

**uwzględnia zastrzeżenia Zamawiającego**

## Uzasadnienie

Pismem z dnia 13 września 2012 r. Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi poinformował Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes Urzędu”, o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem była *kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi obejmująca:*

a) *Zakup symulatora terapeutycznego z opcją leczenia 2D, wyposażeniem obejmującym stację roboczą sterującą akceleratorem stanowiącą element posiadanego systemu Aria Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej - 1 szt.*

b) *Unowocześnienie akceleratorów: Clinac 2300 CD Silhouette S/N 134, Clinac 2300 CD Silhouette S/N 40, Clinac 600 CD S/N 1083, Clinac 600 CD S/N 718 poprzez rozbudowę posiadanych kolimatorów wielolistkowych Millennium MLC80 do wersji 120 - listkowej.*

c) *Unowocześnienie posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej poprzez zakupienie: fantomu wodnego wraz z detektorami półprzewodnikowymi i komorami jonizacyjnymi, elektrometru wraz z oprogramowaniem, upgrade posiadanej matrycy ImrtMathXX Scanditronix - Weflhofer, zestawu do dozymetrii codziennej wraz z okablowaniem dla posiadanego systemu kontroli jakości w brachyterapii, zestawu do dozymetrii in vivo, fantomu do kontroli systemu radioterapii przy użyciu bramkowania sterowanego oddechem 4D, - fantomów kontroli jakości w brachyterapii (oznaczenie sprawy 103/12).*

Zamawiający wszczął powyższe postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 11 września 2012 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający poinformował, że w latach 1997 - 2002 po przeprowadzeniu procedur w trybie przetargu nieograniczonego została zakupiona aparatura radioterapeutyczna. W wyniku realizacji powyższych zamówień powstała Pełna Zintegrowana Linia Radioterapeutyczna firmy Varian Medical Systems (zwana dalej: „linią”), która została uruchomiona i wdrożona do praktyki klinicznej w 2002 r.

Zamawiający nadmieniał, że w latach 2004 - 2005 trzykrotnie występował do Prezesa Urzędu o wyrażenie zgody na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na kompleksową rozbudowę i unowocześnienie wykorzystywanej linii, uzyskując pozytywną decyzję.

Zamawiający uściślił, że zakup będący przedmiotem niniejszego zamówienia realizowany był w ramach zadania pn.: Poprawa działalności systemu radioterapii onkologicznej w Polsce - Doposażenie i modernizacja zakładów radioterapii.

Zamawiający wskazał, że unowocześnienie 4 posiadanych akceleratorów kosztować będzie 3.400.000,00 zł, podczas gdy koszt zakupu 4 nowych akceleratorów z kolimatorami 120 listkowymi oraz opcją IMRT, zgodnie z wyceną z dnia 29 października 2012 r. sporządzoną przez firmę Candela Sp. z o.o., wyniosłoby 39.600.000,00 zł.

Zamawiający wyjaśnił, że zakup symulatora terapeutycznego z opcją planowania leczenia 2D stanowi rozszerzenie linii o analogiczne i całkowicie kompatybilne urządzenia, działające zgodnie z tą samą licencją producenta. Wskazał, że symulator terapeutyczny jest podstawowym narzędziem w planowaniu radioterapii. Zakup jest zaś uzasadniony faktem prawie całkowitego zużycia posiadanego symulatora Ximatron, pracującego w linii od 1997 roku i jego niedostosowaniem technologicznym do aktualnie funkcjonującego systemu zarządzania Aria.

W dalszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku symulatora terapeutycznego istnieją równoważne urządzenia innych firm (Siemens, Elekta), ale w jego ocenie nie gwarantują one prawidłowej współpracy z posiadaną przez Zamawiającego linią. Unowocześnienie akceleratorów polega na wymianie kolimatorów 80 listkowych na kolimatory 120 listkowe. Zdaniem Zamawiającego, każdy producent stosuje oryginalne rozwiązania techniczne, które zasadniczo różnią się między sobą i uniemożliwiają wzajemne zastępowanie.

Zdaniem Zamawiającego kompatybilność pozwala również na ochronę autorskich praw wyłącznych producenta posiadanej aparatury w zakresie oprogramowania oraz rozwiązań technicznych.

Taka integracja linii gwarantuje, według Zamawiającego, bezpośrednią współpracę wszystkich urządzeń, jak również umożliwia maksymalną efektywność poprzez: pełny i wyłączny dostęp do oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz danych dotyczących aktualnie wykorzystywanej aparatury, jej wyposażenia, wersji oraz opcji, pełny i wyłączny dostęp do procedur oraz zestawów instalacyjnych i modernizacyjnych, koniecznych do implementacji najnowszych technik radioterapii w wykorzystywanej aparaturze, pełne i wyłączne prawa autorskie do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania oraz do wykonywania modyfikacji urządzeń producenta, firmy Varian, odpowiednie zezwolenia oraz dopuszczenia aparatury do eksploatacji, w tym uprawnienia do dokonywania unowocześnień, przeprowadzania instalacji, serwisu, testów akceptacyjnych oraz dopuszczania do eksploatacji aparatury po przeprowadzanej instalacji i integracji, jednolity system autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Varian obejmujący wszystkie ww. urządzenia, zapewniający w pełni fachowe i odpowiedzialne przeprowadzenie instalacji zamawianych rozwiązań oraz opcji, z jednoczesnym przetestowaniem właściwej i bezpiecznej ich współpracy ze wszystkimi pozostałymi urządzeniami Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że w jego opinii realizacja przedmiotowego zamówienia mogła być powierzona wyłącznie firmie Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż: jest ona wyłącznym i autoryzowanym przedstawicielem handlowym i serwisowym w Polsce firmy Varian Medical Systems, jedyne go producenta aparatury wchodzącej w skład linii, posiada niezbędne technologie, upoważnienia oraz możliwość stosowania chronionych patentami rozwiązań technicznych firmy Varian, posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz personel autoryzowany przez firmę Varian Medical Systems do przeprowadzenia instalacji i wdrożenia kompleksowej rozbudowy linii.

Zamawiający zwrócił jednocześnie uwagę, że wykonanie zamówienia przez inny podmiot nie byłoby fizycznie możliwe lub też wiązałoby się z podjęciem ryzyka wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z interesem Zamawiającego oraz niesłoby wysokie prawdopodobieństwo poniesienia strat materialnych lub stanowiło zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi.

Zamawiający dodał, że w posiadanej przez niego linii znajduje się sprzęt i oprogramowanie jednego producenta - firmy Varian Medical Systems. Odstępstwem od tej reguły jest tomograf komputerowy (SOMATOM Sensation Open producenta Siemens AG), ponieważ firma Varian nie produkuje sprzętu diagnostycznego. Poza tym Zamawiający posiada system do radioterapii stereotaktycznej firmy BrainLab, gdyż firma Varian nie posiada w swojej ofercie takiego produktu.

Z dokumentacji wynika, że w dniu 14 września 2012 r. odbyły się negocjacje z firmą Candela Sp. z o.o., w trakcie których wykonawca poinformował, że urządzenia wchodzące w skład unowocześnienia posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Terapeutycznej (pkt c) przedmiotowego zamówienia) pochodzą od innego producenta niż Varian Medical Systems, dlatego też nie jest w stanie autoryzować tego zakresu zamówienia jako jedyny wykonawca na terenie Polski.

W związku z powyższym, Zamawiający zdecydował o unieważnieniu postępowania w całości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Prezes Urzędu zamówień publicznych uznał, że Zamawiający nie wykazał, iż w stanie faktycznym sprawy zachodziły okoliczności uzasadniające wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W informacji o wyniku kontroli wskazał na szczególny tryb, jakim jest zamówienie z wolnej ręki. Jest to tryb stosowany wyjątkowo, w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe.

W ocenie Prezesa Urzędu, w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do wszczęcia postępowania na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) odnośnie pkt c) przedmiotu zamówienia. Prezes zauważył, że okoliczności braku podstawy do zastosowania trybu

ujawniły się po wszczęciu postępowania w trakcie negocjacji z zaproszonym wykonawcą - firmą Candela Sp. z o.o., które odbyły się w dniu 14 września 2012 r. Wykonawca poinformował, że urządzenia wchodzące w skład unowocześnienia posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Unii Terapeutycznej pochodzą od innego producenta niż Varian Medical Systems. Zrezygnował z dostawy ww. sprzętu, gdyż nie był w stanie autoryzować tego zakresu zamówienia jako jedyny wykonawca na terenie Polski.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej „TSUE”, (sprawa C - 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch), z którego wynika, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (wyrok TSUE z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03)).

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie udowodnił, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej, gdyż z okoliczności faktycznych sprawy nie wynika, iż tylko jedna firma byłaby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający przy zakupie pierwszej aparatury do linii stosował tryb przetargu nieograniczonego, miał zatem świadomość konkurencyjności rynku w zakresie objętym tymi postępowaniami, a w przypadku wyboru innego wykonawcy godził się na zintegrowanie oferowanego przez niego sprzętu z posiadaną linią.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie potencjalnego wykonania zamówienia przez inne podmioty, nawet mając wiedzę o istnieniu produktów równoważnych. Skierował jedynie prośbę do firmy Candela Sp. z o.o. o wycenę potrzebnego asortymentu, otrzymując w odpowiedzi ofertę handlową, w ten sposób opierał

się na oświadczeniach firmy, która była zainteresowana sprzedażą swoich produktów, uzyskując jedynie subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań.

Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający wskazał, że w posiadanej linii znajduje się tomograf komputerowy firmy Siemens AG oraz system do radioterapii stereotaktycznej firmy BrainLab., gdyż firma Varian nie posiada w swoim asortymencie takich produktów, co w ocenie Prezesa Urzędu oznacza, że istnieje możliwość zintegrowania w linii sprzętu i oprogramowania innych producentów.

Na ocenę zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowym postępowaniu nie mogą mieć wpływu uzyskane w latach 2004 - 2005 zgody Prezesa Urzędu na udzielenie zamówień w tym trybie w związku z rozbudową i unowocześnieniem linii. Zamawiający każdorazowo przed wszczęciem postępowania zobowiązany jest do analizy uwarunkowań i procesów gospodarczo-technologicznych w branży właściwej dla przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu zamówień publicznych wskazał, że „Narodowy program zwalczania chorób nowotworowych” nie wprowadza obowiązku wyposażenia linii terapeutycznej w oparciu o sprzęt jednego producenta. Z opisu szczegółowego zadań Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych wynika, że możliwe jest utworzenie tzw. „otwartej sieci radioterapeutycznej”, tj. zbioru różnych urządzeń i aparatów radioterapeutycznych wielu producentów. Wskazano tam, iż „otwarte sieci radioterapeutyczne” są stosowane w europejskich ośrodkach posiadających zakłady radioterapii i zajmujących się leczeniem pacjentów z chorobami nowotworowymi. Tym samym, twierdzenie Zamawiającego, że wyposażenie zakładów radioterapii powinno być realizowane w oparciu o linię terapeutyczną składającą się ze sprzętu jednego producenta, nie znajduje uzasadnienia.

Dodatkowo Prezes UZP zauważył, że fakt, że firma Candela Sp. z o.o. dysponowała niezbędną wiedzą, doświadczeniem oraz personelem autoryzowanym przez firmę Varian do wykonania przedmiotu zamówienia, nie stanowi wypełnienia przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powoływał się również na przesłankę wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie udowodnił zasadności udzielenia kontrolowanego zamówienia w oparciu o przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych.

Wskazał, że nawet jeżeli do współdziałania ze sobą urządzeń różnych producentów niezbędne byłyby zmiany w ich oprogramowaniu, to również przepisy ustawy o prawie autorskim nie ograniczają takiej możliwości. Zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 3 lit. c) ww. ustawy nie wymaga zgody uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu

komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki: czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania.

Niezasadność wszczęcia kontrolowanego postępowania w zakresie pkt a) i b) przedmiotu zamówienia została wykazana w informacji o wyniku kontroli z dnia 2 września 2014 r. o sygn. KNZ/26/14.

Należy zauważyć, iż dnia 18 października 2012 r., po unieważnieniu w dniu 3 października 2012 r. postępowania objętego niniejszą kontrolą, Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Przedmiot zamówienia był tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania, z wyłączeniem pkt c), tzn. obejmował: *kompleksową rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. h/i. Kopernika w Łodzi w oparciu o:*

*a) Zakup symulatora terapeutycznego z opcją leczenia 2D, wyposażeniem obejmującym stację roboczą sterującą akceleratorem stanowiącą element posiadanego systemu Aria Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej - 1 szt.*

*b) Unowocześnienie akceleratorów: Clinac 2300 CD Silhouette S/N 134, Clinac 2300 CD Silhouette S/N 40, Clinac 600 CD S/N 1083, Clinac 600 CD S/N 718 poprzez rozbudowę posiadanych kolimatorów wielolistkowych Millennium MLC80 do wersji 120 - listkowej (oznaczenie sprawy 149/12).*

Zamawiający zrezygnował z zakupu w trybie z wolnej ręki urządzeń mających na celu unowocześnienie posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej, z uwagi, iż w trakcie negocjacji z firmą Candela Sp. z o.o. dowiedział się, że na rynku istnieją inni wykonawcy mogący zrealizować ten zakres zamówienia.

W wyniku przeprowadzenia ww. postępowania w dniu 30 października 2012 r. została zawarta Umowa nr 149/12.

Ze względu na fakt, że ocena stanu faktycznego sprawy wymagała wiadomości specjalnych Prezes Urzędu, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy postanowił zasięgnąć opinii biegłego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej. Jak wskazał Prezes UZP, według stanowiska biegłego *na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, co wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia. Biegły stwierdził również, że integracja urządzeń w linii terapeutycznej w celu zachowania kompatybilności jest możliwa przez wszystkich producentów sprzętu. Innymi słowy w linii terapeutycznej istnieje możliwość integracji zarówno sprzętu jak i oprogramowania innych producentów.*

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Podniósł, że zgodnie z postanowieniami art. 165 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. W ocenie Zamawiającego nie nastąpiło spełnienie drugiej z przesłanek, tj. że zastosowanie tego trybu zamówienia z wolnej ręki i w konsekwencji jego unieważnienie przez Szpital z powodu braku spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, spowodowało, iż czynności zamawiającego mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Wyjaśnił, że Zamawiający w przedmiotowej wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 11 września 2012r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Candela Sp. z o.o. Jednakże w trakcie prowadzonych negocjacji w dniu 14 września 2012r, Candela Sp. z o.o. oświadczyła, urządzenia wchodzące w skład unowocześnienia posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Terapeutycznej pochodzą od innego producenta niż Varian Medical System, dlatego też nie jest w stanie autoryzować zakresu zamówienia jako jedyny wykonawca na terenie Polski. Szpital wobec takiego oświadczenia przerwał negocjacje, które nie zakończyły się uzgodnieniem istotnych warunków umowy lecz podjęciem decyzji o jego unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą, do usunięcia wadą. uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający podkreślił, że nieuprawnione jest twierdzenie Prezesa UZP, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki miało wpływ na wynik postępowania, w sytuacji gdy nigdy nie doszło do uzgodnienia warunków umowy z takim wykonawcą, nie została zawarta umowa o udzielenie zamówienia publicznego, a samo postępowanie zostało unieważnione. Brak było podstaw do wszczęcia postępowania kontrolnego przez Prezesa UZP z uwagi na niespełnienie przesłanek z art. 165 pzp, w szczególności wpływu naruszenia na wynik postępowania.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Prezesa UZP, że odnośnie punktu a i b nie istniały okoliczności opisane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp.

Podkreślił, że opisując przedmiot zamówienia, nie miał najmniejszej możliwości „rozluźnienia parametrów technicznych” zamawianych kolimatorów.

Zauważył, że istnieje co najmniej dwóch liczących się producentów sprzętu radioterapeutycznego (na terenie RP), jednakże specyfika sprzętu do radioterapii, nawet w odniesieniu do pełnego produktu (np. przyspieszacz liniowy), jest bardzo unikatowa dla



każdego producenta. Wskazał, że nie ma możliwości, aby połączenie dwóch podzespołów różnych producentów i stworzenie „składanego” aparatu do radioterapii było technicznie możliwe, nie mówiąc już o tym, by było bezpieczne do stosowania dla pacjentów.

Podniósł, że nie zostały zakwestionowane żadne parametry techniczne, które wskazał Zamawiający, a które były kluczowym elementem przesłanki zastosowania przedmiotowego trybu. Parametry te należą do parametrów technicznych o obiektywnym charakterze, a zrealizowane mogą być jedynie przez producenta sprzętu jakim jest Varian Medical Systems, którego jedynym i autoryzowanym przedstawicielem mogącym zrealizować przedmiot zamówienia jest firma Candela sp, z o.o.

Zamawiający podkreślił, że żaden inny producent nie kontaktował się z Zamawiającym na etapie oceny parametrów technicznych, przedstawionych w Zawiadomieniu do Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki ani nie występował o jakąkolwiek dokumentację techniczną, dotyczącą posiadanych aparatów i Unii Radioterapeutycznej. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, jednoznacznie świadczy o tym, że żaden z producentów nie był w stanie wykonać zamówienia ze względów technicznych o charakterze obiektywnym nie kwestionując zarazem zasadności tych parametrów.

Zamawiający, wyjaśnił, że zakup symulatora terapeutycznego, który nie byłby kompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego systemem Eclipse (Aria) byłby również niecelowy pod względem efektów terapeutycznych oraz dotyczących organizacji udzielania świadczeń, zamierzonych przez Zamawiającego- Zakup urządzenia posiadającego wprawdzie możliwość obliczania rozkładu dawek, jednakże nie będącego w pełni kompatybilnym urządzeniem z posiadanym systemem planowania Eclipse, wymagałby dodatkowych pomiarów dozymetrycznych oraz nowego (odrębnego) systemu planowania; nadto zaś - nawet przy zapewnieniu dodatkowych pomiarów i nowego systemu - urządzenie takie nie byłoby równie bezpieczne dla pacjenta, jak urządzenie pracujące w standardzie pozostałych elementów Linii Radioterapeutycznej, którym to standardem w przypadku Unii Radioterapeutycznej działającej w WSS im. M, Kopernika jest standard systemu planowania Eclipse.

Zamawiający podkreślał, że przedstawione parametry są niezbędne z punktu widzenia celu terapeutycznego, jaki chciał osiągnąć Zamawiający, a jakim było bezpieczne planowanie leczenia pacjentów wygenerowaną wiązką promieniowania w symulacji świetlnej pola. „Rozluźnienie” ww. parametrów spowodowałoby znaczące obniżenie bezpieczeństwa leczenia i nie doprowadziłoby - wbrew twierdzeniom biegłej - do „osiągnięcia zamierzonych przez Zamawiającego celów terapeutycznych”.

Zdaniem Zamawiającego, symulator terapeutyczny inny, niż działający w posiadanym przez Zamawiającego systemie Aria, którego elementem jest system planowania Eclipse, nie spełniałby również warunków, określonych w umowie dotacji na zakup przedmiotowego

sprzętu - w umowie tej bowiem mowa jest jednoznacznie o symulatorze terapeutycznym z opcją leczenia 2 D, wyposażeniem obejmującym stację roboczą sterującą akceleratore, stanowiącą element posiadanego systemu Aria Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej (§ 1 ust. 2 pkt. 1 umowy nr 1/6/5/2012/56/757 z dnia 29 czerwca 2012 roku na realizację programu zdrowotnego).

Zamawiający wskazał także, że jego stanowisko, dotyczące wyższości Zintegrowanej Linii Terapeutycznej jednego producenta nad tzw. siecią otwartą, poparte zostało także dokumentami urzędowymi, stanowiącymi podstawę prawną dokonywanych zakupów, to jest wytycznymi, zawartymi w Narodowym Programie Zwalczania Chorób Nowotworowych w zakresie obejmującym „Utworzenie w Polsce systemu radioterapii onkologicznej - doposażenie i modernizacja zakładów radioterapii”. Podkreślił zatem Zamawiający, że celem ustawodawcy było, aby w postępowaniach, odnoszących się do zakupu linii radioterapeutycznej prymat nad zasadą konkurencyjności miały wartości odnoszące się do bezpieczeństwa i komfortu pacjentów oraz liczby chorych, którzy mogą być leczeni przy zastosowaniu akceleratora funkcjonującego w linii radioterapeutycznej w pełni zintegrowanej (jednego producenta) w stosunku do sieci radioterapeutycznej „otwartej”. Podkreślił także, że względy, dotyczące wydajności systemu leczenia raka i szybkości leczenia były i są dla ustawodawcy względami priorytetowymi. Zaznaczył, że w Zakładzie Teleradioterapii w Łodzi na każdym aparacie terapeutycznym napromieniowaniu poddawanych jest dziennie 70-80 pacjentów, a zatem znacznie więcej niż 40-50 pacjentów, stanowiących optimum wydolności sieci terapeutycznej „otwartej”. Dlatego też w przypadku Zamawiającego jedyną uzasadnioną i spełniającą jego oczekiwania terapeutyczne była *koncepcja posiadania w pełni zintegrowanej linii radioterapeutycznej, która pozwala na uzyskanie wysokiej precyzji radioterapii jak i odpowiedniego komfortu leczenia pacjenta oraz wysoką jakość pracy.*

Zamawiający wskazał, że opisując parametry zamawianego sprzętu kierował się w dobrej wierze wytycznymi, zawartymi w „Narodowym Programie zwalczania Chorób Nowotworowych”. Środki pieniężne na zakup w ramach kontrolowanego postępowania, Zamawiający otrzymał z Ministerstwa Zdrowia w formie dotacji udzielonej właśnie w ramach powołanego Programu. Treść zawartej z Ministerstwem Zdrowia umowy dotacji jednoznacznie wskazywała, że intencją udzielającego dotacji było przeznaczenie środków finansowych na zakup sprzętu producenta, którego sprzęt działa w posiadanym przez Zamawiającego systemie Aria, a zatem na zakup sprzętu firmy Varian Medical Systems. Zamawiający zwrócił uwagę, że był związany wskazówkami, zawartymi w „Narodowym Programie Zwalczania Chorób Nowotworowych” oraz w umowie, zwłaszcza, że pozostawały one w zgodzie z opinią na temat wyższości zintegrowanej linii radioterapeutycznej jednego producenta nad tzw. „siecią otwartą”.

Zamawiający zwrócił uwagę, że począwszy od 2004 - 2005 roku, kiedy to Prezes UZP

wydawał Zamawiającemu zgodę na udzielenie zamówień w trybie z wolnej ręki, rynek medyczny nie uległ znacznym zmianom.

Zauważył także, że w dniu 19 września 2012 roku, zamieścił Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* - negocjacyjna bez uprzedniego ogłoszenia. Pomimo publikacji ogłoszenia, żaden z innych producentów Wykonawców nie wniósł odwołania wobec czynności wyboru trybu z wolnej ręki. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, uzasadnione było przypuszczenie Zamawiającego, iż nie istnieje inny podmiot, zdolny do wykonania zamówienia, który co więcej byłby zainteresowany jego realizacją.

Zamawiający wyjaśnił, że powołał się na przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż przy realizacji zamówienia zachodziła konieczność ochrony praw wyłącznych. Zamówienie w zakresie praw wyłącznych obejmowało jednakże wyłącznie rekonfigurację posiadanych już systemów weryfikacji i zarządzania Aria oraz planowania Eclipse, a nie zakup osobnych produktów. W celu rekonfiguracji nie było zaś możliwe zwielokrotnienie kodu, ani też jego tłumaczenie. Przepisy prawa autorskiego dają taką możliwość, aczkolwiek w takiej sytuacji musi występować obiektywna możliwość osiągnięcia współdziałania danego systemu. W sytuacji zaś, w której pełna integracja całości systemu jest do osiągnięcia niemożliwa, niecelowe było zwielokrotnienie istniejących kodów. Naraziłoby to Szpital nie tylko na dodatkowe koszty, ale też na nieprawidłowe działanie linii terapeutycznej, narażające zdrowie i życie pacjentów.

Zamawiający zaprzeczył, że na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, co wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia.

Zamawiający zauważył również, że w toku postępowania Prezes UZP oparł się wyłącznie na opinii jednego biegłego, nie badając sprawy ani pod kątem bezpieczeństwa pacjentów ani pod kątem wydajności linii radioterapeutycznej „Jednego producenta” w porównaniu do sieci radioterapeutycznej „otwartej”. Nadto Zamawiający zarzucił, że biegła dr A.R. nie wskazała w ogóle, w jaki sposób miałyby nastąpić „integracja” urządzeń innego producenta z urządzeniami Varian Medical Systems czy współpraca z systemem Eclipse. Opinia biegłej, która legła u podstaw wyników przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli, jest niezwykle ogólnikowa.

Zamawiający wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych specjalistów z zakresu: radioterapii oraz biegłego specjalisty z zakresu urządzeń medycznych stosowanych w radioterapii (innego niż dr A.R.) na okoliczność czy w okolicznościach niniejszej sprawy parametry techniczne sprzętu już posiadanego przez Zamawiającego w dacie wszczęcia postępowania pozwalały na „rozluźnienie” parametrów technicznych przedmiotu zamówienia

w taki sposób, aby zakup sprzętu innego producenta, niż Varian Medical Systems, zapewnił osiągnięcie celu zamierzonego przez udzielającego dotacji Ministra Zdrowia oraz przez Zamawiającego (dotyczącego wydajności i bezpieczeństwa terapii oraz organizacji świadczeń), tj. zapewnił stworzenie linii terapeutycznej równie wydajnej pod względem liczby pacjentów, możliwych do leczenia napromienianiem, co zintegrowana linia radioterapeutyczna Jednego producenta oraz równie bezpiecznej, co zintegrowana linia radioterapeutyczna jednego producenta.

Prezes Urzędu podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Podkreślił, że w piśmie Zamawiający nie przedstawił żadnych nowych argumentów uzasadniających wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki w powyższym zakresie.

Dodał, że w jego ocenie niezasadny jest wniosek o przeprowadzanie dowodu z innego biegłego z zakresu urządzeń medycznych stosowanych w radioterapii. Opinia sporządzona została w oparciu o uzasadnienie przedstawione w zawiadomieniu, wyjaśnienia Zamawiającego oraz przekazane dokumenty. Biegły ustanowiony przez Prezesa Urzędu jest biegłym sądowym w dziedzinie sprzętu medycznego - ocena fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej. Opinii wyrażonej przez biegłego oraz jego kompetencji nie zakwestionowała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale KIO/KD 89/14.

Zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prezes Urzędu przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone do wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.**

Z akt sprawy wynika, że pismem z dnia 13 września 2012 r. Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi poinformował Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania 103/12 w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem była *kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi obejmująca:*

a) *Zakup symulatora terapeutycznego z opcją leczenia 2D, wyposażeniem obejmującym stację roboczą sterującą akceleratorem stanowiącą element posiadanego systemu Aria Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej - 1 szt.*

b) *Unowocześnienie akceleratorów: Clinac 2300 CD Silhouette S/N 134, Clinac 2300 CD Silhouette S/N 40, Clinac 600 CD S/N 1083, Clinac 600 CD S/N 718 poprzez rozbudowę*

*posiadanych kolimatorów wielolistkowych Millennium MLC80 do wersji 120 - listkowej.*

*c) Unowocześnienie posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej poprzez zakupienie: fantomu wodnego wraz z detektorami półprzewodnikowymi i komorami jonizacyjnymi, elektrometru wraz z oprogramowaniem, upgrade posiadanej matrycy ImrtMathXX Scanditronix - Wellhofer, zestawu do dozymetrii codziennej wraz z okablowaniem dla posiadanego systemu kontroli jakości w brachyterapii, zestawu do dozymetrii in vivo, fantomu do kontroli systemu radioterapii przy użyciu bramkowania sterowanego oddechem 4D, - fantomów kontroli jakości w brachyterapii (oznaczenie sprawy 103/12).*

Jak wskazał Zamawiający, wszczął postępowanie w dniu 11 września 2012r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Candela Sp. z o.o. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie Candela Sp. z o.o. Jednakże w trakcie prowadzonych negocjacji w dniu 14 września 2012r, Candela Sp, z o.o. oświadczyła, że urządzenia wchodzące w skład unowocześnienia posiadanego systemu kontroli jakości Zintegrowanej Linii Terapeutycznej pochodzą od innego producenta niż Varian Medical System, dlatego też nie jest w stanie autoryzować zakresu zamówienia jako jedyny wykonawca na terenie Polski. Wobec takiego oświadczenia, Zamawiający przerwał negocjacje i podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w całości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp (postępowanie obarczone jest niemożliwą, do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego). W treści uzasadnienia wskazano, że doszło do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki bez zachowania przesłanek ściśle określonych dla tego trybu. Charakter błędu Zamawiającego w tym zakresie oraz etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż nie jest możliwe usunięcie powstałej wady postępowania.

W dniu 03 października 2012 roku Zamawiający przekazał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego akta sprawy o sygn. akt KIO KD 118/14, w szczególności Protokół Kontroli Doraznej KIO KD 118/14 (w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki UZP/DKD/WZK/421/60/(3)/14KB KNZ/26/14). Z treści tego protokołu wynika, że Zamawiający pismem z dnia 22 października 2012 roku poinformował Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o unieważnieniu postępowania o numerze 103/12 w dniu 03 października 2012 roku. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę postępowania 103/12 w dniu 28 sierpnia 2014 roku. Powyższe oznacza, że w chwili wszczęcia kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki o numerze 103/12, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych posiadał wiedzę o tym, że postępowanie to zostało unieważnione.

Izba zważyła, co następuje:

Stosownie do artykułu 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Z powyższego wynika, że przeprowadzenie tego rodzaju kontroli może mieć miejsce w przypadku łącznego spełnienia dwóch przesłanek: 1) Istnieje uzasadnione przypuszczenie, iż miało miejsce naruszenie przepisów ustawy, 2) naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie nastąpiło spełnienie ww. przesłanek.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o numerze 103/12 prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie dokonał czynności udzielenia zamówienia. Zatem nawet gdyby nastąpiło naruszenie przepisów ustawy, to nie mogło to mieć wpływu na wynik postępowania. Nie można więc uznać, że zaistniała przesłanka, o której mowa w artykule 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przytoczony powyżej artykuł stanowi wyraźnie, że przeprowadzenie kontroli może mieć miejsce w przypadku łącznego spełnienia dwóch przesłanek, z których jedna to takie naruszenie, które ma wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych już w chwili wszczęcia kontroli (28 sierpnia 2014 roku) posiadał wiedzę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o numerze 103/12, prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, zostało unieważnione. Skoro nie ziszcili się przesłanki, o których mowa w artykule 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to należy uznać, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie był uprawniony do wszczęcia i prowadzenia kontroli postępowania nr 103/14.

Jeśli zatem postępowanie zostało unieważnione w całości, brak było także podstaw do postawienia Zamawiającemu zarzutów, dotyczących dostawy urządzeń opisanych w punkcie a i b protokołu kontroli doraźnej (i o których mowa w punkcie II zastrzeżeń Zamawiającego do wyniku kontroli).

Postępowanie, które następnie zostało wszczęte przez Zamawiającego (pkt a i b) i które zakończyło się wynikiem, tj. zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie może być przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Jednocześnie Izba zauważa, że zastrzeżenia dotyczące dostawy urządzeń opisanych w punkcie a i b protokołu kontroli doraźnej i objęte punktem II zastrzeżeń Zamawiającego do wyniku kontroli, były przedmiotem uchwały Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze akt KIO KD 89/14.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....