

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 01 sierpnia 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 07 lipca 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

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

dotyczących Informacji z dnia 25 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/8(12)/14/GM) o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. Nr 907 ze zm.) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie, Oddział w Gliwicach”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Grzegorz Matejczuk

Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie Oddział w Gliwicach. Przedmiotem zamówienia była kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach. Wartość zamówienia objętego kontrolą: 3 400 000, 00 zł.

Z analizy zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego - Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania pn. „kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Centrum Onkologii - instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach”, będącego przedmiotem niniejszej kontroli w zakresie zrealizowanego przedmiotu umowy nr DA/DZ-382-79/12 zawartej z wykonawcą w dniu 26 marca 2012 r., był przepis 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 z późn. zm.)¹ zwanej dalej „ustawą”.

Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmował dostawę i instalację akceleratora wysokoenergetycznego: TrueBeam Varian Medical Systems, licencji oprogramowania Eclipse (moduł HELIOS), licencji oprogramowania Eclipse moduł RapidArc - 4 szt., akceleratora wysokoenergetycznego z kolimatorem MLC HD: TrueBeam Varian Medical Systems, oprogramowania Aria oraz akceleratora niskoenergetycznego: Unique Varian Medical Systems.

Zamówienie zostało udzielone firmie Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - jednemu w Unii Europejskiej oficjalnemu i autoryzowanemu przedstawicielowi handlowemu i serwisowemu na teren Polski firmy Varian Medical Systems - producenta systemu Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej użytkowanej w Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej -Curie, Oddział w Gliwicach.

Zamawiający poinformował, iż zamówienie będące przedmiotem niniejszej kontroli mogło zostać wykonane wyłącznie przez wskazanego powyżej wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze ze względu na niemożność zastosowania podzespołów, części składowych i oprogramowania innych producentów. Jednocześnie Zamawiający wskazał unikatową specyfikę zamawianego sprzętu medycznego, która wyrażała się poprzez wystąpienie wskazanych w protokole okoliczności: wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian pozwalają na emisję wiązek fotonowych FFF o dwóch

różnych energiach oraz do pięciu wiązek fotonowych FF o różnych energiach, będąc jednocześnie integralną częścią wykorzystywanej Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej wraz z jej systemem weryfikacji i zarządzania oraz obrazowym Aria, wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian realizują radioterapię łukową IMRT RapidArc, planowaną w wykorzystywanym w Centrum Onkologii w Gliwicach systemie planowania leczenia Eclipse, wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian są wyposażone w kolimatory wielolistkowe Millennium MLC120, identyczne z wykorzystywanymi w posiadanych przez Centrum Onkologii w Gliwicach akceleratorach Clinac, wyłącznie akceleratory TrueBeam firmy Varian są wyposażone w akcesoria identyczne z wykorzystywanymi w posiadanych przez Centrum Onkologii w Gliwicach akceleratorach Clinac (kliny fizyczne, aplikatory elektronowe, półki do bloków i kompensatorów), wyłącznie akceleratory firmy Varian (TrueBeam, Clinac, Unique) mogą być integralną częścią wykorzystywanej Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej wraz z jej systemem weryfikacji i zarządzania oraz obrazowym Aria, wyłącznie akceleratory firmy Varian pozwalają na realizację radioterapii z dynamiczną modulacją intensywności dawki IMRT Sliding Window, zaplanowanej w wykorzystywanym systemie planowania leczenia 3D Eclipse, wyłącznie nowy akcelerator firmy Varian z systemem wizualizacji PortaMission pozwoli -w ramach posiadanej liczby licencji - na pełne wykorzystanie posiadanego systemu dozymetrii portalowej Transit Dosimetry, w który wyposażone są wykorzystywane aktualnie w Centrum Onkologii w Gliwicach akceleratory Clinac, spełniającego fundamentalną rolę w dozymetrycznym zapewnieniu jakości w radioterapii IMRT, wyłącznie firma Varian Medical Systems produkuje kolimator wielolistkowy o wysokiej rozdzielczości dla akceleratorów Clinac, specjalizowany do zastosowania w procedurach radiochirurgii i radioterapii stereotaktycznej, kształtujący pole napromieniowania o wymiarach do 22x40 cm listkami o szerokości w izocentrum < 5 mm, w tym pole o wymiarach do 8x40 cm listkami o szerokości w izocentrum 2,5 mm, zamawiane opcje oprogramowania: Interactive IMRT Planning (Helios) oraz planowania w technice łukowej IMRT RapidArc są modułami wykorzystywanego systemu Eclipse i są produkowane wyłącznie przez firmę Varian Medical Systems, unowocześnienie systemu Aria jest produkowane wyłącznie przez firmę Varian Medical Systems, unowocześnienie wykorzystywanego systemu weryfikacji i zarządzania Aria firmy Varian Medical Systems może być zrealizowane wyłącznie przez uprawnionego i autoryzowanego przedstawiciela handlowego i serwisowego firmy Varian Medical Systems. W Polsce jedynie firma Candea Sp. z o.o. posiada stosowne certyfikaty producenta - firmy Varian Medical Systems, proces unowocześnienia systemu Aria obejmuje konieczność dokonania istotnych zmian w systemach komputerowego sterowania posiadanymi akceleratorami radioterapeutycznymi Clinac, systemem On Board Imager oraz symulatorami radioterapeutycznymi Acuity firmy Varian Medical Systems i może być dokonany wyłącznie przez wykonawcę posiadającego

zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki do wykonywania takich czynności. W Polsce jedynie firma Candela Sp. z o.o. posiada stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zamówienie mogło zostać zrealizowane wyłącznie przez firmę Candela Sp. z o.o. ze względu na pełny i wyłączny dostęp do oprogramowania, jego kodów źródłowych oraz danych dotyczących aktualnie wykorzystywanej aparatury, wersji i opcji oraz kompletny i wyłączny dostęp do procedur oraz zestawów modernizacyjnych koniecznych do instalacji dostarczanej aparatury i jej integracji z systemem funkcjonującym u Zamawiającego. Ponadto Zamawiający poinformował, iż jedynie wybrany wykonawca posiadał autoryzację do korzystania z praw autorskich do wykorzystywanych rozwiązań technicznych, oprogramowania, wykonywania modyfikacji i integracji urządzeń producenta oraz odpowiednie zezwolenia, dopuszczenia aparatury do eksploatacji, w tym uprawnienia do dokonywania unowocześnień, przeprowadzania instalacji zestawów modernizacyjnych, serwisu, testów akceptacyjnych oraz dopuszczenia do eksploatacji aparatury po przeprowadzonej modernizacji. W dalszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, iż wyłącznie firma Candela Sp. z o.o. dysponuje jednolitym systemem autoryzowanego i wyłącznego serwisu firmy Varian Medical Systems, obejmującym wszystkie urządzenia, zapewniającym w pełni profesjonalne i odpowiedzialne przeprowadzenie instalacji zamawianych rozwiązań oraz opcji wraz z wymaganym etapem testowym. Zamawiający nadmienił również, iż realizacja przedmiotowego zamówienia mogła zostać powierzona wyłącznie wskazanej firmie, gdyż dysponowała ona personelem legitymującym się wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do jego należytego wykonania.

Zamawiający wyjaśnił, iż dysponuje oświadczeniem wykonawcy z dnia 1 marca 2012 r., zgodnie z którym firma Candela Sp. z o.o. jest jedynym w Unii Europejskiej oficjalnym i autoryzowanym przedstawicielem handlowym i serwisowym na teren Polski firmy Varian Medical Systems - producenta aparatury radioterapeutycznej, mogącym zrealizować zamówienie, którego przedmiot stanowiła dostawa aparatury radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż biorąc pod uwagę uwarunkowania informatyczne, istnieją formaty pośredniego przekazu danych pomiędzy aparaturą różnych producentów, jednak nie gwarantują one wymaganych precyzji i powtarzalności takiego przekazu w realizowanych seansach terapeutycznych na poziomie wymaganej precyzji < 1 mm. Zamawiający wskazał jednocześnie, że każdy producent sprzętu terapeutycznego stosuje własne rozwiązania konstrukcyjne, co oznacza, że zainstalowanie akceleratora innego producenta w linii terapeutycznej firmy Varian Medical Systems uniemożliwiłoby napromieniowanie chorych w identycznych warunkach geometrycznych.

Umowa nr DA/DZ-382-79/12 w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta z firmą Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 26 marca 2012 r. na kwotę 50 900 000,00 zł brutto. W dniu 9 lipca 2012 r. został zawarty aneks nr 2 do umowy nr DA/DZ-382-79/12 z dnia 26 marca 2012 r. Zgodnie z treścią zawartego aneksu strony odstąpiły od realizacji dostawy w zakresie przyspieszacza Truebeam z kolimatorem MLC 120 - 1 szt, którego koszt dostawy został wyrażony w kwocie 18 500 000,00 zł. W związku z powyższym wartość umowy zawartej z wykonawcą została zmniejszona i określona w wysokości; 32 400 000, 00 zł brutto. W dniu 14 lutego 2013 r. Zamawiający odstąpił od umowy nr DA/DZ-382-79/12 zawartej w dniu 26 marca 2012 r., w zakresie dostawy (wraz z montażem i uruchomieniem): przyspieszacza TrueBeam z kolimatorem MLC HD120 - 1 szt, ~ systemu Aria - 1 szt., przyspieszacza Unique z RapidArc - 1 szt. Odstąpienie od umowy w niezrealizowanej części, tj. z wyłączeniem Eclipse - stacji roboczych do planowania leczenia 3D: IMRT - 1 szt. oraz RapidArc 4 szt. Zamawiający uzasadnił istotną zmianą warunków sprzedaży akceleratorów TrueBeam na polskim rynku, powodującą, że wykonanie umowy na dotychczasowych warunkach nie leżało w interesie publicznym. W związku z powyższym w ramach nr DA/DZ-382-79/12 zawartej w dniu 26 marca 2012 r. Zamawiający dokonał zakupu Eclipse - stacji roboczych do planowania leczenia 3D: IMRT - 1 szt. oraz RapidArc - 4 szt. w kwocie 3 400 000, 00 zł.

W dniu 22 stycznia 2014 r. Prezes Urzędu wszczął kontrolę niniejszego postępowania w zakresie zrealizowanego przedmiotu umowy nr DA/DZ-382-79/12 zawartej z wykonawcą w dniu 26 marca 2012 r., tj. zakupu Eclipse -stacji roboczych do planowania leczenia 3D: IMRT - 1 szt. oraz RapidArc - 4 szt.

Ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymagały wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu postanowił, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy zasięgnąć opinii biegłego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej w celu rozstrzygnięcia kwestii wystąpienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, na które powoływał się Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz w treści przekazanych w związku z tym wyjaśnień. Opinia Nr C - 7/03/2014 została sporządzona przez biegłego sądowego i przekazana do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 marca 2014 r. Wskazana opinia została uzupełniona o szczegółowe informacje w zakresie zrealizowanego przedmiotu umowy nr DA/DZ-382-79/12, tj.: zakupu Eclipse - stacji roboczych do planowania leczenia 3D: IMRT - 1 szt. oraz RapidArc - 4 szt. Biegły, po przeanalizowaniu stanu faktycznego postępowania stwierdził, iż nie uznaje słuszności argumentacji Zamawiającego. W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. Zwrócił uwagę, że Zamawiający zrealizował zakup przedmiotu umowy nr DA/DZ-382-79/12 zawartej z

wykonawcą w dniu 26 marca 2012 r., tj.: zakup Eclipse - stacji roboczych do planowania leczenia 3D: IMRT - 1 szt. oraz RapidArc - 4 szt. Jak stwierdził biegły ustanowiony w sprawie: „(...) oprogramowanie to pozwala m.in. na obliczanie dawki napromieniowania w wybranych narządach, umożliwia obróbkę danych obrazowych - zbieranie i przetwarzanie obrazów. Jednak, oprogramowanie innych producentów, tj. Siemens, Elekta, posiada również analogiczne funkcje. Zmiana oprogramowania i jego integracja na innych aparatach jest również możliwa. Systemy do planowania leczenia i obrazowania (oprogramowanie) są częścią składową linii radioterapeutycznej, a zatem każdy z producentów sprzętu medycznego tworzącego taką linię terapeutyczną ma możliwość dokonania pełnej integracji linii w zakresie dostarczonego przez siebie oprogramowania, jak i sprzętu do planowania leczenia. Oprogramowanie, a zwłaszcza licencja na jego użytkowanie udzielana jest przez producenta zwykle na kilka lat. Po tym terminie istnieje konieczność ponownego zakupu tej samej licencji lub zakupu nowego oprogramowania na nowszą wersję wraz z licencją na jego użytkowanie. Zamawiający wybrał opcję zakupu nowych stacji roboczych wraz z oprogramowaniem i licencją (łącznie 5 szt.), które miały współpracować z akceleratorami będącymi w Centrum Onkologii w Gliwicach (...).W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Potwierdził to w swej opinii ustanowiony w niniejszej sprawie biegły z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej, który stwierdził, iż: „(...) na rynku istnieje przynajmniej dwóch innych oferentów (Siemens, Elekta) (...), którzy mogą zaoferować przedmiot zamówienia, pracujący w linii terapeutycznej Zamawiającego. Każdy z tych wykonawców posiada oprogramowanie, pozwalające na pracę w linii terapeutycznej Zamawiającego. Każdy z tych wykonawców posiada oprogramowanie, pozwalające na pełną integrację w linii terapeutycznej, a zatem powoływanie się Zamawiającego, iż posiada oprogramowanie, które zarządza pracą całej linii terapeutycznej, ruchem chorych, obrazowaniem, sterowaniem aparatami nie znajduje uzasadnienia (...)”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że udzielenie przedmiotowego zamówienia w procedurze konkurencyjnej umożliwiłoby Zamawiającemu dotarcie do szerokiego kręgu podmiotów gospodarczych, a tym samym uzyskałby on pełną wiedzę zarówno w zakresie technologicznych rozwiązań oferowanych na rynku produktów, a także ich kosztów oraz technicznych i organizacyjnych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców działających w branży.

W dalszej kolejności Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że z przyczyną

o charakterze technicznym, należy utożsamiać takie okoliczności, które w sposób obiektywny wykluczają możliwość wykonania usługi przez innych wykonawców. Zdaniem Prezesa w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła, co potwierdził biegły poprzez stwierdzenie, iż: „(...) na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, co wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia (...)”. Biegły podniósł, iż: „(...) każdy z wymienionych wyżej producentów takie oprogramowanie posiada, a jego integracja w linii jest możliwa. Zatem dokonując zmiany oprogramowania na nowe wraz z licencją w zakresie planowania i leczenia radioterapeutycznego, jak i zakupu stacji roboczych brak jakichkolwiek podstaw do zastosowania trybu postępowania z wolnej ręki (...)”.

Prezes UZP za bezzasadny uznał także argument Zamawiającego, zgodnie z którym przedmiotem wyłączności - uzasadniającym zawarcie umowy z firmą Candela Sp. z o.o. w wyniku przeprowadzonego postępowania z wolnej ręki - była konieczność zapewnienia kompatybilności zakupywanego sprzętu z systemem Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej użytkowanej w Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach. Biegły powołany w przedmiotowej sprawie stwierdził, iż: „(...) uwzględniając fakt, że linie radioterapeutyczne mogą współpracować z urządzeniami innych producentów, a oprogramowanie jest możliwe do zintegrowania na różnych aparatach, uznać należy, że każdy inny producent również posiada wiedzę, doświadczenie i rozwiązania techniczne pozwalające na integrację współpracujących systemów w ramach jednej organizacji (...)”. Zdaniem Prezesa UZP oznacza to, że w przedstawionej sytuacji integracja współpracujących systemów w ramach posiadanej przez Zamawiającego linii była możliwa do osiągnięcia. Nie można zatem stwierdzić, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca, tj. firma Candela Sp. z o.o. była w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

W argumentacji Prezes UZP zauważył, że sytuacja, w której firma Candela sp. z o.o. dysponowała personelem legitymującym się wiedzą w zakresie właściwości i specyfiki przedmiotu zamówienia objętego niniejszą kontrolą, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie wskazana firma mogła prawidłowo i rzetelnie przedmiotowe zamówienie wykonać.

Jak wynika z akt postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które objęte zostało niniejszą kontrolą, podstawę wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowił również przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, zgodnie z którym Zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z

koniecznością ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Prezes UZP wskazał, że do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek - istnienia praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy.

W niniejszej sprawie Zamawiający przedstawił oświadczenie wystawione w dniu 1 marca 2012 roku przez firmę Candela Sp. z o.o., z którego wynika, iż firma ta jest jedynym w Unii Europejskiej oficjalnym i autoryzowanym przedstawicielem handlowym i serwisowym na teren Polski firmy Varian Medical Systems, producenta aparatury radioterapeutycznej, mogącym wykonać świadczenie dostawy aparatury radioterapeutycznej produkcji ww. firmy na terenie Polski w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy. Z przedłożonego dokumentu wynika, iż firma Candela Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem posiadającym zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie czynności, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1, 4 i 5 ustawy Prawo Atomowe, wymagane do realizacji dostawy i urządzeń firmy Varian Medical Systems, wytwarzających promieniowanie jonizujące: akceleratorów radioterapeutycznych, symulatorów radioterapeutycznych, systemów obrazowania rentgenowskiego On Board Imager oraz afterloaderów HDR firmy Varian Medical Systems.

Prezes UZP podniósł, że z przedstawionego oświadczenia w żaden sposób nie wynika, że firma Candela Sp. z o.o. z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów była jedynym podmiotem mogącym zrealizować dostawę sprzętu o określonych możliwościach funkcjonalnych, który mógłby być wykorzystywany w systemie użytkowanym przez Zamawiającego. W związku z powyższym Prezes UZP wskazał, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować zamówienie była firma Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Prezes UZP uznał więc, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy stwierdzono, że na rynku istniały produkty równoważne przedmiotowi zamówienia określonego przez Zamawiającego, co automatycznie wykluczało możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy w celu wyboru wykonawcy rzeczowego zamówienia. Postępujący rozwój radioterapii onkologicznej, a także udoskonalane technologie i metody leczenia implikowały sytuację, w której na rzeczowym rynku występowały równoważne przedmiotowi zamówienia urządzenia o podobnych parametrach, analogicznej funkcjonalności i równie wysokiej jakości. Jak wskazał biegły ustanowiony w sprawie: *„(...) producenci sprzętu terapeutycznego (Siemens (...) Elekta) stosują rozwiązania pozwalające na integrację w linii terapeutycznej, posiadają stosowne oprogramowania, a sprzęt ten jest bezpieczny dla pacjenta (...)”*. Jednocześnie biegły

stwierdził, iż: „(...) każdy z producentów posiada stosowne dokumenty pozwalające na napromieniowanie pacjentów zapewniając tym samym bezpieczeństwo chorego i optymalną skuteczność leczenia (...)”.

W nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą zamówienie może być wykonane wyłącznie przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, a w Polsce jedynie firma Candela Sp. z o.o. posiada stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki Prezes UZP stwierdził, że przedstawione stanowisko pozostaje w niniejszej sprawie bez wpływu na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy. Z oświadczenia wystawionego w dniu 1 marca 2012 r. wynika bowiem, iż Candela Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem posiadającym zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie czynności niezbędnych do realizacji dostawy i instalacji urządzeń określonej firmy, tj. Varian Medical Systems, a nie realizacji dostawy i instalacji urządzeń wszystkich firm funkcjonujących w branży. Na potwierdzenie argumentacji Prezes UZP przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KiO/KD 119/13): „(...) Bez znaczenia dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki firmie Candela pozostawało, że legitymuje się ona zezwoleniem na wykonywanie działalności polegającej na uruchamianiu i stosowaniu urządzeń wytwarzających promieniowanie radiologiczne, Zgodnie z ustawą Prawo Atomowe z dnia 29 listopada 2000 r., zezwolenie takie wydawane jest na wniosek przedsiębiorcy w terminie administracyjnym, tj. 30 dni, licząc od daty złożenia stosownego wniosku do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. Ponadto, zezwolenie w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej (zgodnie z art. 4 ust. 5) wymaga zgłoszenia w zakresie bezpieczeństwa jądrowego i ochrony radiologicznej, z zastrzeżeniem art. 6 pkt 1. Zatem w sytuacji ogłoszenia przetargu publicznego nieograniczonego inni wykonawcy, są w stanie stosownie zgłoszenie w zakresie bezpieczeństwa uzyskać. Posiadanie przez firmę Candela rzeczonych zezwoleń nie świadczy więc o tym, że spółka ta posiada trwały monopol na wykonywanie tego typu umowy. Inni przedsiębiorcy działający w dziedzinie radiologii i diagnostyki onkologicznej, biorąc pod uwagę znaczącą liczbę ośrodków medycznych - stosujących urządzenia wytwarzające promieniowanie radiologiczne, bądź takie zezwolenia posiadają, bądź też mogą je uzyskać w terminie 30 dni w trybie postępowania administracyjnego - aby przestrzegać zaleceń producenta w zakresie bezpieczeństwa stosowania i uruchamiania sprzętu radiologicznego (...)”.

W ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w celu dokonania rozbudowy systemu diagnostyki obrazowej.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli. Podtrzymał swoje stanowisko, zgodnie z którym 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.

Wskazał, że podejmując decyzję o wszczęciu postępowania i przygotowując uzasadnienie wyboru trybu zamierzał dokonać zakupu dwóch rodzajów produktów wchodzących w skład systemu (po pierwsze - nowych urządzeń i po drugie - licencji). Pierwsza składowa obejmowała trzy przyspieszacze i system ARIA, druga zaś licencje planowania. Ostateczna realizacja zamówienia, która nastąpiła w wyniku przeprowadzonej procedury, objęła tylko zakup licencji planowania. Zamawiający odstąpił od umowy z wykonawcą w zakresie trzech akceleratorów i systemu ARIA. Zrealizowanym przedmiotem umowy był zakup 1 licencji planowania IMRT i 4 licencji planowania RapidArc. Zamawiający stwierdził, że w przekazanej Prezesowi UZP opinii biegła dr Anna Rosiek popełniła błąd, tj. pomyliła licencje z oprogramowaniem. Zdaniem Zamawiającego, biegła nie odróżnia licencji od oprogramowania, co świadczy o tym, że nie ma w tym zakresie żadnej wiedzy specjalnej. Zdaniem Zamawiającego, przedstawiona opinia, mająca dostarczyć Prezesowi UZP wiadomości specjalnych potrzebnych do rozpoznania sprawy, wiadomości takich nie zawiera. Zamawiający podkreślił, że Instytut poprzez zwiększenie liczby posiadanych licencji zwiększył możliwości operacyjne tego oprogramowania w celu zwiększenia dostępu chorych na raka do szybkiego rozpoczęcia leczenia. Wskazywał także, że Instytut w ramach przedmiotowego zamówienia, objętego kontrolą, nie nabył oprogramowania - oprogramowanie (IMRT/RapidArc) było już w linii terapeutycznej zainstalowane.

Zamawiający zwrócił się o weryfikację swojego stanowiska i wydanie w tym zakresie opinii do podmiotów takich jak Instytut Techniki i Aparatury Medycznej ITAM w Zabrze, prof. zw. dr hab. Zofii Drzazgi - Kierownika Zakładu Fizyki Medycznej w Instytucie Fizyki na Wydziale Matematyki, Fizyki i Chemii Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, dr n.med. Ewy Ziółkowskiej - biegłej sądowej w zakresie onkologii, będącej także specjalistą w zakresie radioterapii onkologicznej. Ponadto Zamawiający dołączył opinię prof. dra hab. Michała (Michała) Waligórskiego - konsultanta krajowego w dziedzinie fizyki medycznej, notatkę służbową prof. dra hab. n.fiz. Krzysztofa Słosarka - Kierownika Zakładu Planowania Radioterapii i Brachyterapii, pismo Varian Medical Systems w wersji angielskiej i w tłumaczeniu na język polski, kopię decyzji Prezesa UZP z dnia 23.08.2002 r., nr ZD/12225/02. Wyżej wymienione dokumenty Zamawiający przedłożył jako dowody na okoliczność wykazania spełnienia przesłanek ustawy - Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W opinii Zamawiającego, z treści tych opinii i dokumentów jednoznacznie wynika, że przesłanka istnienia jednego wykonawcy zdolnego wykonać zamówienie miała w postępowaniu objętym kontrolą charakter obiektywny i dotyczyła takiego stanu faktycznego, w którym na rynku występował tylko jeden wykonawca mogący

zrealizować zamówienie udzielone przez Instytut Onkologii w Gliwicach. Ze względów technicznych oraz ze względu na ochronę praw wyłącznych zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę. Nie istnieli alternatywni wykonawcy i alternatywne rozwiązania równoważne. Zakupione licencje mogły zostać dostarczone zamawiającemu wyłącznie przez określonego wykonawcę oraz że na rynku nie istniały rozwiązania innych oferentów, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne gwarantujące zaspokojenie potrzeb Instytutu leżących u podstaw udzielenia zamówienia.

Zamawiający wskazał, że od czasu gdy była przeprowadzona kontrola w 2002 r. i gdy ówcześni prezesi UZP wydawali zgodę na wolną rękę, nie zmieniły się zasadniczo ani przepisy dotyczące zastosowanych przesłanek, ani tym bardziej same przesłanki, które upoważniają zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający przedstawił szereg uwag i rozważań „natury ogólnej” dotyczących utrudnień prowadzenia procedury przetargowej w trybie konkurencyjnym.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego. Podkreślił, że zgodnie z umową nr DA/DZ-382-79/12 z dnia 26 marca 2012 r. przedmiotem zamówienia był zakup Eclipse - stacji roboczych do planowania leczenia 3D: IMRT - 1 szt. oraz RapidArc ~ 4 szt obejmujących: Stacje robocze systemu Eclipse - komputer klasy PC (5 szt.); Eclipse - oprogramowanie do planowania leczenia 3D dla jednej stacji roboczej (5 szt.); Oprogramowanie opcji Interactive IMRT Planning dla jednej stacji roboczej systemu Eclipse (1 szt.) oraz Specjalistyczne oprogramowanie systemu Eclipse do planowania w technice RapidArc dla jednej stacji roboczej systemu Eclipse (4 szt.). Sprzęt taki stanowi element pełnej linii terapeutycznej, którą tworzą zintegrowane urządzenia oraz systemy. Tym samym zdaniem Prezesa UZP nie można uznać, iż przedmiot zamówienia stanowiła jedynie dostawa licencji. Przedmiotem kontroli było ustalenie, czy tak określony przez Zamawiającego przedmiot zamówienia mógł zaoferować wyłącznie Wykonawca zaproszony do negocjacji.

Zgodnie z argumentacją Prezesa UZP, skoro ustalono, że na rynku istniały produkty równoważne przedmiotowi zamówienia określonego przez Zamawiającego, to ta okoliczność automatycznie wykluczała możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy w celu wyboru wykonawcy rzeczowego zamówienia. Sprzęt służący planowaniu leczenia (stacje robocze) wraz z odpowiednim oprogramowaniem oferują inni producenci sprzętu medycznego i istnieje możliwość pełnej integracji takiego sprzętu w ramach linii terapeutycznej m. in. dzięki powszechnie obowiązującym protokołom wymiany danych medycznych. Powyższe wynika z opinii biegłego, powołanego w toku prowadzonej kontroli, jak również pisma Konsultanta Krajowego w dziedzinie fizyki medycznej, stanowiącego załącznik nr 4 do zastrzeżeń.

Integracja urządzeń oraz oprogramowania różnych producentów może wymagać określonych działań ze strony dostawców. Nie występuje jednak sytuacja, w której rozwiązanie proponowane przez Wykonawcę jest jedynym dostępnym na rynku i możliwym do zastosowania, co nie zostało również zakwestionowane przez Zamawiającego w przedłożonych zastrzeżeniach. Prezes Urzędu podkreślił, że nie kwestionuje, że określony rodzaj sprzętu wraz z oprogramowaniem może być oferowany wyłącznie przez jednego dostawcę. W sytuacji jednak, w której możliwe jest zastosowanie rozwiązań realizujących analogiczne funkcjonalności, oferowanych przez różnych dostawców, zastosowanie trybu z wolnej ręki nie będzie uzasadnione.

W odpowiedzi Prezes UZP ocenił, że Zamawiający 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 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą”. Tym samym, w całości nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego.

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

Rozpoznając zastrzeżenia, z uwzględnieniem także dokumentów przedłożonych do tych zastrzeżeń, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający nie wykazał, że dla udzielenia zamówienia, którego przedmiotem była „kompleksowa rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej firmy Varian Medical Systems wykorzystywanej w Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach”, zasadne było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit.a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, stosując ten tryb udzielenia zamówienia (zaliczany do trybów niekonkurencyjnych) musi wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać, a tym samym decyzja o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego musi być poprzedzona obiektywnym i rzetelnym ustaleniem przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie takie zamówienie zrealizować. Taki stan rzeczy musi mieć także charakter trwały i nieprzewidywalny. Podkreślić przy tym należy, że istnienie ewentualnych trudności w powierzeniu wykonania zamówienia innym wykonawcom nie jest wystarczające do uznania, że spełnione są przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Dla zastosowania tego trybu zamówienia niezbędne jest ustalenie przez zamawiającego, że tylko jeden wykonawca może zamówienie wykonać.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał powyższej okoliczności.

Z treści umowy z dnia 26 marca 2012 roku nr DADZ/DZ-382-79/12, jaką Zamawiający zawarł z Candela sp. z o.o. wynika, że przedmiotem tej umowy był między innymi zakup przez Zamawiającego kompletnych stacji roboczych do planowania leczenia, obejmujących komputery wraz z oprogramowaniem Eclipse do planowania leczenia 3D dla jednej stacji roboczej, oprogramowaniem opcji Interactive IMRT Planning dla jednej stacji roboczej i oprogramowaniem do planowania w technice RapidArc dla jednej stacji roboczej. Wynika to jednoznacznie z treści załącznika nr 2 do tej umowy, zawierającego specyfikację dostawy przedmiotu umowy, który przewiduje dostawę: Eclipse – oprogramowania do planowania leczenia 3D dla jednej stacji roboczej (5 sztuk), oprogramowania opcji Interactive IMRT Planning dla jednej stacji roboczej systemu Eclipse (1 sztuka), specjalistycznego oprogramowania systemu Eclipse do planowania w technice RapidArc dla jednej stacji roboczej systemu Eclipse (4 sztuki). Sprzęt taki wraz z oprogramowaniem stanowi element pełnej linii radioterapeutycznej, którą tworzą zintegrowane urządzenia i systemy. Powołany zatem zapis załącznika nr 2 do umowy jednoznacznie stanowi, że przedmiotem dostawy miały być zintegrowane urządzenia i systemy stanowiące element pełnej linii terapeutycznej. Tym samym nie można uznać, że przedmiot umowy stanowiła jedynie dostawa licencji. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z treści wspomnianego załącznika nie wynika, aby przedmiotem dostawy miały być wyłącznie dodatkowe licencje na oprogramowanie już posiadane przez Zamawiającego. Twierdzenia takiego nie można także wywieść z innych postanowień umowy, w szczególności z treści § 1 ust. 1 pkt b umowy, jak również z treści załącznika nr 7 do tej umowy, zawierającego specyfikację asortymentowo – cenową przedmiotu zamówienia. Twierdzenie Zamawiającego, że przedmiotem dostawy były jedynie dodatkowe licencje na oprogramowanie, które Zamawiający już posiada, nie znajduje więc potwierdzenia w podstawowym dokumencie, określającym przedmiot zamówienia – w treści umowy, jaką zawarł Zamawiający z Candela sp. z o.o. Podkreślić bowiem należy, że umowa zawarta przez Zamawiającego z wykonawcą jest podstawowym dokumentem, rozstrzygającym o tym, co było przedmiotem zamówienia. Dlatego też treść tej umowy stanowi podstawę rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Istotnym przy tym w niniejszej sprawie jest fakt, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem umowy, zakup stacji roboczych wraz z oprogramowaniem stanowił jedynie część znacznie większego zamówienia, które Zamawiający opisał jako „kompleksowe unowocześnienie i rozbudowa Pełnej Zintegrowanej Linii Radioterapeutycznej Varian Medical Systems wykorzystywanej w Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie, Oddział w Gliwicach”. Dopiero w wyniku zawarcia kolejnych aneksów do umowy, przedmiotem umowy pozostała wyłącznie dostawa stacji roboczej wraz z oprogramowaniem i licencjami na

korzystanie z tego oprogramowania, natomiast zrezygnowano z dostawy innych elementów, które miały służyć do rozbudowy i unowocześnienia Linii Radioterapeutycznej.

Biegła Anna Rosiek w swojej opinii podniosła, że istnieje możliwość dostosowania oprogramowania producentów innych niż Varian Medical Systems, w celu zachowania koordynacji funkcjonującej Linii Terapeutycznej, przekazu danych pomiędzy aparatami różnych producentów, jak również zastosowania oprogramowania innych producentów do obliczania parametrów brzegowych, czy też tworzenia bibliotek z danymi niezbędnymi do wykonania procedury radioterapii. Biegła podniosła także, że z punktu widzenia technicznego, nie ma realnych przeciwwskazań do zakupu stacji roboczych i oprogramowania wraz z licencjami innego producenta. Zamawiający nie wykazał, że powyższe stwierdzenia zawarte w opinii biegłej są nieprawidłowe. W szczególności Zamawiający nie wykazał, że nie jest możliwe zastosowanie w stacjach roboczych oprogramowania innego producenta niż Varian Medical Systems i że nie jest możliwa pełna integracja stacji roboczych z Linią Radioterapeutyczną w przypadku zastosowania w stacjach roboczych oprogramowania producenta innego niż Varian Medical Systems. Zamawiający nie wykazał, że w systemie Linii Radioterapeutycznej może funkcjonować wyłącznie oprogramowanie firmy Varian Medical Systems. Biegła Anna Rosiek jednoznacznie stwierdziła, że z punktu widzenia technicznego, nie ma realnych przeciwwskazań do zakupu stacji roboczych i oprogramowania wraz z licencjami innego producenta. Biegła stwierdziła jednoznacznie, że integracja współpracujących systemów w ramach posiadanej przez Zamawiającego linii była możliwa do osiągnięcia.

Wyjaśnienia Zamawiającego koncentrują się przede wszystkim na próbie wykazania, iż przedmiotem zamówienia był jedynie zakup dodatkowych licencji na oprogramowanie, które już funkcjonuje u Zamawiającego. Tymczasem jak wynika z treści umowy, jaką Zamawiający zawarł z Candela sp. z o.o., przedmiotem dostawy były komputery wraz z oprogramowaniem i licencjami na korzystanie z tego oprogramowania. Trudno w tej sytuacji uznać, że Zamawiający jedynie dokupił dodatkowe licencje.

Należy podkreślić, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest możliwe w sytuacji, gdy w sposób obiektywny można stwierdzić, że brak jest możliwości wykonania usługi przez innych wykonawców. W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, co potwierdza stanowisko biegłej *„(...) na rynku sprzętu medycznego funkcjonowały i funkcjonują rozwiązania równoważne, które pozwalają realizować tożsame funkcje terapeutyczne i kliniczne, co wyspecyfikowane w przedmiocie zamówienia (...)”*. Biegła podniosła, iż: *„(...) każdy z wymienionych wyżej producentów takie oprogramowanie posiada, a jego integracja w linii jest możliwa. Zatem dokonując zmiany oprogramowania na nowe wraz z licencją w zakresie planowania i leczenia radioterapeutycznego, jak i zakupu*

stacji roboczych brak jakichkolwiek podstaw do zastosowania trybu postępowania z wolnej ręki (...)”.

Nadto, w przedstawionej sytuacji, jak stwierdziła biegła, integracja współpracujących systemów w ramach posiadanej przez Zamawiającego linii była możliwa do osiągnięcia. Nie można zatem stwierdzić, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wskazany przez Zamawiającego wykonawca, tj. Candela Sp. z o.o., był w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Izba uznała, że nie wykazano także spełnienia dwóch przesłanek - istnienia praw wyłącznych oraz istnienia tylko jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, które uzasadniałyby zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować zamówienie była firma Candela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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

W świetle powyższego, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w artykule 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....