

Sygn. akt: KIO/KD 114/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 stycznia 2015 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych dnia 2 grudnia 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

**Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli
ul. dr K. Jaczewskiego 7,
20-090 Lublin**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 listopada 2014 roku w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na **usługę serwisu pogwarancyjnego akceleratora Oncor nr 4213, 5038, 5210 i Artiste nr 5438, 5660, 5838 oraz współpracujących z nimi systemami komputerowymi**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej im. św. Jana z Dukli, pismem z dnia 24 kwietnia 2014 r., zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) w przedmiocie usług serwisu pogwarancyjnego akceleratora Oncor nr 4213, 5038, 5210 i Artiste nr 5438, 5660, 5838 oraz współpracujących z nimi systemami komputerowymi.

Uzasadniając wybór trybu postępowania z wolnej ręki zamawiający 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 wskazał, że korzystanie z usług serwisowych jednego serwisanta jest naturalną potrzebą wynikającą z dążenia zamawiającego do zapewnienia kompatybilności urządzeń wchodzących z skład linii radioterapeutycznej.

W wyniku przeprowadzonych negocjacji zawarto w dniu 6 maja 2014 roku umowę z Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Żupniczej 11, obejmującą realizację usługi kontraktu serwisowego pięciogwiazdkowego urządzeń akcelerator Oncor 4213, 5038, 5210 i Artiste nr 5438, 5660, 5830 oraz współpracujących z nimi systemami komputerowymi. Umowa 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej z zakwestionował dokonany przez zamawiającego wybór trybu postępowania z wolnej ręki i wskazał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 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 także 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*.

Natomiast, 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.

Dodatkowo, 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.*

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, 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.*

Prezes Urzędu podkreślił, iż nie kwestionuje potrzeby zapewnienia jakości usług (zakupienie kontraktu pięciogwiazdkowego) oraz bezpieczeństwa terapii. Jednak 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 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie podzielił 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. W tym zakresie odwołano się do uchwały Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/KD 119/13), zgodnie z którą posiadanie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki nie świadczy o tym, że spółka posiada trwały monopol na wykonywanie umowy.

W podsumowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że 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, systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania, agregatów chłodniczych, serwerów – uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający, nie zgadzając się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień, wniósł pismem z dnia 2 grudnia 2014 roku (wpływ 8 grudnia 2014) zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej. Wskazał, że objęcie jednym zamówieniem (jedną umową) wszystkich usług było nie tylko w pełni uprawnione i uzasadnione, ale także konieczne - stanowiło bowiem w konkretnych okolicznościach sprawy jedną całość. Zamawiający podniósł także, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki było zgodne z prawem bowiem wartość zamówienia w części dotyczącej serwisu akceleratorów liniowych przewyższa wartość pozostałych usług. Wskazał, że wartość serwisu akceleratorów wynosi 9 162 672,15 zł brutto zaś pozostałych usług 211 386,75 zł brutto.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że istniał inny wykonawca, który mógł wykonać przedmiot objęty postępowaniem. Usługi serwisu stacji roboczych Coherence Oncologist, stacji roboczych syngo Suite for Oncology System, systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania są specjalistycznymi systemami komputerowymi integralnie związanymi z linią terapeutyczną, w której pracują akceleratory i służą do opracowywania planowanych terapii przez lekarzy Zakładu Radioterapii.

Zamawiający przez kompleksową rozbudowę posiadanych akceleratorów oraz systemu weryfikacji danych umożliwia utrzymanie pełnej integracji całego systemu zarządzania danymi i obrazami w radioterapii, niezbędnego do zapewnienia wymaganej zgodności, bezpieczeństwa leczenia pacjentów i zapewnienia kontroli jakości,

Zamawiający wskazał, że jedynie Siemens Sp. z o.o. posiada zezwolenie wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na urządzenia tworzące infrastrukturę u Zamawiającego, a każda ingerencja wiąże się bezpośrednio z ingerencją w funkcjonowanie

całego systemu co dla spełnienia wymogów zapewnienia bezpieczeństwa jądowego i ochrony radiologicznej przewidywanych ustawą Prawo atomowe wiąże się z koniecznością posiadania stosownego zezwolenia. Zezwolenie, które posiada Siemens Sp. z o.o. dotyczy konkretnych urządzeń a ograniczenia związane z reglamentacją działalności w zakresie objętych zezwoleniem urządzeń, rozciągają się na „uruchomienie i stosowanie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące”. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, że w sytuacji ogłoszenia przetargu publicznego inni wykonawcy, byłiby w stanie stosownie zgłoszenia w zakresie bezpieczeństwa uzyskać. Podkreślił, że wszelka ingerencja w urządzenia (w tym ich system) wymaga zezwolenia udzielonego przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. Podkreślił, że wskazane urządzenia nie są zwykłymi, powszechnymi urządzeniami, ale urządzeniami objętymi zezwoleniem. Również elementy wyposażenia w ramach zamówienia muszą spełniać te wymogi. W innym wypadku, zamawiający byłby narażony na utratę deklaracji zgodności na urządzenia medyczne wystawiane przez Siemens AG, na podstawie to których wydaje się zezwolenie przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. Zdaniem zamawiającego, występują zatem obiektywne okoliczności - w postaci posiadanej przez zamawiającego infrastruktury złożonej z niestandardowych urządzeń podlegających ustawowej reglamentacji, które służą do ochrony zdrowia i życia pacjentów.

Zdaniem Zamawiającego, firma Elekta AB, wskazana w wynikach kontroli, jako podmiot który mógłby wykonać przedmiot zamówienia, nie miał w rzeczywistości możliwości realizacji zamówienia. Podmiot ten nie posiada stosownych zezwoleń wymaganych polskim prawem na realizację przedmiotowego zamówienia i nie posiada uprawnień i kompetencji umożliwiających jej samodzielną realizację zadania w zakresie serwisu urządzeń objętych zezwoleniem a także nie jest ustanowiona jako wyłączny przedstawiciel Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Berlinie i Monachium. Elekta AB jest producentem wyłącznie jednego elementu tj. programu software. Podmiot ten nie ma możliwości zapewnienia kompatybilności i funkcjonalności całego systemu (infrastruktury) złożonej w elementów (urządzeń) składających się na infrastrukturę u zamawiającego.

Zamawiający podniósł także, że objęcie usług jednym zamówieniem i jedną umową było praw dołowe i uzasadnione ze względów techniczno- organizacyjnych oraz ekonomicznych. Z kolei ich rozdzielenie i udzielenie kilku zamówień (kilko odrębnych umów) nie doprowadziłoby do uzyskania optymalnego efektu technicznego. Byłoby to działanie sztuczne – nieefektywne i nie wynikające z obiektywnych potrzeb zamawiającego i jego pacjentów. Podniósł, że nie istnieje żaden przepis ustawy Pzp, który nakazywałby rezygnację z uzasadnionych i legalnych zamierzeń gospodarczych i wybór rozwiązań

nieekonomicznych i mniej korzystnych technicznie (gospodarczo) jedynie w celu formalnej zgodności z ustawą Pzp.

Zamawiający podniósł ponadto, że rozdzielenie jednolitego zamówienia na kilka odrębnych – w punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi w związku z art. 44 ustawy o finansach publicznych tj. przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków, efektywności wydatkowania oraz jawności, przejrzystości i terminowej realizacji zadań przez jednostki sektora publicznego – narażałoby zamawiającego na zarzut niegospodarności i miałyby się z celem jaki zamawiający chciał osiągnąć tj. polepszenia istniejącej infrastruktury dla poprawy usług związanych z ochroną życia i zdrowia swoich pacjentów. Wszystkie zakwestionowane systemy pomocnicze objęte umową zostały zakupione wraz z akceleratorami jako komponenty bez których akcelerator nie może pracować. W ramach linii terapeutycznej są one silnie ze sobą powiązane, a ich działanie przeplatane jest na wielu poziomach współzależności. Dzielenie odpowiedzialności na kilku różnych serwisantów generowałoby konflikty kompetencyjne, zrzucanie winy za wadliwe działanie całości na inne komponenty systemu nie podlegające danemu serwisowi, co powodowałoby wydłużenie procesu diagnozowania przyczyn niesprawności systemu i jego naprawy, powodując szkody w procesie leczenia pacjenta. Odpowiedzialność generalna jednego serwisu, nawet jeżeli posługuje się on podwykonawcą powoduje, że wszystkie jednostki zaangażowane w naprawę systemu współpracują ze sobą, a proces naprawy przebiega szybko i sprawnie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego, pismem z dnia 22 grudnia 2014 roku, poinformował iż podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 listopada 2014 roku i nie uwzględnia zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła zarówno ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli jak i argumentację prawną, zawartą w informacji o jej wyniku z dnia 25 listopada 2014 roku oraz odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zastrzeżenia zamawiającego z dnia 22 grudnia 2014 roku.

Zdaniem Izby, w analizowanym postępowaniu, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp - w zakresie serwisu: stacji roboczych Coherence Oncologist, stacji roboczych syngo Suite for Oncology System, systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania, agregatów chłodniczych, serwerów - uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, który był podstawą zastosowania trybu zamówienia z wolnej w rozpatrywanym postępowaniu, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, jego specyficznymi cechami technicznymi powodującymi, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie (tak m.in.: orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl.* Zbiory orzecznictwa TE 1995 r., str. I-01249).

Podkreślić także należy, że udzielenie zamówienia w trybach wskazanych w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki, stanowi wyjątek od reguły stosowania trybów przetargowych – konkurencyjnych. W konsekwencji przesłanki jego zastosowania należy interpretować ściśle, a zamawiający, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić (tak m.in.: orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; a także wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. III CN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. II SA 2064/01).

W analizowanym postępowaniu, Zamawiający w sposób nieuprawniony objął jednym zamówieniem usługi serwisu akceleratorów liniowych - co do których spełnione zostały przesłanki wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki - oraz usługi serwisu stacji roboczych Coherence Oncologist, stacji roboczych syngo Suite for Oncology System, systemu MOSAIQ, syngo RT Therapist, laserowego systemu pozycjonowania, agregatów chłodniczych, serwerów - co do których brak podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Działaniem takim, zamawiający doprowadził do wyłączenia konkurencji w obszarze, co do którego mógł dokonać wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Bez znaczenia dla oceny powyższego naruszenia pozostaje kwestia wartości usług serwisu akceleratorów liniowych oraz pozostałych usług serwisu stacji roboczych i laserowego systemu pozycjonowania. Przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają łączenia zamówień co do których spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z zamówieniami co do których istnieje na rynku choćby potencjalna konkurencja i zastosowanie do tak opisanego przedmiotu zamówienia trybu niekonkurencyjnego. Zakaz ten obowiązuje nawet jeśli wartość zamówień co do których istnieje konkurencja jest nieznaczna w stosunku do wartości zamówień co do których spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby doprowadzić do szeregu nadużyć i stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, który jest trybem wyjątkowym, do obszarów, w których istnieje konkurencja, co niewątpliwie stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w sposób nieuprawniony objął zamówieniem zarówno urządzenia i systemy wyprodukowane przez Siemens, co do których Siemens sp. z o.o. zostało ustanowione wyłącznym przedstawicielem Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Berlinie na terenie Polski, jaki i systemy wyprodukowane przez inne podmioty np. Elekta AB. Producentem bowiem programu MOSAIQ jest Elekta AB z siedzibą w Sztokholmie, co potwierdził sam zamawiający w złożonych zastrzeżeniach. Oznacza to, że nie było przeszkód aby wybór wykonawcy tego zakresu zamówienia dokonać w trybie konkurencyjnym.

Przywołać należy także, co zostało już wskazane w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 22 grudnia 2014 roku, że z protokołu negocjacji z dnia 6 maja 2014 wynika, że usługi w zakresie diagnostyki i napraw agregatów chłodniczych oraz serwerów w ramach zamówienia wykonywane będą przez inne podmioty niż Siemens Sp. z o.o. Ten zakres zamówienia został powierzony wykonawcom: V- Klima Zakład Inżynieryjny oraz Hewlett –Packard Polska Sp. z o.o.. Okoliczność ta dowodzi braku istnienia wyłączności Siemens Sp. z o.o. w tym obszarze objętym zamówieniem.

Za chybione należy uznać także stanowisko zamawiającego, że posiadanie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki wymuszało niejako zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Posiadanie czy uzyskanie stosowanych decyzji administracyjnych nie może stanowić przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Zgodnie z ustawą Prawo Atomowe z dnia 29 listopada 2000 r. (t. j. – Dz. U. z 2012 r. poz. 264 z późn. zm.), zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki wydawane jest na wniosek przedsiębiorcy w terminie administracyjnym, tj. 30 dni, licząc od daty złożenia stosownego wniosku. Natomiast, zezwolenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej (zgodnie z art. 4 ust. 5 przywołanej ustawy) wymaga zgłoszenia w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej. Twierdzenie zamawiającego, że inni wykonawcy nie byłoby w stanie uzyskać stosowanego zezwolenia jest nieuprawnione i nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Za nieuzasadnioną należy uznać argumentację zamawiającego, iż objęcie wszystkich usług jednym zamówieniem było prawidłowe i uzasadnione ze względów techniczno-organizacyjnych oraz ekonomicznych. Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia, dokonany przez zamawiającego nie może prowadzić do zastosowania trybu niekonkurencyjnego w stosunku do obszarów, w których istnieje na rynku choćby potencjalna konkurencja. Zasady gospodarności, względy ekonomiczne i techniczno – organizacyjne nie mogą stanowić uzasadnienia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do obszarów objętych konkurencją.

Powołując się na uzupełniającą opinię biegłego sądowego [REDAKTOWANE], sporządzoną w toku kontroli na zlecenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazać należy, że „z technicznego punktu widzenia, można było rozdzielić usługi przeglądu technicznego akceleratora od serwisu laserowego systemu pozycjonowania pacjenta.(...)” Zatem nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego, że wszystkie usługi, objęte umową są na tyle ściśle ze sobą powiązane, że stanowią jedno zamówienie i nie jest możliwe ich rozdzielenie i powierzenie innym wykonawcom.

W konsekwencji, w analizowanym postępowaniu, Zamawiający niezasadnie odstąpił od przeprowadzenia postępowania w jednej z procedur konkurencyjnych w zakresie serwisu urządzeń i systemów innych niż akceleratory liniowe, powołując się na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....