

Sygn. akt KIO/KU 106/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 grudnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 listopada 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego - Wrocławskie Centrum Badań EIT Sp. z o.o. we Wrocławiu - wobec informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 4 listopada 2014 r. znak: UZP/DKUE/W2/420/130(10)/14/JL, UZP/DKUE/KU/129/14 w zakresie naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Magdalena Grabarczyk
Członkowie:	Emil Kawa
	Marek Koleśnikow

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Wrocławskiego Centrum Badań EIT Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 4 listopada 2014 roku nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wrocławskie Centrum Badań EIT Sp. z o.o. we Wrocławiu – zamierza udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako „Pzp”, zamówienia publicznego na zakup systemu do epitaksji związków metalo-organicznych z fazy gazowej MOCVD. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* zostało przekazane w formie elektronicznej Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 23.07.2014 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 141 - 252921 z dnia 25.07.2014 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania i w informacji o wyniku kontroli (pismo z 4 listopada 2014 r.) stwierdził naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a oraz art. 10 ust. 1 i 2 Pzp. Prezes Urzędu uznał bowiem, że zamawiający nie wykazał istnienia obiektywnych, weryfikowalnych okoliczności, które można uznać za uzasadnienie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie powołanego przepisu ustawy. Kontrolujący podniósł, że:

- po pierwsze, zamawiający przyznał, iż na rynku istnieje więcej podmiotów, które na życzenie klienta budują podobne urządzenia. Są to VEECO oraz grupa mniejszych wykonawców. Nie ulega więc wątpliwości, że podmiotów oferujących te same lub podobne urządzenia jest więcej niż jeden. O istnieniu wyłącznie jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie świadczy niepotwierdzona informacja zawarta na stronie internetowej wykonawcy VEECO, jakoby firma nie realizowała zamówień o wymaganej przez zamawiającego specyfice. Nie świadczą o tym także przekazane informacje o spotkaniach przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy VEECO oraz maile ustalające terminy spotkań tych przedstawicieli. Powyższe spotkania i konsultacje z przedstawicielami firmy VEECO dotyczą stanu faktycznego z początku 2012 r. tj. przeszło 2 lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania.

- po drugie, nie można również uznać za obiektywną przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki argumentu dotyczącego oferowanego przez firmę Aixtron Ltd długoletniego serwisu w bliskiej lokalizacji oraz spełniania przez wykonawcę bardzo wysokich wymogi parametrycznych i jakościowych. Okoliczności te stanowią jedynie subiektywne przekonanie zamawiającego, iż ww. podmiot będzie najlepszym wykonawcą przedmiotowego zamówienia, natomiast nie świadczą o braku możliwości realizacji zamówienia przez inny podmiot.

- po trzecie, wątpliwości budzi również fakt, że zamawiający nie jest precyzyjny w swoich wyjaśnieniach – z jednej strony podkreśla konieczność przełożenia prac badawczych na realną produkcję, wykluczając tym samym udział mniejszych podmiotów w realizacji zamówienia, z drugiej zaś uznaje, że firma VEECO nie odpowiada jego oczekiwaniom, gdyż produkuje tego typu urządzenia na skalę przemysłową.

Zamawiający zgodnie z art. 167 ust. 1 Pzp pismem z 14 listopada 2014 r. wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W uzasadnieniu wskazał, że prowadzone postępowanie jest „drugim prowadzonym w 2014 roku postępowaniem w trybie zamówienia z wolnej ręki, będąc jednak od zawsze konsekwencją wszczętych wcześniej i to dwukrotnie przetargów nieograniczonych”. Wyjaśnił, że wcześniejsze postępowanie z wolnej ręki prowadzone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4

Pzp musiało zostać unieważnione „albowiem w trakcie negocjacji z Wykonawcą pojawiła się konieczność daleko idących zmian projektu umowy - zmian, które pociągały za sobą konieczność istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia”.

Zamawiający podkreślił również, że wbrew stwierdzeniom Prezesa Urzędu zawartym w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, „jedynie urządzenie oferowane przez firmę Aixtron Ltd spełnia wszystkie konieczne wymagania techniczne określone przez zamawiającego. Urządzenia oferowane przez firmę VEECO oraz kilku mniejszych producentów, faktycznie w wielu punktach jeśli chodzi o ich techniczną charakterystykę, wykazują podobieństwa z analogicznymi parametrami, jakimi charakteryzuje się wyrób firmy Aixtron Ltd., jednak są to jedynie urządzenia podobne i nie spełniają wymagań zamawiającego pod kątem niezawodności, równomierności i poziomów domieszkowania wytwarzanych warstw, a więc elementów identyfikujących sprzęt jako indywidualny, a nie podobny do innych”.

Wynikającą z zastrzeżeń hipotezę, iż inne firmy są w stanie wyprodukować sprzęt taki sam lub podobny (spełniający wymogi zamawiającego), zamawiający uznał za nieuzasadnioną i nie podpartą jakąkolwiek ekspertyzą. Podniósł, że już ten fakt (nie zaczerpnięcia specjalistycznej opinii) i podważenie zasadności wyboru trybu zamówienia wyłącznie o potoczną wiedzę kwestionuje zasadność ustaleń kontroli. Argumentował, że grono naukowców prowadzących badania, których dotyczą urządzenia, potrafi określić niezbędne cechy urządzeń spełniających potrzeby badawcze, a jednocześnie ich naukowa i oparta na dogłębnej znajomości rynku wiedza pozwala stwierdzić iż żaden z innych, mniejszych dostawców nie dysponuje technologią zdolną do realizacji zindywidualizowanego przedmiotu zamówienia. W skład zespołu, który definiował cechy planowanych do zakupu urządzeń i jednocześnie dostarczał zamawiającemu wiedzy o dostępnych na rynku rozwiązaniach, wchodzi niekwestionowany światowy autorytet z dziedziny nanotechnologii, Profesor D.H. . Podważenie wiedzy eksperckiej, na której oparł się zamawiający, w oparciu przypuszczenia Prezesa Urzędu, że być może inne urządzenia spełniają wymagania zamawiającego, nie może być przesłanką przesądającą, iż wybór trybu udzielenia zamówienia nastąpił z naruszeniem prawa.

Zamawiający wskazał, że „bazując nie tylko na swojej specjalistycznej wiedzy ale również w drodze rozeznania rynku przeprowadził gruntowną analizę dostępnych rozwiązań i stwierdził, iż aktualnie systemy do osadzania związków metaloorganicznych z fazy gazowej - Metalorganic Chemical Vapor Deposition (MOCVD) używane do hodowania/wytwarzania warstw azotków galu GaN (Galium Nitrides) na podłożach półprzewodnikowych, produkowane są przez dwie duże firmy: AIXTRON Ltd oraz VEECO”. Mniejsze firmy produkują reaktory eksperymentalne, prototypowe, których technologia nie przekłada się na wytwarzanie struktur świecących w dużej skali.

Zamawiający podkreślił, iż planuje - w ramach prowadzenia działań naukowo-badawczych - badania nad nowymi technologiami fonicznymi, kupowana aparatura naukowa musi zatem posiadać ściśle określone, bardzo wysokie parametry, nie tylko sprzętowe, ale również spełniać wymagania co do jednorodności wytwarzanych warstw oraz poziomów domieszkowania, a także powtarzalności. Oznacza to, że procesy badawcze przeprowadzone z użyciem nowej aparatury muszą być ekstremalnie dokładne oraz w pełni powtarzalne, co może być osiągnięte jedynie poprzez zakup urządzenia bazującego na sprawdzonej technologii- nie zaś technologii prototypowej.

Zamawiający powołał się ponadto na przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 b wskazując, iż firma Aixtron Ltd jako jedyna posiada opatentowane rozwiązanie tzw. Close Coupled Showerhead Reactor (reaktor prysznicowy).

Serwisowanie urządzeń zamawiający uznał za istotne, jednak jako główny i podstawowy argument wskazywał, że tylko firma Aixtron Ltd produkuje urządzenia laboratoryjne, spełniające wszystkie niezbędne wymogi zamawiającego w zakresie jakości osiągniętych wyników.

Zamawiający podkreślił, iż pomimo tych argumentów dwukrotnie dał możliwość złożenia ofert wszystkim wykonawcom poprzez przeprowadzenie przetargów nieograniczonych. Ponadto przedstawił korespondencję z firmą VEECO na potwierdzenie, iż nie ma ona w swojej ofercie systemów do badań i rozwoju - czyli reaktorów do badań laboratoryjnych. Produkcja VEECO skupia się na systemach wielkogabarytowych, dla fabryk.

Prezes Urzędu nie uwzględnił stanowiska zamawiającego i pismem z 27 listopada 2014 r. przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Kontrolujący uznał, że zmiany dokonane w drugim postępowaniu przetargowym w stosunku do pierwszego oraz unieważnienie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 z tego powodu, że „w trakcie negocjacji z wykonawcą pojawiła się konieczność daleko idących zmian projektu umowy – zmian, które pociągały za sobą konieczność istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia” mogą świadczyć o tym, że powodem niezłożenia jakichkolwiek ofert w przetargach nieograniczonych, nie był brak wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ale przewidziane przez zamawiającego warunki umowne, które w trybie przetargu nieograniczonego nie podlegały negocjacom. Prezes Urzędu zauważył, że również firma Aixtron, zaproszona do negocjacji w trybie z wolnej ręki, nie złożyła ofert w ww. przetargach, mimo że jest uznawana przez zamawiającego za wykonawcę gwarantującego najwyższy poziom realizacji zamówienia. Prezes Urzędu podniósł zatem, że to nie przyczyny techniczne były powodem niezłożenia

ofert w przetargach nieograniczonych, a w konsekwencji że, z faktu braku ofert nie można wyciągać wniosku, że żaden wykonawca, oprócz Aixtron Ltd , nie jest w stanie wykonać zamówienia z powodów technicznych.

Kontrolujący wskazał, że nie ma przeszkód, aby zamawiający posiadając na obecnym etapie wiedzę co do zapisów umownych, które były kwestionowane przez wykonawcę w trakcie negocjacji, w kolejnym postępowaniu wszczynanym w trybie konkurencyjnym, przewidział w projekcie umowy inne zapisy, które – o ile nie są dla niego samego niekorzystne – zachęcą wykonawców do ubiegania się o zamówienie.

Prezes Urzędu podkreślił, że tryb zamówienia z wolnej ręki może być zastosowany w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, wyłącznie wtedy, gdy na rynku jest jeden wykonawca zdolny do realizacji zamówienia, a fakt ten wynika z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Tym samym powołanie się na ww. przepis nie wchodzi w grę w sytuacji, gdy istnienie jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia wynika z przyczyn innych niż techniczne. Prezes Urzędu nie podzielił zatem poglądu zamawiającego, że firma VEECO, która również należy do producentów ww. urządzeń, nie jest zainteresowana ubieganiem się o to zamówienie, wywodzonego z wiadomości z 06.11.2014 r. od Pana D.B. , starszego inżyniera sprzedaży w firmie VEECO. Uznał bowiem, że wynikający z tej wiadomości fakt, że firma VEECO w ostatnich latach skupiła się na produkcji systemów MOCVD w skali przemysłowej jest okolicznością o charakterze handlowym i organizacyjnym, gdyż jednocześnie z wyjaśnień i zastrzeżeń zamawiającego wynika, że w przeszłości firma ta produkowała także urządzenia mniejsze i posiada konieczny do tego potencjał techniczny.

Kontrolujący nie uznał za wystarczające uzasadnienie udzielenia zamówienia z wolnej ręki poglądów zamawiającego, że inni (poza Aixtron i VEECO) wykonawcy na rynku produkują urządzenia podobne, ale nie takie, jakie odpowiadają jego potrzebom pod względem jednorodności, poziomów domieszkiowania i odtwarzalności wytworzonych warstw. Ponadto firmy te produkują reaktory eksperymentalne, prototypowe, podczas gdy zamawiającemu potrzebny jest sprzęt gwarantujący procesy odtwarzalne w skali przemysłowej.

Prezes Urzędu wskazał, że we wniosku o realizację zamówienia napisano (pkt 3), że system MOCVD projektowany jest na zamówienie i nie jest to rozwiązanie fabryczne. Wskazany przez zamawiającego charakter produkcji mniejszych dostawców nie wyklucza zatem ich udziału w postępowaniu konkurencyjnym i możliwości realizacji zamówienia. Oceniał bowiem, że jest to kwestia właściwego opisu przedmiotu zamówienia (także projektu umowy – jak wskazano wyżej) i podjęcia przez te podmioty decyzji o ewentualnym złożeniu oferty. Kontrolujący wskazał, że w razie złożenia przez wykonawców ofert niezgodnych z wymaganiami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający

będzie mógł te oferty odrzucić, nie można jednak z góry założyć, że inni wykonawcy nie są w stanie złożyć prawidłowych ofert i wykonać zamówienia.

Odnosząc się do posiadania przez firmę Aixtron opatentowanego rozwiązania Close Coupled Showerhead, co uprawniałoby zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b Pzp Prezes Urzędu podkreślił, że zamawiający nie udowodnił, że ww. rozwiązanie jest niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Przeczy temu fakt, iż ogłaszał wcześniej przetargi nieograniczone oraz korespondował w sprawie realizacji zamówienia z firmą VEECO, nie posiadającą wymienionego rozwiązania. Zauważył, że zamawiający jako podmiot profesjonalny działający w obrocie w specjalistycznej branży powinien posiadać wiedzę o stosowaniu opatentowanej technologii jedynie przez daną firmę. Fakt, iż wcześniej brał pod uwagę również innych wykonawców świadczy o tym, iż stosowanie ww. rozwiązania nie było w mniemaniu zamawiającego niezbędne do zaspokojenia jego potrzeb związanych z realizacją zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zastosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp jest dopuszczalne jedynie w sytuacji kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze istnienia obiektywnych przyczyn technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia dla których - po drugie - świadczenie zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych jest możliwe wyłącznie przez jednego wykonawcę. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się jednomyślnie, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki - trybu niekonkurencyjnego, w którym udzielenie zamówienia następuje po negocjacjach z jednym wykonawcą - podlegają interpretacji literalnej i nie mogą być wykładane rozszerzająco.

Izba zasadniczo podziela stanowisko Prezesa Urzędu, w szczególności w zakresie stwierdzenia, że zasadniczą przeszkodą dla braku ofert w postępowaniach prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie musiały być wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia, lecz warunki umowne. Skoro nawet Aixtron Ltd, który - zdaniem zamawiającego - jako jedyny wykonawca może wykonać zamówienie, nie wziął udziału w obu przetargach, a do dojścia do skutku zamówienia w trybie z wolnej ręki niezbędne były zmiany umowy, to trudno nie uznać wymagań umownych za przeszkodę w udzieleniu zamówienia. Zakresu zmian w umowie dokonanych w badanym postępowaniu w stosunku do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający nie wskazał nawet w ogólności, jednak przyznał, że były one istotne.

Na szczególne zaakcentowanie zasługuje jednak - w ocenie Izby - brak dostatecznego wywiedzenia przez zamawiającego przesłanek wymaganych przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Zaistnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu i to w dacie wszczęcia postępowania podlega udowodnieniu przez zamawiającego, gdyż to zamawiający ze swoich twierdzeń o możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę wywodzi korzystny dla siebie skutek prawny.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że sam brak oparcia się przez Prezesa Urzędu na specjalistycznej ekspertyzie podważa zasadność ustaleń kontroli. Przede wszystkim zamawiający w ten sposób próbuje obciążyć zamawiającego przypisanym mu ciężarem dowodu w zakresie podstaw faktycznych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki. Po wtóre, skoro zamawiający zatrudnia grono naukowców prowadzących badania, do których mają służyć zamawiane urządzenia, dysponujących wysoce specjalistyczną wiedzą oraz znajomością rynku, nie powinno być dla zamawiającego żadną niedogodnością wskazanie, i to już przed wszczęciem postępowania, konkretnych parametrów uzasadniających, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia jest Aixtron Ltd. Jest to tym bardziej istotne, że jest bezsporne, że Aixtron Ltd. nie jest monopolistą, a na rynku występują inne podmioty oferujące rozwiązania podobne do oczekiwanego przez zamawiającego.

Zamawiający swego przekonania o konieczności zastosowania trybu z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp i zawarcia umowy z Aixtron Ltd nie oparł na obiektywnych i weryfikowalnych informacjach technicznych, gdyż w sporządzonym przez prof. D.H. uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki znajdują się wyłącznie stwierdzenia o charakterze ogólnym.

W dokumencie tym wskazano jedynie, że przedmiot zamówienia dotyczy ogromnego rynku „podzielonego głównie pomiędzy dwoma firmami: Veeco ze Stanów Zjednoczonych oraz Aixtron z Niemiec. „Z firmą Veeco prowadzono wstępne rozmowy na temat możliwości dostarczenia odpowiedniego systemu, jednak powiedziano nam jasno, że firma ta koncentruje się wyłącznie na dużych reaktorach na duże podłoża i wysokie wolumeny, do celów produkcji białych LEDów SSL oraz, że obecnie nie planują produkcji urządzeń dla celów badawczo-rozwojowych (na małych podłożach). Również na ich stronie internetowej i w ofercie nie widnieją systemy typowe dla RnD. Firma Veeco potwierdziła, że nie jest zainteresowana udziałem w postępowaniu co również potwierdza fakt nie stawiania się do dwóch ogłoszonych przetargów. W sposób naturalny pozostaje firma Aixtron również stawiająca na rynek SSL ale równocześnie nadal wytwarzająca urządzenia do celów RnD dla uniwersytetów i instytutów naukowych na świecie”. W omawianym dokumencie

stwierdzono, że „jest na świecie jeszcze kilku drobnych producentów, którzy na życzenie klienta budują podobne urządzenia. Należy jednak podkreślić, że żadne z oferowanych przez nich urządzeń nie spełnia jednak naszych wymagań pod kątem niezawodności, równomierności i poziomów domieszki wytwarzanych warstw. W związku z powyższym jasnym jest, że po odmowie firmy Veeco jedynym podmiotem, zdolnym do zaoferowania reaktora spełniającego nasze wszystkie niezbędne wymagania dotyczące wyspecyfikowanych parametrów użytkowych jest firma Aixtron. Ponadto, co należy podkreślić, firma Aixtron oferuje gwarancje długoletniego serwisu w bliskiej lokalizacji co jest równie ważne. Powyższa argumentacja wskazuje, iż firma Aixtron pozostaje jedynym wykonawcą spełniającym bardzo wysokie wymagania parametryczne i jakościowe, a jednocześnie gwarantuje długoletni serwis i współpracę której oczekujemy od firmy produkującej dla potrzeb badań i rozwoju”.

Niezależnie od ogólności przytoczonych sformułowań dyskwalifikujących zaistnienie przesłanki „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” oraz dotyczących stanu rzeczy sprzed przeszło dwóch lat, nie można również pominąć, że wskazywana przez zamawiającego „odmowa VEECO” w świetle zgromadzonej dokumentacji również budzi wątpliwości.

Przede wszystkim sama deklaracja, że dany podmiot nie jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie stanowi o obiektywnej technicznej przyczynie wymaganej przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp. Po drugie, pogląd zamawiającego potwierdzają wyłącznie treści zawarte na stronie VEECO oraz własna dokumentacja sporządzona przez zamawiającego w marcu 2012 r. Izba podziela wyrażony w orzecznictwie pogląd, że zawartość stron internetowych stanowi przede wszystkim informację o ofercie handlowej danego podmiotu. Tymczasem zamawiany system do epitaksji z całą pewnością nie jest produktem standardowym, lecz zestawem wysoce specjalistycznym przygotowanym na indywidualne i konkretne zapotrzebowanie. Trudno też dać wiarę oświadczeniom dotyczącym możliwości technicznych danego wykonawcy, które nie pochodzą od niego samego, i przy tym mają charakter ogólny i nieweryfikowalny.

Poglądu zamawiającego nie potwierdza w mail dr D.B. z dnia 6.11.2014 r. Ogólnikowe stwierdzenie dr B. , że „firma VEECO w ostatnich latach skupiła się na produkcji systemów MOCVD w skali przemysłowej” zostało wyrażone w nawiązaniu do rozmowy telefonicznej o nieznannej treści. Ponadto pogląd ten został pozyskany przez zamawiającego po otrzymaniu informacji o wynikach kontroli i poznaniu uzasadnienia stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy. Wreszcie, z jego treści nie można wywieść jednoznacznie braku możliwości wykonania zamówienia przez VEECO, zwłaszcza że dr B. oświadczył, że

systemy MOCVD dla potrzeb badawczo-rozwojowych są nadal oferowane, a informacja o tym została upubliczniona i wyraził gotowość VEECO do pracy nad przyszłymi projektami.

Izba nie dopatrzyła się, aby zamawiający wskazał okoliczności, które w sposób obiektywny pozwalają na wykluczenie możliwości wykonania usługi przez innych wykonawców. Izba zgadza się z poglądami wyrażonymi w powołanym przez zamawiającego orzecznictwie (wyroku z dnia 9 października 2012 r., KIO 2033/12 oraz uchwale z dnia 5 maja 2010 r., KIO/KD 31/10, www.uzp.gov.pl). Uzasadnienia obu judykatów akcentują konieczność zaistnienia w danych okolicznościach przesłanek uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki, które powinny być możliwe do stwierdzenia w sposób jednoznaczny i obiektywny, a nie wynikać jedynie z subiektywnego przekonania zamawiającego, że w danym czasie nie istnieje na rynku żaden inny podmiot będący w stanie zrealizować zamówienie.

Wobec faktu, że zamawiający wskazał, że „urządzenia oferowane przez firmę VEECO oraz kilku mniejszych producentów, faktycznie w wielu punktach jeśli chodzi o ich techniczną charakterystykę, wykazują podobieństwa z analogicznymi parametrami, jakimi charakteryzuje się wyrób firmy Aixtron Ltd. Jednak jedynie urządzenie oferowane przez firmę Aixtron Ltd spełnia wszystkie konieczne wymagania techniczne określone przez zamawiającego”, a jednocześnie nie wykazał konkretnie i jednoznacznie, jakich parametrów nie spełniają urządzenia, które mogą wytworzyć inni producenci, Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp i dopuścił się naruszenia tego przepisu.

Ocena Izby następuje na podstawie dokumentacji przekazanej przez Prezesa Urzędu wraz z zastrzeżeniami, gdyż wydanie opinii przez Izbę nie następuje w wyniku przeprowadzenia postępowania o charakterze spornym. Jednak nawet uwzględnienie dwóch pism skierowanych przez zamawiającego bezpośrednio do Izby, już po przekazaniu zastrzeżeń przez Prezesa Urzędu, nie doprowadziłoby do zmiany prezentowanej oceny, gdyż - podobnie jak uzasadnienie udzielenia zamówienia - sformułowane są w sposób bardzo ogólny. Również stanowiska prof. D.H. oraz prof. S.N. , których autorytetem zamawiający zdaje się oddziaływać na Izbę, zawierają wyłącznie stwierdzenia o ogólnym charakterze.

Izba podzieliła pogląd kontrolującego w zakresie możliwości powołania się przez zamawiającego na przesłankę udzielenia zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....