



Warszawa, dnia 11.04 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/11(14)/14/KB

KNZ/11/14

KZ/950/11

Pan

prof. dr hab. Julian Malicki

Dyrektor

Wielkopolskie Centrum Onkologii

ul. Garbary 15

61-866 Poznań

Krzysztof Paweł Dyrdal

uprzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

modernizację linii terapeutycznej do brachyterapii, rozbudowę o system do trójwymiarowej rekonstrukcji położenia aplikatorów i struktur anatomicznych pacjenta

w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy.

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Z powołaniem
z up. Prezesa UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Winiński
Daniel Winiński



Warszawa, dnia 11.07 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/WKZ/421/11(11)/14/KB

KNZ/11/14

KZ/950/11

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Wielkopolskie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie
ul. Garbary 15
61 - 866 Poznań

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: modernizacja linii terapeutycznej do brachyterapii, rozbudowa o system do trójwymiarowej rekonstrukcji położenia aplikatorów i struktur anatomicznych pacjenta

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 4.174.000,00 zł (1.087.262,30 euro)

Środki UE: nie

Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

Pismem z dnia 21 czerwca 2011 r. Zamawiający – Wielkopolskie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes Urzędu”, zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (sygn. EZ/4285/2011) na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”, którego przedmiotem była *modernizacja linii terapeutycznej do brachyterapii, rozbudowa o system do trójwymiarowej rekonstrukcji położenia aplikatorów i struktur anatomicznych pacjenta.*

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 22 czerwca 2011 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji firmie RTA Sp. z o.o. Umowa została zawarta w dniu 11 lipca 2011 r.

Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że w ramach przedmiotowego zamówienia nabył:

- urządzenie do rentgenowskiej lokalizacji i weryfikacji położenia aplikatorów i struktur anatomicznych w brachyterapii - kompletny w konfiguracji podstawowej z matrycą z krzemu amorficznego 41 x 41 cm,
- dodatkowe wyposażenie umożliwiające wykonywanie i podgląd obrazów fluoroskopowych wewnątrz pomieszczenia terapeutycznego,
- dodatkowe wyposażenia stołu - przystosowane do wykonywania procedur rekonstrukcji geometrii aplikacji w brachyterapii - blat stołu, uchwyty unieruchamiające,
- stację CBCT do migracji obrazów w standardzie DICOM, kompatybilną z istniejącym oprogramowaniem pracującym w linii terapeutycznej,
- wyposażenie i oprogramowanie (techniką CBCT) umożliwiające prace urządzenia jako komputerowego tomografu rentgenowskiego - w celu umożliwienia trójwymiarowej rekonstrukcji położenia aplikatorów struktur anatomicznych,
- zmodernizował wykorzystywany system planowania leczenia dla zapewnienia integracji nowego urządzenia w ramach istniejącej linii terapeutycznej,
- zmodernizował istniejące rozwiązania w ramach linii terapeutycznej w zakresie automatycznego modelowania aplikatorów wraz z dostawą aplikatorów do ginekologicznych aplikacji śródkankowych, które jest kompatybilne z systemem obrazowania techniką CBCT.

Zamawiający poinformował, że procedury planowania i realizacji leczenia z wykorzystaniem brachyterapii opierają się na zintegrowanej linii terapeutycznej.

Opisując posiadaną zintegrowaną linię terapeutyczną, Zamawiający wymienił, że obecnie składa się ona z następujących elementów:

1. urządzenia do trójwymiarowej rekonstrukcji położenia aplikatorów i geometrii aplikacji Simulix Evolution,
2. zintegrowanego środowiska planowania leczenia Oncentra Dynamic Planning Environment, które składa się z trzech stanowisk do planowania leczenia zapewniających możliwość planowania z wykorzystaniem dwuwymiarowej i trójwymiarowej rekonstrukcji geometrii aplikacji w oparciu o zestawy obrazów, które generowane są za pośrednictwem urządzenia Simulix Evolution. Systemy te są wyposażone w algorytmy nakładania obrazów oraz w nowoczesne algorytmy optymalizacji rozkładów dawek,
3. aparatów do realizacji leczenia - dwa aparaty microSelectron HDR oraz jeden aparat microSelectron POR, służące do realizacji leczenia techniką brachyterapii z wysoką mocą dawki oraz z wykorzystaniem brachyterapii pulsacyjnej. Aparaty te wykorzystują źródła irydowe o aktywnościach 370 GBq oraz 37 GBq,
4. zestawów aplikatorów wykorzystywanych do realizacji leczenia.

Zamawiający nadmienił, że linia terapeutyczna nie zawiera urządzeń produkowanych czy dostarczanych przez inne firmy niż Nucletron B.V.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że zaplanowana w ramach przedmiotowego zamówienia wymiana urządzenia IBU Imaging na kompletne rozwiązanie Simulix Evolution pozwoli na zachowanie pełnej integralności pracującej linii na dwóch płaszczyznach: rozwiązań mechaniczno – elektronicznych oraz na płaszczyźnie oprogramowania. Zamawiający uszczegółowił, że oferowany system jest w pełni kompatybilny z wykorzystywanym nowoczesnym trójwymiarowym systemem planowania leczenia Oncentra MasterPlan.

Zamawiający dodał, że modernizacja linii terapeutycznej przez wymianę aparatu na nowoczesne urządzenie pozwoli na znaczne podniesienie standardu oferowanych przez Zakład Brachyterapii usług. Powyższe umożliwi trójwymiarową rekonstrukcję położenia aplikatorów, a także struktur anatomicznych bez konieczności przewożenia pacjenta do pracowni diagnostycznych należących do Zakładu Radiologii, co pozwoli na skrócenie czasu potrzebnego na przygotowanie planu leczenia i jednocześnie podniesie poziom bezpieczeństwa pacjentów. Zachowana zostanie dotychczasowa funkcjonalność linii terapeutycznej z jednoczesną możliwością planowania trójwymiarowego w nowoczesnym zainstalowanym w 2008 roku systemie planowania leczenia. Z wyjaśnień Zamawiającego

wynika, że w znacznym stopniu zwiększona zostanie integralność całej linii terapeutycznej, co podniesie jakość i bezpieczeństwo świadczonych usług, dostęp do konformalnego, trójwymiarowego planowania leczenia będzie możliwy dla większej ilości pacjentów, co przełoży się na podniesienie odsetka wyleczeń.

Zdaniem Zamawiającego, zastosowanie w miejsce aparatu Simulix Evolution innego urządzenia nawet o podobnej funkcjonalności doprowadziłoby do spadku integralności linii terapeutycznej, co w połączeniu z ewentualnymi kłopotami w serwisowaniu innego aparatu mogłoby potencjalnie spowodować obniżenie jakości świadczonych usług, spadek dostępności leczenia oraz bezpieczeństwa pacjenta.

Zamawiający podsumował, że oczekiwany w ramach realizacji zamówienia proces modernizacji wykorzystywanej linii terapeutycznej do brachyterapii firmy Nucletron może być wykonany jedynie przez jedną firmę RTA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na:

a) aspekt techniczny – brak możliwości zastosowania podzespołów, części składowych i oprogramowania innych producentów;

b) ochronę praw wyłącznych (autorskich) producenta posiadanej aparatury w zakresie oprogramowania oraz rozwiązań technicznych - co przy rozbudowie o w pełni zintegrowany system wyłącza możliwość złożenia oferty przez inne podmioty.

Zamawiający nadmieniał, że w jego ocenie z uwagi na bardzo wysoki poziom wykorzystywanych rozwiązań i wymagań technicznych oraz technologicznych współczesnej brachyterapii, gwarantujących maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa brachyterapii, jedynie firma RTA Sp. z o.o. autoryzowany i wyłączny przedstawiciel handlowy i serwisowy producenta - firmy Nucletron może dokonać modernizacji linii terapeutycznej do brachyterapii, ze względu na:

- 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 modernizacyjnych koniecznych do pełnej integracji wykorzystywanej i dostarczanej aparatury,
- pełne i wyłączne prawa autorskie do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania oraz do wykonywania instalacji i modyfikacji urządzeń producenta,
- jednolity system autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Nucletron, 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 zintegrowanej linii terapeutycznej Zamawiającego.

Zamawiający przyznał, że nie przeprowadził analizy rynku w zakresie potencjonalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty gospodarcze. Uzasadniając powyższe wskazał, że przedmiot zamówienia stanowił modernizację jednego z elementów całej zintegrowanej linii terapeutycznej do planowania i realizacji leczenia w brachyterapii opartej o urządzenia firmy Nucletron. W ocenie Zamawiającego, eksploatacja posiadanej przez niego linii terapeutycznej może odbywać się jedynie z zachowaniem bezwzględnej zgodności sprzętowej i programowej. Wprowadzenie aparatu spoza linii wiązałoby się, zdaniem Zamawiającego, z dodatkowymi kosztami i możliwymi przestojami całego systemu. Zamawiający wskazał również na prawdopodobieństwo kosztownej wymiany pozostałych elementów linii w przypadku zakupu urządzenia innej firmy. Dodał także, że sytuacja taka wiązałaby się z potrzebą przeprowadzenia długotrwałych szkoleń całego personelu.

Według Zamawiającego zastosowanie w miejsce aparatu Simulix Evolution innego urządzenia nawet o podobnej funkcjonalności doprowadziłoby do spadku integralności linii terapeutycznej, a może nawet by ją uniemożliwiło, co mogłoby potencjalnie spowodować obniżenie jakości świadczonych usług, spadek dostępności leczenia, a co najważniejsze bezpieczeństwa pacjenta. Zamawiający dodał, że w celu zachowania pełnej funkcjonalności w ramach istniejącego wyposażenia niezbędny jest transfer informacji dotyczących parametrów akwizycji w przypadku wykorzystania obrazów dwuwymiarowych. Jedynie pełna informacja dotycząca kątów głowicy, położenia wzmacniacza obrazu, a więc parametrów odpowiadających za precyzję rekonstrukcji geometrii aplikacji zapewnia całkowitą zgodność parametrów odtworzonych w systemie planowania leczenia z rzeczywistością, co ma bezpośredni wpływ na zaplanowane rozkłady dawek, a tym samym na skuteczność leczenia i bezpieczeństwo pacjenta. W ocenie Zamawiającego, wzmiankowany transfer danych możliwy jest jedynie przy wykorzystaniu sprzętowej i programowej zgodności urządzenia do obrazowania z istniejącym środowiskiem systemów planowania leczenia. Taki stan, według Zamawiającego, zapewniało jedynie wykorzystanie rozwiązania firmy Nucletron.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że Najwyższa Izba Kontroli przeprowadziła kontrolę realizacji zadań „Narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych”, w tym postępowań w trybie z wolnej ręki na zakup m.in. aparatu i systemu do brachyterapii, nie stwierdzając przy tym nieprawidłowości.

Ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymagały wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu postanowił, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy, zasięgnąć opinii biegłego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej.

Opinia wpłynęła do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 30 kwietnia 2014 r. Biegły stwierdził, że nie uznaje słuszności argumentacji Zamawiającego.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 ustawy, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy.

Z analizy zawiadomienia oraz wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynika, iż podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania były przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. W protokole natomiast, w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał jedynie na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

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.

Według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej „TSUE”, (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) 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 bowiem przede wszystkim 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).

Zamawiający nie wykazał, iż w stanie faktycznym sprawy zachodziły okoliczności uzasadniające wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Rynek sprzętu medycznego objęty postępowaniem z wolnej ręki był w dacie wszczęcia postępowania rynkiem konkurencyjnym, funkcjonowały na nim również inne podmioty, niż RTA Sp. z o.o., które zdolne byłyby zrealizować niniejsze zamówienie. Potwierdził to w przekazanej opinii ustanowiony w niniejszej sprawie biegły z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej. Wskazał, iż *na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, a integracja urządzeń innych producentów w linii terapeutycznej jest również możliwa. Firma Medcom (Darmstadt, Niemcy) ściśle współpracuje w zakresie rozwiązań technologicznych z firmą Elekta od 2009 r., co gwarantuje kompatybilność sprzętu w linii technologicznej. Tym samym, oferowany przez firmę MEDCOM – aparat VeriSuite – jest urządzeniem, który pozwala na realizację tożsamyh funkcji klinicznych i terapeutycznych w linii terapeutycznej Zamawiającego. Biegły nadmienił również, że integracja sprzętu innych producentów takich jak np. Varian Medical System w linii terapeutycznej jest również możliwa i pozwala na współpracę tych urządzeń.*

Według biegłego, aparat Simulix Evolution, który zakupił zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia, nie stanowił produktu tak specyficznego pod względem technicznym, aby dostawa mogła być świadczona wyłącznie przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji, tj. firmę RTA Sp. z o.o. Argumentując powyższe biegły wskazał, iż *istotną cechą urządzeń do obrazowania jest możliwość przesyłania danych nie tylko obrazowych, ale również danych dotyczących geometrycznych ustawień związanych z akwizycją i rekonstrukcją. Funkcję taką realizują wszyscy producenci sprzętu, którzy tworzą linię terapeutyczną. Jest to bowiem warunek konieczny w celu zapewnienia integracji urządzeń innych producentów pracujących w linii terapeutycznej pod względem sprzętowym i programowym.*

W ocenie Prezesa Urzędu, okoliczności wskazane przez Zamawiającego takie jak: możliwość zaistnienia przestoju całego systemu, prawdopodobieństwo poniesienia dodatkowych kosztów wymiany pozostałych elementów składających się na linię terapeutyczną, konieczność szkolenia personelu, potencjalny spadek integralności linii i związane z tym obniżenie jakości świadczonych usług, dostępności leczenia i bezpieczeństwa pacjenta, mają jedynie charakter hipotetyczny i dotyczą sfery organizacyjnej Zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, iż przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie zostały poparte żadnymi dowodami (dokumentacją z analizy rynku, symulacją kosztów zmiany wykonawcy, jakości świadczonych usług, dostępności itp.). Stanowią zatem przejaw subiektywnych przekonań Zamawiającego. Nie uzasadniają

istnienia obiektywnych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Wszczęcie postępowania w procedurze konkurencyjnej umożliwiłoby Zamawiającemu dotarcie do szerszego kręgu podmiotów gospodarczych, a tym samym Zamawiający uzyskałby wiedzę zarówno w zakresie technologicznych rozwiązań oferowanych na rynku produktów, a także ich kosztów oraz technicznych i organizacyjnych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców działających w branży. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego nie przesądza o tym, że postępowanie konkurencyjne przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadziłoby do wyłonienia innego wykonawcy, którego oferta byłaby korzystniejsza dla Zamawiającego, a zarazem spełniła wszelkie wymogi stawiane przedmiotowemu zamówieniu.

Stwierdzić należy, że przesłanką pozwalającą na skorzystanie z trybu z wolnej ręki nie może być także przekonanie zamawiającego, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ze względu na *bardzo wysoki poziom wykorzystywanych rozwiązań i wymagań technicznych oraz technologicznych współczesnej brachyterapii, gwarantujących maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa brachyterapii*. Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 14 września 2004 r. (*sprawa C-385/02 Komisja przeciwko Republice Włoskiej*) do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter. Jak wskazał biegły - *inny producent również posiada, wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji i linii terapeutycznej*.

Podnoszony przez Zamawiającego argument, że jedynie firma RTA Sp. z o.o. jest autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem handlowym i serwisowym producenta systemu Simulix Evolution – firmy Nucletron także nie świadczy o spełnieniu przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Z załączonego do zawiadomienia dokumentu autoryzacji wynika, że firma RTA Sp. z o.o. była w dacie udzielenia zamówienia oficjalnym i wyłącznym przedstawicielem firmy Nucletron we wszystkich sprawach handlowych i dotyczących serwisu na teren Polski w odniesieniu do wymienionych w nim urządzeń. Na podstawie ww. oświadczenia nie można jednak wysnuć wniosku, że firma RTA Sp. z o.o. była jedynym podmiotem mogącym zrealizować dostawę sprzętu o określonych możliwościach funkcjonalnych, który mógłby być wykorzystywany w linii użytkowanej przez Zamawiającego. Jednocześnie, Zamawiający oparł się na dokumentach przekazanych przez firmę, która jest zainteresowana sprzedażą swoich produktów, tym samym uzyskał tylko subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań. Tym bardziej w sytuacji, gdy Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie potencjalnego wykonania przedmiotowego zamówienia przez inne podmioty gospodarcze.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które objęte zostało niniejszą kontrolą, Zamawiający wymienił również dodatkową przesłankę wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Zgodnie z ww. artykułem ustawy Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z koniecznością ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Chodzi tu w szczególności o przypadki związane z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.). Jednocześnie Zamawiający obowiązany jest wykazać, iż nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi mogą obiektywnie zaspokoić jego potrzeby. Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, nie wystarczy zatem by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego (prawem autorskim). Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi.

Zamawiający powinien także wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i preferencji na rzecz rozwiązań opatentowanych. Zamawiający powinien zatem udowodnić, iż żaden inny wykonawca, poza podmiotem który ma być zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw, świadczenia usług lub wykonania robót budowlanych, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny, a także obiektywny.

Mając na uwadze przedstawiony w sprawie stan faktyczny oraz powyżej zaprezentowaną wykładnię przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, należy stwierdzić, iż Zamawiający nie udowodnił zasadności udzielenia kontrolowanego zamówienia w oparciu o przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy stwierdzono, iż na rynku istniały produkty równoważne przedmiotowi zamówienia określonego przez Zamawiającego,

co automatycznie wykluczało możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy w celu wyboru wykonawcy rzeczowego zamówienia. Jak stwierdził biegły w przedmiotowej sprawie: *na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, a integracja urządzeń innych producentów w linii terapeutycznej jest również możliwa.*

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.

Należy także zwrócić uwagę, że w niniejszej sprawie Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia była modernizacja linii do brachyterapii. Tymczasem, powołany w sprawie biegły stwierdził, że Zamawiający w ramach zamówienia nie modernizował żadnego urządzenia, ale *kupił nowy aparat Simulix Evolution w celu podniesienia standardu leczenia.* Zdaniem biegłego fakt, że Zamawiający stworzył *linię terapeutyczną w oparciu o producenta, jakim jest Nucletron nie stanowi podstawy do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (...).* W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest możliwa do zaakceptowania sytuacja, w której poprzez opis przedmiotu zamówienia Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które są w stanie wykonać zamówienie, a tym samym kreuje monopol wybranego wykonawcy. Działania takie prowadzą do naruszenia zasad wolnego rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne, stoją również w sprzeczności z ustawą, gdyż naruszają art. 29 ust. 2, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Warto w tym miejscu przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 119/13) *Prawem i zarazem obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia, aby mógł otrzymać produkt w jak największym stopniu zaspakajający jego potrzeby, jednakże w oparciu o nie dyskryminacyjne specyfikacje techniczne - podające wymagane parametry, a nie parametry konkretnego urządzenia, oznaczonego producenta.*

Argumentem przesądzającym o prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki, nie może być również fakt, że Najwyższa Izba Kontroli pozytywnie oceniła działalność Zamawiającego w obszarze zakupu i wykorzystania aparatury medycznej zakupionej ze środków przekazanych przez Ministerstwo Zdrowia na rozwój systemu radioterapii onkologicznej. Z przesłanego przez Zamawiającego wystąpienia pokontrolnego z dnia 30 października 2013 r. nie wynika, aby kontrola dotyczyła poprawności przeprowadzonych procedur udzielenia zamówienia. Przyniesiono w nim uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki przedstawione przez Zamawiającego, nie dokonując oceny wystąpienia przesłanek zastosowania tego trybu w poszczególnych postępowaniach.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

2 vp. Preesa UZP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiciński
Daniel Wiciński