

WYROK

z dnia 10 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **MVS Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów** w dniu **26 stycznia 2011 r.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakłada na Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice karę finansową w wysokości 1 250 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście pięćdziesiąt zł zero groszy),

2. Kosztami postępowania obciąża Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **MVS Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **11.098 zł 98 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice** na rzecz **MVS Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę oryginalnej, zgodnej z zaleceniami producenta aparatu CT lampy RTG do tomografu komputerowego wraz z montażem, nr postępowania 1/TZ/2011, zostało wszczęte przez Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Pabianickie Centrum Medyczne, ul. Jana Pawła II 68, 95-200 Pabianice zwany dalej: „Zamawiającym”. Zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie art. 66 ust.2 Pzp, ani ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Umowa została zawarta w dniu 19.01.2011 r.

W dniu 21.01.2011 r. Zamawiający ustnie przekazał przedstawicielowi MVS Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 27, 43-190 Mikołów zwanego dalej: „MVS Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” informację o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. na dostawę lampy rtg do przedmiotowego tomografu. W dniu 24.01.2011 r. Zamawiający udostępnił MVS Sp. z o.o. w swojej siedzibie dokumentację postępowania, w tym protokół z postępowania.

W dniu 26.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” MVS, wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.01.2011 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonując zaskarżonych czynności naruszył: 1) art. 66 i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp - przez przyjęcie, że jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia jest firma GE Medical System Polska Sp. z o.o.; 2) art. 10 ust. 1 Pzp - poprzez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego; 3) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wnosil o uznanie odwołania za zasadne i nakazanie: 1) Zamawiającemu unieważnienia postępowania przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki oraz nakazanie Zamawiającemu wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym, 2) w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy:

- a) o unieważnienie zawartej umowy, albo
- b) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej w maksymalnej możliwej wysokości w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie

jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu;
albo

c) o nałożenie kary finansowej w maksymalnej możliwej wysokości albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym; albo

d) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp - stwierdzić naruszenie przepisów Pzp. Ponadto, Odwołujący wnosił o zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w sytuacji potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, po ogłoszeniu postępowania w jednym z podstawowych trybów (przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego), Odwołujący miałby możliwość ubiegania się o zamówienie. Ponadto wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę, nie uzyskując możliwości uzyskania konkretnego zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał także, że prowadzi działalność w zakresie sprzedaży, montażu, jak również naprawy i serwisu urządzeń medycznych przeznaczonych do diagnostyki obrazowej oraz terapii z zastosowaniem promieniowania jonizującego. Świadczy usługi również dla podmiotów publicznych stosujących procedury zamówień publicznych. Odwołujący dysponuje również referencjami potwierdzającymi wykonanie przez Odwołującego dostawy lampy rtg do tomografu komputerowego HiSpeed CT/E produkcji General Electric, tj. tomografu tego samego rodzaju co posiadany przez Zamawiającego, do którego Zamawiający zamawiał lampę rtg w kwestionowanym w niniejszym odwołaniu trybie zamówienia z wolnej ręki. Ponadto, Odwołujący podniósł, że oferowane przez niego lampy rtg to lampy produkowane przez koncern Dunlee, Oddział Philips Medical System, wiodącego dostawcę lamp do urządzeń rentgenodiagnostycznych na świecie. Odwołujący jest autoryzowanym partnerem firmy Dunlee. Lampy rtg znajdujące się w ofercie Odwołującego są zamiennikami dla lamp rtg oferowanych przez producentów tomografów. Wszystkie oferowane lampy rtg są zarejestrowane w Polsce jako wyrób medyczny.

Odwołujący wskazuje, że w odpowiedzi na zapytanie ze strony Zamawiającego w dniu 18.01.2011 r. przesłał faksem oraz na adres poczty elektronicznej Zamawiającego ofertę na lampę rtg do tomografu komputerowego HiSpeed CT/e produkcji GE Healthcare w dwóch opcjach - zakup nowej lampy lub dzierżawa na 9 miesięcy nowej lampy. Z uwagi na brak odpowiedzi w związku ze złożonymi ofertami, w dniu 21.01.2011 r. przedstawiciel Odwołującego spotkał się z przedstawicielem Zamawiającego. Uzyskał informację, że: *„W związku z brakiem dokumentacji w dn. 21.01.2011 r. w Dziale Zam. Publicznych, dotyczącej postępowania na zakup lampy rtg do tomografu komputerowego, proponuję przekazanie kopii dokumentacji przetargowej w dn. 24.01.2011 r.”*. W dniu 24.01.2011 r. Zamawiający umożliwił Odwołującemu zapoznanie się z dokumentacją dotyczącą zamówienia na dostawę lampy rtg do tomografu komputerowego. Z dokumentacji tej wynika,

że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone w trybie z wolnej ręki, a do negocjacji zaproszono jednego wykonawcę firmę GE Medical System Polska Sp. z o.o. Ponadto, z pkt 3: „Protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki” zatytułowanego: „Uzasadnienie wyboru trybu postępowania” wynika, że: „Powody zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (podać uzasadnienie faktyczne i prawne): Uszkodzenie lampy RTG (karta pracy). Konieczność zakupu oryginalnej lampy RTG, zgodnej z zaleceniami producenta aparatu CT celem wykonywania badań we własnej placówce. Zastosowanie art. 66 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 (tekst jednolity Dz. U z dn. 25 czerwca 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) - dostawa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.”

Odwołujący kwestionuje prawidłowość zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 10 Pzp podstawowymi sposobami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony. Pozostałe przewidziane w ustawie tryby udzielania zamówień, w szczególności zamówienia z wolnej ręki dopuszczalne są tylko i wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 66 ust. 1 Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielania zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Przepisy określają przesłanki, których wystąpienie uzasadnia zastosowanie przez zamawiającego tego trybu udzielania zamówień, w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 1) lit a Pzp - dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Przywołał - Wytyczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów w dniu 18 listopada 2010 r. 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.

Analogiczne zasady interpretacji wynikają również, w jego ocenie, z orzecnictwa w sprawach zamówień publicznych. Przytoczył wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r., sygn. akt: II SA 2074/00 (Wokanda 2001/1/39), wyroku ZA z dnia 13.12.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2897/06, uchwałę KIO z dnia 08.07.2010 r., sygn. akt: KIO/KD 49/10, wyrok WSA w Warszawie z dnia 29.07.2010 r., sygn. akt: V SA/Wa 875/10, uchwałę KIO z dnia 07.04.2009 r., sygn. akt: KIO/KD 8/2009, czy też uchwałę KIO z dnia 12.03.2009 r., sygn. akt: KIO/KD 5/2009

Z powyższego wynika, że w sytuacji kiedy na rynku dostępne są rozwiązania techniczne analogiczne lub równoważne do rozwiązania oferowanego przez producenta urządzenia lub podmiot przez niego autoryzowany przesłanka: „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” nie jest spełniona. Innymi słowy, Zamawiający chcąc zastosować przesłankę z art. 67 ust.1 pkt 1 lit a) Pzp w przypadku dostawy części

zamiennych do posiadanego urządzenia powinien oprócz stwierdzenia, że istnieją oryginalne części zamienne oferowane przez producenta lub podmiot autoryzowany przez producenta do dostawy i wymiany takich części zamiennych, powinien zbadać czy na rynku nie są oferowane części zamienne do tego urządzenia produkowane przez inne podmioty, a wynik takiego badania powinien być negatywny.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że w przesłanka: „*możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze*” nie jest spełniona w przypadku wymiany lampy rtg w tomografie komputerowym HiSpeed Ct/e produkcji General Electric, jak również w innych w przypadkach wymiany lamp rtg w tomografach komputerowych tego producenta. Odwołujący wskazuje, że na rynku dostępne są lampy rtg produkcji Dunlee przeznaczone do stosowania w tomografach komputerowych firmy General Electric. Do stosowania w tomografie komputerowym HiSpeed CT/e i CT/e Dual przeznaczona jest lampa rtg MX135CTe firmy Dunlee. Odwołujący ponownie wskazał, że lampa ta zarejestrowana jest w Polsce jako wyrób medyczny, jak również posiada odpowiednie świadectwo zgodności CE. Lampa rtg MX135 firmy Dunlee jest zgodna z parametrami technicznymi wymaganymi dla lamp rtg stosowanych w tomografach komputerowego HiSpeed CT/e, określonymi w instrukcji obsługi tego tomografu, w szczególności średnica anody, kąt anody, charakterystyka mocy, rozmiar ogniska, prędkość rotacji. Spełnia więc wymagania producenta tomografu komputerowego co do posiadania określonych parametrów technicznych. Ponadto lampa rtg MX 135CTe jest dedykowana przez producenta tej lampy do pracy właśnie w tomografie komputerowym HiSpeed CT/e produkcji General Electric. Odwołujący dysponuje oświadczeniem producenta lampy rtg MX135CTe firmy Dunlee, zgodnie z którym Zespoły Medycznych Lamp Rentgenowskich Dunlee są zgodne z systemami skanerów do tomografii komputerowej (CT) General Electric, Philips, Siemens, Toshiba, Shimadzu i Hitachi, zostały zaprojektowane i wyprodukowane pod kątem wykorzystania w tych systemach. Firma Dunlee, Oddział Philips Medical System posiada certyfikat zgodnie z EN ISO 13485:2003, potwierdzający ustanowienie i stosowanie przez tę firmę systemu zarządzania jakością dla wyrobów medycznych, ponadto firma Dunlee, Oddział Philips Medical System posiada certyfikat dla Dyrektywy Rady 93/42/EWG Załącznik II Artykuł 3, zatwierdzający System Całkowitego Zapewnienia Jakości dla Wyrobów Medycznych, pozwalający na umieszczenie „*Oznaczenia CE*”.

Odwołujący podkreślił, że złożone przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. oświadczenie, że podmiot ten jest jedynym podmiotem autoryzowanym przez producenta tomografu komputerowego Hispeed CT/e - General Electric - do przeprowadzania serwisu, jak również dostawcą oryginalnych części zamiennych, nie jest wystarczające do stwierdzenia, że spełniona jest przesłanka przyczyn „*technicznych o obiektywnym charakterze*”. Jak to było wyżej wskazane na rynku dostępna jest co najmniej jedna inna

lampa rtg spełniająca parametry techniczne do stosowania w tomografii komputerowej HiSpeed CT/e.

Wskazane wyżej lampy rtg MX135CTe firmy Dunlee były wielokrotnie montowane w tomografach HiSpeed Ct/e produkcji General Electric. Po każdym montażu lampy rtg tomograf przechodzi testy akceptacyjne wykonywane zgodnie z normą PN-EN 61223-2-6:2002, które potwierdzają prawidłowe parametry techniczne pracy tomografu. Jak to zostało wyżej wskazane Odwołujący dysponuje referencjami potwierdzającymi fakt zainstalowania i prawidłowego działania przedmiotowych lamp w wyżej wskazanych tomografach komputerowych.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że aparatura rentgenowska, w tym tomografy komputerowe, podlega obowiązkowym, przeprowadzanym raz do roku, testom specjalistycznym pod kątem prawidłowości pracy, w szczególności w zakresie wysokiego napięcia, całkowitej filtracji warstwy pochłonnej, wydajności lampy, poziomu szumu, wartości HU, indeksu dawki.

O możliwości zainstalowania lampy rtg MX135CTe firmy Dunlee Zamawiający powziął wiadomość z oferty przedłożonej przez Odwołującego w dniu 18.01.2011 r. Do oferty Odwołujący załączył referencje potwierdzające fakt instalowania przedmiotowej lampy w tomografach komputerowych HiSpeed Ct/e produkcji General Electric.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający wykorzystał przesłane przez Odwołującego oferty tylko i wyłącznie do wzmocnienia swojej pozycji negocjacyjnej względem firmy GE Medical System Polska Sp. z o.o. Wskazują na to zbieżność daty prowadzenia negocjacji z p. Michałem R. (w dniu 18.01.2011 r.) z konsultacjami telefonicznymi jakie były w tym dniu prowadzone z Odwołującym, a także dość znaczny obiektywnie upust cenowy który uzyskał Zamawiający w toku negocjacji.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że według jego wiedzy lampy rtg przeznaczone do tomografu HiSpeed CT/e znajdują się również w ofercie firmy MKJ Radiologia Sp. z o.o. z siedzibą w Baninie (lampa rtg marki Varian typ MV135CT-H1) oraz w ofercie firmy Creator-Comm Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lampa rtg marki IAE typ RTC135).

Podkreślił, że w sprawach dotyczących dostawy lampy rtg do tomografu komputerowego HiSpeed CT/e lub CT/e Dual przez innych zamawiających prowadzone były postępowania z zachowaniem konkurencji w trybie przetargu nieograniczonego:

1) przetarg nieograniczony na dostawę i wymianę lampy RTG i nagrywarki do tomografu komputerowego CT Hispeed CT/e ESR produkcji General Electric, Zamawiający – Wojewódzki Samodzielny Szpital Psychiatryczny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Prof. Dr Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, numer ogłoszenia: 112835-2009, data zamieszczenia 16.07.2009 r. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty, co wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 293496 -2009; data zamieszczenia: 26.08.2009, przetarg wygrała firma MVS Sp. z o.o.;

2) przetarg nieograniczony na dostawę lampy do tomografu komputerowego He Speed CT/e Dual dla ZOZ MSWiA w Lublinie, numer ogłoszenia: 247901-2008, data zamieszczenia 02.10.2008 r. W postępowaniu zostały złożone 4 oferty, co wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 338579 -2008; data zamieszczenia: 28.11.2008, przetarg wygrała firma KIE Sp. z o.o. z siedzibą w Niepruszewie.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w ostatnim czasie były przeprowadzane przetargi nieograniczone dotyczące wymiany lampy rtg w tomografach komputerowych, w szczególności:

1. ogłoszenia z dnia 13.08.2010 r. nr 250496-2010, przetarg nieograniczony na zakup i dostawę lampy rtg do tomografu komputerowego Bright Speed Elitę firmy GE wraz z montażem i przeprowadzeniem testów akceptacyjnych, Zamawiający: Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie;
2. ogłoszenie z dnia 03.09.2010 r. nr 240133-2010, przetarg nieograniczony na dostawę lampy RTG do tomografu komputerowego, Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Sandomierzu;
3. ogłoszenie z dnia 05.11.2010 r. nr 313811-2010 przetarg nieograniczony na dostawę i montaż lampy do TK do SP ZOZ Szpitala Wielospecjalistycznego w Jaworznie;
4. ogłoszenie z dnia 24.11.2010 r. nr 382020-2010, przetarg nieograniczony na dostawę fabrycznie nowej, nieużywanej, nie rekondukcjonowanej lampy do tomografu Hi Speed Nx/i produkcji GE Medical Systems, Zamawiający Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Biłgoraju;
5. ogłoszenie z dnia 28.12.2010 r., nr 372489-2010, przetarg nieograniczony na dostawę lampy rtg do tomografu komputerowego LightSpeed Advantage Plus firmy GE wraz z montażem i przeprowadzeniem testów akceptacyjnych, Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Szamotułach. Zauważył, że w powyższych przypadkach w postępowaniach były składane ważne oferty przez więcej niż jednego wykonawcę. Ponadto, w wyniku tych postępowań zamówienie były udzielane także podmiotom oferującym lampy rtg innych podmiotów niż producent tomografu.

Odwołujący wskazał ponadto, na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez to, że Zamawiający zastosował jako tryb udzielania zamówienia tryb zamówienia z wolnej ręki, tj. tryb który z założenia jest trybem ograniczającym konkurencję z uwagi na prowadzenie negocjacji tylko z jednym wykonawcą. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a pozostałe tryby udzielania zamówień publicznych, w tym tryb zamówienia z wolnej ręki powinien być stosowany wyjątkowo, tylko w okolicznościach wskazanych w Pzp.

Zamawiający w dniu 28.01.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. W dniu 31.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GE Medical

Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa zwana dalej: „GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu tego samego dnia faxem. W dniu 07.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. przedłożyło pismo, w którym złożyło pisemne oświadczenie, że wycofuje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopia wycofania została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu tego samego dnia faxem. W konsekwencji Izba uznała, że żadne przystąpienia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie miały miejsca.

W dniu 28.01.2011 r. faxem, a 31.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołujący na wezwanie Prezesa KIO z dnia 27.01.2011 r. przesłał pismo dotyczące wniesionego odwołania.

W dniu 31.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający na wezwanie Prezesa KIO z dnia 27.01.2011 r. przesłał pismo dotyczące wniesionego odwołania. Po pierwsze, wskazał, że wartość zamówienia na dostawę oryginalnej, zgodnej z zaleceniami producenta aparatu CT lampy RTG do tomografu komputerowego wraz z montażem została określona w dniu 17.01.2011 r. na kwotę 148 148,15 zł, co stanowi równowartość 38 590,30 euro. Wartość zamówienia zatem nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ustosunkowując się do odpowiedzi, Zamawiający wyjaśnia. Postępowanie prowadzono w trybie art. 66 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp. Zamawiający nie przekazywał publicznie informacji o zamiarze zawarcia umowy na ww. przedmiot zamówienia. Dnia 17.01.2011 r. Wykonawca firma GE Medical System Polska Sp. z o. o. została zaproszona na negocjacje. Odbyły się one w siedzibie Zamawiającego w dniu 18.01.2011 r. W wyniku przeprowadzonych negocjacji sporządzony został protokół wraz z ostatecznym wzorem umowy (w załączeniu). Umowa została podpisana dnia 19.01.2011 r. Zamawiający otrzymał zapewnienie telefoniczne o jej podpisaniu. Do dnia 28.01.2011 r. nie dotarł jeszcze do Zamawiającego oryginał podpisanej umowy, stąd brak informacji o udzielonym zamówieniu.

Po drugie, Zamawiający wyjaśnił jakimi przesłankami kierował się przy wyborze trybu „wolna ręka” w celu udzielenia zamówienia Wykonawcy GE Medical System Polska Sp. z o. o. Wyjaśnił, że zgodnie z dyrektywą 93/42/EWG oraz ustawą o Wyrobach medycznych z 20.05. 2010 o wyrobach medycznych, w szczególności art. 11 ust. 1 i 4, certyfikat CE na wyroby medyczne w tym przypadku tomograf komputerowy Hispeed CT/e wystawiany jest w oparciu o przeprowadzoną dla wyrobu procedurę oceny zgodności wszystkich części wyrobu medycznego jako jednego produktu. W przypadku, gdy użytkownik/właściciel decyduje się na użycie części nie wytwarzanych przez producenta urządzenia, np. lampy RTG, walidacja wyrobu medycznego, a zatem także oznaczenie CE umieszczone na nim przez producenta, tracą ważność. W takim przypadku Zamawiający przejmuje całą

odpowiedzialność za prawidłową walidację i funkcjonowanie wyrobu medycznego, tj. tomografu Hispeed Ct/e. Producent zmuszony jest odmówić przyjęcia jakiegokolwiek odpowiedzialności za jego awarie i problemy powstałe na skutek użycia części nie poddanej procesowi walidacji. Dodatkowo z „nowej” ustawy o wyrobach medycznych: art. 94 ust.1, art. 96 oraz art. 2 ust. 1 pkt 14a), Zamawiający powinien kierować się dobrem i bezpieczeństwem pacjentów. Odpowiedzialność za wadliwe funkcjonowanie sprzętu medycznego ponosi zakład opieki zdrowotnej. W wyroku SN z 11.05.1983 r., sygn. akt: IV CR 118/83 wskazano, że: „(...) dopuszczenie do użycia sprzętu medycznego (operacyjnego) niesprawnego, narażającego pacjentów na możliwość uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, musi być uważane za zawinione zaniedbanie funkcjonariuszy zakładu leczniczego, w którym dokonano zabiegu”. Zamawiający ma więc obowiązek, kierując się dobrem pacjentów dokonać takiego wyboru trybu i warunków postępowania, aby ryzyko uszczerbku na zdrowiu pacjenta było jak najmniejsze. Zamawiający kierując się bezpieczeństwem pacjenta może żądać lampy oryginalnej tj. zgodnej z fabryczną konfiguracją urządzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, wnioskiem z dnia 17.01.2011 r. o rozpoczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz Kartą Pracy, zaproszeniem do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 17.01.2011 r. wraz z załącznikiem, protokołem z przeprowadzonych negocjacji z dnia 18.01.2011 r., oświadczeniami i dokumentami dostarczonym w ramach negocjacji, a w szczególności oświadczeniem GE Healthcare (GE Medical Systems S.C.S.) z dnia 05.03.2009 r. wraz z tłumaczeniem poświadczonym przez tłumacza przysięgłego oraz oświadczeniem GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., protokołem DRUK ZP-WR, odwołaniem wraz z załącznikami, pismem Zamawiającego z dnia 28.01.2011 r. zawierającym odpowiedź na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

W ocenie Izby Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia udzielonego przez Zamawiającego innemu wykonawcy, gdyż oferuje lampy RTG do tomografu komputerowego użytkowanego przez Zamawiającego. Natomiast udzielenie tego zamówienia przez Zamawiającego w trybie

zamówienia z wolnej ręki mogło spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, o którego uzyskanie mógłby się realnie ubiegać.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności wniosku z dnia 17.01.2011 r. o rozpoczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz Karty Pracy, zaproszenia do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 17.01.2011 r. wraz z załącznikiem, protokołu z przeprowadzonych negocjacji z dnia 18.01.2011 r., oświadczeń i dokumentów dostarczonych w ramach negocjacji, w tym oświadczenia GE Healthcare (GE Medical Systems S.C.S.) z dnia 05.03.2009 r. wraz z tłumaczeniem poświadczonym przez tłumacza przysięgłego oraz oświadczenia GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., protokołu DRUK ZP-WR, odwołania wraz z załącznikami (1) kopii referencji od Wielospecjalistycznego Szpitala - Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu z dnia 12.04.2010 r., 2) kopii referencji od Wojewódzkiego Samodzielnego Szpitala Psychiatrycznego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Prof. dr Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z dnia 08.04.2010 r., 3) kopii referencji od Ekolox Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z dnia 31.03.2010 r., 4) wydruku e-maila do Zamawiającego z dnia 18.01.2011 r. wraz z załącznikami potwierdzeniem nadania faksu do Zamawiającego, 5) kopii pisma od Zamawiającego podpisanego przez Specjalistę ds. Zamówień Publicznych Pana Krzysztofa Madaja, 6) kopii informacji o dokonaniu wpisu Zespołu lampy rentgenowskiej MX 135CTe do Rejestru Wyrobów Medycznych; 7) kopii Świadectwa Zgodności CE w języku angielskim wraz z kopią tłumaczenia przysięgłego na język polski, 8) kopii oświadczenia Dunlee w języku angielskim wraz z kopią tłumaczenia przysięgłego na język polski, 9) wyciągu z katalogu producenta lamp Dunlee, 10) wydruku ze strony internetowej firmy MKJ Radiologia Sp. z o.o. z ofertą lamp rtg, 11) wydruku ze strony internetowej firmy Creator-Comm Sp. z o.o. z ofertą lamp rtg do tomografów komputerowych), pisma Zamawiającego z dnia 28.01.2011 r. zawierającego odpowiedź na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na wspólny charakter Izba rozpatrzyła łącznie zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 66 i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp - przez przyjęcie, że jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia jest firma GE Medical System Polska Sp. z o.o.;
- 2) art. 10 ust. 1 Pzp - poprzez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji uznając, że niniejsze zarzuty są zasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

W dniu 17.01.2011 r. Zamawiający zaprosił do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki GE Medical System Polska Sp. z o.o. W dniu 18.01.2011 r. przeprowadzono negocjacje w wyniku których uzgodniono ostateczną treść umowy, która została zawarta w dniu 19.01.2011 r. Wysokość wynagrodzenia wynikająca z umowy – 125.000,00 zł brutto. Dostawca zobowiązał się do dostarczenia i zamontowania urządzenia, tj. lampy RTG do tomografu komputerowego HiSpeed CT/E produkcji General Electric w terminie 19.01.2011 r., jak również do świadczenia usługi gwarancyjnej przez okres 7 miesięcy. Zamawiający potwierdził na rozprawie powyższe okoliczności. Stwierdził także, że umowa została zrealizowana, nie dotarła do niego jedynie umowa parafowana przez drugą stronę umowy.

Ponadto wskazał, że od początku użytkowania przez niego (tj. od 2003 r.) tomografu komputerowego, serwis w jego zakresie miał miejsce na bazie części oryginalnych, zaś zakupy dokonywane były w ramach zamówienia z wolnej ręki. Potwierdził także, że nie wiązały go już żadne umowy gwarancyjne odnośnie przedmiotowego tomografu komputerowego.

Jednocześnie Izba ustaliła na podstawie dowodów załączonych do odwołania, iż w dniu 17.01.2011 r. przedstawiciele Zamawiającego zwrócili się drogą emaliową o przesłanie oferty cenowej na zakup, leasing, dzierżawę z testami lampy RTG. W dniu 18.01.2011 r. Odwołujący przesłał (emailiem i faxem) 2 oferty cenowe (jedną na zakup, drugą na dzierżawę lampy RTG na 9 miesięcy). Powyższe okoliczności były podstawą dalszych działań Odwołującego w dniu 21.01.2011 r., 24.01.2011 r. oraz 26.01.2011 r. Zamawiający nie negował powyższych okoliczności.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że stosownie do: *„Wytycznych przyjętych przez Komitet Stały Rady Ministrów w dniu 18 listopada 2010 r. dotyczących 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”* zwanych dalej: *„Wytycznymi”*, podstawą

stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) (przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze), są:

a) szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie, musi być on wykonawcą, który jest - jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego;

b) względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy – tak aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny - istnienie jednego wykonawcy musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko subiektywnego przekonania Zamawiającego.

Ponadto, należy brać pod uwagę także wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich UE. Nie wystarcza także okoliczność tego rodzaju, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu. Jeżeli na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, wystarczy aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Dla zastosowania art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a Pzp konieczne jest istnienie trwałego i nieprzewidywalnego monopolu, który ma charakter obiektywny.

Po drugie, z dokumentacji, z wyjaśnień Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 28.01.2011 r. oraz udzielonych na rozprawie wynika, że uznał zaistnienie: *„możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”*, tj. konieczność zakupu oryginalnej lampy RTG z uwagi na zalecenie producenta aparatu CT. W konsekwencji udzielił zamówienia polskiemu przedstawicielowi producenta, tj. GE Medical System Polska Sp. z o.o. Izba po analizie całokształtu okoliczności oraz zgromadzonego materiału dowodowego nie uznała powyższych okoliczności za uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a Pzp. Należy bowiem wskazać, że Odwołujący wykazał że istnieją co najmniej trzej dostawcy nie licząc GE Medical System Polska Sp. z o.o. - lampy RTG do tomografu komputerowego użytkowanego przez Zamawiającego. Na tą okoliczność Odwołujący przedłożył: 1) wydruk e-maila do Zamawiającego z dnia 18.01.2011 r. wraz z załącznikami potwierdzeniem nadania faksu do Zamawiającego; 2) wyciąg z katalogu producenta lamp Dunlee, 3) wydruk ze strony internetowej firmy MKJ Radiologia Sp. z o.o. z ofertą lamp rtg, 4) wydruk ze strony internetowej firmy Creator-Comm Sp. z o.o. z ofertą lamp rtg do tomografów komputerowych. Wynika z nich, że są to lampy RTG do tomografu komputerowego HiSpeed CT/e produkcji GE Healthcare, takiego jak użytkowany przez Zamawiającego. Wynika z nich także, że Zamawiający dysponował wiedzą w tym zakresie z uwagi na ofertę, jaką otrzymał na swój wniosek z dnia 17.01.2011 r.

od Odwołującego w dniu 18.01.2011 r. Izba wskazuje, że Zamawiający mimo, że powoływał się na zalecenia producenta nie przedłożył na powyższą okoliczność żadnego dowody, czyli ani instrukcji obsługi, użytkowania, tudzież wyciągu z niej.

Po trzecie, Izba rozumie argumentację Zamawiającego odnośnie konieczności zakupu oryginalnej części od autoryzowanego przedstawiciela producenta w Polsce (stosowne oświadczenia w tym zakresie zostały przedłożone przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. w ramach przeprowadzonych negocjacji w dniu 18.01.2011 r.), jednakże konieczne jest podkreślenie, że Zamawiający nie był już związany umową gwarancyjną z producentem tomografu komputerowego (powyższa okoliczność potwierdził na rozprawie Zamawiający) była więc to zamówienie pogwarancyjne - dostawa połączona z montażem oraz nowym okresem gwarancyjnym.

Po czwarte, Izba podkreśla, że wnikliwa analiza dowodów złożonych przez Odwołującego wskazuje, że oferowane przez niego lampy RTG produkcji firmy Dunlee do tomografów komputerowych HiSpeed CT/e produkcji GE Healthcare mają certyfikat zgodności CE, w którym stwierdza się, że są to: „*zamienniki zespołu kołpaka lampy rentgenowskiej DA 135 CTe GE*”. Wynika więc wprost, że jest to lampa rentgenowska do tomografów komputerowych CT/ GE, czyli produkcji GE Healthcare. W konsekwencji obawy o utratę certyfikatu zgodności CE dla jednego całego produktu jakim jest tomograf komputerowy użytkowany przez Zamawiającego z uwagi na zamontowanie lampy RTG Odwołującego są nieuprawnione skoro certyfikat zgodności dla lampy RTG wprost dedykuje ich przeznaczenie do tomografów komputerowych produkcji GE Healthcare (dowód kopia Świadectwa Zgodności CE w języku angielskim wraz z kopią tłumaczenia przysięgłego na język polski). Należy także wskazać na oświadczenie firmy Dunlee z której wynika, że: „*Zespoły Medycznych Lamp Rentgenowskich Dunlee są zgodne z systemami skanerów do tomografii komputerowej (CT) General Electric (..)*” (..) „*każdy Zespół Kołpaka Lampy Rentgenowskiej Dunlee, wyprodukowany jako oryginalna część zamienna OEM została zaprojektowana i poddana testom pod kątem wykorzystania w tych systemach. Systemy wytwarzane przez producenta oryginalnego sprzętu (OEM) obejmują skanery do tomografii komputerowej produkowane przez G.E. (...)*” (dowód kopia oświadczenia Dunlee w języku angielskim wraz z kopią tłumaczenia przysięgłego na język polski). Ponadto, lampa RTG oferowana przez Odwołującego jest wyrobem medycznym zarejestrowanym przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produkcji Biobójczych – dane wyrobu: PL/DR 020456 (dowód kopia informacji o dokonaniu wpisu Zespołu lampy rentgenowskiej MX 135CTe do Rejestru Wyrobów Medycznych). W konsekwencji Odwołujący gwarantuje, że w efekcie jego działań nie dojdzie do utraty zgodności wyrobu z wymaganiami zasadniczymi, które są podstawą uzyskania certyfikatu zgodności CE (<http://oznaczenie-ce.pl/ceguide.php?&sessionID=484f71c5955e9d045f1118db9385c901&mId=19>).

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający w toku rozprawy powoływał się na ustne oświadczenie GE Medical System Polska Sp. z o.o., które w żaden sposób nie zostało

potwierdzone, także z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że GE Medical System Polska Sp. z o.o. wycofało złożone do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego. Izba w żaden sposób nie ocenia powyższej decyzji, uznając je za suwerenne prawo każdego Wykonawcy. Pragnie jedynie wskazać w tym kontekście, że każda lampa RTG każdorazowo przy montażu przechodzi testy akceptacyjne, które są powtarzane w toku dalszej eksploatacji. W razie jakichkolwiek niezgodności Zamawiający ma prawo zakwestionować zrealizowane zamówienie tak przy montażu, jak i na dalszym etapie zważywszy na usługę gwarancyjną (w tym wypadku – 7 miesięcy, powyższe wynikało tak z wzoru umowy, jak i umowy końcowej). Ponadto, Odwołujący wskazał też w toku rozprawy, iż w wypadku zamontowania jego lampy RTG przyjmuje całą odpowiedzialność za serwisowanie tomografu komputerowego.

Po piąte, twierdzenia Odwołującego o realizacji tego rodzaju zamówień dla innych Zamawiających znajdują potwierdzenie w złożonych listach referencyjnych (dowody: 1- kopia referencji od Wielospecjalistycznego Szpitala - Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu z dnia 12.04.2010 r., 2 - kopia referencji od Wojewódzkiego Samodzielnego Szpitala Psychiatrycznego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Prof. dr Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie z dnia 08.04.2010 r., 3 - kopia referencji od Ekolex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku z dnia 31.03.2010 r.). Przytoczone w odwołaniu przykłady postępowań przetargowych o wskazanych numerach w stosownym publikatorze także potwierdzają możliwość skutecznego przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego. Twierdzenia przeciwne Zamawiającego nie zostały w żaden sposób udokumentowane. Izba wskazuje także, że w przedmiotowym stanie faktycznym kierowała się w szczególności zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że przeanalizowała argumentację Zamawiającego także w kontekście przepisów nowej ustawy z dnia 20.05.2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679), a w szczególności art. 11, 90, jak również art. 96 oraz art. 98. W ocenie Izby nie wynika z nich utrata certyfikatu zgodności CE dla całego produktu w wypadku użycia części zamiennej innej niż producenta, zwłaszcza jeśli niniejsza część ma także certyfikat zgodności CE, do tego jest dedykowana dla tomografu komputerowego danego producenta. Ponadto, art. 90 nie obowiązywał w całości na datę zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, tudzież zawarcia umowy, czy też na data rozpatrzenia odwołania, jego ust. 3-5 wchodzi w życie od dnia 19.09.2011 r. Izba dostrzega konsekwencje obowiązywania nowej ustawy o wyrobach medycznych, jak i sankcje wynikające z art. 96 i 98 tej ustawy. Jednakże, władna jest jedynie rozstrzygać w kontekście naruszenia Pzp, a nie ustawy o wyrobach medycznych. Zaś kwestie mogące mieć miejsce na „styku” Pzp i ustawy o wyrobach medycznych należy rozstrzygać w zależności od konkretnych okoliczności i danego stanu prawnego. Należy bowiem także zauważyć, iż zgodnie z art. 138 w/w ustawy: *„Wyroby wprowadzone do obrotu przed dniem wejścia w życie ustawy spełniające wymagania określone w ustawie, o której mowa w art. 140*

[ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896, z 2005 r. Nr 64, poz. 565, z 2007 r. Nr 176, poz. 1238 oraz z 2008 r. Nr 157, poz. 976) - dopisek autora], mogą pozostawać w obrocie i być wprowadzone do używania po tym terminie”, zgodnie zaś z oświadczeniem Zamawiającego tomograf komputerowy do którego zakupiono lampę RTG jest użytkowany od 2003 r. Niezależnie od powyższego, dowody przedłożone przez Odwołującego dają realną podstawę do uznania, że tomograf komputerowy HiSpeed CT/e produkcji GE Healthcare serwisowany za pomocą lampy RTG firmy Dunlee nie zagraża dobru i bezpieczeństwu pacjentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W przypadku zawarcia umowy, co miało miejsce w niniejszej sprawie, Izba jest uprawniona na podstawie art. 190 ust. 8 Pzp do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia przesłanek jej unieważnienia, nałożenia kary finansowej albo skrócenia okresu jej obowiązywania. Jedną z przesłanek podlegania przez umowę unieważnieniu wskazaną w art. 146 ust. 1 Pzp jest zastosowanie przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Jednakże mimo naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 lit. a Pzp, Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp uznała, że utrzymanie w mocy tej umowy leży w interesie publicznym i nie zaistniały okoliczności wyłączające jego zaistnienie wskazane w art. 192 ust. 5 Pzp. W tym przypadku Izba uznała, że działanie tomografu komputerowego, czyli wykonywanie tomografii komputerowej wiąże się bezpośrednio z wykonywanymi świadczeniami medycznymi, a brak lampy RTG może powodować realnie brak możliwości wykonywania zabiegów i świadczeń medycznych, co w konsekwencji stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów (podobnie wyrok KIO z dnia 20.05.2010 r., sygn. akt: KIO 754/10).

Orzekając o karze finansowej Izba wskazuje, że nie jest związana żądaniami, lecz zarzutami Odwołującego, zaś z urzędu jest zobowiązana orzekając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp do kierowania się art. 192 ust. 4 Pzp, tj. uwzględnienia wszystkich okoliczności, w tym powagi naruszenia, zachowania Zamawiającego oraz konsekwencji unieważnienia umowy. Z tych względów Izba biorąc pod uwagę, że Zamawiający jak wskazywał w piśmie z dnia 28.01.2011 r. kierował się dobrem i zdrowiem pacjentów uznała, że niecelowe byłoby skrócenie okresu obowiązywania umowy. W rezultacie nakładając karę finansową w wysokości 1 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana. Zgodnie z § 2 ust. 1 wartość brutto umowy stanowi kwotę 125.000,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Pzp przez udzielenie zamówienia z wolnej ręki GE Medical System Polska Sp. z o.o. miało wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp – orzekła jak w sentencji. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż

zgodnie z art. 195 ust. 1 Pzp karę finansową uiszcza się w ciągu 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Zaś orzeczenie Izby, wydane na podstawie art. 192 ust.3 pkt 2 lit. c Pzp staje się prawomocne odpowiednio z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby wyroku oddalającego skargę (art. 195 ust. 3 Pzp).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.598,98 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....