

Sygn. akt KIO/KU 58/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 lipca 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 17 czerwca 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego – Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Gliwicach

dotyczących Informacji z dnia 6 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/6 (15)/14/GK 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.) [dalej także ustawa Pzp] postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam - szt. 1 dla Zakładu Radioterapii Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Luiza Łamejko
Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Zakup akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam - szt. 1 dla Zakładu Radioterapii Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach” podano, że przedmiot zamówienia – tak jak wskazywał Zamawiający - obejmował dostawę i instalację przyspieszacza liniowego wysokoenergetycznego firmy Varian Medical Systems, stanowiącego rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej, realizującego wszystkie plany radioterapeutyczne przygotowane dla wykorzystywanych wysokoenergetycznych akceleratorów Clinac oraz funkcjonującego w Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems.

Prezes Urzędu w Informacji powołał się na następujące okoliczności:

Zamawiający informował, iż wyposażenie zamawianego sprzętu obejmowało: system generowania wiązek terapeutycznych: wiązki fotonowe 6MV oraz 15MV z filtrem spłaszczającym, wiązki fotonowe 6MV FFF i 10MV FFF o wysokiej mocy dawki, bez filtra spłaszczającego, wiązki elektronowe 6, 9, 12, 15, 18 i 22 MeV, kolimator wielolistkowy Millennium MLC120, opcje terapii dynamicznej dMLC IMRT Sliding Window, opcję napromieniowania w technice obrotowej IMRT RapidArc, oraz zintegrowany system obrazowania i zarządzania ułożeniem pacjenta XI, obejmujący: System Obrazowania Megawoitowego w wiązce terapeutycznej z detektorem aS1000, wraz z opcją dozymetrii portalowej, System Kilowoitowego Obrazowania Rentgenowskiego wraz z opcją CBCT oraz opcją fluoroskopii podczas emisji megawoltowej wiązki terapeutycznej, system synchronizacji oddechowej pacjenta RPM Respiratory Gating, stół terapeutyczny TrueBeam, system Maestro do zarządzania pracą akceleratora, będący stacją roboczą wykorzystywanego systemu weryfikacji i zarządzania oraz obrazowego ARIA, opcje specjalne akceleratora TrueBeam: realizacji radioterapii RapidArc w technice bramkowania oddechowego, system IsoCal do aktywnej korelacji pozycjonowania ramion Systemu Obrazowania Megawoitowego i Systemu Obrazowania Rentgenowskiego z dokładnością 0,5 mm, opcja Large Field IMRT do zautomatyzowanego napromieniowania wielkich pól IMRT Sliding Window, system oprogramowania do zapewnienia jakości wbudowany w system sterowania Maestro akceleratora TrueBeam - prezentacja i analiza parametrów pracy akceleratora TrueBeam wraz ze wszystkimi jego elementami, także dla technik dynamicznych IMRT Sliding Window i RapidArc.

W uzasadnieniu dokonanego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał, iż w latach 1996 - 1999 została uruchomiona i wdrożona do praktyki klinicznej w Centrum Onkologii - Instytucie im. Marii Skłodowskiej - Curie, oddział w Gliwicach, Pełna Zintegrowana Linia Radioterapeutyczna firmy Varian Medical Systems oraz wyjaśnił, że w latach 1999-2004 realizował sukcesywną rozbudowę posiadanego systemu m.in. poprzez zakup urządzeń radioterapeutycznych dokonywany w trybie zamówienia z wolnej ręki - po uprzednim wystąpieniu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i uzyskaniu zgody na zastosowanie wskazanego trybu. W dalszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, iż kontynuowany i realizowany w latach 1998 - 2011 proces rozbudowy i unowocześnienia Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems umożliwił wdrożenie i stosowanie na szeroką skalę najnowocześniejszych metod radioterapii konformalnej, w tym najskuteczniejszą metodą dynamicznej modulacji intensywności dawki IMRT „Sliding Window” wraz z kontrolą ruchów narządów wewnętrznych pacjenta podczas radioterapii, radioterapii i radiochirurgii stereotaktycznej w technice modulacji intensywności dawki IMRS Sliding Window, radioterapii sterowanej obrazowo z wykorzystaniem systemu IGRT OBI, a także wskazał na pionierskie w Polsce udostępnienie najnowszej metody łukowej z modulacją intensywności wiązki - RapidArc.

Zamówienie będące przedmiotem niniejszej kontroli zostało udzielone firmie Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – jak informował Zamawiający - jedynemu w Unii Europejskiej oficjalnemu i autoryzowanemu przedstawicielowi handlowemu i serwisowemu na teren Polski producenta Varian Medical Systems - systemu Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej użytkowanej w Centrum Onkologii - Instytucie im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach, a zatem przedmiotowe zamówienie mogło zostać wykonane wyłącznie przez tego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze ze względu na niemożność zastosowania podzespołów, części składowych i oprogramowania innych producentów. Jednocześnie Zamawiający wskazał (...) unikatową specyfikę zamawianego sprzętu medycznego, która wyrażała się poprzez wystąpienie następujących okoliczności: wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian pozwalają na emisję wiązek fotonowych FFF o dwóch różnych energiach oraz do pięciu wiązek fotonowych FF o różnych energiach, będąc jednocześnie integralną częścią wykorzystywanej Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej wraz z jej systemem weryfikacji i zarządzania oraz obrazowym Aria, wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian realizują radioterapię łukową IMRT RapidArc, planowaną w wykorzystywanym w Centrum Onkologii w Gliwicach systemie planowania leczenia Eclipse, wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian są wyposażone w kolimatory wielolistkowe Millennium MLC120, identyczne z wykorzystywanymi w

posiadanych przez Centrum Onkologii w Gliwicach akceleratorach Clinac, wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian są wyposażone w akcesoria identyczne z wykorzystywanymi w posiadanych przez Centrum Onkologii w Gliwicach akceleratorach Clinac (kliny fizyczne, aplikatory elektronowe, półki do bloków i kompensatorów), wyłącznie akceleratory firmy Varian (TrueBeam, Clinac, Unique) mogą być integralną częścią wykorzystywanej Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej wraz z jej systemem weryfikacji i zarządzania oraz obrazowym Aria, wyłącznie akceleratory firmy Varian pozwalają na realizację radioterapii z dynamiczną modulacją intensywności dawki IMRT Sliding Window, zaplanowanej w wykorzystywanym systemie planowania leczenia 3D Eclipse, wyłącznie nowy akcelerator firmy Varian z systemem wizualizacji PortalVision pozwoli - w ramach posiadanej liczby licencji, na pełne wykorzystanie posiadanego systemu dozymetrii portalowej Transit Dosimetry, w który wyposażone są wykorzystywane aktualnie w Centrum Onkologii w Gliwicach akceleratory Clinac, spełniającego fundamentalną rolę w dozymetrycznym zapewnieniu jakości w radioterapii IMRT, wyłącznie firma Varian Medical Systems produkuje kolimator wielolistkowy o wysokiej rozdzielczości dla akceleratorów Clinac, specjalizowany do zastosowania w procedurach radiochirurgii i radioterapii stereotaktycznej, kształtujący pole napromieniowania o wymiarach do 22X40 z listkami o szerokości w izocentrum ≤ 5 mm, zamawiane opcje oprogramowania: Interactive IMRT Planning (Helios) oraz planowania w technice łukowej IMRT RapidArc są modułami wykorzystywanego systemu Eclipse i są produkowane wyłącznie przez firmę Varian Medical Systems, unowocześnienie systemu Aria jest produkowane wyłącznie przez firmę Varian Medical Systems, unowocześnienie wykorzystywanego systemu weryfikacji i zarządzania Aria firmy Varian Medical Systems może być zrealizowane wyłącznie przez uprawnionego i autoryzowanego przedstawiciela handlowego i serwisowego firmy Varian Medical Systems. W Polsce jedynie firma Candela Sp. z o.o. posiada stosowne certyfikaty producenta - firmy Varian Medical Systems, proces unowocześnienia systemu Aria obejmuje konieczność dokonania istotnych zmian w systemach komputerowego sterowania posiadanymi akceleratorami radioterapeutycznymi Clinac, systemem On Board Imager oraz symulatorami radioterapeutycznymi Acuity firmy Varian Medical Systems i może być dokonana wyłącznie przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki do wykonywania takich czynności. W Polsce jedynie firma Candela Sp. z o.o. posiada stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki”.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zamówienie mogło zostać zrealizowane wyłącznie przez firmę Candela Sp. z o.o. także ze względu na pełny i wyłączny dostęp do oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz danych dotyczących aktualnie wykorzystywanej aparatury, wersji i opcji oraz kompletny i wyłączny dostęp do procedur oraz

zestawów modernizacyjnych koniecznych do instalacji dostarczonej aparatury i jej integracji z aparaturą funkcjonującą u Zamawiającego.

Zamawiający poinformował, iż jedynie wybrany wykonawca posiadał autoryzację do korzystania z praw autorskich do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania, wykonywania modyfikacji i integracji urządzeń producenta oraz odpowiednie zezwolenia, dopuszczenia aparatury do eksploatacji, w tym uprawnienia do dokonywania unowocześnień, przeprowadzania instalacji zestawów modernizacyjnych, serwisu, testów akceptacyjnych oraz dopuszczenia do eksploatacji aparatury po przeprowadzonej modernizacji.

Zamawiający wyjaśnił, iż wyłącznie firma Candela sp. z o.o. dysponowała jednolitym systemem autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Varian Medical Systems, obejmującym wszystkie urządzenia, zapewniającym w pełni profesjonalne i odpowiedzialne przeprowadzenie instalacji zamawianych rozwiązań oraz opcji wraz z wymaganym etapem testowym. Zamawiający wyjaśnił również, iż realizacja przedmiotowego zamówienia mogła zostać powierzona wyłącznie wskazanej firmie, gdyż dysponowała ona personelem legitymującym się wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do jego należytego wykonania.

Zamawiający stwierdził, iż akcelerator wysokoenergetyczny, inny niż oferowany przez firmę Varian Medical Systems, z uwagi na funkcjonujące w Zakładzie Radioterapii Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Gliwicach elementy sieci terapeutycznej, uniemożliwiłby natychmiastową wymienialność chorych z zachowaniem zaplanowanych parametrów leczenia, jak również nie gwarantowałby wymagalnej precyzji seansów terapeutycznych.

Zamawiający poinformował, iż akcelerator TrueBeam jest jedynym tego typu urządzeniem, które wykorzystuje technikę napromieniowania dynamicznego bez stożka wyrównującego, co powoduje zwiększenie mocy generowanej dawki, a tym samym umożliwia skrócenie czasu seansu terapeutycznego i umożliwia zachowanie skuteczności, komfortu i precyzji prowadzonej radioterapii.

Zamawiający wskazał ponadto, iż biorąc pod uwagę uwarunkowania informatyczne, istnieją formaty pośredniego przekazu danych pomiędzy aparaturą różnych producentów, jednak nie gwarantują one wymaganych precyzji i powtarzalności takiego przekazu w realizowanych seansach terapeutycznych na poziomie wymaganej precyzji ≤ 1 mm.

Zamawiający podniósł jednocześnie, że każdy producent sprzętu terapeutycznego stosuje własne rozwiązania konstrukcyjne, co oznacza, że zainstalowanie akceleratora innego producenta w linii terapeutycznej firmy Varian Medical Systems uniemożliwiłoby napromieniowanie chorych w identycznych warunkach geometrycznych.

Ponadto Zamawiający poinformował, iż dysponuje oświadczeniem wykonawcy z dnia 28 czerwca 2012 r., zgodnie z którym firma Candela Sp. z o.o. jest jedynym w Unii Europejskiej oficjalnym i autoryzowanym przedstawicielem handlowym i serwisowym na teren Polski firmy Varian Medical Systems - producenta aparatury radioterapeutycznej, mogącym wykonać dostawę aparatury radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems.

Umowa nr DA/DZ-382-233/12 w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta z firmą Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 9 lipca 2012 r. na kwotę 18 500 000,00 zł brutto.

W dniu 21 stycznia 2014 r. Prezes Urzędu (pismo znak: UZP/DKD/WKZ /421/6/14/GM) wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania.

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 w celu rozstrzygnięcia kwestii wystąpienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, na które powoływał się Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz w treści przekazanych w związku z tym wyjaśnień. Opinia została sporządzona przez biegłego sądowego i przekazana do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14 kwietnia 2014 r., który po przeanalizowaniu stanu faktycznego postępowania o udzielenie zamówienia na zakup akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam - szt. 1 dla Zakładu Radioterapii Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach, będącego przedmiotem niniejszej kontroli stwierdził, iż nie uznaje słuszności argumentacji Zamawiającego.

Prezes Urzędu mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności stwierdził, że w jego ocenie Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp, podnosząc w szczególności, co następuje:

Stosownie do dyspozycji zawartej w tym przepisie, 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.

Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną w sposób najbardziej adekwatny do założeń Zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować.

Prezes Urzędu stwierdził, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Potwierdził to w swej opinii ustanowiony w niniejszej sprawie biegły z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej, który stwierdził, iż: (...) na rynku istnieje przynajmniej dwóch innych oferentów (Siemens, Elekta, Varian Medical Systems), którzy mogą zaoferować przedmiot zamówienia, pracujący w linii terapeutycznej Zamawiającego. (...). W związku z powyższym udzielenie przedmiotowego zamówienia w procedurze konkurencyjnej umożliwiłoby Zamawiającemu dotarcie do szerokiego kręgu podmiotów gospodarczych, a tym samym uzyskałby on pełną 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.

Zdaniem Prezesa Urzędu, argument Zamawiającego, zgodnie z którym przedmiotem wyłączności - uzasadniającym zawarcie umowy z firmą Candela Sp. z o.o. w wyniku przeprowadzonego postępowania z wolnej ręki - była konieczność zapewnienia kompatybilności zakupywanego sprzętu z systemem Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej użytkowanej w Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach, nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem powołany biegły stwierdził, iż: (...) uwzględniając fakt, że Unie radioterapeutyczne mogą współpracować z urządzeniami innych producentów uznać należy, że każdy inny producent (Siemens,(...), Elekta) również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na

integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji (...). W konsekwencji, w przedstawionej sytuacji integracja współpracujących systemów w ramach posiadanej przez Zamawiającego linii była możliwa do osiągnięcia. Nie można zatem stwierdzić, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca Candela Sp. z o.o. był w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Prezes wskazał również, że w okolicznościach faktycznych ustalonych w trakcie przedmiotowej kontroli - biegły ustanowiony w sprawie - stwierdził, iż: (...) Centrum Onkologii - Instytut Marii Skłodowskiej Curie, Oddział w Gliwicach podjęło działania zmierzające do zastąpienia używanych akceleratorów Clinac 2300, (które zdaniem Zamawiającego są wysłużone) nowymi aparatami. Zamawiający dokonując zakupu nowych akceleratorów dokonuje również zmiany oprogramowania zarządzającego ruchem chorych, obrazowaniem, sterowaniem aparatami terapeutycznymi. Kupowany nowy aparat (akcelerator wysokoenergetyczny) wyposażony jest również w nowy kolimator (...). Biorąc powyższe pod uwagę biegły wskazał, iż: (...) słusznie sam Zamawiający zauważa, że unowocześnienie, czy też zakup nowych urządzeń wymaga „zmian w systemach komputerowego sterowania” (...). W analizowanej sytuacji (przy zakupie nowych akceleratorów wraz z oprogramowaniem), należało zatem uwzględnić uznanych na świecie producentów tożsamego sprzętu, np. Siemens, Elekta. Jak stwierdził biegły: (...) firmy te, posiadają doświadczenie, potencjał techniczny i ekonomiczny, a więc są w stanie zrealizować tożsame zamówienie (...).

Zdaniem Prezesa, argument Zamawiającego uzasadniający przeprowadzenie postępowania na zakup akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam dla Zakładu Radioterapii Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Gliwicach w trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z którym firma Candela Sp. z o.o. dysponowała personelem legitymującym się wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do jego należytego wykonania, nie stanowi 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 niniejszą kontrolą, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie wskazana firma mogła prawidłowo i rzetelnie przedmiotowe zamówienie wykonać.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które objęte zostało niniejszą 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 o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy - Prawo własności przemysłowej. 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.

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

Prezes UZP stwierdził, że w niniejszej sprawie Zamawiający przedstawił oświadczenie wystawione w dniu 28 czerwca 2012 roku przez Wiceprezesa Zarządu firmy Candela Sp. z o.o., z którego wynika, iż zakupy aparatury radioterapeutycznej produkcji firmy Varian Medical Systems na terenie Polski mogą być dokonywane jedynie za pośrednictwem firmy Candela Sp. z o.o., jednakże z przedstawionego oświadczenia w żaden sposób nie wynika, że firma Candela Sp. z o.o. z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów była jedynym podmiotem mogącym zrealizować dostawę sprzętu o określonych możliwościach funkcjonalnych, który mógłby być wykorzystywany w systemie użytkowanym przez Zamawiającego.

Prezes Urzędu podkreślił, że dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, konieczne jest stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony

uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych. Zamawiający powinien wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby jego potrzebom. 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 został 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 nieprzezwyteczalny, a także obiektywny.

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. Postępujący rozwój radioterapii onkologicznej, a także udoskonalane technologie i metody leczenia implikowały sytuację, w której na rzeczowym rynku występowały równoważne przedmiotowi zamówienia urządzenia o podobnych parametrach, analogicznej funkcjonalności i równie wysokiej jakości. Jak wskazał biegły ustanowiony w sprawie: (...) na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, co wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia (...). Jednocześnie biegły stwierdził, iż: (...) odstąpienie od parametrów bezpośrednio wskazujących na konkretnego producenta (w tym przypadku Varian Medical Systems np. kolimator MLC120) pozwoliłoby Zamawiającemu na przeprowadzenie postępowania w ramach przetargu nieograniczonego z większą liczbą uczestników (...).

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą funkcjonująca w Centrum Onkologii, Oddział w Gliwicach linia radioterapeutyczna była począwszy od 1999 roku systematycznie rozbudowywana poprzez zakup urządzeń radioterapeutycznych dokonywany w trybie zamówienia z wolnej ręki - po uprzednim wystąpieniu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i uzyskaniu zgody na zastosowanie wskazanego trybu Prezes Urzędu stwierdził, iż sytuacja ta pozostaje bez wpływu na wynik przeprowadzonej kontroli.

Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się bowiem odrębną specyfiką i prowadzone jest w odmiennych okolicznościach, a więc Zamawiający

każdorazowo przed wszczęciem postępowania zobowiązany jest do analizy uwarunkowań i procesów gospodarczo-technologicznych właściwej zamówieniu branży.

W nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą zamówienie może być wykonane wyłącznie przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, a w Polsce jedynie firma Candela Sp. z o.o. posiada stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki, Prezes Urzędu uznał, iż (...) przedstawione stanowisko pozostaje w niniejszej sprawie bez wpływu na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. Z oświadczenia wystawionego w dniu 28 czerwca 2012 r. wynika bowiem, iż Candela Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem posiadającym zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie czynności niezbędnych do realizacji dostawy i instalacji urządzeń określonej firmy, tj. Varian Medical Systems, a nie realizacji dostawy i instalacji urządzeń wszystkich firm funkcjonujących w branży”. Ponadto jak stwierdzono w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/KD 119/13): (...) Bez znaczenia dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki firmie Candela pozostawało, że legitymuje się ona zezwoleniem na wykonywanie działalności polegającej na uruchamianiu i stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie radiologiczne. Zgodnie z ustawą Prawo Atomowe z dnia 29 listopada 2000 r., zezwolenie takie wydawane jest na wniosek przedsiębiorcy w terminie administracyjnym, tj. 30 dni, licząc od daty złożenia stosownego wniosku do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. Ponadto, zezwolenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej (zgodnie z art. 4 ust. 5) wymaga zgłoszenia w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej, z zastrzeżeniem art. 6 pkt 1. Zatem w sytuacji ogłoszenia przetargu publicznego nieograniczonego inni wykonawcy, są w stanie stosownie zgłoszenie w zakresie bezpieczeństwa uzyskać. Posiadanie przez firmę Candela rzeczonych zezwoleń 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 (...).

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 w celu dokonania rozbudowy systemu diagnostyki obrazowej.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, Zamawiający nie zgadzając się ze stanowiskiem wyrażonym w informacji o wyniku kontroli i powołując się w pierwszej kolejności na wydruk ze strony internetowej Sądu Okręgowego w Bydgoszczy [dotyczący wpisu i zakresu wiedzy specjalnej biegłej dr Anny Rosiek], podniósł, że zakres możliwości wystawiania opinii przez biegłą powołaną przez Prezesa Urzędu (...) ogranicza się do "oceny fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej". Podkreślił, że (...) w treści opinii biegłego nie można doszukać się żadnej oceny fizycznych parametrów dotyczącej dostawy, jak też oceny stanu technicznego przedmiotu zamówienia. Gdyby w jej treści pojawiły się porównania parametrów, które zamawiający w opisie przedmiotu zdefiniował, gdyby dokonano analizy porównawczej w stosunku do urządzeń innych firm, wówczas przynajmniej formalnie opinia takowa sygnalizowałaby wiedzę specjalną, do której zamawiający mógłby się odnieść merytorycznie. Tak jednak nie jest, a zakres wpisu na listę biegłych umocowuje tę osobę do wystawienia opinii, co do regulacji ustawowych wskazanych w art. 29 i 30 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego ta opinia nie oddaje stanu faktycznego, a w jej treści znajdują się informacje, które budzą uzasadnione wątpliwości po stronie zamawiającego".

W dalszej części zastrzeżeń – cytując fragmenty opinii – Zamawiający w szczególności stwierdził, że w treści opinii nie podważono uzasadnienia zamawiającego zawartego w dokumentacji postępowania, że jedynie wykonawca zaproszony do trybu zamówienia z wolnej ręki jest jedynym podmiotem, który może dostarczyć/zrealizować przedmiot zamówienia oraz nie ustosunkowano się do głównego argumentu podniesionego przez zamawiającego, że zakup sprzętu innej firmy powoduje brak zachowania wymaganej ciągłości linii terapeutycznej i możliwości precyzyjnego i skutecznego wykorzystania sprzętu, którym dysponuje zamawiający. Przykładowo podał, że (...) gdyby zamawiający dokonał zakupu sprzętu innej firmy, to w trakcie jego użytkowania, w przypadkach w kalkulowanych w eksploatację i zdarzających się przestojów, awarii, wykonywania prac serwisowych i konserwacyjnych - nie byłaby możliwa automatyczna i bezzwłoczna kontynuacja leczenia pacjentów promieniami na urządzeniu innego producenta z zachowaniem założonych parametrów technicznych i fizycznych leczenia i ich precyzji. Z punktu widzenia prowadzonej przez zamawiającego wieloletniej działalności w zakresie leczenia chorób nowotworowych jest faktem, że w takim przypadku (awaria sprzętu i konieczność przeniesienia pacjentów na urządzenie innego producenta) - przy uwarunkowaniach zamawiającego (ok. 8 000 pacjentów rocznie) doszłoby do znacznego obniżenia szansy wyleczenia pacjentów podlegających radioterapii".

Powołał się na załączoną do zastrzeżeń opinię konsultanta krajowego w dziedzinie fizyki medycznej prof. dra hab. Michaela (Michała) Waligórskiego dysponującego przygotowaniem merytorycznym, która to opinia – jego zdaniem – wskazuje, że zakup sprzętu innego producenta obiektywnie nie jest dobrym i poprawnym rozwiązaniem.

Zamawiający uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki stwierdził, że nieprzypadkowo powołał się na przesłanki z art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a) i lit. b), albowiem ten wybór był skutkiem założenia, że dbałość o wyleczenie chorego jest jego nadrzędnym celem. Podkreślił, że wprowadzenie zintegrowanej linii radioterapeutycznej wyposażonej w aparaty jednego producenta zagwarantuje pacjentom, że w przypadku awarii/konieczności naprawy jednego urządzenia, bez konieczności dodatkowych obliczeń i straty czasu (który jest krytycznym dla wyleczalności chorego), pacjent może zamiennie wykorzystać drugie lub trzecie urządzenie w tym samym dniu wizyty w Instytucie, bez zwłoki czasowej.

Zamawiający zwrócił uwagę na skutki prawne i finansowe w przypadku zastosowania trybu przetargowego podając, że (...), gdyby zamawiający ogłosił postępowanie w trybie przetargowym, musiałby - chcąc zachować standardy przyjęte w leczeniu w Instytucie - naruszyć kilkanaście przepisów ustawy (przykładowo doszłoby do naruszenia art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3, art. 7 ustawy Pzp). Wskazany opis przedmiotu zamówienia — z zachowaniem wymaganych parametrów w sposób jednoznaczny uniemożliwia innym wykonawcom uczestnictwo w tym postępowaniu”.

Zamawiający stwierdził, że (...) w treści opinii biegły sugeruje możliwość obniżenia niektórych parametrów, aby do takiego przetargu w trybach konkurencyjnych mogło dojść. Ale sporządzający opinię i znający przedmiot zamówienia już nie jest w stanie swą wiedzą i znajomością tematu nawet pokusić się o wskazanie - jakie parametry powinny zostać zaniżone. Jeżeli jest to opinia biegłego w zakresie tych urządzeń, powinien podjąć próbę wskazania kilku przykładów i wskazania dostrzeżonych wadliwości. Jednak tego nie czyni być może zdając sobie sprawę, że konsekwencje takich cięć i decyzji to wymierny wskaźnik skuteczności wyleczeń pacjentów i możliwość zaskarżenia wadliwych propozycji”.

Zamawiający wskazał jednocześnie na połączenie i zasadność wymagań – zgodnie z dokumentem "Budowa Linii radioterapeutycznej w Centrum Onkologii - Instytut Oddział w Gliwicach" - koniecznych w opisie przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, uzasadnione potrzebami zamawiającego, które mogą ograniczyć konkurencyjność procedury.

Zwrócił uwagę, że zamawiający zawsze zamieszczał, również w przedmiotowym postępowaniu, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante) - nr ogłoszenia 2012/S 128-211632 z dnia 06.07.2012 r. Ogłoszenie to zawierało opis przedmiotu zamówienia. Publikując ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, zamawiający dał potencjalnym wykonawcom możliwość uzyskania wiedzy o zamówieniu niepoprzedzonym publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Dał wykonawcom również możliwość ewentualnego zakwestionowania wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki do jego zastosowania oraz gdyby którykolwiek z istniejących na rynku wykonawców rościł sobie prawo do złożenia oferty w tym postępowaniu. Gdyby wykonawca zakwestionował wybór trybu i wniósł odwołanie, zamawiający nie mógłby zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie. Stosując powyższą procedurę zamawiający gwarantował zachowanie przejrzystości.

Zamawiający podał, że wstępna oferta firmy Candela Sp. z o.o. przed przystąpieniem do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki opiewała na kwotę 22 900 000 zł, którą zamawiający odrzucił i firma ta w odpowiedzi obniżyła ofertę do 20 000 000 zł, a w wyniku prowadzonej procedury zamówienia z wolnej ręki do kwoty 18 500 000 zł. W tym okresie na światowym rynku obowiązywały kwoty między 5 - 7,5 miliona USD (ta ostatnia wartość dotyczy przyspieszacza TrueBeam z pełnym wyposażeniem, tj. takiego na jakie opiewało zamówienie Instytutu). Podana przez biegłego kwota 13 000 000 brutto nie dotyczy okresu realizacji przedmiotowego zamówienia, a okresu późniejszego, gdy doszło już do fuzji firmy Siemens z Varian Medical Systems i gdy producent amerykański (Varian Medical Systems) podjął decyzję o obniżeniu cen na rynku światowym. Firma Siemens nie produkowała już wówczas swoich urządzeń. Poza powyższym opinia biegłej nie uwzględnia także innych potencjalnych czynników cenotwórczych.

Zamawiający podał dalej, że w kolejnej procedurze zakupu drugiego przyspieszacza TrueBeam, przy wspólnym zakupie w trybie zamówienia z wolnej ręki z Instytutem Onkologii w Warszawie, w pełni zmieszczono się w zakresie kwoty obowiązującej po obniżce światowej.

Zamawiający wskazał na kolejny fragment opinii budzący wątpliwości w jego ocenie dotyczący możliwości współpracy linii terapeutycznych z urządzeniami innych producentów i podał, że (...) Faktycznie, w ramach jednej organizacji teoretycznie, ale tylko teoretycznie, możliwa jest integracja i współpraca różnych systemów. Oznacza to kompatybilność

aparatów różnych producentów i o ile może to być akceptowane w przypadku aparatury diagnostycznej (diagnostyki obrazowej) o tyle nie jest tożsamy z pojęciem identyczności, które zawsze musi odnosić się do radioterapii. W uzasadnieniu nie odróżnia się obu pojęć uznając je chyba za tożsame, co zresztą zdaje się potwierdzać fragment: „przedsiębiorcy działający w dziedzinie radiologii i diagnostyki onkologicznej... stosujący urządzenia wybierające promieniowanie radiologiczne” (takowe zresztą nie istnieje) myląc w ten sposób radioterapie z radiologią i umiejscawiając przedmiot zakupu nie w tej dziedzinie medycyny, której dotyczy. Faktycznie konkurencyjne firmy dysponują wiedzą, doświadczeniem i rozwiązaniami technicznymi spełniającymi wymagania zakładów opieki zdrowotnej. Jednakże różnorodność rozwiązań technicznych w analizowanym przedmiocie zamówienia wprowadza utratę wymaganej dla pacjenta gwarancji, że Instytut prowadząc swoją działalność dał każdemu pacjentowi taką samą szansę na wyleczenie i przywrócenie zdrowia. Konieczność dokonania przeliczeń i wykonania szeregu czynności pozwalających na przeniesienie zabiegu z jednego akceleratora na urządzenie innego producenta oraz związane z tym przesunięcie kolejnego zabiegu na okres kilku dni nie tylko grozi obniżeniem precyzji parametrycznej leczenia, ale również zmniejsza szanse wyleczenia pacjenta”.

Powołał się także na pismo dyrektora Centrum Onkologii w Warszawie prof. Krzysztofa Warzochy z dnia 03.02.2014 r. skierowane do Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP, w którym podano powody dla zastosowanego trybu i w piśmie tym wskazano m.in. na opinie ekspertów wyrażone w tekście Narodowego Programu Zwalczenia Chorób Nowotworowych na lata 2006 – 2016, co do preferencji linii terapeutycznej jednego producenta.

Zamawiający przedłożył opinię biegłego sądowego w zakresie onkologii przy Sądzie Okręgowym w Bydgoszczy - dr n. med. Ewy Ziółkowskiej, będącej jednocześnie specjalistką w zakresie radioterapii onkologicznej, która to biegła potwierdziła – jego zdaniem - zasadność przyjętego przez zamawiającego rozwiązania.

Dalej Zamawiający podał, że zatrudnia specjalistów radioterapii dysponujących dużym zakresem wiedzy, doświadczenia zawodowego i umiejętności, które (...) są autorytetami w skali krajowej, często też międzynarodowej, i dysponują szczegółową wiedzą w zakresie technologicznych rozwiązań oferowanych na rynku produktów oraz technicznych i organizacyjnych możliwości potencjalnych wykonawców. Niewyobrażalnym byłoby, aby Instytut Onkologii, uznana placówka naukowa i badawcza, nie dysponował wiedzą i doświadczeniem w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia”.

Zamawiający podkreślił, że jednym z głównych elementów decydujących o wyborze trybu jest brak możliwości szybkiego i bezpiecznego wykorzystania innych systemów (produktów innych producentów) do zagwarantowania pacjentom pełnego bezpieczeństwa świadczonych usług. Prostą ścieżką praktycznego uzasadnienia braku możliwości zastosowania innego systemu jest przypadek, w którym zakupione urządzenie innej firmy (przykładowo Elekta) ulegnie awarii (nie będzie nadawało się do użycia przez co najmniej 4 dni). W jednym dniu na jednym aparacie leczonych jest średnio 80 chorych. W przypadku awarii nie ma możliwości przeniesienia tej grupy chorych na inne urządzenie (innego producenta) bez dokonania wymaganych badań oraz obliczeń fizycznych i dozymetrycznych. Dopiero wtedy możliwe jest rozpoczęcie napromieniowania. Takie czynności mogą trwać od kilkunastu godzin do kilku dni, a zatem rzeczona grupa pacjentów narażona zostałaby na wydłużenie leczenia, a w konsekwencji na obniżenie jego skuteczności tj. szansy wyleczenia. Na potwierdzenie stanowiska przedstawił opinię Kierownika Zakładu Planowania Radioterapii i Brachyterapii prof. dra hab. n. fizycznych K.S. ["Uzasadnienie zakupu akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam firmy Varian Medical Systems jako element linii terapeutycznej" wraz z jego cv] oraz opinię dotyczącą długości przeplanowania chorego w przypadku awarii przyspieszacza liniowego i przeniesienia go na aparat innego typu.

Podał także, że (...) Zapewnienie identyczności (a nie równoważności lub kompatybilności) w zakresie dozymetrii, kształtowania geometrii wiązek powoduje, że w przypadku awarii jednego urządzenia - dysponując urządzeniem bliźniaczym (identycznym) tego samego producenta - zamawiający jest w stanie w ciągu tego samego dnia dokonać stosownego zabiegu bez jakiegokolwiek przerwy". Jego zdaniem, jest to jeden z głównych argumentów w całej linii terapeutycznej. Zauważył, że może podłączyć urządzenia innych firm i producentów (choć nie bezpośrednio), jednakże w takim przypadku brakuje identyczności tych aparatów i tylko gdy istnieje zintegrowany system oparty na tym samych urządzeniach i jednej bazie danych, zamawiający ma możliwość dokonania zabiegu nawet w porze nocnej w tym samym dniu. Stwierdził, że ten argument podnosił w treści uzasadnienia i biegły sądowy, który powinien znać omawiane zagadnienie i w opinii powinien być odnieść się merytorycznie do podniesionej kwestii. Brak merytorycznej oceny koronnego argumentu uzasadniającego wybór trybu podważa zdaniem zamawiającego możliwość wykorzystania uzyskanej opinii.

Zamawiający podkreślił, że (...) W Instytucie Onkologii w Gliwicach w sytuacji identyczności elementów zintegrowanej linii terapeutycznej nie dochodzi do zakupu nowego systemu oprogramowania zintegrowanej linii radioterapeutycznej, ale jedynie do nowelizacji (aktualizacji) części systemu, który dotyczy pracy przyspieszacza liniowego włączanego w ten system".

Zamawiający stwierdził również, że (...) nie było w roku 2012 na rynku producenta innego przyspieszacza liniowego, którego parametry technologiczne i fizyczne byłyby zgodne z wymogami zamawiającego. W zakresie parametrów wymaganych przez zamawiającego jedynym na rynku spełniającym warunki była firma V.M.S.” Na potwierdzenie załączył notatkę dotyczącą zastosowania wiązek bez filtra spłaszczającego w przyspieszaczach liniowych typu TrueBeam (.....) i podkreślił, że (...) Parametry wyspecyfikowane w zamówieniu wskazywały wyłącznie na wybranego producenta, ponieważ żadna inna firma nie posiadała we własnych przyspieszaczach takich rozwiązań technologicznych, aby były one kluczowe z punktu widzenia skrócenia czasu seansu radioterapeutycznego, a więc zwiększenia bezpieczeństwa leczenia, ale również zwiększenia liczby leczonych chorych, co ma istotne znaczenie biorąc pod uwagę liczbę ponad 8 000 leczonych rocznie i definicję zintegrowanej linii terapeutycznej (...).

Zamawiający stwierdził także, że (...) Odstąpienie od parametrów - jako przykład wskazano kolimator - doprowadziłoby do uzyskania niekorzystnych dla zamawiającego rozwiązań.

W konkluzji stwierdził, że (...) Zamawiający w pełni świadomie dokonał wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 1 lit a i b ustawy Pzp wiedząc, że inny sposób postępowania jest w jego przypadku niemożliwy.

Podkreślił, że Zamawiający ma pełne prawo do zdefiniowania wymaganych przez niego parametrów technicznych zamawianej aparatury, a w niniejszej sprawie takie parametry jak: wymagana energia promieniowania z użyciem stożka spłaszczającego lub bez, opcja radioterapii łukowej Rapid Arc IMRT w systemie Eclipse, opcja dynamicznej modulacji dawki IMRT Sliding Windows w systemie 3D Eclipse, czy unowocześnienie systemu Aria jednoznacznie wskazują na Varian Medical Systems, który jest jedynym producentem powyższych elementów i żaden inny przyspieszacz kompatybilny czy też równoważny produkowany przez innego niż Varian producenta (Elekta) nie może spełnić ww. warunków i żądanych przez zamawiającego elementów przyspieszacza liniowego.

Zamawiający odwołując się do stanowisk ekspertów stwierdził, że (...) zintegrowane linie terapeutyczne wykluczają formy „składane” różnych elementów linii różnych producentów.

W konkluzji Zamawiający podtrzymał stanowisko, co do zasadności uzasadnienia pozwalającego dokonać wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust 1 pkt

1 lit a i b ustawy Pzp, wnioskując o zmianę stanowiska Prezesa UZP i uznanie zakupu z wolnej ręki za właściwy i zgodny z ustawą.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia stwierdził, że nie zasługują one na uwzględnienie. Przekazując te zastrzeżenia, na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą podniósł w szczególności, że z opinii sporządzonej przez prof. dr hab. n. fizycznych K.S. – załączonej do zastrzeżeń - wynika, że (...) wyposażenie w sprzęt jednego producenta jest rozwiązaniem optymalnym, a stwierdzenie, że akceleratory dwóch różnych producentów eksportują i importują zbiory w formacie DICOM RT jest niewystarczające, aby były one identyczne od strony informatycznej. Ponadto sam opiniodawca jednoznacznie stwierdził, iż do oprogramowania Aria w Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach podłączone są również urządzenia do badań obrazowych innych niż wykonawca firm wybrany do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie prof. dr hab. n. fizycznych Krzysztof Ślusarek nadmienił, iż funkcjonowanie akceleratorów dwóch różnych producentów stanowi utrudnienie dla obsługi urządzenia, a więc preferowane jest oprogramowanie jednego producenta”.

Prezes Urzędu podkreślił, że także (...) z opinii sporządzonej przez dr n. med. Ewę Ziółkowską również wynika, iż zakup przyspieszaczy liniowych tego samego producenta jest rozwiązaniem optymalnym i słusznym”.

W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził, że (...) dla uzasadnionego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę w sposób optymalny, najprostszy, słuszny, czy preferowany przez Zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie określony podmiot jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Obligatoryjne jest zatem obiektywne i niezależne ustalenie przez Zamawiającego, czy w określonych okolicznościach, w odniesieniu do konkretnego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je ewentualnie zrealizować”.

Zaznaczył także, że sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów opcjonalnie mogących zrealizować dane zamówienie, automatycznie wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”.

Prezes Urzędu nie podzielił również stanowiska Zamawiającego (...) zgodnie z którym tożsamość różnych rozwiązań sprzętowych, która nie powinna być utożsamiana z jednoznacznością, a także sytuacja, w której od połowy lat 90-tych XX wieku Zamawiający dokonuje sukcesywnej rozbudowy posiadanej linii radioterapeutycznej w sprzęt medyczny pochodzący od jednego producenta stanowi uzasadnienie udzielenia kontrolowanego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy”.

Podał także, że „W przedmiotowej sprawie powołany przez Prezesa Urzędu biegły stwierdził, iż: (...) *na rynku istnieje przynajmniej dwóch innych oferentów (Siemens, Elekta, Varian Medical Systems), którzy mogą zaoferować przedmiot zamówienia, pracujący w linii terapeutycznej Zamawiającego. Każdy z tych wykonawców posiada oprogramowanie, pozwalające na pracę w linii terapeutycznej (...).* To stanowisko zdaniem Prezesa Urzędu potwierdza, że (...) chociaż sprzęty oferowane przez innych, niż wybrany w postępowaniu wykonawca nie są identyczne, to jednak mogą one funkcjonować w linii terapeutycznej Zamawiającego”.

Prezes Urzędu stwierdził również, nawiązując do kwestii ceny zakupionego sprzętu oraz ewentualnych różnic kursowych, że (...) ocena efektywności ekonomicznej Zamawiającego oraz celowość dokonywanych zakupów nie była przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu, która dotyczyła wyłącznie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki”. Podkreślił również, że (...) w Informacji o wyniku kontroli nie zostały zawarte wyliczenia ewentualnych oszczędności, które mógł hipotetycznie osiągnąć Zamawiający w wyniku udzielenia zamówienia innemu podmiotowi, niż wybrany w postępowaniu wykonawca.

Zamawiający powołując się na kontrole przedmiotowego postępowania - prowadzone uprzednio przez zewnętrzne instytucje (NIK, CBA, prokuratura) - nie wskazał, iż dotyczyły one oceny legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż kontrola przedmiotowego postępowania została przeprowadzona w oparciu o dokonaną analizę ustalonego stanu faktycznego w celu stwierdzenia, czy w przedmiotowej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki niezbędne do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. Tym samym, nie było jej celem dokonanie oceny profesjonalizmu Zamawiającego, ani też stosowanego przez niego systemu zarządzania w kontekście logistyczno-organizacyjnym instytucji”. Jednocześnie wskazał, że (...) Zamawiający jako podmiot zobowiązany do stosowania ustawy winien kierować się określonymi w niej wymogami. W konsekwencji, specyfika przedmiotowego zamówienia oraz rodzaj prowadzonej przez Zamawiającego działalności nie zostały uznane przez

ustawodawcę za czynniki uzasadniające udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której nie występują przesłanki opisane w ustawie”.

Zdaniem Prezesa Urzędu (...) producenci urządzeń zaawansowanych technologicznie, nawet w przypadku zakupu nowego sprzętu pochodzącego od innego producenta dokonują migracji systemów tak, aby zapewnić kompatybilność z istniejącym oprogramowaniem klinicznym oraz pełną kompatybilność z rozwiązaniami wykorzystywanymi w urządzeniach w danej placówce. Konieczność zachowania kompatybilności zakupionego lub zmodernizowanego sprzętu z wyposażeniem posiadanym przez Zamawiającego stanowi jeden z wymogów, które Zamawiający winien ustanowić w stosunku do przedmiotu zamówienia w konkurencyjnej procedurze wyboru wykonawcy”.

Nie zasługują również – zdaniem Prezesa Urzędu - na uwzględnienie argumenty Zamawiającego mające na celu podważenie treści merytorycznych zawartych w opinii biegłego ustanowionego w sprawie przez Prezesa Urzędu. Wskazana opinia miała na celu przede wszystkim uzyskanie odpowiedzi na pytanie: czy z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie produkty wskazanego w zawiadomieniu wykonawcy mogły być integralną częścią wykorzystywanej przez Zamawiającego Linii Terapeutycznej, a jedynym rozwiązaniem spełniającym wszystkie funkcjonalne wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia był zakup urządzeń firmy Candela Sp. z o.o. Jednocześnie biegły został zobowiązany do udzielenia wyjaśnień dotyczących m.in. kwestii ewentualnego funkcjonowania na rynku sprzętu medycznego rozwiązań równoważnych wobec rozwiązań, które stanowiły przedmiot udzielonego zamówienia. Zdaniem Prezesa Urzędu biegły udzielił odpowiedzi we wskazanym powyżej zakresie i tym samym ww. opinia została wzięta pod uwagę przy formułowaniu treści zawartych w informacji o wyniku kontroli oraz podkreślił, że (...) opinia biegłego sądowego ustanowionego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie stanowiła w niniejszej sprawie samoistnej podstawy do sformułowania wyniku kontroli. W okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy ustalono, 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. a) i b) ustawy w celu wyboru wykonawcy rzeczowego zamówienia”.

Reasumując Prezes UZP stwierdził, że (...) przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w związku z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze, a także związanymi z ochroną praw

wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Tym samym, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki”.

Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając zastrzeżenia, z uwzględnieniem także dokumentów przedłożonych do tych zastrzeżeń, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał, że dla udzielenia zamówienia, którego przedmiotem był „Zakup akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam - dla Zakładu Radioterapii Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach” zasadne było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit.) i b) ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy – tak jak w tym przypadku – dostawa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę, z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze dostawy, lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Zamawiający stosując ten tryb musi zatem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać, a tym samym decyzja o zastosowaniu niekonkurencyjnego trybu musi być poprzedzona obiektywnym i rzetelnym ustaleniem przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie takie zamówienie zrealizować. Taki stan rzeczy musi mieć także charakter trwały i nieprzezwyteczalny.

Izba podkreśla, że podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która umożliwiając wybór oferty spełniającej wymogi techniczne oraz oferty najkorzystniejszej cenowo, zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim zainteresowanym podmiotom gospodarczym, posiadającym stosowne kwalifikacje i uprawnienia, oraz zdolnym do należytej realizacji danego zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że zasada wolnej konkurencji na gruncie ustawy Pzp może być przestrzegana przy uwzględnieniu każdego konkurencyjnego – otwartego trybu - nie tylko przy zastosowaniu trybu przetargowego.

Izba zwraca dodatkowo uwagę, że rynek zamówień publicznych nie może zostać ograniczony jedynie do wykonawców działających na rynku polskim, a zatem każdy zamawiający analizując wystąpienie okoliczności określonej m.in. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) czy lit. b) ustawy Pzp powinien wziąć pod uwagę również rynek wszystkich państw członkowskich GPA.

Zamawiający w niniejszej sprawie nie przedstawił dowodów potwierdzających, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jedynym tylko wykonawcą zdolnym w roku 2012 zrealizować zamówienie była firma Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający zobowiązany był udowodnić, że żaden inny wykonawca, poza podmiotem Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który został zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostawy akceleratora równoważnego oferowanemu przez wykonawcę Candela lub nawet tożsamego akceleratora wysokoenergetycznego.

Zamawiający w niniejszej sprawie także nie wykazał, że przedsięwziął przed udzieleniem zamówienia niezbędne działania zmierzające do zweryfikowania rynku pod kątem dostawców akceleratora z uwzględnieniem technologicznych rozwiązań oferowanych na rynku tego produktu. Za taki dowód trudno uznać prowadzony w roku 2011 przetarg nieograniczony, który nie dotyczył dostawy rzeczonoego akceleratora, a unowocześnienia – jak podał Zamawiający w wyjaśnieniach – linii terapeutycznej ARIA.

Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że uzyskane uprzednio zgody Prezesa UZP na zastosowanie [w stanie prawnym obowiązującym przed rokiem 2006] trybu zamówienia z wolnej ręki dla zakupu urządzeń radioterapeutycznych dla rozbudowy od 1999 roku linii radioterapeutycznej pozostają bez wpływu na ocenę zasadności pastowanego trybu zamówienia z wolnej ręki dla nabycia w roku 2012 akceleratora wysokoenergetycznego TrueBeam. Tak jak słusznie stwierdził Prezes Urzędu każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się odrębną specyfiką i prowadzone jest w odmiennych okolicznościach, a więc Zamawiający każdorazowo przed wszczęciem

postępowania zobowiązany jest do analizy uwarunkowań i procesów gospodarczo-technologicznych właściwej zamówieniu branży. Izba zauważa również, że postępowania, których dotyczyły decyzje prowadzone były w okresie od roku 1999 do 2004.

Argumentacja Zamawiającego przedstawiona w zastrzeżeniach, może wskazywać na to, że skutkiem dotychczas podejmowanych działań ograniczono dostęp urządzeń innych producentów przy rozbudowie systemu [linii] do radioterapii.

Załączone do zastrzeżeń opinie nie potwierdzają, że niemożliwa jest pełna integracja akceleratora innego producenta z posiadaną linią terapeutyczną Zamawiającego. Nawet bowiem w opinii ekspertów wyrażonej w tekście Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych na lata 2006 – 2016, na którą powoływał się Zamawiający w zastrzeżeniach wskazano na trudności z taką integracją, a tylko czasami z brakiem możliwości takiej pełnej integracji. Także opinie załączone do zastrzeżeń stanowią o utrudnieniach i rekomendując rozwiązanie [zakup urządzenia tego samego producenta] ich autorzy oceniają je jako optymalne i słuszne.

Zamawiający niewątpliwie ma pełne prawo do zdefiniowania wymaganych przez niego parametrów technicznych zamawianej aparatury, jednakże musi mieć na względzie obiektywną zasadność takich wymagań, a niech ich ustalenie celem uzyskania produktu konkretnego producenta. Tym samym uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego wymagany parametr, nie prowadzi do zabronionego ustawą Pzp ograniczenia konkurencyjności procedury.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający wskazał na połączenie i zasadność wymagań – zgodnie z dokumentem „Budowa Linii radioterapeutycznej w Centrum Onkologii - Instytut Oddział w Gliwicach” - koniecznych w opisie przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu i uzasadnionych potrzebami zamawiającego, które mogły skutkować ograniczeniem konkurencyjności procedury, jednakże zdaniem Izby obiektywnie uzasadnione wymagania, ograniczające konkurencyjność nie spowodowałyby – jak wskazano wyżej – naruszenia powołanego w zastrzeżeniach przepisu art. 29 ust. 2, czy art. 29 ust. 3 i w konsekwencji zasad z art. 7 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba zauważa, że istotnie w przypadku bardziej zaawansowanego technicznie produktu opis wymagań, w tym co do przedmiotu zamówienia jest pracochłonny, jednakże dla podmiotu sektora finansów publicznych zobowiązanego do stosowania procedur

określonych ustawą Pzp nie może stanowić usprawiedliwienia do naruszania przepisów w zakresie wyboru m.in. trybu postępowania.

Izba podzieliła pogląd Prezesa UZP, że stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zamówienie może być wykonane wyłącznie przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, a w Polsce jedynie firma Candela Sp. z o.o. posiada stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki, pozostaje w niniejszej sprawie bez wpływu na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp przede wszystkim dlatego, że zgodnie z ustawą - Prawo Atomowe zezwolenie takie wydawane jest na wniosek przedsiębiorcy w terminie administracyjnym i w przypadku ogłoszenia przetargu publicznego każdy potencjalny wykonawca ma możliwość uzyskać stosowne zezwolenie.

Ponadto zdaniem Izby, posiadanie przez firmę Candela takiego zezwolenia nie jest równoznaczne z posiadaniem przez tę firmę trwałego monopolu na wykonywanie tego typu dostaw, tym bardziej, że biorąc pod uwagę znaczącą liczbę ośrodków medycznych stosujących urządzenia wytwarzające promieniowanie radiologiczne, przedsiębiorcy działający w dziedzinie radiologii i diagnostyki onkologicznej, aby przestrzegać zaleceń producenta w zakresie bezpieczeństwa stosowania i uruchamiania sprzętu radiologicznego muszą legitymować się takimi zezwoleniami.

Odnosnie pozostałej argumentacja dotyczącej m.in. umiejętności personelu nabytych w trakcie praktycznego wykonywania danej działalności, Izba stwierdza, że nie stanowi ona o cechach przynależnych wyłącznie jednemu wykonawcy. Podobnie nie może stanowić okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy i nie zakwestionowanie trybu zamówienia z wolnej ręki przez potencjalnego wykonawcę działającego na rynku w branży produktu objętego dostawą.

Izba w konkluzji stwierdza, że specyfika przedmiotowego zamówienia oraz rodzaj prowadzonej przez Zamawiającego działalności nie zostały – jak słusznie podniósł Prezes Urzędu - uznane przez ustawodawcę za czynniki uzasadniające udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której nie występują przesłanki opisane w ustawie. Tym samym w niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....