

UZP/DKD/WKZ/421/67()/14/GK
KNZ/30/14/DKD
KZ/511/14

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

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

| | |
|------------------------------|--|
| Zamawiający: | Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli ul. dr K. Jaczewskiego 7 |
| Rodzaj zamówienia: | usługa |
| Przedmiot zamówienia: | usługa serwisu pogwarancyjnego akceleratora Oncor nr 4213, 5038, 5210 i Artiste nr 5438, 5660, 5838 oraz współpracujących z nimi systemami komputerowymi |
| Tryb postępowania: | zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych. |
| Wartość zamówienia: | 9.181.572,07 zł (2.173.204,59 euro) |
| Środki UE: | Brak |

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli z siedzibą w Lublinie wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania pn. *usługa serwisu pogwarancyjnego akceleratora Oncor nr 4213, 5038, 5210 i Artiste nr 5438, 5660, 5838 oraz współpracujących z nimi systemami komputerowymi*, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późn. zm.), dalej: ustawa.

Do negocjacji w trybie z wolnej ręki został w dniu 25 kwietnia 2014 r. zaproszony wykonawca: Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Żupniczej 11.

Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 6 maja 2014 r. (kontrakt serwisowy nr 41026). Przewidywała serwis następujących urządzeń i oprogramowania:

1. Akcelerator liniowy Artiste MV SYSTEM (nr 5660, 5838, 5438) + syngo RT Therapist + laserowy system pozycjonowania + agregat chłodniczy,
2. Stacje robocze Coherence Oncologist (nr 11100, 11101, 11102, 32902, 32903, 10009, 32902, 32903, 10009),
3. System MOSAIQ (nr 100140),
4. Akcelerator liniowy Oncor Avant Garde (nr 5038, 4213) + syngo RT Therapist + laserowy system pozycjonowania + agregat chłodniczy,
5. Stacja robocza syngo Suite for Oncology System (nr 10187, 10021, 10022, 10023, 10052, 10053, 10054),
6. Akcelerator liniowy Oncor Expression (nr 5210) + syngo RT Therapist + laserowy system pozycjonowania + agregat chłodniczy.

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki wskazał, że firma Siemens Sp. z o.o., jako jedyna w kraju nie tylko posiada uprawnienia do świadczenia usługi naprawy i przeglądów serwisowych ww. urządzeń, ale również jako jedyna posiada części zamienne do nich, nie prowadząc równocześnie odsprzedaży części do innych punktów serwisowych.

Zamawiający wskazał, że Siemens Sp. z o. o. została ustanowiona wyłącznym przedstawicielem Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Berlinie i w Monachium, w Republice Federalnej Niemiec w zakresie wyrobów umownych na obszarze Terytorium i że udzielono jej wyłącznych praw sprzedaży wyrobów umownych na obszarze Terytorium.

Obszarem przedmiotowego Terytorium jest Rzeczypospolita Polska. Wyroby umowne stanowią wyroby, urządzenia i usługi serwisowe wprowadzane do obrotu przez działy Siemens.

Zamawiający podniósł, że Siemens Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie posiada zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (t. j. Dz. U. z 2012, poz. 264 ze zm.), polegającej na: uruchamianiu i stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, (serwisowaniu) niżej wymienionych akceleratorów medycznych Siemens Sp. z o. o.: Digital Mevatron - klasa M, Digital Mevatron - klasa K, Mevatron Primus, Mevatron Primus High Energy, Primus Mid Energy - wspólna nazwa handlowa Primus, Oncor Impression, Oncor Impression Plus, Oncor Avant Garde, Oncor Expression - wspólna nazwa handlowa Oncor oraz Eclipse HP, Eclipse RD, Artiste MVSA i Artiste MV pod warunkiem bezwzględnego przestrzegania zaleceń producenta akceleratorów oraz procedur Programu bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej działalności. Zamawiający zauważył, że w związku z tym nie można przyjąć, iż wykonawcy nie posiadający zezwoleń na podstawie przepisów ustawy Prawo Atomowe mogliby wykonać przedmiot zamówienia zupełnie w oderwaniu od objętych zezwoleniem Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki urządzeń (ich systemu) składających się na infrastrukturę Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji z dnia 27 lipca 2005 r. (Nr ZT/3072/05) wyraził zgodę na zastosowanie trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup akceleratora z funkcją IMRT w technice IGRT w ramach rozbudowy posiadanej linii radioterapeutycznej zakładu teleradioterapii w Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej w Lublinie.

Zamawiający poinformował, że w opisie zadań z 2008 r. do przyjętego ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. programu wieloletniego Narodowy Program Zwalczania Chorób Nowotworowych (Dz. U. Nr 143, poz. 1200, z późn. zm.) wskazano, iż: *dotatkową korzyścią z jednolitej linii radioterapeutycznej jest możliwość posiadania jednego serwisanta, co obniża koszty ośrodka i przy właściwym wynegocjowaniu usług serwisowych, pozwala uzyskać upusty cenowe. Dobry serwis zapewnia ciągłość pracy zakładu i minimalizuje przerwy w leczeniu, które obniżają skuteczność leczenia i przyczyniają się do wydłużenia kolejki pacjentów oczekujących na napromienianie.*

Zamawiający podkreślił, że żaden inny wykonawca nie był i nie jest w chwili obecnej w stanie zaoferować usługi (objętej Postępowaniem/Umową), które pod względem funkcjonalnym przy założeniu obiektywnie rozsądnych terminów, bez zagrożenia dla życia i zdrowia pacjentów mogłyby stanowić rozwiązania równoważne oferowanym przez Siemens Sp. z o.o. i taki stan rzeczy ma charakter trwały i nieprzewidywalny, a także obiektywny.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

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

W tym miejscu należy podkreślić, iż dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy 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. Ponadto należy zaznaczyć, iż 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.

Zgodnie z treścią umowy z dnia 6 maja 2014 r. (kontrakt serwisowy nr 41026) przedmiot zamówienia obejmował serwis następujących urządzeń i oprogramowania:

1. Akceleratorów liniowych: Artiste MV SYSTEM (nr 5660, 5838, 5438), Oncor Avant Garde (nr 5038, 4213), Oncor Expression (nr 5210);
2. syngo RT Therapist + laserowy system pozycjonowania + agregat chłodniczy,
3. Stacji roboczych Coherence Oncologist (nr 11100, 11101, 11102, 32902, 32903, 10009, 32902, 32903, 10009),
4. Stacji roboczych syngo Suite for Oncology System (nr 10187, 10021, 10022, 10023, 10052, 10053, 10054),

5. Systemu MOSAIQ (nr 100140).

Na wstępie należy wskazać, że w zakresie serwisu akceleratorów liniowych zostały spełnione przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Potwierdził to w swojej opinii biegły, wskazując że *zamawiający mógł podpisać kontrakt serwisowy z autoryzowanym przedstawicielem producenta – Siemens Sp. z o.o. na urządzenia jakim są same akceleratory*. Biegły wskazał także, że: *przesłanki takie dotyczące usługi serwisowej istniałyby wyłącznie w przypadku serwisu czy przeglądu samych akceleratorów Oncor i Artiste, które zostały wcześniej sprzedane Zamawiającemu przez firmę Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie*.

Co prawda biegły wskazał na możliwość wykonania zamówienia również przez przedsiębiorstwo Siemens AG z siedzibą w Niemczech. Z uwagi jednak na treść upoważnienia z dnia 26 marca 2014 r. przedstawionego przez Siemens AG należy stwierdzić, że wykonania przedmiotowego zamówienia mogłaby podjąć się jedynie firma Siemens Sp. z o.o.

Odnośnie usług serwisu stacji roboczych Coherence Oncologist, stacji roboczych syngo Suite for Oncology System, systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania, w ocenie Prezesa Urzędu nie zachodziły podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Tym samym, Zamawiający wszczynając postępowanie w trybie z wolnej ręki w tej części zamówienia naruszył dyspozycję ww. przepisu. W zakresie tych urządzeń usługi mogły być wykonane również przez innych niż Siemens Sp. z o.o. wykonawców – przedsiębiorstwo Elekta AB z siedzibą w Sztokholmie – wskazuje na to informacja handlowa przedsiębiorstwa Elekta (w aktach sprawy). Potwierdził to także biegły w sporządzonej opinii, który na prośbę o podanie innych niż Siemens Sp. z o.o. potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia wskazał na przedsiębiorstwo Elekta AB.

Również z protokołu negocjacji z dnia 6 maja 2014 r. sporządzonego dla zamówienia z wolnej ręki, wynika, że usługi w zakresie diagnostyki i napraw agregatów chłodniczych wykonywane będą przez firmę – V-Klima Zakład Inżynieryjny z siedzibą w Lublinie, za diagnostykę i naprawy serwera odpowiada zaś firma – Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. Jak wskazał biegły *dokumentacja prowadzonego postępowania, wskazuje że sam wykonawca Siemens Sp. z o.o. nie miał wystarczającej wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji powierzonego mu zamówienia. Posiłkował się bowiem innymi wykonawcami w tym Siemens AG Niemcy, Hewlett Packard Polska Sp. z o.o., V-Klima Zakład Inżynieryjny*.

W przedmiotowej sprawie kluczową kwestią było ustalenie czy możliwe byłoby rozdzielenie zamówienia, tak aby usługi nie objęte zakresem zamówienia, które może

realizować jedynie przedsiębiorstwo Siemens Sp. z o.o., mogły być wykonywane przez innych wykonawców. Należy wskazać, że powierzenie poszczególnych składowych zamówienia różnym wykonawcom nie spowodowałoby problemów z funkcjonowaniem linii radioterapeutycznej. Powyższe potwierdził biegły wskazując, że *w analizowanej sprawie zawarcie umowy serwisowej z różnymi wykonawcami nie spowodowałoby problemów z funkcjonowaniem linii terapeutycznej. Nie ma przeciwwskazań ku temu, aby podpisać umowy serwisowe z każdym wykonawcą odrębnie, zwłaszcza w sytuacji, gdy każdy z wykonawców serwisuje inną część linii terapeutycznej albo inaczej mówiąc inne urządzenia wchodzące w skład linii terapeutycznej Zamawiającego. Fakt ten potwierdza protokół z negocjacji z 06.05.2013r. z którego jasno wynika iż Siemens Sp. z o.o. sama nie serwisuje urządzeń innych producentów niż Siemens AG, a w przypadku wsparcia technicznego systemu MOSAIQ również sięga po serwis firmy – Siemens AG Niemcy. Fakty te dowodzą, że sam Siemens Sp. z o.o. nie ma monopolu na tak określone usługi serwisowe w związku z czym posiłkuje się podwykonawcami, jak również sięga po serwis producenta Siemens AG Niemcy. Biegły podniósł także, iż: przedmiotowe postępowanie wykazało, że wymiana części zamiennych, serwis czy aktualizacja oprogramowania nie stanowią sytuacji, która pozwoliłaby na powierzenie całego zamówienia wyłącznie wykonawcy wskazanemu w zawiadomieniu – Siemens Sp. z o.o.*

Tym samym, pomimo możliwości udzielenia zamówienia na serwis – stacji roboczych Coherence Oncologist, stacji roboczych syngo Suite for Oncology System, systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania, agregatów chłodniczych, serwerów – innym niż Siemens Sp. z o.o. wykonawcom, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dla przedmiotowego postępowania łącząc ww. usługi z serwisem akceleratorów naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy. Przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy oznaczałoby w istocie zakwestionowanie sensu normatywnego art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ale także rodziłoby wątpliwości w świetle art. 7 ust. 1 ustawy i wynikających z niego podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Prezes Urzędu pragnie podkreślić, iż nie kwestionuje potrzeby zapewnienia jakości usług (zakupienie kontraktu pięciogwiazdkowego) oraz bezpieczeństwa terapii. W ocenie Prezesa Urzędu, możliwe było jednak opisanie przedmiotu zamówienia tak aby dokonać wyboru wykonawcy zdolnego zrealizować przedmiotowe zamówienie w sposób najbardziej odpowiadający potrzebom Zamawiającego. Należy podkreślić, iż nie jest to równoznaczne z koniecznością obniżenia wymogów związanych z bezpieczeństwem funkcjonowania urządzeń. Przeprowadzenie przedmiotowego zamówienia w procedurze konkurencyjnej

umożliwiłoby zatem Zamawiającemu dotarcie do szerszego kręgu podmiotów gospodarczych, a tym samym uzyskałby on pełną wiedzę zarówno w zakresie technologicznych rozwiązań oferowanych na rynku usług, a także ich kosztów oraz technicznych i organizacyjnych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców działających w branży. W sytuacji, gdy na rynku istnieją inni wykonawcy zdolni wykonać zamówienie, to w toku takiego postępowania powinna nastąpić weryfikacja czy wprowadzenie rozwiązań oferowanych przez inne podmioty niż Wykonawca zaproszony do negocjacji będzie możliwe i jakie będą jego koszty. Możliwość taka nie może jednak zostać przez Zamawiającego wykluczona na bazie subiektywnej oceny na etapie przygotowania postępowania. Szczególnie w sytuacji, w której jak wskazał biegły możliwe było rozdzielenie przedmiotu zamówienia. Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający niezasadnie odstąpił od przeprowadzenia postępowania w jednej z procedur konkurencyjnych, w zakresie urządzeń i systemów innych niż akceleratory, powołując się na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

Ponadto w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego, który wskazał na uzyskaną zgodę Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu z wolnej ręki (karta 3 pisma z dnia 29 maja 2014 r.) należy stwierdzić, iż sytuacja ta pozostaje bez wpływu na wynik przeprowadzonej kontroli, ponieważ po pierwsze zgoda na zastosowanie trybu z wolnej ręki została wydana w postępowaniu na zakup akceleratora z funkcją IMRT w technice IGRT w ramach rozbudowy linii radioterapeutycznej. Po drugie, 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.

Jednocześnie 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 Siemens Sp. z o.o. posiada stosowne zezwolenie (karta 2 pisma z dnia 29 maja 2014 r.) należy uznać, 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) ustawy. *Bowiem 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. (t. j. – Dz. U. z 2012 r. poz. 264 z późn. zm.), 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 (...) rzeczowego zezwolenia nie świadczy więc o tym, że spółka ta posiada trwałe 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 (...).

Zamawiający powołał się także na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 104/13), uwzględniającą zastrzeżenia Zamawiającego (karta 4 pisma z dnia 29 maja 2014 r.). Należy wskazać, że przedmiotowa uchwała odnosiła się do kontroli doraźnej Prezesa Urzędu w przedmiocie kompleksowej rozbudowy akceleratorów oraz systemu weryfikacji danych, a więc w przedmiocie modernizacji posiadanej linii radioterapeutycznej – w szczególności zagadnień: kompatybilności zamawianych urządzeń, preferencji linii radioterapeutycznej jednego producenta – a nie jak w przedmiotowej sprawie usług serwisu urządzeń i systemów komputerowych.

Ponadto odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, który na poparcie swojego stanowiska przywołał opis zadań z 2008 r. do przyjętego ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. programu wieloletniego Narodowy Program Zwalczenia Chorób Nowotworowych (Dz. U. Nr 143, poz. 1200, z późn. zm.), gdzie wskazano na korzyści wynikające z udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy, należy zauważyć, iż w aktualnym opisie zadań z 2013 r.¹ brak jest wskazania na korzyści płynące z zatrudnienia jednego serwisanta dla linii radioterapeutycznej. Po drugie, powyższe zagadnienie było m.in. przedmiotem uchwały KIO z dnia 14 stycznia 2014 roku (sygn. akt KIO/KD 119/13), w której stwierdzono, że przez ww. wytyczne *nie wyłącza się (...) postępowań z zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych*. Co więcej, jak zostało to wskazane powyżej możliwe jest zlecenie wykonania poszczególnych usług serwisowych różnym wykonawcom i potencjalne obniżenie kosztów zamówienia przy zachowaniu poziomu usług.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy – w zakresie serwisu stacji roboczych Coherence Oncologist, stacji roboczych syngo Suite for Oncology System,

¹ http://www.mz.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0010/8668/NPZCHN-2013-13.03.2013.pdf

systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania, agregatów chłodniczych, serwerów – uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

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