

Sygn. akt: KIO/KD 41/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 9 maja 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 9 kwietnia 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Centrum Onkologii im. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy
ul. Dr Izabeli Romanowskiej 2
85-796 Bydgoszcz**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 kwietnia 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/421/9(9)/14/GM KNZ/9/14/DKD)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na: „Zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego systemu PET-CT (Rozbudowa systemu diagnostyki PET/CT na potrzeby Zakładu Medycyny Nuklearnej w Centrum Onkologii w Bydgoszczy)”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś
	Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego systemu PET-CT (Rozbudowa systemu diagnostyki PET/CT na potrzeby Zakładu Medycyny Nuklearnej w Centrum Onkologii w Bydgoszczy)”, w zakresie legalności wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Pismem z dnia 2 kwietnia 2014 r. (znak UZP/DKD/WKZ/421/9(9)/14/GM KNZ/9/14) została przesłana do zamawiającego Informacja o wyniku ww. kontroli.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, w wyniku nie wykazania przez zamawiającego spełnienia przesłanek określonych tym przepisem, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w celu dokonania zakupu PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego systemu PET-CT.

Na podstawie zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego ustalono, iż podstawą wszczęcia postępowania na „Zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego systemu PET-CT (Rozbudowa systemu diagnostyki PET/CT na potrzeby Zakładu Medycyny Nuklearnej w Centrum Onkologii w Bydgoszczy)”, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Umowa nr 502/P/2013 w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta z firmą Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 3 lipca 2013 r. na kwotę 19 999 900,00 zł brutto.

Według wyjaśnień zamawiającego:

Przedmiot zamówienia obejmował rozbudowę posiadanego przez zamawiającego systemu diagnostyki PET/CT o specjalizowany system skanera do symultanicznej diagnostyki PET-MR całego ciała, tj. PET-MR składający się z modułu skanera PET oraz modułu skanera MR w pełni zintegrowanych, tzn. umieszczonych w jednym gantry PET-MR i umożliwiający przeprowadzenie jednoczesnych badań PET-MR bez zmiany ułożenia pacjenta na stole, obsługiwany jedną, wspólną konsolą akwizycyjną oraz modernizację posiadanego skanera PET-CT Biograph 6 z kryształami LSO do wersji Biograph z rodziny mCT również z kryształami LYSO dostosowanego do planowania radioterapii. Zakres przedmiotu zamówienia obejmował również dostosowanie istniejących pomieszczeń pracowni i sterowni aparatów.

W ramach przedmiotowego zamówienia została przeprowadzona modernizacja użytkowanego systemu 6-warstwowego skanera PET/CT do wersji systemu 20 warstwowego z technologią kryształów PET=LSO, tą samą, co oferowany skaner PET-MR. Modernizacja była konieczna z uwagi na konieczność zapewnienia kompatybilności aparatów PET-CT oraz PET-MR. Modernizacja obejmowała demontaż i transport użytkowanego aparatu PET-CT do fabryki producenta, jego techniczną modernizację, adaptację pomieszczenia po skasowanym aparacie typu Gammakamera oraz instalację zmodernizowanego aparatu w nowej lokalizacji. Nowy aparat PET-MRI miał zostać dostarczony oraz zainstalowany w pomieszczeniu po zdeinstalowaniu PET-CT przeznaczonego do modernizacji w ramach przedmiotowej procedury.

Celem dokonywanej rozbudowy było uzupełnienie posiadanego przez zamawiającego zestawu diagnostycznego PET o trzeci, tożsamy funkcjonalnie z dwoma poprzednio zakupionymi, specjalizowany system diagnostyki Biograph mMR – zintegrowany system PET (obrazowanie molekularne) i MR (rezonans magnetyczny 3T) oraz modernizacja przestarzałego systemu PET/CT Biograph 6 do wersji PET/CT z rodziny Biograph mCT, ze szczególnym uwzględnieniem dotychczas stosowanych modeli akwizycyjnych, rekonstrukcyjnych i diagnostycznych bazujących na zaawansowanych fuzjach obrazowych, spełniającego obecne wymagania dla skanera do planowania RT i pozwalającego na wykorzystanie stacji opracowania danych z posiadanego systemu i dla potrzeb nowego systemu. W ramach procesu zmiany skanera Biograph 6 na model Biograph mCT uaktualnieniu miały zostać poddane stosowne identyfikatory skanera, z zachowaniem tożsamer z pozostałymi skanerami PET technologii akwizycji danych.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu dokonanego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, że zamówienie zostanie udzielone firmie Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która jest wyłącznym i autoryzowanym przedstawicielem handlowym i serwisowym producenta posiadanych przez Centrum Onkologii w Bydgoszczy urządzeń systemu diagnostyki PET/CT, tj. firmy Siemens AG, w skład którego wchodziły: Skaner PET/CT Biograph 6 oparty na systemie SYNGO, Skaner PET/CT Biograph mCT 128 oparty na systemie SYNGO, Stacja opracowania badań SYNGO Fusion, Stacja opracowania badań SYNGO E.soft V, Stacja opracowania badań syngo.via, Cyklotron RDS 111, Laboratorium produkcji radiofarmaceutyków. Stacja diagnostyki PET/CT została zakupiona przez zamawiającego w 2002 r. i jest systematycznie rozbudowywana. Posiadany system jest wykorzystywany w procesie diagnostycznym ze szczególnym uwzględnieniem onkologii i radioterapii onkologicznej. Zamawiający stosuje badania PET/CT w procesie planowania i kontroli radioterapii, jako pierwszy ośrodek w Polsce. Zapewnienie wysokiej jakości badań

wymaga jednak procedury akwizycji danych obrazowych, ich przetwarzania i prezentacji na bardzo wysokim poziomie specjalizacji.

Zakup specjalizowanego skanera PET/MR z możliwością wysokorozdzielczego i jednoczesnego obrazowania w obydwu modalnościach stanowił wymóg kliniczny, który według wiedzy zamawiającego mógł zostać spełniony wyłącznie przez zakup skanera Biograph mMR produkowanego przez firmę Siemens. Przedstawione rozwiązanie miało przełożyć się na uzyskanie brakującej modalności i funkcjonalności oraz obniżyć koszty zakupu urządzeń w związku z wykorzystaniem już posiadanych specjalizowanych skanerów i stacji opracowania badań PET/CT serii SYNGO. Ww. rozwiązanie, jako jedyne, umożliwia wymianę danych pomiędzy wszystkimi trzema docelowymi skanerami, co ma swój wyraz w uzyskaniu lepszej jakości diagnostyki, planowania i monitorowania postępu terapii, a w efekcie cechuje się kluczowym znaczeniem dla ich optymalizacji.

Firma Siemens Sp. z o.o. posiada niezbędne technologie, upoważnienia oraz możliwość stosowania chronionych rozwiązań technicznych firmy Siemens AG oraz dysponuje niezbędną wiedzą, doświadczeniem oraz personelem autoryzowanym przez Siemens AG do wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający przedstawił dokument „autoryzacja na zasadzie wyłączności producenta systemu – firmy Siemens AG – w zakresie reprezentacji handlowej i serwisowej”, zgodnie z którym ww. firma potwierdziła, że według jej najlepszej wiedzy, „wyrób Biograph mMR spółki Siemens AG jest w chwili obecnej jedynym dostępnym komercyjnie systemem posiadającym aprobaty (FDA oraz CE) przeznaczonym do obrazowania całego ciała metodami MR i PET”.

Zamawiający wskazał, że na rynku światowym obecnie funkcjonują trzy firmy oferujące system PET-MRI, tj. Siemens, Philips i GE Healthcare. Przedmiotem jednak wyłączności - uzasadniającym zawarcie umowy z firmą Siemens był warunek ustanowiony w postępowaniu – jednoczesnego wykonywania badań, pozwalający na rejestrację zarówno obrazów morfologicznych i metabolicznych poszczególnych obszarów w tym samym czasie, który spełniał jedynie system oferowany przez wskazanego wykonawcę. Dzięki integracji obu urządzeń w jedno, w ramach rozwiązania oferowanego przez firmę Siemens, znacząco skraca się czas badania, co w bezpośredni sposób wpływa na komfort oraz bezpieczeństwo pacjenta.

Zdaniem zamawiającego, system firmy Philips jest przeznaczony do skanowania selektywnego, co oznacza brak możliwości wykonywania jednoczesnej diagnostyki narządów. Ponadto, rozwiązanie proponowane przez firmę Philips, polegające na instalacji 2 oddzielnych aparatów (PET i MR) oraz połączeniu ich stołem obrotowym wymagałoby znaczącej i kosztownej modernizacji nie tylko samego pomieszczenia dedykowanego

realizacji przedmiotowego zadania, ale wręcz całego budynku Zakładu Medycyny Nuklearnej Centrum Onkologii w Bydgoszczy. System PET-MRI oferowany przez firmę GE Healthcare przewiduje natomiast możliwość instalacji aparatu rezonansu magnetycznego oraz PET/CT w oddzielnych pomieszczeniach, co uniemożliwia jednoczesną diagnostykę.

Z uwagi na fakt, że ustalenie i ocena stanu faktycznego w niniejszej sprawie wymagały wiadomości specjalnych Prezes UZP postanowił na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zasięgnąć opinii biegłego z zakresu sprzętu medycznego wykorzystywanego w zakładach opieki zdrowotnej w celu rozstrzygnięcia kwestii wystąpienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, na które powołał się zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz w treści przekazanych w związku z tym zawiadomieniem wyjaśnień. Opinia opracowana przez biegłego została przesłana do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 marca 2013 r. Biegły po przeanalizowaniu stanu faktycznego przedmiotowego postępowania stwierdził, że nie uznaje argumentacji zamawiającego za zasadną.

W powyższym stanie faktycznym Prezes UZP zważył, co następuje.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Nie jest przy tym wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie w sposób najbardziej efektywny. Niezbędne jest wykazanie, że w danej sytuacji obiektywnie nie istnieją w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdził to w swojej opinii biegły powołany w niniejszej sprawie. Wskazana konkurencyjna firma, posiadała więc wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia oraz dysponowała specjalistyczną technologią i uprawnieniami do wykonania zamówienia. Nie można w tych okolicznościach stwierdzić, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wymieniony przez zamawiającego wykonawca był w stanie zrealizować to zamówienie. W opinii biegłego stwierdzono m.in. że „zarówno aparaty firmy Siemens jak i aparaty firmy Philips mają to samo przeznaczenie, pozwalają na obrazowanie mózgu, czy prostaty i wykorzystywane są w diagnostyce onkologicznej w krajach znacznie bardziej rozwiniętych jak Polska. Dodatkowo wskazać należy, że obie firmy uzyskały świadectwa FDA i CE na swoje produkty (...)”.

Biegły powołany w przedmiotowej sprawie stwierdził również, że „(...) nie ma klinicznych przeciwwskazań dla symultanicznej akwizycji i skanowania w czasie rzeczywistym, gdyż skaner sekwencyjny Philips PET/MRI oferuje znaczącą szybkość działania w tej klasie

urządzeń. Aparat firmy Philips działa dobrze (sprawnie) z obrotem i re-pozycjonowaniem, realizuje te same funkcje kliniczne (diagnostyczne), co aparat firmy Siemens i rekomendowany jest również do diagnostyki PET?MRI w onkologii, jak również w neurologii. Kwestia realizacji technicznej badania, zastosowanych rozwiązań w urządzeniu może być różna dla różnych producentów. Nie mniej jednak, nie wpływa ona na uzyskiwany wynik badania, czy efekt terapeutyczny. (...)"

Zdaniem Prezesa UZP, doświadczenie, czy też umiejętności personelu, nabyte w trakcie praktycznego wykonywania danej działalności, nie stanowią cech przynależnych wyłącznie jednemu wykonawcy, nie mogą zatem stanowić wypełnienia przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Wobec tego doświadczenie firmy Siemens i dysponowanie przez tę firmę personelem legitymującym się wiedzą w zakresie właściwości i specyfiki przedmiotu zamówienia nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wyłącznie wskazana firma mogła prawidłowo i rzetelnie przedmiotowe zamówienie wykonać.

Ponadto, zamawiający w ramach zamówienia dokonał zakupu urządzeń nowych, tj. aparatu Biograph mMr (rok produkcji 2013) oraz aparatu Biograph mCT 20 Excel (rok produkcji 2013). Dokonany zakup nowych aparatów oraz czynności adaptacyjne i instalacyjne nie stanowiły przedmiotu zamówienia, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mógł zostać wykonany tylko przez jednego wykonawcę.

Dodatkowo, w trakcie negocjacji z wykonawcą rozszerzono przedmiot zamówienia o dodatkowe elementy, które nie wpisują się w bezpośredni sposób w przedmiot zamówienia, a tym samym pozostają poza jego zakresem (telefony stacjonarne bezprzewodowe, komputer do projektora do prezentacji przypadków klinicznych, viewer eFilm Lite, literatura fachowa do diagnostyki obrazowej, zapewnienie dojazdu, opłaty, hotelu i wyżywienia dla 60 osób w trakcie warsztatów szkoleniowych).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp, zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z koniecznością ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Chodzi tu w szczególności o przypadki związane z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2008 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz. U. nr 119, poz. 1117 z późn. zm.). Jednocześnie zamawiający obowiązany jest wykazać, że nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi mogą

obiektywnie zaspokoić jego potrzeby. Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie wystarczy zatem by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego, lecz konieczne jest wykazanie, że wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi.

Zdaniem kontrolującego, zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Zamawiający nie przedstawił dokumentów potwierdzających, że z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować zamówienie była firma Siemens Sp. z o.o. Dokument przedstawiony przez zamawiającego pn. „autoryzacja na zasadzie wyłączności producenta systemu – firmy Siemens AG – w zakresie reprezentacji handlowej i serwisowej” z dnia 10.06.2013 r. potwierdza jedynie, że według najlepszej wiedzy tego podmiotu aparat Biograph mMR spółki Siemens AG w chwili obecnej jest dostępny komercyjnie i posiada dopuszczenie FDA i CE do obrazowania całego ciała. Ponadto, zamawiający wyjaśnił, że na rynku aparatury medycznej funkcjonują co najmniej 3 firmy, które oferują system pod nazwą PET-MRI. Zamawiający powinien natomiast wykazać, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałoby potrzebom zamawiającego. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny, a także obiektywny.

W danych okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzono wobec powyższego, że na rynku istniały produkty równoważne przedmiotowi zamówienia określonego przez zamawiającego, co wykluczało możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, w celu wyboru wykonawcy przedmiotowego zamówienia, co potwierdził biegły w przedmiotowej sprawie.

Pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r. (znak: CO/GZK/9061/3601-502/W/14) zamawiający – Centrum Onkologii w Bydgoszczy - zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w zawiadomieniu przekazanym do Prezesa UZP na podstawie art. 67 ust. 2 z dnia 28 czerwca 2013 r. Stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach z dnia 31 stycznia 2014 r. zamawiający poparł dodatkowo opinią z dnia 5 kwietnia 2014 r. światowego specjalisty w dziedzinie przedmiotu zamówienia, Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej, Prezesa Polskiego Towarzystwa Medycyny Nuklearnej, p. prof. dr hab. med. L.K. , który w ocenie zamawiającego jednoznacznie

przesądził słusność zastosowania przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz stanowiskiem firmy Siemens dowodzącym, że wymaganej przez zamawiającego modernizacji posiadanego aparatu oraz wpięcia go fizycznie i informatycznie w cały istniejący u zamawiającego system, ze względu na prawa wyłączne, mogła tylko dokonać ww. firma, co również przesądza o słusności zastosowania w tym postępowaniu przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Zamawiający podważył tym samym zarzuty kontroli doraźnej w zakresie nieuznania zaistnienia ww. przesłanek w tym postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że stanowisko kontroli oparto na opinii biegłego sądowego otrzymanej w dniu 17 marca 2013 r., czyli sprzed daty wszczęcia przedmiotowego postępowania. Nie podano nazwiska biegłego oraz nie przekazano zamawiającemu treści tej opinii w załączeniu do wyniku kontroli doraźnej. Nie przekazano też zamawiającemu dokumentów, na podstawie których opinia została opracowana. Tym samym ograniczono prawo zamawiającego do pełnego ustosunkowania się do tej opinii w zastrzeżeniach pokontrolnych. Zamawiający zwrócił się jednocześnie do Prezesa Urzędu o przekazanie mu pełnej treści ww. opinii, postawionych tez do sporządzenia opinii oraz wykazu przekazanych do opracowania opinii dokumentów z możliwością uzupełnienia zastrzeżeń w tym zakresie.

Zamawiający podważył merytoryczną zawartość opinii, w oparciu o jej fragmenty zaprezentowane w protokole z kontroli. Zamawiający podważył także wiedzę techniczną biegłego, w tym odnośnie rozwoju technologicznego urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia, sytuacji rynkowej oraz zastosowania klinicznego tych urządzeń i wynikających z niego parametrów koniecznych dla nowoczesnej diagnostyki.

Jako podstawowy błąd opinii zamawiający wskazał twierdzenie, że na rynku w chwili wszczęcia postępowania istniały rozwiązania równoważne względem wymagań przedmiotu zamówienia, oferowane przez innych wykonawców. Do dnia dzisiejszego nie istnieje na rynku europejskim równoważne rozwiązanie pozwalające na jednoczesną diagnostykę PET oraz MR, wymagane przez zamawiającego. O wyższości, jak i zastosowaniu tego typu diagnostyki wspomina p. prof. dr hab. med. L.K. w piśmie z dnia 5 kwietnia 2014 r.

Zamawiający zakwestionował też stwierdzenie w ramach kontroli wady zastosowania przesłanki praw wyłącznych firmy Siemens w zakresie modernizacji sprzętu i systemu. Zdaniem zamawiającego, przesłanki zawarte w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b nie są łączne lecz rozdzielne.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że firma Philips nie wniosła odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu z dnia 19 czerwca 2013 r., co zdaniem zamawiającego potwierdza fakt, że nie mogła zrealizować tego zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki, w tak wymagającym opisie przedmiotu zamówienia, wynikało z konieczności ochrony interesu Centrum Onkologii oraz gospodarnego wydatkowania środków. Zamawiający nie ma prawa

generować dodatkowych milionowych kosztów na przebudowę budynku Zakładu Medycyny Nuklearnej tylko po to, aby umożliwić określonym wykonawcom złożenie oferty na produkt, który mają w swojej ofercie, a który i tak nie spełnia wymagań, i nie zabezpiecza potrzeb zamawiającego.

Niezależnie od powyższego zamawiający podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły wyjątkowe i bezwzględnie zasadne zarazem wymagania sprzętowe. W wyniku negocjacji z wykonawcą zamówienie zostało w pełni zrealizowane w zakresie dostawy i modernizacji, odpowiedniego pod względem jakościowym sprzętu.

Zamawiający podniósł, że w swoich działaniach kieruje się względami racjonalnej gospodarki, w związku z tym zastosowanie jedynego dopuszczalnego trybu zamówienia w zaistniałych okolicznościach, tj. zamówienia z wolnej ręki, mieści w ramach takiego działania i zmierza do skutecznej realizacji zadań publicznych nałożonych na Centrum Onkologii, które jest prekursorem w kraju w dziedzinie wdrażania klinicznego metod PET-CT i PET-MR i posiada zdolność do najwłaściwszej w jego ocenie opinii, oceny potrzeb i kierunków rozwojowych nowoczesnej i dokładnej diagnostyki w dziedzinie Medycyny Nuklearnej.

Do pisma zawierającego zastrzeżenia do wyniku kontroli zamawiający załączył: opinię Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej z dnia 5 kwietnia 2014 r., oświadczenie wraz z tłumaczeniem firmy Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Berlinie i Monachium z dnia 3 kwietnia 2013 r. o prawach wyłącznych.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2014 r. Prezes UZP przesłał zamawiającemu odpowiedź na zgłoszone zastrzeżenia do wyniku kontroli. Prezes Urzędu nie uwzględnił zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń i podtrzymał w całości stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp.

W odpowiedzi na zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego wskazano, że w zakresie części przedmiotu zamówienia związanej z modernizacją sprzętu zamawiający de facto dokonał zakupu nowego urządzenia, a urządzenie Biograph 6 zostało przekazane wykonawcy, o czym świadczy zapis w ofercie ostatecznej złożonej przez wykonawcę (część B: PET-CT, VI. Moduł uzupełniający, L.p. 2.3). Oferta ostateczna została zaakceptowana przez zamawiającego, co potwierdza protokół z negocjacji w trybie z wolnej ręki, zatwierdzony w dniu 3 lipca 2013 r. Zamawiający dokonał zatem zakupu nowego sprzętu, a nie modernizacji posiadanego urządzenia, co znajduje potwierdzenie również w treści § 1 pkt 2 i § 4 ust. 1 umowy zawartej z wykonawcą. W załączonym przez zamawiającego upoważnieniu z dnia 3 kwietnia 2013 r. udzielonym wykonawcy przedmiotowego zamówienia przez Siemens Aktiengesellschaft stwierdzono, że firmie Siemens Sp. z o.o. udzielono

wyłącznych praw sprzedaży wyrobów umownych (wyroby, urządzenia i usługi serwisowe) wprowadzonych do obrotu przez określone działy. Jednocześnie wskazano, że wyłączność jest ograniczona w zakresie Health Services (H CX HS), Healthcare Diagnostics (H DX) oraz Healthcare Imaging & Therapy Systems (H IM). Z ww. upoważnienia wynika również, że prawa sprzedaży wyrobów umownych Healthcare Diagnostics (H DX) są w każdym przypadku niewyłączne. Aparatura zakupiona w przedmiotowym postępowaniu klasyfikowana była w dziale Healthcare Diagnostics (H DX), w związku z czym nie sposób przyjąć, że w tej sytuacji istniały prawa wyłączne uzasadniające udzielenie niniejszego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego przedstawionego w oparciu o opinię prof. dr hab. Med. L.K. – Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej, Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowej opinii zostały wskazane trzy obecnie funkcjonujące rozwiązania techniki PET i MRI, z których najbardziej innowacyjnym pod względem zaawansowania technologicznego jest urządzenie pozwalające na jednoczesowe wykonanie badania PET i MRI całego ciała z zastosowaniem zintegrowanego aparatu PET-MRI.

W ocenie Prezesa UZP, powyższe nie stanowi podstawy do uznania, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko jeden wykonawca mógł zrealizować niniejsze zamówienie. Zarówno firma Philips, jak i firma Siemens uzyskały świadectwa FDA i CE na swoje produkty, które są dopuszczone do sprzedaży na terenie Polski – spełniają określone normy, wymogi i są dopuszczone do użytkowania, zgodnie z celem, któremu służą. Nie jest więc wystarczające przekonanie zamawiającego o tym, że jedynie rozwiązanie proponowane przez Siemens jest efektywne i skuteczne, gdyż, jak wskazano w opinii sporządzonej przez biegłego sądowego oraz w opinii sporządzonej przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej, na rynku funkcjonują różne rozwiązania zastosowania techniki PET i MRI. Zamawiający powinien zatem udowodnić, że żaden inny wykonawca, poza podmiotem, który miał być zaproszony do negocjacji w trybie z wolnej ręki, nie jest w stanie zaoferować dostaw sprzętu, który pod względem funkcjonalnym mógłby stanowić rozwiązanie równoważne oferowanym przez wybranego wykonawcę. Taki stan rzeczy musi mieć charakter obiektywny, nieprzezwykłalny i trwały. Nie jest też wystarczające przekonanie zamawiającego, że określone rozwiązania cechuje większa innowacyjność, gdyż jedynie przez rzetelny, celowy i uwzględniający osiągnięcie oczekiwanych efektów opis przedmiotu zamówienia, dokonany w konkurencyjnej procedurze wyboru wykonawcy, zamawiający może obiektywnie ocenić, jakie podmioty są w stanie zaoferować aparaturę zapewniającą wymaganą efektywność, przy jednoczesnym zachowaniu prawa do posługiwania się własnym know-how danego producenta.

Prezes UZP podkreślił ponadto, że przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie w sprawie zawarcia umowy z firmą Siemens Sp. z o.o. - wyłączne spełnienie

przez tę firmę warunku jednoczesnego (symultanicznego) wykonywania badań w technice PET-MRI - odnosi się jedynie do części przedmiotu zamówienia, tj. do wykonywania badań w technice PET-MRI. Nie obejmowało ono natomiast dodatkowych elementów zawartej umowy, o które rozszerzono przedmiot zamówienia w trakcie negocjacji z ww. wykonawcą.

Kontrolujący wyjaśnił na zakończenie, iż powołany w niniejszej sprawie biegły jest biegłym sądowym w dziedzinie sprzętu medycznego – w zakresie oceny fizycznych parametrów, stanu technicznego wraz z przeszacowaniem wartości sprzętu i aparatury medycznej, wykorzystywanej w zakładach opieki zdrowotnej. Tym samym, próbę podważenia przez zamawiającego kompetencji powołanego biegłego, Prezes UZP uznał za bezzasadną.

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

Pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r. zamawiający złożył do Prezesa UZP uzupełnienie do zastrzeżeń z dnia 9 kwietnia 2014 r. Zamawiający podniósł, że biegły, który opracował opinię dla UZP w niniejszej sprawie, jest w sposób prawny i faktyczny powiązany ze stroną opinii – firmą Philips. Nie tylko ściśle współpracuje z firmą Philips i handluje jej wyrobami w ramach swojej działalności gospodarczej (ROSS-MEDICA), ale jest „osobistą orędowniczką” produktów firmy Philips, co stanowi o braku bezstronności tej osoby w zakresie wydanej opinii. Tym samym opinia ta nie może stanowić podstawy wydanego wyniku pokontrolnego. Zamawiający wniósł w związku z powyższym o powołanie do niniejszej sprawy innego, bezstronnego biegłego.

Zamawiający podniósł również, że odpowiedź Prezesa UZP z dnia 24 kwietnia 2014 r. na zastrzeżenia zamawiającego, zawiera nieprawdziwe stwierdzenia, że konkurenci firmy Siemens posiadali deklaracje zgodności wyrobu medycznego na przedmiot zamówienia oraz certyfikat CE, co potwierdza odwołanie GE wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Białostocki Park Naukowo-Technologiczny.

Na zakończenie zamawiający zarzucił ogólnikowość i nieprecyzyjność opinii wydanej przez biegłego sądowego, a także brak rozstrzygnięcia w opinii kwestii zasadniczej w niniejszej sprawie, tj. kwestii dotyczącej „wystąpienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”.

Zamawiający załączył do ww. pisma: ofertę ROSS-MEDICA, odwołanie GE, wynik postępowania w Białostockim Parku Naukowo-Technologicznym.

W odpowiedzi na powyższe pismo zamawiającego, Prezes UZP, w piśmie z dnia 7 maja 2014 r. wyjaśnił, że zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli zostały wniesione przez zamawiającego w terminie ustawowym w dniu 9 kwietnia 2014 r. Zastrzeżenia powyższe zostały rozpatrzone przez Prezesa UZP i przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tym samym argumenty podnoszone przez zamawiającego w treści tego pisma nie skutkują poddaniem dodatkowej ocenie prawidłowości dokonania czynności kontrolnych, a przede wszystkim ustaleń kontroli.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez zamawiającego w powyższym piśmie, Prezes UZP stwierdził, że bezpodstawną jest próba podważenia bezstronności i kompetencji biegłego sądowego powołanego przez Prezesa UZP w niniejszej sprawie. Ponadto, opinia wydana przez biegłego nie stanowiła samoistnej podstawy do sformułowania wyniku kontroli. W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzono, że istniały produkty równoważne, co wykluczało możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Powyższa okoliczność została potwierdzona również w opinii przekazanej przez zamawiającego, sporządzonej przez Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej, który porównując zaawansowanie technologiczne urządzeń występujących na rynku potwierdził jednocześnie fakt występowania rozwiązań równoważnych, które cechuje tożsame przeznaczenie i funkcjonalność. Możliwość zaoferowania systemu pod nazwą PET-MRI przez trzy firmy na światowym rynku aparatury medycznej przyznał również sam zamawiający.

Powyższe pismo Prezesa UZP wraz z pismem zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014 r. zostało przekazane do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez zamawiającego pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła tym samym stanowisko Prezesa UZP co do zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, przy udzieleniu zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego systemu PET-CT (Rozbudowa systemu diagnostyki PET/CT na potrzeby Zakładu Medycyny Nuklearnej w Centrum Onkologii w Bydgoszczy)”.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że pismo zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014 r. zawierające uzupełnienie zastrzeżeń z dnia 9 kwietnia 2014 r. do wyniku kontroli przedmiotowego postępowania z dnia 2 kwietnia 2014 r. nie podlega zaopiniowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w trybie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp. Uzupełnienie zastrzeżeń zostało złożone do Prezesa UZP po upływie ustawowego 7-dniowego terminu do wniesienia zastrzeżeń do wyniku kontroli. Ponadto, jak wynika z treści tego pisma stanowi ono w znacznej mierze polemikę zamawiającego z treścią odpowiedzi Prezesa UZP na zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2014 r. Zauważyć należy, że ustawa Pzp przewiduje iż w przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego, podlegają one zaopiniowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, która to opinia jest wiążąca w danej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, niniejsza opinia Krajowej Izby Odwoławczej nie obejmuje zarzutów i argumentacji przedstawionej w piśmie zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014 r., które zamawiający złożył do Prezesa UZP w dniu 2 maja 2014 r., jako „uzupełnienie zastrzeżeń” z dnia 9 kwietnia 2014 r.), ponieważ nie stanowi ono zastrzeżeń do wyniku kontroli w rozumieniu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, które zamawiający jest uprawniony złożyć w terminie 7 dni od otrzymania informacji o wyniku kontroli. Zastrzeżenia zgłoszone po upływie ww. terminu nie podlegają rozpatrzeniu.

Odnosząc się do zastrzeżeń do wyniku kontroli złożonych przez zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2014 r. Izba zważyła, jak poniżej.

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślono, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Przesłanki zastosowania ww. przepisu mogą obejmować wiele różnych stanów

faktycznych, np. w przypadku unikalnej, niepowtarzalnej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca. Przepis wskazuje, jakie przyczyny techniczne przesądzą o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Muszą to być przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Jak wskazywał SN „przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu”. Z kolei NSA podkreślał, że „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych”. Nie jest zatem wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie w sposób najbardziej efektywny, lecz niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego, że w danej sytuacji obiektywnie nie istnieją w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. W powyższym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Prezesa UZP w informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania należy stwierdzić, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie występuje sytuacja, w której z przyczyn technicznych tylko jeden wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia: zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego przez zamawiającego systemu PET-CT. Jak stwierdzono w opinii biegłego sądowego, powołanego przez Prezesa UZP w niniejszej sprawie, na rynku dostępne są aparaty do diagnostyki w zakresie wskazanym przez zamawiającego, pochodzące co najmniej od dwóch producentów, tj. firmy Siemens i Philips. Mają one to samo przeznaczenie, posiadają świadectwa FDA i CE, realizują te same funkcje kliniczne (diagnostyka PET/MRI), choć przy użyciu różnych rozwiązań technicznych.

Podnoszone przez zamawiającego kwestie dotyczące doświadczenia oraz umiejętności personelu, nabyte w trakcie praktycznego wykonywania danej działalności, nie stanowią cech przynależnych wyłącznie jednemu wykonawcy, nie mają więc jakiegokolwiek

znaczenia dla wykazania spełnienia przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. W tym zakresie ani wiedza i doświadczenie firmy Siemens Sp. z o.o., ani dysponowanie przez tę firmę personelem legitymującym się wiedzą w zakresie właściwości i specyfiki przedmiotu zamówienia nie stanowią przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które są dostępne tylko jednemu wykonawcy zdolnemu do prawidłowego i rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Jak wyjaśnił zamawiający, wykonanie modernizacji posiadanego aparatu nastąpiło przez jego wymianę i wpięcie fizyczne i informatyczne w istniejący u zamawiającego system PET-CT. W tym zakresie, w ocenie zamawiającego, firma Siemens Sp. z o.o. posiada prawa wyłączne jako autoryzowany i wyłączny przedstawiciel handlowy i serwisowy producenta wykorzystywanej aparatury firmy Siemens AG, która jako jedyna w związku z tym była w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie przedstawił jednak dowodów potwierdzających powyższe okoliczności. W szczególności należy zauważyć, że obiektywnego potwierdzenia tych okoliczności nie stanowi oświadczenie firmy Siemens „autoryzacja na zasadzie wyłączności producenta systemu – firmy Siemens AG – w zakresie reprezentacji handlowej i serwisowej”. Z treści tego oświadczenia nie wynika bowiem, że Siemens Sp. z o.o. jest jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania tego zamówienia, biorąc pod uwagę, że sam zamawiający stwierdził, że na rynku światowym są trzy firmy, które mogą zaoferować system PET-MRI tj. Philips, GE Healthcare oraz Siemens.

Zamawiający nie kwestionował faktu, że w ramach tego zamówienia, sklasyfikowanego, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w kategorii usługi naprawcze i konserwacyjne, dokonał zakupu urządzeń nowych, tj. aparatu Biograph mMr (rok produkcji 2013) oraz aparatu Biograph mCT 20 Excel (rok produkcji 2013). Zakup nowych aparatów oraz czynności adaptacyjne i instalacyjne z tym związane nie stanowiły przedmiotu zamówienia, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mógł zostać wykonany tylko przez jednego wykonawcę. Opinia Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej z dnia 5 kwietnia 2014 r. wskazuje, że rozwiązanie w zakresie systemu PET-MRI oferowane przez firmę Siemens jest innowacyjne, jednak nie dowodzi, że potrzeby zamawiającego w zakresie diagnostyki za pomocą urządzeń diagnostycznych tego typu nie mogły być spełnione przez inne dostępne na rynku rozwiązania techniczne, niż rozwiązanie oferowane przez Siemens AG. Fakt, że tego typu urządzenia są dostępne na rynku od trzech producentów został potwierdzony zarówno w opinii biegłego sądowego, jak i w opinii Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej, oraz przez samego zamawiającego w złożonych w niniejszej sprawie wyjaśnieniach. Jak wynika z opinii biegłego, sposób działania tych urządzeń nie ma istotnego wpływu dla osiągnięcia celu diagnostycznego i terapeutycznego.

Niezależnie od powyższego, fakt rozszerzenia przez zamawiającego w trakcie negocjacji z wykonawcą zakresu przedmiotu zamówienia o dodatkowe elementy, które nie zostały objęte określeniem przedmiotu zamówienia, a tym samym pozostają poza jego zakresem (telefony stacjonarne bezprzewodowe, komputer do projektora do prezentacji przypadków klinicznych, viewer eFilm Lite, literatura fachowa do diagnostyki obrazowej, zapewnienie dojazdu, opłaty, hotelu i wyżywienia dla 60 osób w trakcie warsztatów szkoleniowych), przesądza o tym, że tryb zamówienia z wolnej ręki nie mógł mieć zastosowania.

Zgodnie z 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Za odrębne regulacje w zakresie ochrony praw wyłącznych należy uznać w szczególności ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, ze zm.) oraz ustawę z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz.1117, ze zm.). Tym samym, przesłanka wskazana w art. 67 ust.1 pkt 1 lit. b Pzp występuje wówczas, kiedy przedmiot zamówienia ingeruje w ww. prawa wyłączne.

W niniejszym stanie faktycznym nie sposób stwierdzić wystąpienia ww. przesłanki. Powołując się na komentarz do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, zawarty w dokumencie pn. „Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, który został przyjęty w dniu 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów, wskazano, że: „Zamówienia w trybie z wolnej ręki można udzielić również wykonawcy, któremu odrębne przepisy przyznają wyłączne prawo do prowadzenia określonej działalności, co siłą rzeczy powoduje, że jest on jedynym wykonawcą uprawnionym do realizacji danego zamówienia ze względu na posiadane prawa autorskie lub patenty. Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ten przepis konieczne jest zatem stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych.”

Do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek - istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy. Są to zatem przesłanki, które muszą zajść jednocześnie, wbrew twierdzeniu zamawiającego przedstawionemu w zastrzeżeniach. W świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców interpretacja przesłanek udzielenia zamówienia w trybie

z wolnej ręki, w tym art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b Pzp, wskazuje, że istniejący stan rzeczy spowodowany musi być przyczynami obiektywnymi.

Złożone przez zamawiającego w toku postępowania kontrolnego wyjaśnienia wraz z przedłożonymi dokumentami nie wykazały, że zamówienie obejmujące: zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego systemu PET-CT (Rozbudowa systemu diagnostyki PET/CT na potrzeby Zakładu Medycyny Nuklearnej w Centrum Onkologii w Bydgoszczy), może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, gdyż na rynku działały inne podmioty oferujące usługi/produkty spełniające funkcje odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Przedstawione przez zamawiającego oświadczenie z dnia 3 kwietnia 2013 r. firmy Siemens Aktiengesellschaft z siedzibą w Berlinie i Monachium wraz z tłumaczeniem wskazuje jednoznacznie, że prawa sprzedaży wyrobów umownych Healthcare Diagnostics (H DX), do których należą urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu, są w każdym przypadku niewyłączne. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie dowodów, na potwierdzenie, że przedmiot zamówienia mógł zostać wykonany tylko przez firmę Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako dysponującą prawami wyłącznymi, które umożliwiały tylko temu wykonawcy należyte wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, podniesiony przez zamawiającego w zastrzeżeniach fakt, że firma Philips nie wniosła odwołania wobec treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu z dnia 19 czerwca 2013 r. nie stanowi dowodu na okoliczności, że nie była ona w stanie przedstawić oferty i zrealizować tego zamówienia.

Nieuzasadnione jest również twierdzenie, że w przypadku dopuszczenia innych urządzeń (innych rozwiązań technicznych) znacznie wzrosłyby koszty realizacji zamówienia, na skutek konieczności przebudowy posiadanego budynku Zakładu Medycyny Nuklearnej. Okoliczności powyższe nie zostały przez zamawiającego wykazane.

W wyniku dokonanej analizy i oceny przedstawionej przez zamawiającego argumentacji w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli i stwierdzonego w ramach tej kontroli przez Prezesa UZP naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia przedstawione przez zamawiającego w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....