

Sygn. akt: KIO/KD 56/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 10 lipca 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 czerwca 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 czerwca 2014r.,
(znak **UZP/DKD/WKZ/421/10(9)/14/KB KNZ/10/14**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

dostawę przyśpieszacza liniowego wysokoenergetycznego dla UCK w Gdańsku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Dagmara Gałczewska-Romek

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2014 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 czerwca 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przyśpieszacza liniowego wysokoenergetycznego dla UCK w Gdańsku u zamawiającego (dalej kontrolowanego) Uniwersyteckie Centrum Kliniczne w Gdańsku. Przedmiotem kontroli była prawidłowość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do wyżej wskazanego przedmiotu zamówienia.

W dniu 9 czerwca 2014r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem 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,

Wywiódł, że w analizowanej sprawie podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki był między innymi przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, zgodnie z którym 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.

Zgodnie z orzecznictwem 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).

Kontrolujący podkreślił, że uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy jest bezsprzeczne istnienie na danym rynku sytuacji, w której funkcjonuje tylko jeden podmiot, którego działalność związana jest z realizacją danego zamówienia. Nie mogą zatem istnieć żadne wątpliwości dotyczące tego, że na rynku działa wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie.

Prezes UZP stwierdził, że ww. przepis nie będzie miał zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż na rynku obiektywnie rzecz biorąc funkcjonują inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Wywiódł, że potwierdził to w swej opinii ustanowiony w niniejszej sprawie biegły z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej. Stwierdził, iż *śluszenie zauważa Zamawiający, że z technicznego punktu widzenia możliwe jest zintegrowanie w linii terapeutycznej akceleratora innego producenta. Na rynku istnieje kilku znaczących producentów linii radiologicznej w tym akceleratorów liniowych wysokoenergetycznych: Varian Medical Systems, Siemens, Elekta. Każdy z tych producentów dostarcza akceleratory jak również rozwiązania, pozwalające na prawidłowe funkcjonowanie sprzętu i zintegrowanie ich z istniejącymi już systemami u Zamawiającego poprzez, zastosowanie oprogramowania niezbędnego do planowania leczenia. Sam Zamawiający w swych wyjaśnieniach wskazał, że z linią terapeutyczną współpracuje również 40 rzędowy tomograf komputerowy firmy Siemens wyposażony w system wirtualnej symulacji i bramkowania oddechowego (BrainLab).*

W ocenie biegłego, akcelerator liniowy wysokoenergetyczny firmy Varian, będący przedmiotem niniejszego zamówienia, nie stanowi produktu tak specyficznego pod względem technicznym, aby dostawa mogła być świadczona wyłącznie przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji, tj. firmę Candela Sp. z o.o. Argumentując powyższe biegły wskazał, iż *opisany przedmiot zamówienia w Specyfikacji Technicznej Sprzętu (Załącznik nr 1) zawiera parametry techniczne jednoznacznie wskazujące na producenta Varian Medical Systems. Brak jakiegokolwiek tolerancji parametrów w przypadku kolimatora wielolistkowego MLC 120, a także stosowanie nazw własnych producenta „Portal Vison aS500, aS100” ogranicza konkurencję i uniemożliwia innym złożenie ważnej oferty przy tak opisanych parametrach nawet w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Opisuując przedmiot zamówienia należy uwzględnić fakt, że każdy z producentów ma własne oprogramowanie akwizycji obrazu, które może być zastosowane w przypadku integrowania systemów bowiem, każdy z producentów*

tego typu sprzętu jest w stanie zrealizować ten sam cel terapeutyczny, tj. 3D, IMRT, RapidArc, SRS (Varian, Siemens). Mając na względzie powyższe, jak również rozpatrując zagadnienie rozbudowy systemów linii radioterapeutycznych w sposób kompleksowy przy ocenie stanu faktycznego, obok wykazania jakim sprzętem dysponuje Zamawiający, konieczne jest rozpoznanie rynku w zakresie dostępnego sprzętu i jego możliwości integracji z istniejącymi urządzeniami również innych producentów (...). Identyczność terapeutyczna w przypadku urządzeń tak zaawansowanych technologicznie sprowadza się do realizacji tożsamyh funkcji klinicznych i diagnostycznych. Stąd też w takim rozumieniu funkcje te spełniają zarówno aparaty firmy Siemens, Varian Medical Systems jak i Elekta.

Prezes UZP argumentował, że nie stanowi również przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ze względu na bardzo wysoki poziom wykorzystywanych rozwiązań i wymagań technicznych oraz technologicznych współczesnej radioterapii, gwarantujących maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa radioterapii.

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. Wywiódł, że Zamawiający przyznał w wyjaśnieniach, że z technicznego punktu widzenia możliwe jest zintegrowanie w Unii terapeutycznej akceleratora innego producenta. Dalej oświadczył jednak, że takie rozwiązanie jest niecelowe w ośrodku z finansowego, ale przede wszystkim medycznego punktu widzenia. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenie, jak również wnioski zawarte w opinii biegłego, stwierdzić należy, że integracja produktu innego producenta była możliwa. Niezasadne było więc twierdzenie Zamawiającego, iż takie rozwiązanie jest niecelowe ze względu na medyczny punkt widzenia. Zgodnie ze wskazaniem biegłego inne działające na rynku firmy mają w swojej ofercie aparaty przeznaczone do tego samego badania diagnostycznego. Dodatkowe okoliczności, na które wskazywał Zamawiający, tj. możliwość wystąpienia awarii, czy planowanego wyłączenia urządzenia na czas przeglądu, stanowią jedynie przyczyny organizacyjne, które nie mają charakteru nieprzezwyciężalnego, szczególnie gdy serwis urządzenia jest zaplanowany.

Odnosząc się zaś do argumentu związanego z finansowaniem zamówienia stwierdzić należy, iż ekonomiczny aspekt przedsięwzięcia powinien zostać zweryfikowany w oparciu o procedury ustawy, oparte na zasadzie konkurencyjności, które są najlepszym sposobem oceny rynku. 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.

Ponadto, biorąc pod uwagę twierdzenie Zamawiającego uzasadniające przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z którym firma Candela Sp. z o.o. dysponowała niezbędną wiedzą, doświadczeniem oraz personelem autoryzowanym przez firmę Varian do wykonania przedmiotu zamówienia, należy stwierdzić, iż nie stanowi on wypełnienia przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Doświadczenie, czy też umiejętności personelu nabyte w trakcie praktycznego wykonywania danej działalności, nie stanowią cech przynależnych wyłącznie jednemu wykonawcy, ale mogą być zdobywane przez liczne podmioty i wykorzystywane przy podejmowaniu następnych przedsięwzięć. W związku z powyższym sytuacja, w której firma Candela sp. z o.o. dysponowała personelem legitymującym się wiedzą w zakresie właściwości i specyfiki przedmiotu zamówienia objętego kontrolą, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie wskazana firma mogła prawidłowo i rzetelnie przedmiotowe zamówienie wykonać.

W dalszej kolejności Prezes UZP wywiódł, iż argument Zamawiającego, zgodnie z którym firma Candela Sp. z o.o., jako jedyna w Polsce posiadała wymagane przez polskie prawo zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na sprowadzanie, obrót handlowy, instalowanie i serwisowanie akceleratorów liniowych firmy Varian również nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. prawo atomowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 264 z późn. zm.) zezwolenie, na wykonywanie działalności polegającej na uruchamianiu i stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie radiologiczne, wydawane jest przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wniosek przedsiębiorcy w drodze decyzji administracyjnej. Prezes Państwowej Agencji Atomistyki w dniu 1 lutego 2008 r. (po rozpatrzeniu wniosku firmy Candela Sp. z o.o. z dnia 28 stycznia 2008 r.) wydał zezwolenie, w którym wyraził zgodę na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy prawo atomowe polegającej na uruchamianiu (serwisowaniu) akceleratorów liniowych firmy Varian wskazanych typów pod warunkiem bezwzględnego przestrzegania zaleceń producentów akceleratorów oraz procedur Programu bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej prowadzonej działalności. Z powyższego wynika zatem, że firma Candela Sp. z o.o. nie musi być jedynym podmiotem posiadającym takie zezwolenie. Co więcej, ww. zezwolenie nie dotyczy dostawy i instalacji urządzeń innych firm funkcjonujących w branży. Takie samo stanowisko odnośnie ww. kwestii zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 14 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 119/13), nie uwzględniając zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania wszczętego w

trybie z wolnej ręki przez Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu na *rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems*. Izba stwierdziła, że posiadanie przez firmę *Candela* rzeczowego zezwolenia nie świadczy więc o tym, że spółka ta posiada trwały monopol na wykonywanie tego typu umowy. Inni przedsiębiorcy działający w dziedzinie radiologii i diagnostyki onkologicznej, biorąc pod uwagę znaczącą liczbę ośrodków medycznych - stosujących urządzenia wytwarzające promieniowanie radiologiczne, bądź takie zezwolenia posiadają, bądź też mogą je uzyskać w terminie 30 dni w trybie postępowania administracyjnego - aby przestrzegać zaleceń producenta w zakresie bezpieczeństwa stosowania i uruchamiania sprzętu radiologicznego.

Kontrolujący zwrócił uwagę na zakres przedmiotowego zamówienia. W protokole Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia była *dostawa przyspieszacza liniowego wysokoenergetycznego dla UCK w Gdańsku*. Jednakże, jak zauważył biegły w niniejszej sprawie, Zamawiający w ramach kontrolowanego postępowania dokonał także modernizacji posiadanego sprzętu. W załączniku nr 1 do umowy z dnia 22 sierpnia 2011 r. (tabela zawierająca parametry techniczne przedmiotu umowy) Zamawiający wskazał, iż dokona wymiany wykorzystywanego blatu stołu Exact na blat specjalistyczny IGRT do stołu akceleratora już posiadanego Clinac 2300 C/D Silhouette SN 62 (punkt 15.13) oraz rozbuduje system Portal Vision aS500 posiadanego akceleratora do wersji aS1000 (punkt 15.12). Zgodnie ze stanowiskiem biegłego *nie istnieją przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, ani też przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, które skazywałyby wyłącznie na jednego producenta w przypadku analizowanego aparatu, gdyż opcja akwizycji obrazu dozymetrycznego, oprogramowania do aktywizacji obrazu, a także blaty (stoły terapeutyczne) są to parametry (cechy), które posiadają wszyscy producenci systemów linii radioterapeutycznych (Siemens, Elekta, Varian)*.

Kontrolujący wskazał również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które objęte zostało kontrolą, podstawę wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowił również przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, zgodnie z którym 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.

Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek - istnienia praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo -skutkowy.

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, Kontrolujący stwierdził, iż Zamawiający nie wykazał 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 określonymu 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, co*

wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia. Rozluźnienie parametrów technicznych i odstąpienie od parametrów bezpośrednio wskazujących na konkretnego producenta (w tym przypadku Varian Medical Systems) pozwoliłoby Zamawiającemu na przeprowadzenie postępowania w ramach przetargu nieograniczonego z większą liczbą uczestników.

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.

Nawiązując zaś do kwestii uzyskanych przez Zamawiającego w przeszłości zgód na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki Kontrolujący stwierdził, że każde postępowanie charakteryzuje się swoją specyfiką i jest rozpatrywane w odniesieniu do przedstawionego w nim stanu faktycznego. Podjęte przez Prezesa Urzędu w latach 2004 - 2005 decyzje nie determinują oceny kolejnych zamówień. Nie można również pominąć kwestii poszerzenia oferty na rynku sprzętu medycznego.

Kontrolujący przywołał nadto stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w cytowanej już powyżej 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.*

Reasumując, Prezes UZP ocenił, że 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.

II.

W dniu 16 czerwca 2014 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli. Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP podniósł, że wybór trybu dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem kontroli, poprzedzony został licznymi analizami rynku oraz analizami prawno - ekonomicznymi, które wykazały, iż jedynie wykonawca Candela sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - wyłączny i autoryzowany przedstawiciel handlowy i serwisowy producenta, posiadanego przez Uniwersyteckie Centrum Kliniczne systemu Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający argumentował, że jedynie firma Candela Sp. z o.o. - autoryzowany i wyłączny przedstawiciel handlowy i serwisowy producenta posiadanej linii radioterapeutycznej - zapewniała maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa radioterapii, gdyż jako jedyna na rynku posiada:

- 1) pełny i wyłączny dostęp do oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz danych dotyczących aktualnie wykorzystywanej przez Zamawiającego aparatury jej wyposażenia, wersji oraz opcji,
- 2) pełny i wyłączny dostęp do procedur oraz zestawów instalacyjnych i modernizacyjnych, koniecznych do implementacji najnowszych technik radioterapii w wykorzystywanej przez zamawiającego aparaturze,
- 3) pełne i wyłączne prawa autorskie do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania oraz do wykonywania modyfikacji i rozbudowy urządzeń producenta, firmy Varian Medical Systems,
- 4) odpowiednie zezwolenia oraz dopuszczenia aparatury do eksploatacji, w tym uprawnienia do dokonywania unowocześnień, przeprowadzania instalacji urządzeń, zestawów modernizacyjnych, serwisu, testów akceptacyjnych oraz dopuszczania do eksploatacji aparatury po przeprowadzanej instalacji i modernizacji,
- 5) jednolity system autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Varian Medical Systems który obejmuje wszystkie 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 Unii Radioterapeutycznej UCK w Gdańsku

6) przeprowadzi wszystkie wymagane dostawy oraz instalacje w pełni kompleksowo to znaczy jednocześnie we wszystkich wymagających tego urządzeniach Pełnej Zintegrowanej Unii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, zapewniając najwyższe bezpieczeństwo radioterapii oraz pełną współpracę i integrację urządzeń terapeutycznych UCK w Gdańsku.

Zdaniem zamawiającego uzasadniona została również przesłanka do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy z dnia 29.01.2004 roku Prawo zamówień publicznych.

Wersje a także opcje oprogramowania opracowane przez firmę Varian oraz zainstalowane w sprzęcie wykorzystywanym przez Zamawiającego, jak również procedury modernizacyjne i serwisowe konieczne do implementacji najnowszych technik radioterapii, traktować należy jako utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity; Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.). Ze względu na ochronę praw autorskich firmy Varian, jedynie jego wyłączny przedstawiciel - firma Candela Sp. z o.o. - jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Zdaniem Zamawiającego, istotnym dla przedmiotowej sprawy jest również fakt, iż Zamawiający, w latach wcześniejszych (trzykrotnie - w latach 2004 - 2005) występował do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wyrażenie zgody na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w analogicznych postępowaniach na:

1) „Kompleksowe unowocześnienie i rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym nr 1 Akademickiego Centrum Klinicznego Akademii Medycznej w Gdańsku.”,

2) „Rozbudowę akceleratora Clinac 600 CD, wchodzącego w skład Pełnej Zintegrowanej Unii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems w wersji Generation6, wykorzystywanej w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym nr 1 Akademickiego Centrum Klinicznego Akademii Medycznej w Gdańsku.”,

3) „Kompleksowe unowocześnienie i rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems w wersji Generation6, wykorzystywanej w

Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym nr 1 Akademickiego Centrum Klinicznego Akademii Medycznej w Gdańsku."

Argumentował, że w każdym z ww. wymienionych przypadków, Zamawiający uzyskiwał zgodę Prezesa Urzędu Zamówień publicznych na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki (decyzja Prezesa UZP nr: ZD/4793/04 z dnia 23.07.2004 roku, ZT/6922/04 z dnia 26.10.2004 roku, oraz ZT/2508/05 z dnia 23.09.2005 roku), co potwierdza zasadność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówień polegających na unowocześnieniu, rozbudowie, doposażeniu oraz obsłudze Pełnej Zintegrowanej Unii Terapeutycznej firmy Varian Medical Systems.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informację o dobrowolnej przejrzystości ex - ante (ogłoszenie nr 2011/S 155 - 257355 z dnia 13.08.2011 roku). Ogłoszenie to daje potencjalnym wykonawcom możliwość uzyskania wiedzy o zamówieniu, które nie zostało poprzedzone publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawcy mają również możliwość ewentualnego zakwestionowania wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki do jego zastosowania. W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli żaden potencjalny Wykonawca nie zakwestionował wyboru trybu dokonanego przez Zamawiającego. Uznać tym samym należy, iż wypełnione zostały przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, jakim jest tryb „z wolnej ręki”.

Odnosnie zarzutu podniesionego przez biegłego, dotyczącego dokonania wraz z dostawą modernizacji sprzętu poprzez wymianę blatu stołu Exact na blat specjalistyczny IGRT do stołu akceleratora już posiadanego Clinac 2300 C/D Silhouette SN 62 oraz rozbudowy systemu Portal Vision As 500 posiadanego akceleratora do wersji As 1000, pomimo, iż nie istnieją przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, ani też przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, które wskazywałyby na konieczność udzielenie zamówienia jednemu Wykonawcy, Zamawiający stwierdził co następuje:

Jedynie akcelerator tego samego producenta oraz dobór stosownych energii aparatu jest w stanie zagwarantować pełną wymienną chorych na wypadek awarii. System pracy w Zakładzie Radioterapii Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego (godziny 7.00 - 22.00, ok. 40 - 50 chorych leczonych dziennie na każdym z trzech akceleratorów - dwóch wysokoenergetycznych i jednym niskoenergetycznym) nie umożliwia przeliczenia kart napromieniania na wypadek awarii, występujących często (kilkukrotnie w ciągu miesiąca). Zakup akceleratora innej firmy, przy

istniejącej bazie sprzętowej Gdańskiego ośrodka, narażałby w sposób bezpośredni chorych na przerwy w radioterapii, skutkujące mniejszym prawdopodobieństwem wyleczenia. Wymienność aparatów do napromieniania jest uznanym i ważnym kryterium doboru sprzętu w wielu instytucjach Europy Zachodniej. Kryterium to staje się krytyczne w momencie posiadania jedynie dwóch akceleratorów wysokoenergetycznych w ośrodku.

Zamawiający wywiódł, iż zamontowanie wspomnianych blatów oraz rozbudowa systemu Portal Vision w oparciu o sprzęt innych producentów nie jest możliwa ze względu na parametry techniczne stosownych urządzeń innych producentów.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego spełnione zostały wszystkie przesłanki do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, o których mowa w art 67 ust 1 pkt 1 lit a) oraz b) ustawy z dnia 29.01.2004 roku Prawo zamówień publicznych.

III.

W dniu 26 czerwca 2014r. Prezes UZP, odpowiadając na wniesione zastrzeżenia podtrzymał stanowisko, że Zamawiający nie miał podstaw do udzielenia zamówienia na zakup przyspieszacza liniowego wysokoenergetycznego firmy Varian w trybie z wolnej ręki. Powyższe dotyczy również, dokonanej w ramach kontrolowanego postępowania, wymiany wykorzystywanego blatu stołu Exact na blat specjalistyczny IGRT do stołu akceleratora już posiadanego Clinac 2300 C/D Silhouette SN 62 oraz rozbudowy systemu Portal Vision aS500 posiadanego akceleratora do wersji aS1000. Nie jest więc wystarczające przekonanie Zamawiającego, iż określone rozwiązanie zapewniało maksymalną wydajność przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa radioterapii, gdyż jedynie przez rzetelny, celowy i uwzględniający osiągnięcie oczekiwanych efektów opis przedmiotu zamówienia, dokonany w konkurencyjnej procedurze wyboru wykonawcy, Zamawiający może obiektywnie ocenić, jakie podmioty są w stanie zaoferować aparaturę zapewniającą wymaganą efektywność. Nadmieniał, że Prezes Urzędu nie odmawia Zamawiającemu zakupu sprzętu zaspakajającego jego potrzeby, jednakże powinien zostać on zrealizowany przy zastosowaniu dozwolonych instrumentów prawnych i poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych. Argument, że jedynie firma Candela Sp. z o.o. jest autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem handlowym i serwisowym

producenta posiadanej przez Zamawiającego linii radioterapeutycznej nie świadczy o spełnieniu przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Z załączonych do zawiadomienia zaświadczeń wynika, że firma Candela Sp. z o.o. jest oficjalnym i wyłącznym przedstawicielem spółki Varian Medical Systems we wszystkich sprawach handlowych i dotyczących serwisu na teren Polski w odniesieniu do wymienionych w nim urządzeń. Powyższe nie wyklucza jednak istnienia na rynku sprzętu medycznego o właściwościach funkcjonalnie równoważnych do tych wskazanych w zaświadczeniach. Zamawiający nie powinien opierać się jedynie na oświadczeniach firmy, która jest zainteresowana sprzedażą swoich produktów, gdyż w ten sposób uzyskuje tylko subiektywną wiedzę na temat funkcjonujących na rynku rozwiązań. Tym bardziej, w sytuacji gdy, jak wskazał powołany w sprawie biegły, Zamawiający prowadząc postępowanie dokonał *de facto zakupu nowego urządzenia - akceleratora. Na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, co wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia. Dostawa przyspieszacza liniowego wysokoenergetycznego wskazana w zawiadomieniu mogła być zrealizowana przez co najmniej dwóch innych wykonawców m.in.: Siemens, Elekta. Zatem ograniczenie się Zamawiającego wyłącznie do produktów Varian Medical System nie znajduje uzasadnienia (...).*

W zakresie argumentacji związanej z posiadaniem przez firmę Candela Sp. z o.o. zezwolenia oraz dopuszczenia aparatury do eksploatacji, wiedzy i doświadczenie wykonawcy oraz wskazania na uzyskiwane zgody na zastosowanie trybu z wolnej ręki w poprzednio prowadzonych postępowaniach Prezes Urzędu podtrzymuje swoje stanowisko, szerzej wyrażone w informacji o wyniku kontroli, że okoliczności te nie stanowią postawy do zastosowania trybu z wolnej ręki. Podobnie przesłanką przemawiającą za prawidłowością wszczęcia postępowania w jednym z niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia, nie może być fakt zamieszczenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informacji o dobrowolnej przejrzystości ex- ante.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii wymienności aparatów na wypadek awarii, Prezes UZP powtórzył przytoczone w informacji o wyniku kontroli wnioski biegłego, iż *każdy z producentów ma własne oprogramowanie akwizycji obrazu, które może być zastosowane w przypadku integrowania systemów bowiem, każdy z producentów tego typu sprzętu jest w stanie zrealizować ten sam cel terapeutyczny, tj. 3D, IMRT, RapidArc, SRS (Varian, Siemens). Mając na względzie powyższe, jak również rozpatrując zagadnienie rozbudowy systemów linii radioterapeutycznych w sposób kompleksowy przy ocenie stanu*

faktycznego, obok wykazania jakim sprzętem dysponuje Zamawiający, konieczne jest rozpoznanie rynku w zakresie dostępnego sprzętu i jego możliwości integracji z istniejącymi urządzeniami również innych producentów (...). Identyeczność terapeutyczna w przypadku urządzeń tak zaawansowanych technologicznie sprowadza się do realizacji tożsamych funkcji klinicznych i diagnostycznych. Stąd też w takim rozumieniu funkcje te spełniają zarówno aparaty firmy Siemens, Varian Medical Systems jak i Elekta. Biegły stwierdził, że akceleratory każdego innego producenta zawierają oprogramowanie, które oblicza napromieniowanie, co pozwala na zachowanie wymienności i daje możliwość leczenia pacjenta tak samo skutecznie.

W przypadku natomiast wymiany wykorzystywanego blatu stołu Exact na blat specjalistyczny IGRT do stołu akceleratora już posiadanego Clinac 2300 C/D Silhouette SN 62 oraz rozbudowy systemu Portal Vision aS500 posiadanego akceleratora do wersji aS1000, biegły wskazał w opinii, że nie istnieją przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które wskazywałyby na jednego producenta. Wyjaśnił, że opcja akwizycji obrazu dozymetrycznego, oprogramowania do aktywizacji obrazu, a także blaty (stoły terapeutyczne) są to parametry (cechy), które posiadają wszyscy producenci systemów Unii radioterapeutycznych (m.in. Siemens, Elekta).

Prezes Urzędu, w odniesieniu do argumentacji dotyczącej ochrony praw wyłącznych, wskazał, jak już zostało to podniesione w informacji o wyniku kontroli, iż wykluczone jest zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy w przedmiotowym stanie faktycznym. Według opinii biegłego na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne do tych, które oferowała firma Candela Sp. z o.o. Jeżeli do współdziałania ze sobą urządzeń różnych producentów niezbędne byłyby zmiany w ich oprogramowaniu, to również przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) nie ograniczają takiej możliwości, co wskazywano już w informacji o wyniku kontroli.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, Prezes UZP prawidłowo ocenił, że zamawiający nie wykazał aby na rynku, którego dotyczyło zamówienie publiczne udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki istniał wyłącznie jeden wykonawca, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był zdolny do wykonania zamówienia. Przesłanka, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wymaga wykazania przez zamawiającego, iż na właściwym rynku istnieje monopol, który wynika z przyczyn obiektywnych, o charakterze technicznym.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia Izba podziela i uznaje za własną.

Dodać należy, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie była dostawa nowego akceleratora liniowego wysokoenergetycznego. Nadto przedmiotem tego samego postępowania była również modernizacja sprzętu będącego na stanie Zamawiającego w ramach posiadanej linii radioterapeutycznej. Okoliczność, iż zamawiający posiada linię terapeutyczną firmy Varian Medical Systems, której autoryzowanym przedstawicielem jest firma Candela sp. z o.o., nie oznaczała, że jedynie ten wykonawca z przyczyn obiektywnych o technicznym charakterze był w stanie wykonać dostawę nowego akceleratora.

Jak wynikało z opinii biegłego, na rynku istnieje kilku znaczących producentów linii radiologicznej w tym akceleratorów liniowych wysokoenergetycznych: Varian Medical Systems, Siemens, Elekta.

Przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze nie stanowiła chęć integracji nowodostarczanego urządzenia z już posiadany przez zamawiającego. Jak wynikało z opinii biegłego, każdy z ww. producentów dostarcza nie tylko akceleratory jak również rozwiązania, pozwalające na prawidłowe funkcjonowanie sprzętu i zintegrowanie ich z istniejącymi już systemami u Zamawiającego poprzez zastosowanie oprogramowania niezbędnego do planowania leczenia. Zaś u Zamawiającego, jak sam przyznał, z linią terapeutyczną współpracuje tomograf innej firmy.

Niezasadny jest argument, iż jedynie akcelerator tego samego producenta oraz dobór stosownych energii aparatu jest w stanie zagwarantować pełną wymiennność chorych na

wypadek awarii. Jak wskazał biegły, *Akceleratory każdego innego producenta zapewniają wymiennność chorych (ich obsługę w przypadku awarii innego urządzenia). Zamawiający zakupił nowy akcelerator, który ma na celu zapewnić leczenie chorych i napromienianie ich z odpowiednią energią w sposób bezpieczny dla pacjenta. Zamawiający zakupił nowy akcelerator wysokoenergetyczny wraz z oprogramowaniem, które pozwala na obliczanie napromieniowania co pozwala na zachowanie wymienności i daje możliwość leczenia pacjenta tak samo skutecznie.*

Biegły wskazał również, że *każdy z producentów ma własne oprogramowanie akwizycji obrazu, które może być zastosowane w przypadku integrowania systemów bowiem, każdy z producentów tego typu sprzętu jest w stanie zrealizować ten sam cel terapeutyczny tj. 3D, JMRT, RapidArc, SRS (Varian, Siemens).*

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że fakt iż zamawiający posiadał linię terapeutyczną opartą o urządzenia firmy Varian Medical Systems, nie oznaczał, że dostawę nowego akceleratora mógł zrealizować wyłącznie autoryzowany przedstawiciel tej firmy.

Nie stanowi wypełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, przekonanie zamawiającego, że jedynie firma Candela sp. z o.o. zapewnia maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa radioterapii.

Jak słusznie wskazano w informacji o wyniku kontroli, doświadczenie, czy też umiejętności personelu nabyte w trakcie praktycznego wykonywania danej działalności, nie stanowią cech przynależnych wyłącznie jednemu wykonawcy, ale mogą być zdobywane przez liczne podmioty i wykorzystywane przy podejmowaniu następnych przedsięwzięć.

Odnosnie elementu zamówienia, jakim była wymiana wykorzystywanego blatu stołu Exact na blat specjalistyczny IGRT do stołu akceleratora już posiadanego Cltnac 2300 C/D Silhouette SN 62 oraz rozbudowy systemu Portal Vision aS500 posiadanego akceleratora do wersji aS1000, podkreślić należy, że decyzja aby objąć jednym przedmiotem zamówienia obok dostawy akceleratora również modernizację dotychczas posiadanego sprzętu była autonomiczną decyzją zamawiającego. Nawet jeżeliby przyjąć, że z określonych powodów tę część zamówienia może wykonać tylko autoryzowany przedstawiciel posiadanego sprzętu, to ewentualna możliwość wykonania zamówienia jedynie przez ten podmiot jest następstwem nie przyczyn o charakterze obiektywnym, ale autonomicznej decyzji zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga jednak, że – jak

wskazał biegły - *blaty (stoły terapeutyczne) są to parametry (cechy), które posiadają wszyscy producenci systemów linii radioterapeutycznych (Siemens, Elekta, Varian).*

Fakt uzyskania w latach 2004 - 2005 zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, gdzie przedmiotem zamówienia były podobne do analizowanego w ramach kontroli, nie oznacza, że stan monopolu jest stały i niezmienny w czasie. Analiza dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki następuje z uwzględnieniem aktualnych uwarunkowań rynkowych, obecnego poziomu konkurencji, jak również pojawiających się nowych rozwiązań technicznych.

Nie stanowi o wypełnieniu przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki okoliczność, że żaden wykonawca nie zakwestionował wyboru trybu dokonanego przez Zamawiającego pomimo, iż ten dokonał publikacji ogłoszenia o zamierza zawarcia umowy *ex ante*. Fakt niezłożenia odwołania mógł być wynikiem choćby przeoczenia publikacji takiego ogłoszenia przez potencjalnego wykonawcę.

Nie została wykazana również przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, linie radioterapeutyczne mogą współpracować z urządzeniami innych producentów. Nie wykazano, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. Przy takim założeniu, nie tylko autoryzowany przedstawiciel Varian Medical Systems, ale i każdy inny producent również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów jak i poszczególnych elementów tego systemu w ramach jednej organizacji. Nadto obowiązujące przepisy z zakresu prawa autorskiego nie stoją na przeszkodzie, aby również inne firmy wykonały czynności z zakresu zapewnienia współdziałania dostarczonych przez siebie urządzeń z urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego.

Tym samym, w ocenie Izby, kontrolujący prawidłowo ocenił, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....