

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 25 kwietnia 2016 r.

Po rozpatrzeniu w dniu 25 kwietnia 2016 r. w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez:

**Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z
Warmińsko - Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie**

dotyczących wyniku kontroli doraźnej z 21 marca 2016 roku znak: UZP/DKD/WKZ/421/2(4)/16/KL, wskazującą na naruszenie przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

serwis urządzeń medycznych do radiologii i radioterapii marki Siemens AG

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 29 marca 2016 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 marca 2016 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „**Prezes Urzędu**” lub „**Prezes UZP**”) pismem z dnia 18 lutego 2016 r. znak UZP/DKD/WKZ/421/2 działając na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego tj. **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z Warmińsko - Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie** (dalej „**Zamawiający**”) z dnia 29 marca 2016 r. od wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 marca 2016 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na serwis urządzeń medycznych do radiologii i radioterapii marki Siemens AG.

Jak wynika z akt postępowania przekazanych przez Prezesa Urzędu, w dniu 20 grudnia 2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp na serwis urządzeń medycznych do radiologii i radioterapii marki Siemens AG (dalej „**Sporne Zamówienie**”) poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy – Siemens sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie. („**Wykonawca**”). Umowa w sprawie Spornego Zamówienia została zawarta w dniu 9 stycznia 2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2013 r. poinformował Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania na Sporne Zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) Pzp. Zamawiający uzasadniając wybór trybu z wolnej ręki wskazał, iż użytkuje szereg wysokospecjalistycznych urządzeń medycznych i oprogramowania marki Siemens AG, dedykowanych do radioterapii onkologicznej i radiologii. Z racji profilu ich zastosowania (procedury onkologiczne, diagnostyka), zaawansowania technicznego oraz konieczności zapewnienia bezpieczeństwa pacjentów, sprzęt ten wymaga szczególnej opieki. W ocenie Zamawiającego, usługi będące przedmiotem postępowania w trybie z wolnej ręki mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, firmę - Siemens Sp. z o. o. Podmiot ten został bowiem wyznaczony przez wytwórcę aparatury medycznej - spółkę Siemens AG - na wyłącznego przedstawiciela na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, uprawnionego do wprowadzenia na rynek, sprzedaży oraz serwisowania aparatury medycznej będącej na wyposażeniu Zamawiającego. Zamawiający dodał, że decyzja o

zaproszeniu do negocjacji firmy Siemens Sp. z o.o., została ugruntowana regulacją art. 90 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 876), który stanowi, iż obsługa serwisowa urządzeń medycznych może być wykonywana jedynie przez podmioty upoważnione przez wytwórcę sprzętu medycznego oraz definiuje zasoby, jakimi powinien legitymować się podmiot świadczący tego typu usługi.

Prezes Urzędu pismem z dnia 18 lutego 2016 r., działając na podstawie art. 165 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wszczął kontrolę Spornego Zamówienia w zakresie legalności wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 lit. a) i b) ustawy Pzp. W dniu 21 marca 2016 r. Prezes UZP przekazał Zamawiającemu wyniki kontroli doraźnej Spornego Zamówienia. W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy, w zakresie części zamówienia obejmującej serwis systemu Mosaiq. Prezes UZP wskazał, że stosownie do dyspozycji zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować daną dostawę, usługę lub robotę budowlaną w sposób najbardziej adekwatny do założeń Zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez Zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować. Należy zaznaczyć, iż sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W ocenie Prezesa Urzędu w zakresie części zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmującej serwis systemu MOSAIQ nie zachodziły podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Prezes Urzędu wskazał, że producentem systemu MOSAIQ jest przedsiębiorstwo Elekta AB z siedzibą w Sztokholmie. System MOSAIQ zarządza pracą akceleratorów i systemów planowania leczenia oraz ruchem pacjentów, jest więc oprogramowaniem spajającym pracę linii radioterapeutycznej. Należy podnieść, że skoro Elekta AB ma w swojej ofercie usługi obejmujące serwis urządzeń i systemów wchodzących w skład kontrolowanego zamówienia możliwe było powierzenie wykonania zamówienia innym wykonawcom niż Siemens Sp. z o.o. W konsekwencji, nie było przeszkód, aby wybór wykonawcy usług serwisowych tego oprogramowania został

przeprowadzony w postępowaniu konkurencyjnym. Stanowisko Prezesa Urzędu zostało potwierdzone przez biegłego, który wskazał, że MOSAIQ system jest rozwiązaniem stosowanym w aparatach większości renomowanych producentów. System ten został przygotowany z myślą o równym traktowaniu wszystkich rozwiązań radioterapii dostępnych na rynku, a przyspieszacz (akcelerator) każdego z głównych producentów jest obsługiwany właśnie przez system Mosaiq. Zdaniem biegłego w przypadku systemu MOSAIQ możliwa jest realizacja usługi przez inne podmioty, z uwagi na fakt, że rozwiązania te stosowane są i wykorzystywane przez innych producentów urządzeń. Takie rozwiązanie jest możliwe tym bardziej, że firma Siemens Sp. z o.o. dopuszcza udział w wykonywanych pracach (usługach serwisowych) samych pracowników Zamawiającego. O tym, iż serwis systemu MOSAIQ mógł być wykonywany przez innych wykonawców niż Siemens Polska Sp. o.o. potwierdza również uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO/KD 114/14).

Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, pomimo możliwości udzielenia zamówienia na serwis systemu MOSAIQ - innym niż Siemens Sp. z o.o. wykonawcom, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dla przedmiotowego postępowania łącząc ww. usługi z serwisem pozostałych urządzeń naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy. Przyjęcie odmiennego stanowiska w zakresie stosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy oznaczałoby w istocie zakwestionowanie sensu normatywnego art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ale także rodziłoby wątpliwości w świetle art. 7 ust. 1 ustawy i wynikających z niego podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Prezes Urzędu dalej wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki powołał się także na przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy, umożliwiający udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż fakt, że producentem systemu MOSAIQ jest inny wykonawca niż Siemens Sp. z o.o., tj. Elekta AB, który jednocześnie świadczy usługi serwisu tego systemu, wyklucza możliwość zastosowania w tym zakresie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Ponadto, w ocenie Prezesa Urzędu, również argument Zamawiającego wskazujący, iż decyzja o zaproszeniu do negocjacji firmy Siemens Sp. z o.o. została podyktowana treścią regulacji art. 90 ust. 4 i 5 ustawy o wyrobach medycznych nie znajduje uzasadnienia w kontekście dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Odnosząc się do powyższego należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2012

roku (sygn. akt: KIO 1073/12) w którym wskazano, że w zakresie odniesienia się Odwołującego do art. 90 ust. 4 i następne ustawy z 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych, należy podnieść, co wskazał również Zamawiający, iż przepisy te są adresowane do podmiotów dokonujących wprowadzenia wyrobów medycznych do obrotu. Wskazać należy również, że ustawa nie określa, że działania serwisowe mogą wykonywać jedynie podmioty autoryzowane przez wytwórcę. Tym samym, nie istnieje ograniczenie możliwości w określeniu takiego wymagania przez Zamawiającego.

W ocenie Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy na rynku istnieją inni wykonawcy zdolni wykonać zamówienie, to w toku takiego postępowania powinna nastąpić weryfikacja czy wprowadzenie rozwiązań oferowanych przez inne podmioty niż Wykonawca zaproszony do negocjacji będzie możliwe i jakie będą jego koszty. Możliwość taka nie może jednak zostać przez Zamawiającego wykluczona na bazie subiektywnej oceny na etapie przygotowania postępowania. Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający niezasadnie odstąpił od przeprowadzenia postępowania w jednej z procedur konkurencyjnych, w zakresie systemu MOSAIQ, powołując się na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze oraz ochronę praw wyłącznych wynikających z innych przepisów.

Pismem z dnia 29 marca 2016 r., które wypłynęło do Prezesa UZP w dniu 1 kwietnia 2016 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podtrzymał swoje stanowisko, iż zaistniała sytuacja dawała podstawę do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Odnosząc się do postanowień zawartych w informacji o wyniku kontroli Zamawiający wskazał, iż rozumie i przyjmuje argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu, niemniej jednak zwrócił uwagę, iż dokonując oceny wykazania przesłanek uzasadniających wybór Wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki w zakresie systemu MOSAIQ, Prezes Urzędu pominął istotną zdaniem Zamawiającego okoliczność. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 876), każdy użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania. W instrukcji użytkownika systemu MOSAIQ, jaką Zamawiający otrzymał po zakupie niniejszego systemu zawarto następującą informację; „Informacja dla klientów firmy Siemens - Jeśli licencja systemu MOSAIQ została zakupiona od firmy Siemens, prosimy o usunięcie wszelkich odwołań do wsparcia technicznego firmy IMPAC, a pytania i problemy związane z systemem MOSAIQ kierować do firmy Siemens Healthcare”.

Zamawiający wyjaśnił, iż system MOSAIQ został kupiony przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z Warmińsko - Mazurskim Centrum Onkologii w Olsztynie w roku 2011, w ramach modernizacji posiadanych linii terapeutycznych od firmy Siemens Polska Sp. z o.o. Wskazał także, iż w związku z powyższym dokonując wyboru wykonawcy usług serwisowych systemu MOSAIQ działał według instrukcji użytkownika, do której przestrzegania został zobligowany wskazanymi wyżej przepisami, tym samym posiadał legitymację do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki również w zakresie usług serwisowych systemu MOSAIQ.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2016 r. (nr UZP/DKD/WKZ/421/2(8)/16/KL) Prezes Urzędu odniósł się do zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń. W ocenie Prezesa Urzędu w zakresie części zamówienia w trybie z wolnej ręki obejmującej serwis systemu MOSAIQ należy uznać, iż 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 w związku z przyczynami technicznymi o obiektywnym charakterze, a także związanymi z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Jak to zostało wskazane w informacji o wyniku kontroli, producentem systemu MOSAIQ jest przedsiębiorstwo Elekta AB z siedzibą w Sztokholmie. System MOSAIQ zarządza pracą akceleratorów i systemów planowania leczenia oraz ruchem pacjentów, jest więc oprogramowaniem spajającym pracę linii radioterapeutycznej. Należy podnieść, że skoro Elekta AB ma w swojej ofercie usługi obejmujące serwis urządzeń i systemów wchodzących w skład kontrolowanego zamówienia możliwe było powierzenie wykonania zamówienia innym wykonawcom niż Siemens Sp. z o.o. Tym samym, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Prezes Urzędu nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, iż na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 876) użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania w ten sposób, iż dostawca w instrukcji użytkownika nakaże korzystania z pomocy serwisowej konkretnie wskazanego podmiotu, a użytkownik bez względu na koszt oraz inne kwestie będzie obowiązany stosować się do tych zapisów. Zgodnie z komentarzem do ustawy o wyrobach medycznych S. Poździecha użytkownik jest odpowiedzialny za utrzymywanie wyrobu i używanie go w należyty sposób. Oznacza to, że powinien on ściśle przestrzegać wskazań i zaleceń dostawcy w zakresie koniecznych konserwacji i okresowych przeglądów oraz używać wyrobu zgodnie z załączoną instrukcją. Z powyższego wynika, iż użytkownik jest

obowiązany do przestrzegania instrukcji obsługi w zakresie wskazań i zaleceń dostawcy odnoszących się do koniecznych konserwacji, okresowych przeglądów oraz sposobu używania wyrobu, a nie do wyboru podmiotu, który będzie świadczył niniejsze usługi.

Prezes Urzędu wskazał również, że nie można stwierdzić, iż zostały spełnione przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp. Powyższe zostało potwierdzone przez biegłego, który stwierdził, iż Zamawiający, zakup sprzętu w trybie z wolnej ręki uzasadnia otrzymaną od firmy Siemens instrukcją obsługi i odnosi ją do art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 roku. Z instrukcji obsługi nie wynika jednak wprost, że wyłącznie firma Siemens Polska Sp. z o.o. uprawniona jest do obsługi systemu MOSAIQ. Przytoczona instrukcja obsługi wskazuje jedynie, że firma Siemens zwraca się z „prośbą o usunięcie wszystkich odwołań do wsparcia technicznego firmy IMPAC, a pytania i problemy związane z systemem MOSAIQ kierować do firmy Siemens Healthcare”. Zdaniem biegłej prośba firmy nie stanowi wymogu bezwzględnego, a tym samym nie wskazuje wprost, że wyłącznie Siemens Healthcare czy Siemens Polska Sp. z o.o. może rozwiązywać problemy techniczne w zakresie systemu MOSAIQ. Ponadto wskazać należy, że system MOSAIQ został przygotowany z myślą o równym traktowaniu wszystkich rozwiązań radioterapii dostępnych na rynku, a przyspieszacz (akcelerator) każdego z głównych producentów jest obsługiwany właśnie przez system MOSAIQ. Dlatego między innymi została stworzona platforma edukacyjna dla użytkowników, która pozwala na dzielenie się wiedzą i doświadczeniem w zakresie obsługi, aktualizacji systemu MOSAIQ. W świetle powyższego, firma Siemens może wyłącznie prosić o zwracanie się do nich w kwestii rozwiązania problemów technicznych, natomiast nie może to być wymogiem bezwzględnym, gdyż to klócił się z ideą upowszechniania systemu MOSAIQ.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując ustaleń na podstawie akt postępowania kontrolnego Prezesa Urzędu zważyła co następuje:

Izba podziela w całości argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu.

W ocenie Izby możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp jest uzależniona od łącznego spełnienia następujących przesłanek: (1) istnienia szczególnych przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dotyczących przedmiotu zamówienia; oraz (2) szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

Pzp nie zawiera katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby zastosowanie przez zamawiających zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również wytycznych, jakimi zamawiający powinni się kierować decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Nie dziwi ten fakt, gdyż okoliczności takich nie sposób ująć w ramy przepisu prawnego, a zależą one od konkretnych okoliczności danego zamówienia.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego rodzaju. Przyczyną może być konieczność zachowania uprzednich norm, parametrów czy standardów, których jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Mogą np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający.

Przesłanka „szczególnych przyczyn technicznych” była przedmiotem analizy Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej „**Trybunał**”). Izba wskazuje tu przede wszystkim orzeczenie Trybunału z dnia 18 maja 1997 r. wydane przeciwko Republice Włoskiej (Sprawa C-57/94) oraz orzeczenie Trybunału z dnia 2 czerwca 2005 r. wydane przeciwko Grecji (C-394/02). W orzeczeniu C-57/94, władze włoskie udzieliły dodatkowego zamówienia na ukończenie szosy szybkiego ruchu w trybie zamówienia z wolnej ręki. Republika Włosa podnosiła, iż nawet ścisła interpretacja przepisu „przyczyny techniczne” nie powinna go pozbawiać praktycznego znaczenia, argumentując, że przez „przyczyny techniczne” należy rozumieć nie techniczną zdolność określonego wykonawcy do wykonania zamówienia, ale ogół okoliczności i warunków, mających wpływ na wykonanie robót. Republika Włosa odwoływała się do wzajemnych technicznych zależności pomiędzy robotami będącymi w toku a robotami przewidzianymi w ramach kwestionowanego zamówienia. Podobnie jak Zamawiający, twierdziła, że niemożliwe jest stworzenie dwóch różnych placów budowy z uwagi na brak miejsca oraz prowadzenie odrębnych robót będących w toku jako odrębnych od robót będących przedmiotem sporu. Potrzeby techniczne w argumentacji Republiki Włoskiej wyrażały się w potrzebie planowania, koordynacji i nadzorowania robót oraz koniecznością koordynacji harmonogramu i miejsca robót będących w toku oraz robót będących przedmiotem sporu.

Trybunał stwierdził, że władze włoskie nie wykazały, że tylko jedna firma była zdolna do realizowania przedmiotowego zamówienia i że absolutnie konieczne było powierzenie temu właśnie wykonawcy prac objętych zamówieniem, co warunkuje możliwość zastosowania

zamówienia z wolnej ręki. Trybunał podkreślił, że nawet przyjmując, że przedstawione przez rząd włoski przyczyny mają charakter „techniczny” to należy udowodnić, że ze względu na te okoliczności konieczne było udzielenie kwestionowanego zamówienia dotychczasowemu wykonawcy. Szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

Możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp wymaga od zamawiających wykazania, że szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę. Jak podkreśla Trybunał w swoich orzeczeniach, zamawiający jest zobowiązany do wykazania, że z „przyczyn technicznych” było bezwzględnie konieczne udzielenie kwestionowanego zamówienia jednemu wykonawcy (np. Sprawa C-57-93 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej).

Podobne stanowisko zawarte jest w krajowych orzeczeniach sądowych. Sąd Najwyższy wskazał, że "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 dwu 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" (Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, OSNCP 2001, nr 22, poz. 657). Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny 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" (Wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00, Wokanda 2001, nr 1, poz. 39).

W powyższą linię orzecniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza (np. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09, uchwała z dnia 26 czerwca 2013 r. KIO/KD 58/13).

Z kolei zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Tak więc, możliwość zastosowania procedury opartej na wyżej wymienionym przepisie wymaga kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, czyli: przedmiot zamówienia może być zrealizowany przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych oraz ochrona praw wyłącznych musi wynikać z przepisów ustawowych. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim okoliczności. Wykazaniu zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy nie jest wystarczające, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. (przykładowo: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 7 kwietnia 2010 roku sygn. akt KIO/KD 23/10).

Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał, że przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze dotyczące Spornego Zamówienia uzasadniały udzielenie go wybranemu Wykonawcy oraz, że zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b).

Jak zostało wskazane powyżej, przesłanka istnienia jednego wykonawcy musi mieć charakter obiektywny i dotyczyć sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca mogący zrealizować dane zamówienie. Nie dotyczy to więc sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie istnieją inni wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany udowodnić taką okoliczność. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach powołał się wyłącznie na brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 876) stanowiącym, że każdy użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania oraz na brzmienie załączonej do urządzenia instrukcji obsługi, w której firma Siemens zamieściła prośbę o usunięcie wszelkich odwołań do wsparcia technicznego firmy IMPAC, a pytania i problemy związane z systemem MOSAIQ kierować do firmy Siemens Healthcare.

W ocenie Izby prośba firmy Siemens zawarta w instrukcji obsługi nie może stanowić uzasadnienia dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 lit. a) czy b). Ze złożonej przez Zamawiającego instrukcji nie wynika wymóg bezwzględnego i wyłącznego świadczenia usług serwisowych przez firmę Siemens Healthcare czy Siemens Polska Sp. z o.o. Gdyby dopuścić możliwość udzielania zamówień z wolnej ręki wyłącznie na podstawie subiektywnych próśb poszczególnych firm zawartych w instrukcjach obsługi, to wówczas taka praktyka stałaby się standardem postępowania i skutecznie eliminowała konkurencję na rynku usług serwisowych. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą przyczyny udzielenia zamówienia publicznego w trybie art. 67 ust. 1 lit. a) muszą mieć charakter obiektywny, zaś w omawianym stanie faktycznym Zamawiający oparł się na subiektywnych próbach Wykonawcy zawartych w instrukcji obsługi, nie dokonując właściwego rozeznania rynku.

Powołać się trzeba również na opinię biegłego wydaną w przedmiotowej sprawie. Stwierdził on m.in., iż system MOSAIQ został przygotowany z myślą o równym traktowaniu wszystkich rozwiązań radioterapii dostępnych na rynku, a przyspieszacz (akcelerator) każdego z głównych producentów jest obsługiwany właśnie przez system MOSAIQ. Dlatego między innymi została stworzona platforma edukacyjna dla użytkowników, która pozwala na dzielenie się wiedzą i doświadczeniem w zakresie obsługi, aktualizacji systemu MOSAIQ. W świetle powyższego, firma Siemens może wyłącznie prosić o zwracanie się do nich w kwestii rozwiązania problemów technicznych, natomiast nie może to być wymogiem bezwzględnym, gdyż kłóci się to z ideą upowszechniania systemu MOSAIQ. Ponadto jak wskazał biegły producentem systemu MOSAIQ jest przedsiębiorstwo Elekta AB z siedzibą w Sztokholmie. System MOSAIQ zarządza pracą akceleratorów i systemów planowania leczenia oraz ruchem pacjentów, jest więc oprogramowaniem spajającym pracę linii radioterapeutycznej. Należy podnieść, że skoro Elekta AB ma w swojej ofercie usługi obejmujące serwis urządzeń i systemów wchodzących w skład kontrolowanego zamówienia możliwe było powierzenie wykonania zamówienia innym wykonawcom niż Siemens Sp. z o.o. Tym samym, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 876) użytkownik wyrobu jest obowiązany do przestrzegania instrukcji używania w ten sposób, iż dostawca w instrukcji użytkownika nakaże korzystanie z pomocy serwisowej konkretnie wskazanego podmiotu, a użytkownik bez względu na koszt oraz inne kwestie będzie obowiązany stosować się do tych zapisów. Użytkownik powinien ściśle przestrzegać wskazań i zaleceń dostawcy w zakresie koniecznych konserwacji i okresowych przeglądów

oraz używać wyrobu zgodnie z załączoną instrukcją. Z powyższego wynika, iż użytkownik jest obowiązany do przestrzegania instrukcji obsługi w zakresie wskazań i zaleceń dostawcy odnoszących się do koniecznych konserwacji, okresowych przeglądów oraz sposobu używania wyrobu, a nie do wyboru podmiotu, który będzie świadczył niniejsze usługi.

Ponadto, w ocenie Izby nie zachodziły przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Jak wynika z akt postępowania producentem systemu MOSAIQ jest inny wykonawca niż Siemens Sp. z o.o., tj. Elekta AB, który jednocześnie świadczy usługi serwisu tego systemu. Okoliczność ta nie była kwestionowana w żaden sposób przez Zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach. Powyższe sytuacja wyklucza możliwość zastosowania w tym zakresie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Z kolei powoływanie się przez Zamawiającego na art. 90 ust. 4 i 5 ustawy o wyrobach medycznych nie znajduje uzasadnienia w kontekście dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy. Przepisy te są adresowane do podmiotów dokonujących wprowadzenia wyrobów medycznych do obrotu.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....