

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

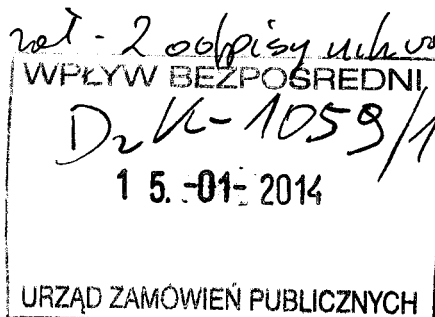
Warszawa, dnia 14 stycznia 2014 r.

UZP/DO/KU/25228/994/14

dot. KIO/KD 119/13



00089325



Pani

Izabela Jakubowska

p.o. Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych

Szanowna Pani Prezes,

W związku z przekazaniem w dniu 31 grudnia 2013 r., pismem o sygnaturze UZP/DKD/WKZ/422/428(19)/13/LB, zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, zgłoszonych przez Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „rozbudowa Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems” w załączeniu przekazuję akta postępowania kontrolnego oraz odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2014 r., sporządzonej na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.).

Z poważaniem

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

[Signature]
Paweł Trojan

W załączeniu :

1. Akta postępowania kontrolnego-2 segregatory oraz zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej i odpowiedź na zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej;
2. Odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2014 r. - 2 egz.

Sygn. akt KIO/KD 119/13

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 14 stycznia 2014 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 grudnia 2013 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest: **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu, Pl. Hirszwelda 12, 53-413 Wrocław**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 9 grudnia 2013 r., znak: **UZP/DKD/WKZ/422/428(8)/13/LB; Dot. KZ/1093/12, KW-11340/13** w odniesieniu do zamówienia publicznego na: „Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems.”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

wyraża następującą opinię:

Nie uwzględnia zastrzeżenia Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu, Pl. Hirszwelda 12, 53-413 Wrocław, zgłoszonych pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 9 grudnia 2013 r., znak: UZP/DKD/WKZ/422/428(8)/13/LB.

Uzasadnienie:

Zamawiający - Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu, zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 27 sierpnia 2012 r. o wszczęciu postępowania na: „Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems” 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 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.).

W przebiegu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania przeprowadzonej w okresie od 16 września 2013 r. do 9 grudnia 2013 r. w Informacji o jej wyniku, Prezes Urzędu na podstawie udostępnionej dokumentacji postępowania przedstawił następujący stan faktyczny i ocenę.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 28 sierpnia 2012 r. poprzez wysłanie zaproszenia do negocjacji firmie Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wartość zamówienia: 11.203.703,70 zł, (2.787.268,31 euro).

Umowa w sprawie zamówienia publicznego nr CRU/DZP/ZWR/218/12/LZT) w trybie z wolnej ręki została zawarta w dniu 11.09.2012 r. z firmą Candela Sp. z o.o. w Warszawie.

Przedmiot zamówienia obejmował swym zakresem dostawę, instalację i uruchomienie w Dolnośląskim Centrum Onkologii we Wrocławiu:

1. systemu obrazowania w wiązce terapeutycznej - szt. 1,
2. systemu wizualizacji w wiązce terapeutycznej - szt. 1,
3. zintegrowanego Systemu Obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT-szt. 1,
4. rozbudowę kolimatora wielolistkowego - szt. 1,
5. opcji tomoradioterapeutycznej dla przyspieszacza wieloenergetycznego wyposażonego w Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT i kolimatora wielolistkowego, wraz ze stacją do planowania radioterapii łukowej IMRT, unowocześnieniem oprogramowania sterującego przyspieszaczem, rozbudowę systemu EPID przyspieszacza i wymianą blatu stołu -szt. 1.

Zamawiający wyjaśnił, iż w 1997 roku w wyniku postępowania o zamówienie publiczne przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zakład Zamówień Publicznych przy MZIOS została zakupiona dla Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu Zintegrowana Linia Radioterapeutyczna firmy Varian Medical Systems, składająca się z:

- akceleratora Clinac 2100CD wraz z kolimatorem wielolistkowym MLC80,
- symulatora Ximatron CX wyposażonego w system cyfrowej obróbki obrazów DIO,
- systemu planowania leczenia CadPlan Plus,
- systemu weryfikacji i zarządzania VARiS.

Powyższy system został wdrożony i uruchomiony (wraz z ww. aparaturą: akceleratorem i symulatorem) przez Zamawiającego do praktyki klinicznej w roku 1997.

Zamawiający podkreślił, iż dzięki systematycznej rozbudowie i unowocześnianiu Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej prowadzonej od 1997 r., Centrum Onkologii zostało wyposażone w aparaturę radioterapeutyczną firmy Varian Medical Systems. W skład posiadanego sprzętu wchodzi m.in.: 3 akceleratory Clinac 2100CD, 2 akceleratory Clinac 2100CD Silhouette, akcelerator Clinac 600CD, symulator Acuity EX, symulator Acuity IX, system planowania leczenia Eclipse w tym 9 stacji roboczych, opcję Helios dla systemu Eclipse do planowania radioterapii w technice dynamicznej modulacji dawki IMRT Sliding Window metodą inverse planning - 2 szt, system lekarskich stacji planowania leczenia 3D Soma Vision - 13 stacji, system do brachyterapii HDR, opcję tomograficzną CBCT do symulatora Acuity, system do radiochirurgii i radioterapii stereotaktycznej iPlan wraz z kolimatorem wielolistkowym m3, system Respiratory Gating radioterapii zsynchronizowanej z czynnością oddechową pacjenta, system Rapid Arc, system weryfikacji i zarządzania oraz obrazowy ARIA, tomograf komputerowy 16-warstwowy do planowania leczenia z 2 stacjami wirtualnej symulacji i z opcją 4D.

Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na bardzo wysoki poziom wykorzystywanych rozwiązań i wymagań technicznych oraz technologicznych współczesnej radioterapii, gwarantujących maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa radioterapii, wyłącznie firma Candela Sp. z o.o. mając:

1. pełny i wyłączny dostęp do oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz danych dotyczących aktualnie wykorzystywanej aparatury, jej wyposażenia, wersji oraz opcji;
2. pełne i wyłączne prawa autorskie do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania oraz do wykonywania modyfikacji urządzeń producenta, firmy Varian Medical Systems;
3. odpowiednie zezwolenia oraz dopuszczenia aparatury do eksploatacji, w tym uprawnienia do dokonywania unowocześnień, przeprowadzania instalacji, serwisu, testów akceptacyjnych oraz dopuszczania do eksploatacji aparatury po przeprowadzanej instalacji i integracji;
4. jednolity system autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Varian Medical Systems, obejmujący wszystkie posiadane urządzenia, zapewniający w pełni fachowe i

odpowiedzialne przeprowadzenie instalacji zamawianych rozwiązań oraz opcji, z jednoczesnym przetestowaniem właściwej i bezpiecznej ich współpracy ze wszystkimi pozostałymi urządzeniami Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu,

- mogła przeprowadzić wszystkie instalacje, unowocześnienia oraz integracje w pełni kompleksowo, to znaczy jednocześnie we wszystkich wymagających tego urządzeniach Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems posiadanych przez Zamawiającego, tj.: akceleratorach Clinac 2100CD S/N 3637, S/N 833 i S/N 131, systemach planowania leczenia Eclipse i Helios oraz w systemie weryfikacji i zarządzania oraz obrazowym ARIA, zapewniając najwyższe bezpieczeństwo radioterapii oraz pełną współpracę i integrację urządzeń terapeutycznych.

W ocenie Zamawiającego, podkreślenia wymaga, iż dostawa oraz wykonywanie czynności instalacyjnych i serwisowych akceleratorów radioterapeutycznych, jak również urządzeń rentgenowskich w radioterapii wymaga uzyskania przez dostawcę aparatury i usług zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. Wskazał, iż w przypadku akceleratorów Clinac oraz systemu obrazowania rtg IGRT firmy Varian Medical Systems jedynym podmiotem posiadającym stosowne zezwolenia jest Candela Sp. z o.o. w Warszawie.

Wobec powyższego, oczekiwany w ramach realizacji zamówienia proces rozbudowy wykorzystywanej aparatury mógł być wykonany wyłącznie przez wskazanego wykonawcę - Candela Sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na: aspekt techniczny - niemożność zastosowania podzespołów, części składowych innych producentów oraz ochronę praw wyłącznych (autorskich) producenta posiadanej aparatury w zakresie oprogramowania oraz rozwiązań technicznych - co zdaniem Zamawiającego przy rozbudowie Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wyłącza możliwość złożenia oferty przez inne podmioty.

Zamawiający wskazał, iż począwszy od 2003 r. Zintegrowana Linia Radioterapeutyczna firmy Varian Medical Systems była systematycznie rozbudowywana i modernizowana. W tym okresie zrealizowano 54 dostawy w ramach rozbudowy i modernizacji. Wykonawcą w zakresie 53 dostaw była firma Candela, natomiast odnośnie 1 dostawy firma Siemens Polska.

Zamawiający wyjaśnił, iż przyspieszacz Elekta (dawny Philips) - ze względu na konstrukcję modulatora zintegrowanego z obrotowym "gantry" - wymagają większych bunkrów. Dodał, iż żaden z trzech bunkrów wybudowanych jeszcze w latach 70-tych dla tzw. „bomb kobaltowych” - nie spełniał wymagań w latach 2003 - 2005, kiedy wymieniano stary sprzęt do napromieniania na dwa akceleratory wieloenergetyczne i jeden jednoenergetyczny firmy

Varian. Wskazał, iż przyspieszacze Varian są bardziej "elastyczne"; mogą być konfigurowane z modulatorem poza bunkrem, w osobnym pomieszczeniu lub z modulatorem ustawionym w bunkrze (wersja Silhouette, niedostępna u pozostałych producentów).

Dodał, że w 2006 roku, w którym Centrum Onkologii zostało już wyposażone w Linie Radioterapeutyczną firmy Varian Medical Systems składającą się:

- z czterech akceleratorów,
- dwóch symulatorów,
- systemu planowania leczenia Eclipse,
- i systemu weryfikacji i zarządzania leczeniem Varis6,
- decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający podejmował samodzielnie, zawiadamiając o tym Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Podkreślił, iż niewątpliwą zaletą budowania linii radioterapeutycznej w oparciu o produkty jednego producenta jest jednorodność technologiczna, spójność konstrukcyjna, identyczne interfejsy na wszystkich pulpitych akceleratorów, czy stanowisk planowania, bezpośrednia (bez operacji kodowania i dekodowania) transmisja danych pomiędzy wszystkimi stanowiskami linii radioterapeutycznej, jednorodność serwisu itp.

Na potwierdzenie powyższego powołał się na wskazania zawarte w stanowisku Rady do Spraw Zwalczania Chorób Nowotworowych działającej przy Ministerstwie Zdrowia pod przewodnictwem Konsultanta Krajowego w dziedzinie radioterapii, który zaleca preferencję linii terapeutycznej jednego producenta *„Ważnym elementem, który należy uwzględnić przy dokonywaniu wyboru aparatury jest preferencja linii terapeutycznej jednego producenta. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że linia terapeutyczna tworzona („składana”) z elementów pochodzących od różnych producentów, pomimo ich zapewnień, jest trudna, a czasem wręcz niemożliwa do pełnej integracji, a jeżeli już, to uzyskanie najwyższej precyzji jest trudne i kosztowne. Koncepcja tzw. „otwartej sieci terapeutycznej”, która jest zbiorem różnych urządzeń i aparatów terapeutycznych, nazwaną siecią jest wyjątkowo niekorzystna w polskich realiach”* (oświadczenie z dnia 13.04.2006 r., Załącznik nr 1, str. 13 - 14 w Ogłoszeniu z dnia 13.04.2006 r. na Konkurs ofert na wybór realizatorów zadania Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych pt. *„Utworzenie w Polsce systemu radioterapii onkologicznej - Dopuszczenie i modernizacja zakładów radioterapii”*.

Zamawiający wskazał, iż opisana Zintegrowana Linia Radioterapeutyczna rozumiana, jako przyspieszacz (akcelerator), system planowania leczenia i system weryfikacji i zarządzania leczeniem obejmuje sprzęt tylko firmy Varian Medical Systems.

Jednocześnie dodał, iż z wymienioną Linie Radioterapeutyczną współpracuje jedno urządzenie innego producenta niż Varian Medical Systems, tj. tomograf komputerowy do

planowania radioterapii dostarczony przez firmę Siemens Polska - firmę wyłonioną w roku 2011 w przetargu nieograniczonym.

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 Pzp zasięgnąć opinii biegłego w celu rozstrzygnięcia kwestii wystąpienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Opinia została sporządzona przez biegłego sądowego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej i przekazana do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 30.08.2013 r.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek przewidzianych 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 dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Kontrolujący podkreślił, 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 efektywny. 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 potencjalnie zrealizować zamówienie. Ponadto, podnosił, 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. Zdaniem TSWE (C-199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch) sama złożoność przedmiotu zamówienia od strony technicznej nie wystarcza do wykazania zaistnienia przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki.

Na wstępie 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 w ocenie Prezesa Urzędu 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, stwierdzając iż

przedmiotowe zamówienie w zakresie rozbudowy opisanej linii radioterapeutycznej mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez innych wykonawców, niż wskazany - Candela Sp. z o.o. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powyższy pogląd Biełego podzielił w całości, przyjmując za argument potwierdzający jego rozstrzygnięcie.

Odnosząc się do zamówienia objętego niniejszą kontrolą, Biegly wskazał, iż „w skład wyspecyfikowanego sprzętu wchodzącego w skład zintegrowanego systemu, który sukcesywnie rozbudowywany był przez Zamawiającego znajduje się również tomograf komputerowy do planowania radioterapii SOMATOM firmy Siemens”. Tym samym, według Biełego „w zakresie rozbudowy opisanej linii można było również dokonać zakupu urządzeń innych producentów również współpracujących z istniejącą linią. W tym celu, należało opisać przedmiot zamówienia tak, aby zwiększyć konkurencyjność i dopuścić do udziału w prowadzonym postępowaniu przynajmniej sprzęt (akceleratory, systemy obrazowania, kolimator wielolistkowy) firmy Siemens, czy Elekta. Takie rozwiązania dałyby Zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej i uzyskania niższej ceny na rozbudowę, czy doposażenie posiadanej aparatury”. Dodał, iż „Zamawiający słusznie zauważa, że na rynku istnieje kilku znaczących producentów linii radiologicznej w tym: Varian Medical Systems, Siemens, Elekta, Philips Healthcare. Każdy z tych producentów dostarcza akceleratory, jak również rozwiązania pozwalające na prawidłowe funkcjonowanie sprzętu i zintegrowanie ich z istniejącymi już systemami u Zamawiającego”.

W konsekwencji, Kontrolujący podtrzymał stanowisko, iż integracja współpracujących systemów w ramach linii była możliwa do osiągnięcia przez Zamawiającego. Nie można zatem stwierdzić, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca, tj. Candela Sp. z o.o. był w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Według Biełego, „brak jakiegokolwiek tolerancji parametrów w przypadku kolimatora wielolistkowego MLC 120 ograniczyłoby konkurencję i uniemożliwiłoby innym wykonawcom złożenie ważnej oferty nawet w przypadku zorganizowania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”. Ponadto, Biegly dodał, iż „wskazane kolimatory wieloogniskowe MLC 120 wskazują wprost na konkretnego producenta - Varian Medical Systems. Również ograniczenie się Zamawiającego wyłącznie do jednego wykonawcy firmy Candela Sp. z o.o. przy realizacji zamówienia nie jest zasadne”.

Biegly podkreślił, iż opisany przedmiot zamówienia w zakresie punktu 5 Specyfikacji Technicznej Sprzętu - „zapisy: „automatyczne obliczanie przez system Eclipse rozkładu dawki pochłaniającej z wykorzystaniem algorytmu AAA, po zakończeniu procesu optymalizacji”, - rozbudowa systemu EPID akceleratora Clinac - „rozbudowa posiadanego

systemu EPID (portal Vision aS500 II do wersji aSi 1000)" wskazują na ograniczenie konkurencji. Zdaniem Biełego opisując przedmiot zamówienia „należy uwzględnić fakt, że każdy z producentów ma własne oprogramowanie akwizycji obrazu, które może być zastosowane w przypadku integrowania systemów, bowiem każdy z producentów tego typu sprzętu jest w stanie zrealizować ten sam cel terapeutyczny, tj. 30, IMRT, RapidArc, SRS (Varian, Siemens)". W ocenie Biełego, „mając na względzie powyższe, jak również rozpatrując zagadnienie rozbudowy systemów linii radioterapeutycznych w sposób kompleksowy, przy ocenie stanu faktycznego, obok wykazania jakim sprzętem dysponuje Zamawiający, konieczne jest rozpoznanie rynku w zakresie dostępnego sprzętu i jego możliwości integracji z istniejącymi urządzeniami również innych producentów".

Jednocześnie, zdaniem Biełego, bezzasadna była argumentacja Zamawiającego sprowadzająca się do twierdzeń, iż w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia wyłącznie firma Candela Sp. z o.o. posiadała wiedzę i doświadczenie w zakresie rozwiązań technicznych firmy Varian Medical Systems. Odnosząc się do tej okoliczności Biegly wskazał, iż „uwzględniając fakt, że linia radioterapeutyczna może współpracować z urządzeniami innych producentów uznać należy, że każdy inny producent również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji. Dowodem na poparcie tego, jest fakt, iż Zamawiający posiada tomograf komputerowy firmy Siemens współpracujący z systemem Varian". Dodał, iż „również systemy stosowane przez firmę Siemens mogą współpracować, a zatem można je zintegrować z systemem firmy Elekta. Przykład: system MOSAIQ dostępny przy integracji urządzeń zarówno w firmie Elekta, jak również Siemens".

W odniesieniu do argumentu Zamawiającego, iż dostawa oraz wykonywanie czynności instalacyjnych i serwisowych akceleratorów radioterapeutycznych, jak również urządzeń rentgenowskich w radioterapii wymaga uzyskania przez dostawcę aparatury i usług zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, Kontrolujący wskazywał, iż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 264 z późn. zm.) zezwolenie, które przywołuje Zamawiający, wydawane jest przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wniosek przedsiębiorcy w drodze decyzji administracyjnej. Zatem, w sytuacji ogłoszenia przetargu publicznego inni wykonawcy są w stanie stosownie zezwolenie albo zgłoszenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej uzyskać.

Ponadto, odnosząc się do argumentu Zamawiającego, iż wyposażenie zakładów radioterapii (linia terapeutyczna w oparciu o sprzęt jednego producenta) zalecane jest w stanowisku Rady do Spraw Zwalczania Chorób Nowotworowych działającej przy Ministerstwie Zdrowia pod przewodnictwem Konsultanta Krajowego w dziedzinie radioterapii, Prezes Urzędu

odwołał się do przepisów ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Narodowy program zwalczania chorób nowotworowych” (Dz. U. Nr 143, poz. 1200, z późn. zm.) - nie ustanawiającego takiego obowiązku. Dodał przy tym, iż z opisu szczegółowego zadań Narodowego Programu Zwalczania Chorób Nowotworowych, (w którym preferuje się linię terapeutyczną jednego producenta) wynika jednocześnie, iż możliwe jest utworzenie tzw. „otwartej sieci radioterapeutycznej”, tj. zbioru różnych urządzeń i aparatów radioterapeutycznych wielu producentów. Wskazano tam, iż „otwarte sieci radioterapeutyczne” są stosowane w europejskich ośrodkach posiadających zakłady radioterapii i zajmujących się leczeniem pacjentów z chorobami nowotworowymi. Tym samym, wskazanie przez Zamawiającego, że wyposażenie zakładów radioterapii powinno być realizowane w oparciu o linię terapeutyczną składającą się ze sprzętu jednego producenta, nie znajduje uzasadnienia. A zatem, w ocenie Prezesa Urzędu, ww. argument Zamawiającego również nie potwierdza zasadności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

Podsumowując, Prezes Urzędu stwierdził, iż Zamawiający nie może poprzez swoje działania doprowadzać do sytuacji, w której w sposób sztuczny ogranicza on dostęp do wykonania zamówienia publicznego innym wykonawcom, gdyż fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym chęć realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższych uwag, Prezes Urzędu - w nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej ochrony praw wyłącznych producenta w zakresie oprogramowania, wykluczył także zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, zgodnie z którym dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Jak wynika z opinii Biegłego, istnieje możliwość zintegrowania oprogramowania urządzeń różnych producentów w ramach jednej linii terapeutycznej. Biegły stwierdził m.in., iż „(...) linia radioterapeutyczna może współpracować z urządzeniami innych producentów, (...) każdy inny producent również posiada wiedzę: doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji”. Nawet jeżeli do współdziałania ze sobą urządzeń różnych producentów niezbędne byłyby zmiany w ich oprogramowaniu, to również przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) nie ograniczają takiej możliwości. Zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 3 lit. c) ww. ustawy nie wymaga zgody uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania

niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki: czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania.

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

Zamawiający Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UZP, iż w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały naruszone przez DCO przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 10 i 7 ust. 1 ustawy Pzp, zatem pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. doręczonym 17 grudnia 2013 r. na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp wniósł poniższe umotywowane zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej, która wpłynęła do DCO za pośrednictwem faksu w dniu 09 grudnia 2013 r.

Zamawiający powtórzył, że w powyższej informacji, działający w imieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Wiceprezes posiłkując się opinią Biegłego sądowego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej dr Anny Rosiek dokonał następujących ustaleń:

Zamawiający w 1997 r. w wyniku przeprowadzonego przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministerstwie Zdrowia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został wyposażony w Zintegrowaną Linie Radioterapeutyczną firmy Varian Medical Systems składającą się z :

- 1) akceleratora Clinac 2100CD (nr ser 1058) wraz z kolimatorem wielolistkowym MLC 80,
- 2) symulatora Ximatron CX wyposażonego w system cyfrowej obróbki obrazów DIO,
- 3) systemu planowania leczenia CadPlan Plus,
- 4) systemu weryfikacji i zarządzania VARiS.

Powyższy system, został uruchomiony i wdrożony do praktyki klinicznej w roku 1997. W kolejnych latach począwszy od 2003 do 2012 r., DCO rozbudowywało i modernizowało ową Linie, stosując do tych zamówień tryb postępowania „z wolnej ręki”, uzyskując na zastosowanie powyższego trybu, zgodnie z wówczas obowiązującymi przepisami, zgodę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP wydał trzy decyzje: z dnia 25.09.2003r. nr: ZT/12631/03 z dnia 15.07.2004 r. nr: ZT/4666/04; z dnia 23.06.2005r. nr ZT/2509/05 - decyzje te Zamawiający przedstawił jako załączniki nr 1,2, 3 do zastrzeżeń), a po zmianie przepisów dokonując zawiadomień Prezesa w trybie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyżej stosowany przez DCO tryb dokonywania zakupów w ramach rozbudowy posiadanej Linii, trwający od 2003 r. nie został nigdy zakwestionowany przez Prezesa UZP, ani też przez inne organy. Tym samym należy przyjąć, iż potwierdzona została zasadność stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówień polegających na unowocześnieniu, rozbudowie oraz doposażeniu Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems. Również ostatnio przeprowadzona przez Najwyższą Izbę Kontroli, kontrola w DCO w zakresie oceny zakupu i wykorzystania aparatury medycznej zakupionej ze środków przekazanych przez Ministerstwo Zdrowia na rozwój radioterapii onkologicznej potwierdza, iż wybór zastosowanych trybów przy udzielaniu zamówień publicznych - w tym z wolnej ręki, był prawidłowy (wystąpienie pokontrolne NIK z dnia 15 listopada 2013 r. - załącznik nr 4 do zastrzeżeń).

Powyższe zakupy dokonywane były ze środków własnych DCO jak i z pochodzących z budżetu państwa w formie dotacji, w ramach Narodowego Programu Walki z Chorobami Nowotworowymi.

W ramach trwającej od 2003 r. rozbudowy Zintegrowanej Linii Terapeutycznej firmy Varian Medical Systems, w sierpniu 2012 r., w DCO wszczęto kolejne postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiot obejmował:

1. System obrazowania w wiązce terapeutycznej - szt. 1,
2. System wizualizacji w wiązce terapeutycznej - szt. 1,
3. Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT- szt. 1,
4. Rozbudowę kolimatora wielolistkowego - szt. 1,
5. Opcji tomoradioterapeutycznej dla przyspieszacza wieloenergetycznego, wyposażonego w Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT i kolimatora wielolistkowego wraz ze stacją do planowania radioterapii łukowej IMRT, unowocześnieniem oprogramowania sterującego przyspieszaczem, rozbudowę systemu EPID przyspieszacza i wymianą blatu stołu - szt. 1.

Wobec tego właśnie postępowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, iż w stanie faktycznym i prawnym nie zaistniały przesłanki o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp, które by uzasadniały zastosowanie do tego postępowania trybu z wolnej ręki.

Prezes UZP zarzucał DCO, posiłkując się opinią Biegłego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej, że 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 roboty budowlane w sposób najbardziej efektywny. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko 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 potencjalnie zrealizować zamówienie. Ponadto, zdaniem Prezesa UZP, jeżeli na rynku działa większa liczba podmiotów opcjonalnie mogących zrealizować zamówienie - automatycznie wyklucza to możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Prezes UZP stwierdził, iż do kontrolowanego zamówienia nie mógł mieć zastosowania wspomniany przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp, gdyż zamówienie to w sposób należyty mogło być wykonane również przez innych wykonawców niż wskazana spółka - Candela Sp. z o.o.

Z powyższym stanowiskiem Prezesa UZP, Zamawiający nie zgodził się z następujących względów:

W myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia publicznego z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Wobec brzmienia powołanego przepisu, istota rozstrzygnięcia powziętych przez Prezesa wątpliwości, co do zasadności zastosowania tego trybu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy kwestionowany przedmiot zamówienia (jako całość) dotyczący rozbudowy Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems była zdolna wykonać z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - jedynie firma Candela Sp. z o.o.

Odpowiedź na to pytanie sprowadza się do oceny bardzo specjalistycznych i skomplikowanych zagadnień z zakresu wiedzy elektronicznej, elektrycznej, mechanicznej, fizyki medycznej i informatycznej. Powołany przez Prezesa UZP Biegły, zdaniem Zamawiającego, nie podołał temu zadaniu. Sporządzona przez Biegłego opinia jest powierzchowna, nie obejmuje całokształtu okoliczności istotnych dla dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny zamówienia oraz niekompletna z punktu widzenia posiłkowania i odwoływania się do wiedzy specjalistycznej, a w wielu aspektach pozostająca w oderwaniu od kontrolowanego przedmiotu zamówienia. Sposób motywowania sformułowanych w tej opinii stanowisk, dokonanych ocen uzasadnia zarzut braku specjalistycznej wiedzy po stronie Biegłego dla prawidłowej oceny przedmiotowego zamówienia.

Zatem, negatywna ocena Prezesa UZP kontrolowanego zamówienia, została oparta na błędnych założeniach i ustaleniach wynikających z opinii sporządzonej przez powołanego Biegłego.

Z cytowanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, fragmentów opinii wynika bowiem, że ustalenia Biegłego odnoszą się do sytuacji nieadekwatnej do przedmiotu zamówienia objętego kontrolą.

I tak, w informacji o wyniku kontroli doraźnej Biegły wskazuje, iż w skład wyspecyfikowanego sprzętu wchodzącego w skład zintegrowanego systemu, który sukcesywnie rozbudowywany był przez Zamawiającego znajduje się również tomograf komputerowy do planowania radioterapii SOMATOM firmy Siemens. Tym samym, według Biegłego w zakresie rozbudowy opisanej Linii można było również dokonać zakupu urządzeń innych producentów również współpracujących z istniejącą Linią. Ogólnikowe stwierdzenie Biegłego, iż istnieją pewne urządzenia innych producentów, które można zintegrować z wykorzystywaną przez Zamawiającego Pełną Zintegrowaną Linią Radioterapeutyczną firmy Varian Medical Systems, jest błędne i bezprzedmiotowe, gdyż przedmiot zamówienia tego rodzaju urządzenia nie obejmował.

Przytaczanie przez Biegłego faktu, iż do planowania radioterapii Zamawiający wykorzystuje tomograf firmy Siemens, nie ma żadnego znaczenia i jakiegokolwiek związku z kontrolowanym zamówieniem tj. z systemami obrazowania w wiązce terapeutycznej (megawoltowej) dla akceleratorów radioterapeutycznych, z kolimatorami wielolistkowymi, ani z systemami obrazowania rentgenowskiego IGRT z opcją CBCT, czy też z opcją radioterapii łukowej IMRT.

Zamawiający podkreślił, że przywołany przez Biegłego tomograf komputerowy do planowania Somatom Definition AS firmy Siemens, który jest na wyposażeniu Centrum, nie wchodzi w skład Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej i nie jest z nią w żaden sposób zintegrowany a tylko z nią współpracuje.

Zamawiający podkreślał też różnicę pomiędzy współpracą a integracją. Akceleratory medyczne posiadane przez Zamawiającego (Clinac) napromieniają pacjentów na podstawie planów leczenia, które powstają w systemie planowania leczenia Eclipse i są przechowywane na serwerze systemu weryfikacji i zarządzania leczeniem oraz obrazowym Aria. Cały ten sprzęt pracuje w jednorodnym, zintegrowanym środowisku informatycznym, którego producentem jest firma Varian, i w którym dane przesyłane są między sobą bezpośrednio, bez operacji import/eksport.

Zarówno urządzenia radiologicznej diagnostyki obrazowej (TK, RM, PET itp.) spoza Linii jak i urządzenia Linii Radioterapeutycznej współpracują ze sobą w ten sposób, że wybrane skany lub rekonstrukcje z urządzeń diagnostyki obrazowej są eksportowane w formacie DICOM do serwera systemu weryfikacji i zarządzania leczeniem Linii oraz obrazowego, z którego są pobierane przez system planowania leczenia Linii w celu opracowania planu leczenia.

Format DICOM (Digital Imaging and Communications in Medicine 3.0) został opracowany w 1992 r. właśnie dla potrzeb ujednolicenia wymiany i interpretacji danych medycznych reprezentujących lub związanych z obrazami diagnostycznymi w medycynie. Możliwa jest zatem współpraca np. tomografu z Linią, ale nie integracja. Podobnie, rzecz się ma z systemem weryfikacji i zarządzania w radioterapii Mosaiq, na który powołuje się Biegły. Zamawiający nie ma tego systemu, ani nie zamierzał go kupić w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wykorzystuje bowiem system weryfikacji i zarządzania oraz obrazowy Aria firmy Varian Medical Systems, i biorąc pod uwagę jego funkcjonalność, zasadniczą dla bezpieczeństwa i efektywności realizacji procedur radioterapeutycznych w wykorzystywanej przez Zamawiającego Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej - nie widzi potrzeby ani nie dopuszcza możliwości jego zamiany. Postulowany przez Biegłego taki opis przedmiotu zamówienia, aby zwiększyć konkurencyjność i dopuścić do udziału w postępowaniu przynajmniej sprzęt - w tym systemy obrazowania, kolimator wielolistkowy - firmy Elekta, uznał za całkowicie nieuprawniony, gdyż mogłoby to doprowadzić do zakupu urządzeń, które nigdy nie zostałyby użyte, bo nie nadają się do montażu na jakimkolwiek akceleratorze firmy Varian Medical Systems, w szczególności na akceleratorach Clinac 600 CD S/N 833, Clinac 2100 CD Silhouette S/N 131, Clinac 2300 CD S/N 3637, wykorzystywanych przez Zamawiającego. Zresztą na brak takiej możliwości wskazuje zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych obejmujące wspomniane wyżej urządzenia Clinac łącznie z opcjonalnym modulem Rapid Arc. Dodał, że możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę, jaką sugeruje Biegły, musi być oceniana w odniesieniu do Linii terapeutycznej jako całości, użytkowanej przez zamawiającego i nie może to być możliwość warunkowa uzależniona od zastąpienia niektórych elementów systemu innymi elementami, czy też modułami (por. m.in. w wyroku KIO 2033/12 z dnia 9.10.2012 r.).

Powyższe stanowisko Zamawiający potwierdził załączoną do zastrzeżeń opinią specjalisty fizyki medycznej, dr n. med. Marzeny Janiszewskiej (opinia stanowi załącznik nr 10).

W nawiązaniu do stwierdzenia zawartego w Informacji o wyniku kontroli z odwołaniem się do opinii Biegłego, że „należało opisać przedmiot zamówienia tak, aby zwiększyć konkurencyjność i dopuścić do udziału w prowadzonym postępowaniu przynajmniej sprzęt (akceleratory, systemy obrazowania....) firmy Siemens czy Elekta” - zwrócił uwagę, że przedmiotem kontrolowanego zamówienia nie był zakup lub wymiana urządzeń tworzących Zintegrowaną Linię Radioterapeutyczną (a tak wynika z opinii Biegłego), a wyłącznie rozbudowa posiadanych akceleratorów radioterapeutycznych (modernizacja), polegająca na wymianie elementów (opcji, części) tych urządzeń oraz na rozszerzeniu o kolejne funkcjonalności (zwanym dalej łącznie doposażeniem). Wszystkie pozycje przedmiotu

zamówienia stanowią doposażenie posiadanych przez Zamawiającego akceleratorów radioterapeutycznych Clinac firmy Varian Medical Systems: Clinac 600 CD S/N 833, Clinac 2100 CD Silhouette S/N 131 i Clinac 2300 CD S/N 3637. Żadne z zamawianych urządzeń nie może działać bez sprzętowego (mechanicznego, elektrycznego i elektronicznego) oraz programowego połączenia z akceleratorami Clinac firmy Varian Medical Systems - muszą być zainstalowane na akceleratorze firmy Varian Medical Systems z wykorzystaniem fabrycznych zestawów instalacyjnych, albo będą bezużyteczne.

Jednocześnie Zamawiający podtrzymał twierdzenie, że zakupione w przedmiotowym postępowaniu urządzenia, nadające się do montażu na posiadanych, wyżej wymienionych akceleratorach Clinac, są produkowane wyłącznie przez firmę Varian Medical Systems.

Zwracał uwagę, że akcelerator Clinac jest wyrobem medycznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. Nr 107 , poz. 679 z późn. zm.). Również takim wyrobem jest jego wyposażenie. Oznacza to, że nie można dokonywać jakichkolwiek przeróbek, zwłaszcza przez nieuprawnione podmioty trzecie, ani w akceleratorze, ani w urządzeniach stanowiących jego wyposażenie, stosownie do obowiązkowej odpowiedzialności za produkt ponoszonej przez wytwórcę lub podmiot odpowiedzialny za wprowadzenie wyrobu medycznego do obrotu. Wyrażona przez Biegłego opinia dotycząca możliwości dopuszczenia tolerancji parametrów technicznych oraz pozostałe rozważania techniczne - zmierzające do postawienia tezy potwierdzającej możliwość zwiększenia konkurencyjności postępowania – uznał za błędne.

Zamawiający, wbrew opinii Biegłego podnosił, iż nie istnieje żadne inne urządzenie jakiegokolwiek producenta, które byłoby systemem obrazowania w wiązce terapeutycznej, i które można zamontować na akceleratorze Clinac 600 CD S/N 833.

W odniesieniu do Systemu wizualizacji w wiązce terapeutycznej, Zamawiający chciał dokonać unowocześnienia wykorzystywanego systemu obrazowania w wiązce terapeutycznej PortalVision aS500 firmy Varian Medical Systems, stanowiącego część wykorzystywanego akceleratora Clinac 2100 CD Silhouette S/N 131, do wersji PortalVision aS1000, co również zostało w sposób precyzyjny, jednoznaczny opisane w dokumentacji dotyczącej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ww. zawiadomieniu i wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa UZP.

Zamawiający podkreślił, że w tym punkcie chodzi o unowocześnienie posiadanego urządzenia PortalVision aS500, poprzez wymianę systemu PortalVision aS500 na PortalVision aS1000. Podkreślił, że jedynym istniejącym na świecie systemem wizualizacji w wiązce terapeutycznej, który może być zamontowany na akceleratorze Clinac 2100CD

Silhouette S/N 131, jest system PortalVision firmy Varian Medical Systems; wybierać można jedynie pomiędzy modelem aS500 oraz aS1000 tego urządzenia.

Wbrew opinii Biełego, nie istnieje żadne inne urządzenie jakiegokolwiek producenta, (które byłoby systemem wizualizacji w wiązce terapeutycznej, i które można zamontować na akceleratorze Clinac 2100CD Silhouette S/N 131.

W odniesieniu do Zintegrowanego Systemu Obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT.

Zamawiający chciał kupić System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT do zamontowania na posiadanym akceleratorze Clinac 2100CD S/N 3637 firmy Varian Medical Systems, co zostało napisane i opisane w dokumentacji do postępowania oraz w zawiadomieniu do Prezesa UZP, wraz z określeniem funkcjonalności pożądanego urządzenia.

Podkreślił, że jedynym istniejącym na świecie Systemem obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT, który może być zamontowany na akceleratorze Clinac 2100CD S/N 3637, jest system On Board Imager (OBI) firmy Varian Medical Systems.

Wbrew opinii Biełego, nie istnieje żadne inne urządzenie jakiegokolwiek producenta, które byłoby Systemem Obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT, i które można zamontować na akceleratorze Clinac 2100 CD S/N 3637.

Instalacja opcji OBI w akceleratorze Clinac 2100 CD S/N 3637 mogła być przeprowadzona wyłącznie z użyciem zestawów instalacyjnych, obejmujących sprzęt i oprogramowanie, produkowanych przez firmę Varian Medical Systems. Nie istnieje żaden inny producent tych elementów.

W odniesieniu do Rozbudowy kolimatora wielolistkowego – podał, że Zamawiający chciał dokonać unowocześnienia wykorzystywanego kolimatora wielolistkowego Millennium MLC80 firmy Varian Medical Systems, stanowiącego część wykorzystywanego akceleratora Clinac 2100CD S/N 3637 firmy Varian Medical Systems, co zostało precyzyjnie, jednoznacznie opisane w dokumentacji do postępowania oraz w zawiadomieniu i wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa UZP. Podkreślił, że w tym punkcie chodzi o rozbudowę posiadanego kolimatora wielolistkowego Millennium MLC80 do wersji 120-listkowej, poprzez wymianę kolimatora wielolistkowego Millennium MLC80 na kolimator wielolistkowy Millennium MLC120, a jedynym istniejącym na świecie kolimatorem wielolistkowym, który może być zamontowany w głowicy akceleratora Clinac2100CD S/N 3637, jest kolimator wielolistkowy Millennium MLC firmy Varian Medical Systems; wybierać można jedynie pomiędzy modelami 80- i 120-listkowymi tego urządzenia. Wbrew opinii Biełego, nie istnieje żadne inne

urządzenie jakiegokolwiek producenta, które byłoby kolimatorem wielolistkowym, i które można zamontować w głowicy akceleratora Clinac 2100 CD S/N 3637.

Postawioną przez Bieglego tezę, iż *"brak jakiegokolwiek tolerancji parametrów w przypadku kolimatora wielolistkowego MLC120 ogranicza konkurencję i uniemożliwia innym wykonawcom złożenie ważnej oferty nawet w przypadku zorganizowania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego"*, - w odniesieniu do przedmiotowego postępowania – uznał Zamawiający za nieuprawnioną, gdyż ograniczenie konkurencyjności w tym przypadku wynika ze wskazanych powyżej przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze; kolimatorów wielolistkowych firm konkurencyjnych nie da się zamontować w akceleratorze Clinac firmy Varian Medical Systems posiadanym przez Zamawiającego, co wprost przesądza o prawidłowości przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W odniesieniu do Opcji tomoradioterapeutycznej dla przyspieszacza wieloenergetycznego wyposażonego w Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT i kolimatora wielolistkowego, wraz ze stacją planowania radioterapii łukowej IMRT, unowocześnieniem oprogramowania sterującego przyspieszaczem, rozbudową systemu EPID przyspieszacza i wymianą blatu stołu. Zamawiający podał, że chciał kupić opcję radioterapii łukowej IMRT (tomoradioterapeutyczna) dla posiadanego akceleratora Clinac 2100CD S/N 3637 firmy Varian Medical Systems. Przedmiot zamówienia w tym zakresie został opisany w dokumentacji do postępowania oraz w zawiadomieniu do Prezesa UZP, wraz z określeniem funkcjonalności pożądanego urządzenia.

Podkreślił, że jedyną istniejącą na świecie opcją radioterapii łukowej IMRT, która może być realizowana przez akcelerator Clinac2100CD S/N 3637, jest opcja RapidArc firmy Varian Medical Systems.

Podobny - w pewnym stopniu - produkt firmy Elekta (żaden inny producent nie istnieje) nie może być zamontowany w akceleratorach firm Varian Medical Systems, podobnie zresztą, jak opcja RapidArc nie może być zamontowana w akceleratorach firmy Elekta.

Instalacja opcji RapidArc w akceleratorze Clinac 2100 CD S/N 3637 wiązała się z koniecznością dokonania unowocześnienia oprogramowania sterującego akceleratorem, systemu EPID tego akceleratora oraz wymianą blatu stołu tego akceleratora na blat IGRT, konieczne do prawidłowej realizacji leczenia pacjentów w trybie RapidArc. Wszystkie te czynności mogą być przeprowadzone wyłącznie z użyciem zestawów instalacyjnych, obejmujących sprzęt i oprogramowanie, produkowanych przez firmę Varian Medical Systems. Na całym świecie nie istnieje żaden inny producent tych elementów. Zamawiający, wraz z zakupem systemów informatycznych radioterapii, to jest systemu weryfikacji i

zarządzania Aria oraz planowania leczenia Eclipse, zakupił licencje bezterminowe na ich użytkowanie, a prawa autorskie nadal posiada firma Varian Medical Systems.

W przypadku instalacji ww. unowocześnień posiadanych akceleratorów Clinac wymagana była rekonfiguracja zarówno systemu weryfikacji Aria jak i systemu planowania leczenia Eclipse, które wykonane mogły być wyłącznie przez uprawnionego autoryzowanego przedstawiciela serwisowego tj. przez firmę Candela Sp. z o.o. Powyższe, wyłączne uprawnienia firmy Candela sp. z o.o. stosownie do treści art. 90 ust. 3-5 ustawy o wyrobach medycznych zostały potwierdzone w wydanych przez Varian Medical Systems zaświadczeniach, które zostały załączone przez Zamawiającego do zawiadomienia o wszczęciu postępowania na udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z dnia 27.08.2012 r. (stosowne zaświadczenia oraz oświadczenie stanowią załączniki nr 7, 8, 9 do niniejszych zastrzeżeń).

Zamawiający dodatkowo podnosił, że zgodnie z treścią przepisów art. 90 ust. 3-5 ustawy o wyrobach medycznych w przypadku aparatury medycznej wymagającej prawidłowej i bezpiecznej instalacji, aktualizacji oprogramowania, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń kontroli bezpieczeństwa, czynności te może wykonywać wyłącznie podmiot upoważniony przez wytwórcę oraz musi:

- dysponować określonym przez wytwórcę zapleczem technicznym, częściami zamiennymi, częściami zużywalnymi i materiałami eksploatacyjnymi;
- posiadać określone przez wytwórcę instrukcje serwisowe wyrobu sporządzone w sposób zrozumiały dla zatrudnionych osób oraz odpowiednie procedury i instrukcje wykonywania czynności, o których mowa w ust. 4;
- zatrudniać osoby posiadające określone przez wytwórcę kwalifikacje i doświadczenie zawodowe.

Wykonawca już na etapie składania oferty musi się, więc wykazać posiadaną wiedzą, doświadczeniem oraz zasobami pozwalającymi na realizację zamówienia, a nie dobrymi chęciami zdobycia powyższego w toku realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że proces kształcenia specjalistów zdolnych do instalacji akceleratorów i ich wyposażenia trwa wiele lat, a nie kilka tygodni, co wyklucza możliwość ich zdobycia w okresie pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a terminem składania ofert. Zważywszy na powyższe, niejako już sama ustawa o wyrobach medycznych wytycza tryb udzielenia zamówienia, którego przedmiotem są te wyroby, ich części zamienne, części zużywalne, materiały eksploatacyjne oraz usługi z tymi wyrobami związane. Zamawiający, jak już wyżej podnosił, nie posiada autorskich praw majątkowych do systemów informatycznych użytych w urządzeniach; dostęp do kodów źródłowych posiada producent urządzeń wchodzących w skład Linii. I z tych też względów uzasadnione jest także zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Załączone do zawiadomienia do Prezesa UZP specyfikacje techniczne – załączniki nr 1,2,3/4 i 5 - wyraźnie i jednoznacznie wskazują, iż:

- każde z wymienionych w specyfikacji zadań jest modernizacją lub doposażeniem posiadanych przez Zamawiającego akceleratorów,
- każde z tych zadań wymaga fabrycznego zestawu instalacyjnego producenta posiadanego akceleratora, przez co należy rozumieć zestaw oprzyrządowania mechanicznego i/lub elektronicznego i/lub oprogramowania, umożliwiający instalację i należyte uruchomienie dostarczonego doposażenia i należyte wykonanie zamawianej modernizacji, które muszą być ściśle zintegrowane z modernizowanym czy też doposażonym urządzeniem.
- każde z tych zadań wymaga także integracji w posiadanym przez Zamawiającego systemie weryfikacji i zarządzania Aria, tzn. w środowisku software tego systemu tak, aby transmisja danych przebiegała bezpośrednio i automatycznie, bez dodatkowego przetwarzania (np. zał. 1 p.3.1, zał.5 p.2 i in.),
- każda z modernizacji bazuje na zgodności i głębokiej integracji z już istniejącym interfejsem sprzętowo-programowym,
- każde z tych zadań wymaga posiadania praw dostępu do zainstalowanych już urządzeń jak i instalowanych będących przedmiotem kontrolowanego zamówienia.

Ze względu na wykazane zapewnienie pełnej zgodności, głębokiej integracji pomiędzy zainstalowanymi już modułami i systemami oraz wzajemne się ich przenikanie a przewidzianymi do zainstalowania w ramach kontrolowanego zamówienia nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia przez dowolnych wykonawców poszczególnych elementów składających się na Linię, (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9.10.2012 r. sygn. akt: KIO 2033/12 oraz w Uchwale z dnia 13 października 2013 r. sygn. akt. KIO/KD 69/10).

Ścisła integracja pomiędzy urządzeniami (oraz wszystkich elementów w ramach każdego urządzenia) składającymi się na Linię jest niezbędna dla celu, któremu ma służyć i dla którego została stworzona. A tę integrację w przeświadczeniu Zamawiającego - może zapewnić wyłącznie jeden wykonawca - Candela Sp. z o.o.

Reasumując, z uwagi na opisane w niniejszych zastrzeżeniach uwarunkowania techniczne i prawne towarzyszące przedmiotowi zamówienia sprowadzającego się do rozbudowy posiadanych akceleratorów o podzespoły jedyne go producenta firmy Varian Medical Systems oraz niedysponowanie przez Zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi do zainstalowanych w tych urządzeniach specjalistycznych oprogramowań, przedmiot zamówienia mógł być wykonany tylko przez jednego wykonawcę tj. spółkę Candela Sp. z o.o., reprezentującą na zasadach wyłączności w zakresie handlowym i serwisowym

producenta i w związku z tym uzasadnione było podjęcie decyzji przez Zamawiającego o odstąpieniu od procedur podstawowych i zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem, zamawiający stwierdził, iż w pełnym zakresie spełnił przesłanki uprawniające go do zastosowania trybu zakupu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) oraz na podstawie ust. 1 pkt 1 lit b) cytowanego artykułu ustawy Pzp. Tym samym, nie mogło też dojść do naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 art. 10 ustawy.

Opis przedmiotu kontrolowanego zamówienia jest zdeterminowany wykazywanymi wyżej warunkami technicznymi towarzyszącymi temu przedmiotowi zamówienia oraz niedysponowaniem przez zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi.

Mając na uwadze, że Prezes UZP oparł swoje ustalenia i ocenę w przedmiotowej sprawie na opinii Biegłego, która to opinia w ocenie Zamawiającego jak wyżej wykazywał - jest błędna, nie obejmuje całokształtu okoliczności a tym samym w kontekście przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy do dokonania prawidłowych ustaleń i ocen przez Prezesa UZP, wniesienie zastrzeżeń do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, uznał Zamawiający za w pełni uzasadnione.

Na dowód swoich twierdzeń Zamawiający dodatkowo przedłożył:

1. Decyzję Prezesa UZP z dnia 25.07.2003r. nr: ZT/12631/03 - załącznik nr 1
2. Decyzję Prezesa UZP z dnia 15.07.2004r. nr: ZT/4666/04 - załącznik nr 2
3. Decyzję Prezesa UZP z dnia 23.06.2005r. nr ZT/2509/OS - załącznik nr 3
4. Wystąpienie pokontrolne NIK z dnia 15 listopada 2013r. - załącznik nr 4
5. Pismo firmy Philips - załącznik nr 5a
6. Pismo firmy Siemens - załącznik nr 5b
7. Wystąpienia zamawiającego do wykonawców - załącznik nr 6
8. Zaświadczenie wystawione przez Varian Medical Systems z dnia 15.06.2012r.- załącznik nr 7
9. Zaświadczenie wystawione przez Varian Medical Systems z dnia 15.06.2012r.- załącznik nr 8
10. Oświadczenie firmy Candela Sp. z o.o z dnia 13.12.2013 r. - załącznik nr 9.
11. Opinię w sprawie wyników kontroli specjalisty fizyki medycznej dr nauk med. Marzeny Janiszewskiej - załącznik nr 10

W odpowiedzi na pismo z dnia 16.12.2013 r. (znak: EZPL/2238/2013), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli z dnia 09.12.2013 r. (pismo znak: UZP/DKD/WKZ/422/428(8)/13/LB), w związku z przeprowadzoną kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems” Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

informował, iż Zamawiający - Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu nie wykazał w przedmiotowej sprawie spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907). Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, w których podtrzymał on swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy.

Na wstępie, jak już zostało to podniesione w informacji o wyniku kontroli, Prezes Urzędu podkreślał, iż „otwarte sieci radioterapeutyczne” są stosowane w europejskich ośrodkach posiadających zakłady radioterapii i zajmujących się leczeniem pacjentów z chorobami nowotworowymi. Zatem, wyposażenie zakładów radioterapii może być realizowane w oparciu o linię terapeutyczną składającą się ze sprzętu nie tylko jednego producenta. Powyższe potwierdza, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze nie tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca, tj. Candela Sp. z o.o. mógł zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Powyższe zostało potwierdzone przez Biegłego sądowego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej, który jednoznacznie wskazał w swojej ekspertyzie na możliwości wyboru innego wykonawcy niż wybrany przez Zamawiającego.

Jak wskazał Biegły w opinii *„w tym celu, należało opisać przedmiot zamówienia, tak aby zwiększyć konkurencyjność i dopuścić do udziału w prowadzonym postępowaniu przynajmniej sprzęt (akcelerator systemy obrazowania, kolimator wielolistkowy) firmy Siemens, czy Elekta. Takie rozwiązania dałyby Zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej i uzyskania niższej ceny na rozbudowę, czy doposażenie posiadanej aparatury”*.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego postawionego w zastrzeżeniach, dotyczącego wymiany posiadanego kolimatora wielolistkowego Millenium MLC80 firmy Varian Medical Systems na kolimator wielolistkowy Millenium MLC120, jeszcze raz jeszcze Kontrolujący podkreślił, za stanowiskiem Biegłego, iż *„wskazane kolimatory wieloogniskowe MLC 120 wskazują wprost na konkretnego producenta - Varian Medical Systems. Również ograniczenie się Zamawiającego wyłącznie do jednego wykonawcy - firmy Candela Sp. z o.o. przy realizacji zamówienia nie jest zasadne”*.

Powyższe dotyczy również części zamówienia dotyczącej opcji tomoradioterapeutycznej przyspieszacza wieloenergetycznego wyposażonego w Zintegrowany Systemu Obrazowania Rentgenowskiego IGRT i kolimator wielolistkowy wraz ze stacją do planowania radioterapii łukowej IMRT, unowocześnieniem oprogramowania sterującego przyspieszaczem,

rozbudową systemu EPID przyspieszacza i wyminą blatu - gdzie parametry techniczne jednoznacznie wskazują na producenta Varian Medical Systems. Oznacza to, że Zamawiający wybrał wykonawcę już przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym, twierdzenie Zamawiającego, iż wyłącznie firma Candela Sp. z o.o. mogła zrealizować przedmiotowe zamówienie, którego celem była rozbudowa zintegrowanej linii radioterapeutycznej uznał za bezzasadne.

W związku z argumentem Zamawiającego, iż nie posiada systemu weryfikacji i zarządzania w radioterapii Mosaic, o którym pisał w opinii Biegły, Prezes Urzędu stwierdził, iż wskazanie tego systemu było przykładowe, obrazujące możliwość współpracy i integracji z posiadanym sprzętem przez Zamawiającego.

Ponadto, z załączonej dokumentacji do zastrzeżeń od wyniku kontroli wynika, iż Zamawiający dokonał rozeznania rynku dopiero po przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej, kierując w dniu 10.12.2013 r. zapytanie do wykonawców (Philips Healthcare, Siemens Sp. z o.o. oraz RTA VC Sp. z o.o.) o możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia w drugiej połowie roku 2012 na „Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems”, zgodnie z załączoną specyfikacją techniczną przedmiotu zamówienia. Zaznaczył, iż Zamawiający zwracając się do wybranych wykonawców określił przedmiot zamówienia, jako - „Rozbudowa Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej” - wskazując jednocześnie na konkretną firmę Varian Medical System. W konsekwencji, mógł uzyskać jedynie odpowiedź, że: *„firma Siemens nie posiada odpowiednich uprawnień wymaganych na terenie Polski do sprzedaży i serwisowania urządzeń firmy Varian Medical System, w związku z powyższym nie miała możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia”*. Ocena parametrów technicznych przedmiotowego zamówienia, w tym w szczególności, akceleratorów liniowych, rozbudowa kolimatora wielolstkowego, zintegrowany system obrazowania rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT, system obrazowania i wizualizacji w wiązce terapeutycznej, a także opcja tomoradioterapeutyczna dla przyspieszacza wieloenergetycznego wyposażonego w Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT ze stacją IMRT - jednoznacznie wskazuje, iż możliwa była realizacja zamówienia przez firmę Siemens. Fakt ten potwierdzają wprost doniesienia Radiology Oncology Systems <http://www.oncologysystems.com/radiation-therapy/linear-accelerators/compahson-charts.php> (aktualne na dzień: 24.12.2013 r.).

Tym samym, określenie przedmiotu zamówienia poprzez „Rozbudowa Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej” z wyszczególnieniem poszczególnych jej elementów bez wskazania firmy, umożliwiłoby realizację zamówienia przez innych wykonawców będących na rynku.

Kontrolujący zaznaczał, że Zamawiający nie wystąpił z ww. zapytaniem do firmy Elekta, o której w swej opinii wspomniał Biegły. Dodał, iż Zamawiający w zastrzeżeniach nie odniósł się bezpośrednio do możliwości integracji urządzeń różnych producentów w ramach linii terapeutycznej. Wskazał jedynie na brak możliwości montażu, co nie jest tożsame ze współdziałaniem określonych urządzeń. Można bowiem zapewnić współdziałanie bez konieczności montażu na określonych urządzeniach.

W zakresie argumentów Zamawiającego wskazujących, iż zgodnie z art. 90 ust. 3-5 ustawy o wyrobach medycznych w przypadku aparatury medycznej wymagającej prawidłowej i bezpiecznej instalacji, aktualizacji oprogramowania, regulacji, kalibracji itp., czynności te może wykonywać wyłącznie podmiot upoważniony przez wytwórcę, należy uściślić, iż przepis ten dotyczy wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności. Zatem, istnieje również możliwość wykonywania tych czynności przez inne podmioty niż producent. Tym samym, w przypadku „otwartej linii radioterapeutycznej” (składającej się z urządzeń różnych producentów) czynności te mogą być wykonywane przez różnych wykonawców urządzeń składających się na daną linię lub też przez jednego upoważnionego wykonawcę.

Dodatkowo, Prezes Urzędu ponownie podkreślał, iż odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej ochrony praw wyłącznych producenta w zakresie oprogramowania, wykluczone jest zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, zgodnie z którym dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Według opinii Biegłego istniała możliwość zintegrowania oprogramowania urządzeń różnych producentów w ramach jednej linii terapeutycznej, ponadto „(...) Linia radioterapeutyczna może współpracować z urządzeniami innych producentów, (...) każdy inny producent również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji”. Jeżeli do współdziałania ze sobą urządzeń różnych producentów niezbędne byłyby zmiany w ich oprogramowaniu, to również przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z póź. zm.) nie ograniczają takiej możliwości, co wskazywano już w informacji o wyniku kontroli.

Jednocześnie zaznaczono, iż Biegły powołany przez Prezesa Urzędu jest biegłym sądowym w dziedzinie sprzętu medycznego - ocena fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej, wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej. Tym samym, próbę podważenia kompetencji biegłego powołanego przez Prezesa Urzędu, uznał za bezzasadną.

Natomiast z dołączonego wystąpienia pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli z dnia 15 listopada 2013 r. nie wynika, aby kontrola dotyczyła legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Na powyższe wskazuje ocena częściowa wystąpienia pokontrolnego (str. 17 wystąpienia), gdzie wskazano, iż *„NIK pozytywnie ocenia celowość zakupu i wykorzystania aparatury medycznej zakupionej ze środków przekazanych przez Ministerstwo Zdrowia na rozwój radioterapii onkologicznej, mimo stwierdzonych nieprawidłowości przy przeprowadzeniu 2 postępowań przetargowych w zakresie nie dopełnienia obowiązków wynikających z art. 17 ust. 2 i 95 ust. 2 pzp”*. Oznacza to, że NIK ocenił pozytywnie jedynie „celowość zakupu i wykorzystania aparatury medycznej”, a nie zgodność z prawem wyboru trybu z wolnej ręki.

Dodatkowo, w ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający, dokonując wyboru trybu, w którym Zamawiający będzie prowadził postępowanie o udzielenie danego zamówienia, winien uwzględnić cechy konkretnego przedmiotu zamówienia i na tej podstawie wybrać właściwy tryb, który pozwoliłoby w ramach obowiązujących przepisów, uzyskać pożądane świadczenie na możliwie najkorzystniejszych warunkach. W przypadku postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli wybór trybu nie mógł być dokonywany w oparciu o rozstrzygnięcie zapadłe w odniesieniu do innego przedmiotu zamówienia oraz w odmiennych okolicznościach faktycznych i warunkach rynkowych (przywoływane przez Zamawiającego decyzje Prezesa Urzędu z dnia 25.07.2003 r., 15.07.2004 r. oraz 23.06.2005 r.).

Mając na względzie powyższe, Prezes Urzędu podkreślał, iż w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. W przedmiotowej sytuacji udzielenie zamówienia w procedurze konkurencyjnej umożliwiłoby Zamawiającemu dotarcie do szerokiego kręgu podmiotów gospodarczych, a tym samym Zamawiający uzyskałby 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.

Reasumując 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 na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Okolicznościami bezspornymi pozostawało, że w 1997 roku w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego

przez Zakład Zamówień Publicznych przy MZiOS została zakupiona dla Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu Zintegrowana jedna Linia Radioterapeutyczna firmy Varian Medical Systems, składająca się z:

- akceleratora Clinac 2100CD wraz z kolimatorem wielolistkowym MLC80,
- symulatora Ximatron CX wyposażonego w system cyfrowej obróbki obrazów DIO,
- systemu planowania leczenia CadPlan Plus,
- systemu weryfikacji i zarządzania VARiS.

Zamawiający przedłożył następujące umowy zawarte z firmą Candela Sp. z o.o. w trybie zamówienia z wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy:

1. z dnia 14.10.2003 r. nr 1 DCO/2003 na Rozbudowę i Unowocześnienie Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 23 486 818,14 PLN;
2. z dnia 06.09.2004 r. nr 1 DE/2004 na Rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 6 712 110,00 PLN;
3. z dnia 28.09.2005 r. nr 1 DE/2003 na Rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 2 229 880,00 USD;
4. z dnia 01.10.2006 r. nr 1 DCO/2006 kompleksowego unowocześnienia do wersji Generation 6.5 systemu weryfikacji i zarządzania Varis oraz systemu obrazowego Vizion Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 820 000,00 PLN;
5. z dnia 10.08.2007 r. nr 1 DCO/2007 na Rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 8 182 290,00 PLN;
6. z dnia 18.08.2008 r. nr CRU/ZP/ZWR/161/08/LZE na Rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 11 168 224,30 PLN;
7. z dnia 15.01.2009 r. nr CRU/ZP/ZWR/03/09/LZF na Rozbudowę Systemu Planowania Leczenia ECLIPSE produkcji firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 410 000,00 PLN;
8. z dnia 12.11.2009 r. nr CRU/DZP/ZWR/221/09/LZT na OBI Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT z opcją tomograficzną CBCT dla akceleratora wieloenergetycznego CLINAC - Rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 4 170 000,00 PLN;

9. z dnia 20.07.2010 r. nr CRU/ZP/ZWR/180/10LZE na Rozbudowę Systemu IPLAN do radiochirurgii i radioterapii stereotaktycznej firmy BRAIN LAB o oprogramowanie i oprzyrządowanie do radioterapii stereotaktycznej w obszarze tułowia z wykorzystaniem kolimatora wielolistkowego Milenium MLC110 akceleratora CILNAC, wartość umowy 355 240,00 PLN;
10. z dnia 26.10.2010 r. nr CRU/DZP/ZWR/271/10LZT na Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 6 000 000,00 PLN;
11. z dnia 01.12.2010 r. nr CRU/DZP/ZWR/339/10LZT na Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 3 300 000,00 PLN;
12. z dnia 06.07.2011 r. nr CRU/DZP/ZWR/339/10LZT na Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 9 342 000,00 PLN;
13. z dnia 20.12.2011 r. nr CRU/DZP/ZWR/346/2011 na Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, wartość umowy 900 000,00 PLN; w skład umowy wchodziła stacja planowania leczenia 3D, wraz z modułem do planowania w technice IMRT.

Powyższy wykaz nie obejmuje umowy będącej przedmiotem kontroli, tj. nr CRU/DZP/ZWR/218/12/LZT) w trybie z wolnej ręki, która została zawarta w dniu 11.09.2012r. z firmą Candela Sp. z o.o. w Warszawie, gdzie przedmiot zamówienia o wartości 11.203.703,70 zł obejmował swym zakresem dostawę, instalację i uruchomienie w Dolnośląskim Centrum Onkologii we Wrocławiu:

1. systemu obrazowania w wiązce terapeutycznej - szt. 1,
2. systemu wizualizacji w wiązce terapeutycznej - szt. 1,
3. zintegrowanego Systemu Obrazowania Rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT-szt. 1,
4. rozbudowę kolimatora wielolistkowego - szt. 1,
5. opcji tomoradioterapeutycznej dla przyspieszacza wieloenergetycznego wyposażonego w Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT i kolimatora wielolistkowego, wraz ze stacją do planowania radioterapii łukowej IMRT, unowocześnieniem oprogramowania sterującego przyspieszaczem, rozbudowę systemu EPID przyspieszacza i wymianą blatu stołu -szt. 1.

Ponadto w dniu 03.08.2011 r. zamawiający zawarł umowę nr CRU/DZP/PN/191/11/LZT z firmą Siemens Sp. z o.o. na dostawę tomografu komputerowego RTG wybraną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego, wartość umowy 2 502 422,45 PLN; w kilku punktach specyfikacji technicznej zamawiający wymagał spełnienia funkcji nawiązujących do posiadanych linii Varian, np. prezentacja położenia listków kolimatorów Varian MLC 80 listków i 120 listków; eksport do systemów weryfikacji i zarządzania ARIA firmy Varian; deklaracji o pełnej zgodności systemu z posiadanymi systemami do planowania (Eclipse) i zarządzania teleradioterapii (ARIA).

W ocenie Izby, skoro bezspornym jest, że w 1997 roku w wyniku postępowania o zamówienie publiczne przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zakład Zamówień Publicznych przy MZIOS została zakupiona dla Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu Zintegrowana jedna Linia Radioterapeutyczna firmy Varian Medical Systems, składająca się z:

- a) akceleratora Clinac 2100CD wraz z kolimatorem wielolistkowym MLC80,
- b) symulatora Ximatron CX wyposażonego w system cyfrowej obróbki obrazów DIO,
- c) systemu planowania leczenia CadPlan Plus,
- d) systemu weryfikacji i zarządzania VARiS,

- to o linii radioterapeutycznej można mówić, jeżeli zawiera ona co najmniej wymienionego wyżej typu urządzenia. Potwierdził to zamawiający wprost w swoich wyjaśnieniach: „iż opisana Zintegrowana Linia Radioterapeutyczną rozumiana, jako przyspieszacz (akcelerator), system planowania leczenia i system weryfikacji i zarządzania leczeniem obejmuje sprzęt tylko firmy Varian Medical Systems.”

Z dokumentacji akt kontroli nie wynika, czy u zamawiającego w istocie funkcjonuje jedna linia radioterapeutyczna, wskutek wycofania z użytkowania wcześniej zakupionych urządzeń oraz zastąpienia ich urządzeniami nowszej generacji, czy też równolegle istnieje kilka linii radioterapeutycznych o zróżnicowanych parametrach technicznych, wykorzystywanych do dedykowanych zabiegów. Z twierdzeń samego zamawiającego, że okres wyeksploatowania technicznego tych urządzeń wynosi około 10 lat i dużej, częstotliwości dokonywania kosztownych zakupów sprzętu dla „tej linii” (obejmujących między innymi podstawowe komponenty) i zestawienia posiadanego wyposażenia i oprogramowania - należałoby założyć, iż zamawiający równolegle eksploatuje kilka linii radioterapeutycznych w ramach mniej lub bardziej zintegrowanego systemu, czyli inaczej mówiąc sieci aparatury, urządzeń wraz z oprogramowaniem do diagnostyki, a zwłaszcza do zabiegów radioterapeutycznych.

Jakkolwiek w obrębie linii radioterapeutycznej – jej doposażenie czy unowocześnianie mogłoby wymagać stosowania jednolitych rozwiązań, modułów producenta podstawowych komponentów danej linii, bądź dostosowanych do współpracy (zintegrowanych), to w ocenie

izby, brak uzasadnienia dla takich działań w przypadku budowy odrębnej linii radioterapeutycznej, bądź wymiany określonej linii na nową. Wówczas bowiem zamawiający może opisać przedmiot zamówienia z podaniem parametrów technicznych, jakimi zamawiana aparatura powinna się cechować i przeprowadzić zgodnie z art. 10, tj. obowiązkami nałożonymi ustawą Prawo zamówień publicznych, przetarg nieograniczony, bądź ograniczony – jako jeden z wyznaczonych trybów podstawowych.

Zamawiający nie wykazał, jakie zachodzą ściśle powiązania między poszczególnymi liniami radioterapeutycznymi, mimo że mogą one wykorzystywać pewne urządzenia wspólne (zintegrowane), i w jaki sposób przekładało się to na konieczność udzielania wszystkich dalszych zamówień wybranemu na początku wykonawcy Candela Sp. z o.o. - jednej linii terapeutycznej, produkcji amerykańskiej firmy Varian Medical Systems w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach z dnia 31.10.2013 r. przyznał, że w 2008 r. nie rozbudowywał wyeksploatowanego akceleratora Clinac nr serii 1028, a w jego miejsce został zakupiony identyczny co do zakresu energii akcelerator Clinac nr serii 4069, również w trybie z wolnej ręki od firmy Varian Medical Systems.

Zamawiający posługuje się pojęciem „Rozbudowy i Unowocześniania Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems,” podczas gdy może zachodzić, iż funkcjonuje u zamawiającego kilka linii radioterapeutycznych, a więc *de facto* sieć radioterapeutyczna. Niewątpliwie udokumentowane zakupy na przestrzeni lat 2003-2012, świadczą, że Zamawiający mógł zestawić więcej, niż jedną linię radioterapeutyczną.

Zamawiający przez cały czas używał oznaczenia przedmiotu zamówienia, jako „Rozbudowy i Unowocześniania Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems”, tym samym z góry wskazując, że chodzi o dalsze dostawy elementów danego producenta. Użycie natomiast sformułowania: „rozbudowa zintegrowanej linii radioterapeutycznej”, czy rozbudowa zintegrowanego systemu radioterapeutycznego - z wyspecyfikowaniem zachowania koniecznych parametrów integracji, umożliwiłaby złożenie ofert przez funkcjonujących na rynku dostawców, takich którzy mogliby zapewnić prawidłowe zainstalowanie, współdziałanie dostarczanego sprzętu i oprogramowania, nawet gdyby nie pochodził on od tego samego wytwórcy - Varian Medical Systems.

Prawdą jest, że w latach 2003,2004 i 2005 Zamawiający uzyskał wprost zgodę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wybór zamówienia z wolnej ręki na kompleksowe unowocześnienie i rozbudowę Pełnej Zintegrowanej Linii Terapeutycznej wykorzystywanej w Dolnośląskim Centrum Onkologii we Wrocławiu. Dalsze udzielane przez Zamawiającego zamówienia w tym zakresie objęte były zawiadomieniami o wszczęciu postępowanie w trybie

zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający każdorazowo przywoływał identyczną poniższą argumentację.

„Z uwagi na fakt posiadania przez Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej, składającej się wyłącznie z aparatury radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems, co gwarantuje bezpośrednią współpracę wszystkich wykorzystywanych urządzeń linii radioterapeutycznej jak również umożliwia realizację identycznych technik radioterapii na wszystkich akceleratorach planowanych w posiadanym systemie planowania leczenia oraz maksymalną efektywność ich wykorzystania, wyłącznie rozwiązania techniczne oraz towarzyszące im usługi oferowane przez autoryzowanego i wyłącznego przedstawiciela producenta (firmy Varian Medical Systems) jednocześnie spełniały wszystkie żądane wymagania techniczne w stosunku do przedmiotu/ów zamówienia.

Z tych też względów zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonane mogły być wyłącznie przez firmę Candela sp. z o.o. autoryzowanego i wyłącznego przedstawiciela handlowego i serwisowego producenta wykorzystywanej aparatury radioterapeutycznej, firmy Varian Medical Systems.

Z uwagi na bardzo wysoki poziom wykorzystywanych rozwiązań i wymagań technicznych oraz technologicznych współczesnej radioterapii, gwarantujących maksymalną wydajność aparatury przy zachowaniu najwyższej jakości i bezpieczeństwa radioterapii, wyłącznie firma Candela sp. z o.o., autoryzowany i wyłączny przedstawiciel handlowy i serwisowy producenta, firmy Varian Medical Systems, miała i ma:

1/ pełny i wyłączny dostęp do oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz danych dotyczących aktualnie wykorzystywanej aparatury, jej wyposażenia, wersji oraz opcji,

2/ pełne i wyłączne prawa autorskie do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania oraz do wykonywania modyfikacji urządzeń producenta, firmy Varian Medical Systems,

3/ odpowiednie zezwolenia oraz dopuszczenia aparatury do eksploatacji, w tym uprawnienia producenta do dokonywania unowocześnień, przeprowadzania instalacji, serwisu, testów akceptacyjnych oraz dopuszczania do eksploatacji aparatury po przeprowadzanej instalacji i integracji z już istniejącymi urządzeniami,

4/ jednolity system autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Varian Medical Systems, obejmujący wszystkie posiadane urządzenia, zapewniający w pełni fachowe i odpowiedzialne przeprowadzenie instalacji zamawianych rozwiązań oraz opcji, z jednoczesnym przetestowaniem właściwej i bezpiecznej ich współpracy ze wszystkimi

pozostałymi urządzeniami Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu.

Jednocześnie należy zauważyć, iż dostawa oraz wykonywanie czynności instalacyjnych i serwisowych urządzeń do radioterapii wymaga uzyskania przez dostawcę aparatury i usług zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki.

W przypadku urządzeń wchodzących w skład Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems jedynym podmiotem posiadającym wskazane zezwolenia jest Candela sp. z o.o. w Warszawie.

Oczekiwany w ramach realizacji zamówień proces rozbudowy Linii Radioterapeutycznej mógł być wykonany zatem wyłącznie przez jedną firmę z uwagi na:

- a) aspekt techniczny: niemożliwość zastosowania podzespołów, części składowych innych producentów,
- b) ochronę praw wyłącznych (autorskich) producenta posiadanej aparatury w zakresie oprogramowania oraz rozwiązań technicznych - co przy rozbudowie zintegrowanej linii radioterapeutycznej f-my Varian Medical Systems wyłącza możliwość złożenia oferty przez inne podmioty.

W związku z powyższym podjęto decyzje o odstąpieniu od procedur podstawowych i zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, albowiem z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze realizacja zamówień mogła być powierzona wyłącznie jednemu podmiotowi to jest firmie Candela sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż: jest ona wyłącznym i autoryzowanym przedstawicielem handlowym i serwisowym w Polsce firmy Varian Medical Systems, jedynego producenta sprzętu i oprogramowania wchodzącego każdorazowo w skład przedmiotu zamówienia a uzupełniającego już posiadany sprzęt firmy Varian Medical Systems; posiada niezbędne technologie, upoważnienia oraz możliwość stosowania chronionych patentami rozwiązań technicznych firmy Varian Medical Systems; posiada niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz personel autoryzowany przez firmę Varian Medical Systems do przeprowadzenia instalacji i serwisowania przedmiotów zamówienia; posiada niezbędne uprawnienia - zezwolenia Państwowej Agencji Atomistyki do dokonywania instalacji i serwisu aparatury radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems."

Każde postępowanie charakteryzuje się własną specyfiką, zatem założenia Zamawiającego, że skoro kilkakrotnie uzyskał zezwolenie na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki – iż zawsze będzie zachodziła analogiczna sytuacja – były nieuprawnione.

Nie można było pomijać aspektu poszerzenia się oferty rynkowej i dostępności coraz bardziej zaawansowanej technicznej aparatury do radioterapii na rynku polskim.

Z akt nie wynika, ażeby Zamawiający przed wszczęciem kontrolowanego postępowania dokonał pełnego rozeznania rynku, uczynił to dopiero po przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej, kierując w dniu 10.12.2013 r. zapytanie do wykonawców (Philips Healthcare, Siemens Sp. z o.o. oraz RTA VC Sp. z o.o.), co do możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w drugiej połowie roku 2012 na „Rozbudowę Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems”, zgodnie z załączoną specyfikacją techniczną przedmiotu zamówienia, opisującą sprzęt tego producenta. Pominął przy tym zapytanie do wprost do firmy Electa, której przedstawicielem jest RTA VC Sp. z o.o. Firma Philips udzieliła również odpowiedzi, iż nie jest producentem wyspecyfikowanych w zapytaniu urządzeń, wchodzących w skład linii radioterapeutycznej produkcji firmy Varian Medical Systems. Odpowiedzi ze strony, firmy RTA VC Sp. z o.o. (jeśli została udzielona), Zamawiający nie przedstawił.

Podkreślić należy, iż Zamawiający zwracając się do wytypowanych wykonawców określił przedmiot zamówienia, jako: „Rozbudowa Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej” firmy Varian Medical Systems. W konsekwencji, mógł uzyskać jedynie odpowiedź, jak ze strony Siemens, że: *„firma Siemens nie posiada odpowiednich uprawnień wymaganych na terenie Polski do sprzedaży i serwisowania urządzeń firmy Varian Medical Systems, w związku z powyższym nie miała możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia”*.

Ocena parametrów technicznych przedmiotowego zamówienia, w tym w szczególności, akceleratorów liniowych, rozbudowy kolimatora wieloltstkowego, zintegrowanego systemu obrazowania rentgenowskiego IGRT wraz z opcją tomograficzną CBCT, systemu obrazowania i wizualizacji w wiązce terapeutycznej, a także opcji tomoradioterapeutycznej dla przyspieszacza wieloenergetycznego wyposażonego w Zintegrowany System Obrazowania Rentgenowskiego IGRT ze stacją IMRT - jednoznacznie wskazuje, iż możliwa była realizacja zamówienia przez firmę Siemens. Fakt ten potwierdzają wprost doniesienia Radiology Oncology Systems <http://www.oncologysystems.com/radiation-therapy/linear-accelerators/compahson-charts.php> (aktualne na dzień: 24.12.2013 r.), przywoływane w opinii Biegłego.

Izba nie znalazła podstaw do negowania wniosków tej opinii, w szczególności w oparciu o zdawkowe odniesienie się do opinii Biegłego, w załączonym do zastrzeżeń oświadczeniu specjalisty fizyki medycznej dr nauk med. Marzeny Janiszewskiej.

Argumentacja, że Najwyższa Izba Kontroli w przedstawionym wystąpieniu pokontrolnym pozytywnie oceniła celowość zakupu i wykorzystania aparatury medycznej

zakupionej ze środków przekazanych przez Ministerstwo Zdrowia na rozwój radioterapii onkologicznej, nie przesądza o prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki dla zakupu tego sprzętu, co nie było przedmiotem odrębnych ustaleń NIK. Ponadto, opinia NIK odnosi się do kontroli wykorzystania środków na dany cel, nie była zatem skoncentrowana na poprawności przeprowadzonych procedur udzielenia zamówień; ogranicza się do niektórych postępowań.

Zamawiający załączył zaświadczenie z dnia 15.06.2012 r. wystawione przez firmę Varian Medical Systems International AG Chollerstrasse 38, Postfach CH-6303 Zug, Szwajcaria – wskazywaną przez zamawiającego – jako producenta urządzeń składających się na linię radioterapeutyczną firmy Varian Medical Systems, potwierdzające, że Candela Sp. z o.o. jest oficjalnym i autoryzowanym, wyłącznym w Unii Europejskiej przedstawicielem Spółki Varian Medical Systems we wszystkich sprawach handlowych i dotyczących serwisu na terytorium Polski. Zaświadczenie wymienia pracowników spółki Candela upoważnionych do montażu, instalacji oraz serwisu oznaczonych typów akceleratorów, kolimatorów, symulatorów i innych.

Odrębne oświadczenie złożyła firma Candela Sp. z o.o. z dnia 13.12.2013 r., że jako jest oficjalny i autoryzowany przedstawiciel handlowy i serwisowy firmy Varian Medical Systems w Polsce – nie dysponuje prawami autorskimi do systemów informatycznych radioterapii, w tym do systemu weryfikacji i zarządzania ARIA oraz systemu planowania leczenia ECLIPSE (...), z uwagi na posiadanie wyszkolonego personelu serwisowego systemów informatycznych radioterapii firma Candela ma prawo dokonywać niezbędnych adaptacji oraz rekonfiguracji systemów do radioterapii w imieniu firmy Varian Medical Systems.

Powyższe oświadczenie wskazuje wprost, że firma Candela nie posiada praw autorskich delegowanych przez producenta do adaptacji oraz rekonfiguracji systemów stosowanych w urządzeniach firmy Varian Medical Systems, a uprawnienia takie wywodzi z ogólnych kompetencji swojego wyszkolonego personelu serwisowego systemów informatycznych w radioterapii.

Jakkolwiek zamawiający zasadniczo, jako podstawę prawną udzielenia zamówienia z wolnej ręki firmie Candela Sp. z o.o. podawał art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, to również powoływał się na okoliczność, iż z uwagi na ochronę praw autorskich zachodziły podstawy do udzielenia omawianego zamówienia wyłącznie firmie Candela Sp. z o. o. na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit b) ustawy Pzp. Twierdzeniom takim zaprzecza wprost przywoływane wyżej oświadczenie firmy Candela Sp. z o.o. z dnia 13.12.2013 r.

Bez znaczenia dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki firmie Candela pozostawało, że legitymuje się ona zezwoleniem na wykonanie 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 rzeczowego zezwolenia nie świadczy więc o tym, że spółka ta posiada trwały monopol na wykonywanie tego typu umowy. Inni przedsiębiorcy działający w dziedzinie radiologii i diagnostyki onkologicznej, biorąc pod uwagę znaczącą liczbę ośrodków medycznych - stosujących urządzenia wytwarzające promieniowanie radiologiczne, bądź takie zezwolenia posiadają, bądź też mogą je uzyskać w terminie 30 dni w trybie postępowania administracyjnego - aby przestrzegać zaleceń producenta w zakresie bezpieczeństwa stosowania i uruchamiania sprzętu radiologicznego.

Przestawiona opinia dr nauk medycznych mgr fizyki Marzeny Janiszewskiej Kierownika Zakładu Fizyki Medycznej DCO, stanowiąca jedynie wyjaśnienie, że oznaczenia 3D, IMTR, Rapid Arc, SRS - nie informują o celach terapeutycznych - jak przyjął Biegły, ale o technice napromieniowania, nie mogła stanowić oparcia dla wiarygodnego podważenia opinii sporządzonej przez Biegłego sądowego. Ponadto, sam Zamawiający na swojej stronie internetowej, informuje o stosowaniu przez DCO nowoczesnych technik radioterapii, w tym określa np. IMRT, jako rodzaj radioterapii konformalnej pozwalającej podać wysoką dawkę promieniowania na guz znajdujący się w sąsiedztwie tkanek szczególnie wrażliwych na działanie promieni jonizujących, a zatem informuje także o celach terapeutycznych danej opcji.

Na uwagę zasługuje fakt, że na stronie 68 i 70 oferty, wybrany wykonawca firma Candela Sp. z o.o. przedłożyła dokumenty rejestracyjne z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, z których wynika, że producentem zakupionych urządzeń jest firma Varian Medical Systems 3100 Hansen Way, Palo Alto, California USA, zaś autoryzowanym przedstawicielem Varian Medical Systems UK Ltd, Gatwick Road, RH109RG Crawley, Wielka Brytania. Spółka Candela występuje jako importer. Niejasna jest więc rola wystawcy zaświadczenia z dnia 15.06.2012 r. - firmy Varian Medical Systems International AG Chollerstrasse 38, Postfach CH-6303 Zug, Szwajcaria – wskazywaną przez zamawiającego – jako producenta urządzeń składających się na linię

radioterapeutyczną firmy Varian Medical Systems, potwierdzające, że Candela Sp. z o.o. jest oficjalnym i autoryzowanym, wyłącznym w Unii Europejskiej przedstawicielem Spółki Varian Medical Systems we wszystkich sprawach handlowych i dotyczących serwisu na terytorium Polski. Zamawiający na swojej stronie internetowej – informuje, że użytkuje urządzenia do radioterapii firmy amerykańskiej Varian Medical Systems.

Nie można było również pominąć, że od strony 89 oferty Candela Sp. z o.o. zawarta jest instrukcja producenta systemu onkologicznego Varian Medical Systems stosowania wyrobu, gdzie na stronie 91 widnieje: „*przeostroga, iż federalne prawo USA zezwala na sprzedaż tego urządzenia wyłącznie lekarzowi lub na zlecenie lekarza*”. Dowodzi to, że faktyczny producent nie wprowadził monopolistycznych ograniczeń, co do nabywania jego wyrobów przez ściśle wyznaczone firmy.

Faktem jest, że przepisy art. 90 ust. 3-5 ustawy o wyrobach medycznych w przypadku aparatury medycznej wymagającej prawidłowej i bezpiecznej instalacji, aktualizacji oprogramowania, regulacji, kalibracji itp., przewidują, że czynności te może wykonywać wyłącznie podmiot upoważniony przez wytwórcę. Należało jednak uwzględnić, iż przepis ten dotyczy wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny, mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności.

Istnieje zatem również możliwość wykonywania oznaczonych czynności przez inne podmioty niż producent. Tym samym, w przypadku „otwartej linii radioterapeutycznej, otwartego systemu radioterapeutycznego” (składających się z urządzeń różnych producentów) - czynności te mogą być wykonywane przez różnych wykonawców, legitymujących się stosownymi kwalifikacjami, potwierdzonymi przez jednostki uprawnione.

W tym stanie rzeczy Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i lit. b) ustawy Pzp przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia firmie Candela Sp. z o.o.

Stosownie do dyspozycji zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy 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. A więc 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 w sposób najbardziej efektywny i sprawny. Zamawiający musi, bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogólności dane 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 potencjalnie zrealizować zamówienie.

Nie było kwestionowane, że na rynku działa kilku znaczących producentów systemów składających się z aparatury wraz z oprogramowaniem do zastosowań radioterapeutycznych, takich jak: Electa Corporate Sztokholm (dawny Philips), Siemens AG, Varian Medical Systems. Firma RTA Sp. z o.o. jest przedstawicielem handlowym firmy Electa Ltd, Siemens Sp. z o.o. jest przedstawicielem Siemens AG.

Sytuacja, w której na rynku działa, co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów opcjonalnie mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Sama niewątpliwa złożoność przedmiotu zamówienia od strony technicznej, czy jego zaawansowanie technologiczne, łatwość serwisowania sprzętu jednego producenta, ułatwienia w stosowaniu i obsłudze - nie wystarcza do wykazania zaistnienia przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Skoro istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka w ocenie Izby wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej sprawy, co potwierdził jednoznacznie w swej opinii ustanowiony w niniejszej sprawie Biegły, stwierdzając iż przedmiotowe zamówienie w zakresie rozbudowy opisanej linii radioterapeutycznej mogło zostać wykonane w sposób należyty również przez innych wykonawców, niż wskazany Candela Sp. z o.o. – nie miał zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1a) Pzp.

Biegły wskazał, iż „w skład wyspecyfikowanego sprzętu wchodzącego w skład zintegrowanego systemu, który sukcesywnie rozbudowywany był przez Zamawiającego znajduje się również tomograf komputerowy do planowania radioterapii SOMATOM firmy Siemens”. Tym samym, według biegłego „w zakresie rozbudowy opisanej linii można było również dokonać zakupu urządzeń innych producentów również współpracujących z istniejącą linią. W tym celu, należało opisać przedmiot zamówienia, tak aby zwiększyć konkurencyjność i dopuścić do udziału w prowadzonym postępowaniu przynajmniej sprzęt (akcelerator systemy obrazowania, kolimator wielolistkowy) firmy Siemens, czy Elekta. Takie rozwiązania dałyby Zamawiającemu możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej i uzyskania niższej ceny na rozbudowę, czy doposażenie posiadanej aparatury”. „Na rynku istnieje kilku znaczących producentów linii radiologicznej w tym: Varian Medical Systems, Siemens, Elekta, Philips Healthcare. Każdy z tych producentów dostarcza akcelerator, jak również rozwiązania pozwalające na prawidłowe funkcjonowanie sprzętu i zintegrowanie ich z istniejącymi już systemami u Zamawiającego”.

Nawet uwzględniając, że linia, bądź linie radioterapeutyczne Zamawiającego składają się w przeważającej mierze z urządzeń i oprogramowania firmy Varian Medical Systems, według opinii Biełego - integracja współpracujących systemów w ramach linii była możliwa do osiągnięcia przez Zamawiającego. Nie można zatem stwierdzić, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca, tj. Candela Sp. z o.o. był w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Według Biełego, „brak jakiegokolwiek tolerancji parametrów w przypadku kolimatora wielolistkowego MLC 120 ograniczyłoby konkurencję i uniemożliwiłoby innym wykonawcom złożenie ważnej oferty nawet w przypadku zorganizowania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”. Ponadto, biegły dodał, iż „wskazane kolimatory wieloogniskowe MLC 120 wskazują wprost na konkretnego producenta - Varian Medical Systems. Również ograniczenie się Zamawiającego wyłącznie do jednego wykonawcy - firmy Candela Sp. z o.o. przy realizacji zamówienia nie jest zasadne”.

Biegły podkreślił, iż opisany przedmiot zamówienia w zakresie punktu 5 Specyfikacji Technicznej Sprzętu - „zapisy: „automatyczne obliczanie przez system Eclipse rozkładu dawki pochłaniającej z wykorzystaniem algorytmu AAA, po zakończeniu procesu optymalizacji”, - rozbudowa systemu EPID akceleratora Clinac - „rozbudowa posiadanego systemu EPID (portal Vision aS500 II do wersji aSi 1000)” wskazują na ograniczenie konkurencji. Zdaniem biegłego opisując przedmiot zamówienia należy uwzględnić fakt, że każdy z producentów ma własne oprogramowanie akwizycji obrazu, które może być zastosowane w przypadku integrowania systemów, bowiem każdy z producentów tego typu sprzętu jest w stanie zrealizować ten sam cel terapeutyczny, tj. 3D, IMRT, RapidArc, SRS (Varian, Siemens)”. W ocenie biegłego, „mając na względzie powyższe, jak również rozpatrując zagadnienie rozbudowy systemów linii radioterapeutycznych w sposób kompleksowy, przy ocenie stanu faktycznego, obok wykazania jakim sprzętem dysponuje Zamawiający, konieczne jest rozpoznanie rynku w zakresie dostępnego sprzętu i jego możliwości integracji z istniejącymi urządzeniami również innych producentów”.

Jednocześnie, według opinii Biełego, bezzasadna była argumentacja Zamawiającego sprowadzająca się do twierdzeń, iż w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia wyłącznie firma Candela Sp. z o.o. posiadała wiedzę i doświadczenie w zakresie rozwiązań technicznych firmy Varian Medical Systems. Odnosząc się do tej okoliczności Biegły wskazał, iż „uwzględniając fakt, że linia radioterapeutyczna może współpracować z urządzeniami innych producentów uznać należy, że każdy inny producent również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji. Dowodem na poparcie tego, jest fakt, iż Zamawiający posiada tomograf komputerowy firmy Siemens współpracujący z

systemem Varian". Dodał, iż „również systemy stosowane przez firmę Siemens mogą współpracować, a zatem można je zintegrować z systemem firmy Elekta. Przykład: system MOSAIQ dostępny przy integracji urządzeń zarówno w firmie Elekta, jak również Siemens”.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę tomografu komputerowego RTG, gdzie zamówienia udzielono firmie Siemens, w kilku punktach specyfikacji technicznej zamawiający wymagał spełnienia funkcji nawiązujących do posiadanych linii Varian, np. prezentacja położenia listków kolimatorów Varian MLC 80 listków i 120 listków; eksport do systemów weryfikacji i zarządzania ARIA firmy Varian; deklaracji o pełnej zgodności systemu z posiadanymi systemami do planowania (Eclipse) i zarządzania teleradioterapii (ARIA) - potwierdza to, że oznaczenie wymogów w zakresie integracji systemów było możliwe.

Powyższe stanowisko Biegłego praktycznie może też potwierdzać postępowanie prowadzone w 2012 r. przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. NMP w Częstochowie W.Sz.S./DDZ/2411/P-8/094/12 w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 1) doposażenia linii terapeutycznej w zakresie modernizacji systemu weryfikacji i zarządzania oraz systemu dystrybucji obrazów, 2) systemu dozymetrycznego do weryfikacji rozkładu dawki planów leczenia dla technik dynamicznych typu VMAT, IMRT wraz z niezbędnym wyposażeniem sprzętowym oraz oprogramowaniem, dla potrzeb Zakładu Radioterapii w ramach Narodowego programu zwalczania chorób nowotworowych pn. Poprawa działania systemu radioterapii onkologicznej – doposażenie i modernizacja zakładów radioterapii, gdzie Zamawiający ten wymagał instalacji i uruchomienia sprzętu - na podstawie protokołu funkcjonalności i zintegrowania z pozostałą aparaturą Zakładu Radioterapii.

Zamawiający w zastrzeżeniach nie odniósł się bezpośrednio do możliwości integracji urządzeń różnych producentów w ramach linii terapeutycznej. Powoływał się jedynie na brak możliwości montażu w posianej aparaturze, co nie jest tożsame ze współdziałaniem określonych urządzeń.

Można bowiem – jak wskazywał Biegły - zapewnić współdziałanie bez konieczności montażu na określonych urządzeniach.

Według ostatecznych wniosków opinii Biegłego - istniała możliwość zintegrowania oprogramowania urządzeń różnych producentów w ramach jednej linii terapeutycznej, ponadto „(...) Linia radioterapeutyczna może współpracować z urządzeniami innych producentów, (...) każdy inny producent również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji”.

Krajowa Izba Odwoławcza powyższe poglądy biegłego podzieliła w całości, przyjmując jako argumentację potwierdzającą podjętą uchwałę. Izba nie znalazła podstaw do podważania ustaleń tej opinii.

W zakresie argumentów Zamawiającego wskazujących, iż zgodnie z art. 90 ust. 3-5 ustawy o wyrobach medycznych w przypadku aparatury medycznej wymagającej prawidłowej i bezpiecznej instalacji, aktualizacji oprogramowania, regulacji, kalibracji itp, czynności te może wykonywać wyłącznie podmiot upoważniony przez wytwórcę, to przepis ten odnosi się do wytwórców, importerów i dystrybutorów, którzy wprowadzając na rynek produkt medyczny - mają obowiązek przedstawić wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności. Zatem, istnieje również możliwość wykonywania tych czynności przez inne podmioty niż producent. Tym samym, w przypadku „otwartej linii radioterapeutycznej” (składającej się z urządzeń różnych producentów) czynności te mogą być wykonywane przez różnych wykonawców urządzeń składających się na daną linię, lub też przez jednego upoważnionego wykonawcę.

W nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego dotyczącej ochrony praw wyłącznych producenta w zakresie oprogramowania, wykluczone jest także zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, zgodnie z którym dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Jak wynika z opinii Biegłego, istnieje możliwość zintegrowania oprogramowania urządzeń różnych producentów w ramach jednej linii terapeutycznej. Biegły stwierdził m.in., iż *„(...) linia radioterapeutyczna może współpracować z urządzeniami innych producentów, (...) każdy inny producent również posiada wiedzę: doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji”*.

Nawet, jeżeli do współdziałania ze sobą urządzeń różnych producentów niezbędna byłoby zmiany w ich oprogramowaniu, to również przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z póź. zm.) nie ograniczają takiej możliwości. Zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 3 lit. c) ww. ustawy nie wymaga zgody uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki: czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania.

Zresztą, jak była mowa wyżej firma Candela Sp. z o.o. przyznała, że nie dysponuje licencjami na wykorzystywanie praw autorskich producenta sprzętu. Okoliczność, iż spółka Candela jest uprawionym przez Varian Medical Systems ze Szwajcarii, podmiotem posiadającym uprawnienia do serwisowania tej aparatury, nie upoważnia do stwierdzenia, iż przez to wyłącznie ta firma może wykonać zamówione dostawy. Nie są odosobnione przypadki, że zamawiający w SIWZ stawia wymóg, aby dostawca miał zawartą umowę z autoryzowanym serwisem producenta na oznaczony czas.

Ponadto, odnosząc się do argumentu Zamawiającego, iż wyposażenie zakładów radioterapii (linia terapeutyczna w oparciu o sprzęt jednego producenta) zalecane jest w stanowisku Rady do Spraw Zwalczenia Chorób Nowotworowych działającej przy Ministerstwie Zdrowia pod przewodnictwem Konsultanta Krajowego w dziedzinie radioterapii.

Izba stwierdza, że w przyjętym ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. programie wieloletnim „Narodowy program zwalczania chorób nowotworowych” (Dz. U. Nr 143, poz. 1200, z późn. zm.) - gdzie istotnie zawarte są stwierdzenia, iż *„Ważnym elementem, który należy uwzględnić przy dokonywaniu wyboru aparatury jest preferencja linii terapeutycznej jednego producenta. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że linia terapeutyczna tworzona („składana”) z elementów pochodzących od różnych producentów, pomimo ich zapewnień, jest trudna, a czasem wręcz niemożliwa do pełnej integracji, a jeżeli już, to uzyskanie najwyższej precyzji jest trudne i kosztowne. Koncepcja tzw. „otwartej sieci terapeutycznej”, która jest zbiorem różnych urządzeń i aparatów terapeutycznych, nazwanym siecią jest wyjątkowo niekorzystna w polskich realiach. W niektórych ośrodkach amerykańskich i europejskich, głównie prywatnych, istnieje taka tendencja”* – przez cytowane wytyczne, nie wyłącza się tych postępowań z zastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Opis szczegółowy zadań Narodowego Programu Zwalczenia Chorób Nowotworowych (w którym preferuje się linię terapeutyczną jednego producenta) prowadzi jednocześnie do wniosku, iż możliwe jest utworzenie tzw. „otwartej sieci radioterapeutycznej”, tj. zbioru różnych urządzeń i aparatów radioterapeutycznych wielu producentów. Wskazano tam, iż „otwarte sieci radioterapeutyczne” są praktycznie stosowane w europejskich ośrodkach posiadających zakłady radioterapii i zajmujących się leczeniem pacjentów z chorobami nowotworowymi.

Tym samym, podtrzymanie przez Zamawiającego, twierdzenia, że wyposażenie jego zakładu radioterapii powinno być realizowane w oparciu o linię terapeutyczną składającą się ze sprzętu jednego producenta, w tym przypadku firmy Varian Medical Systems nie znajduje uzasadnienia. Przywoływane przez zamawiającego wytyczne, nie wyłączają stosowania

ustalonych w ustawie Prawo zamówień publicznych przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy.

Zamawiający poprzez swoje długotrwałe działania, ograniczał dostęp do wykonania zamówień publicznych innym wykonawcom niż Candela Sp. z o.o., przy rozbudowie swego systemu urządzeń do radioterapii, podczas gdy podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym chęć realizacji zamówienia, posiadającym stosowne kwalifikacje i uprawnienia, a jednocześnie zdolnym do jego należytej realizacji – co gwarantuje nie tylko wybór oferty spełniającej wymogi techniczne, ale też najkorzystniejszej cenowo.

Prawem i zarazem obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia, aby mógł otrzymać produkt w jak największym stopniu zaspakajający jego potrzeby, jednakże w oparciu o nie dyskryminacyjne specyfikacje techniczne - podające wymagane parametry, a nie parametry konkretnego urządzenia, oznaczonego producenta.

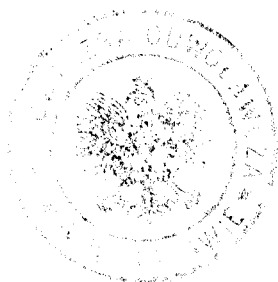
Ustawa Pzp w art. 67 ust. 1 pkt 4 daje też przyzwolenie na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przeprowadzonych kolejno postępowaniach w trybie konkurencyjnym, nie zostały złożone wnioski, czy oferty, lub też wszystkie oferty zostały odrzucone z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Najważniejszą kwestią było wykazanie, iż istnieje na rynku więcej niż jeden podmiot, zajmujący się realizacją tego rodzaju zamówień. Należało też uwzględnić rozwój rynku od czasu, gdy Zamawiający uzyskiwał zgodę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na modernizację linii radioterapeutycznej z wolnej ręki. Stosowanie trybów konkurencyjnych stanowi najlepszą możliwą weryfikację oferty rynkowej w określonej dziedzinie, nawet gdy wydaje się ona dosyć ograniczona z uwagi na specyfikę zamówienia i trudności ze spełnieniem wymagań zobiektywizowanych opisów przedmiotu zamówienia.

Udzielenie zamówienia w procedurze konkurencyjnej umożliwiłoby Zamawiającemu dotarcie do szerokiego kręgu podmiotów gospodarczych, a tym samym Zamawiający uzyskałby 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.

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

Ze względu na zasadność stwierdzonych naruszeń, podanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania, ujawnionych w protokole kontroli w oparciu o dokumentację postępowania, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.



Przewodniczący:

A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the Chairperson of the Commission.

Członkowie:

Two handwritten signatures in black ink, representing the members of the Commission, positioned below the "Członkowie" label.

Na oryginalnie podpisano przez:

Za zgodność

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

A handwritten signature in black ink, which is crossed out by a vertical line, identifying Paweł Trojan as the President of the National Office for the Fight Against Corruption.

Paweł Trojan