

Warszawa, dnia 4.11. 2014 r.

UZP/DKUE/KU/129/14

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

Zamawiający: Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o.
ul. Stabłowicka 147
54-066 Wrocław

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: Zakup systemu do epitaksji związków metalo-organicznych z fazy gazowej MOCVD.

Tryb postępowania: zamówienie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp)

Wartość zamówienia: 8.200.000,00 zł (1.940.874,34 euro)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Zakup systemu do epitaksji związków metalo-organicznych z fazy gazowej MOCVD” był art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Uzasadniając zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazał w protokole postępowania i wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych, iż technika osadzania warstw na powierzchni materiałów poprzez stosowanie związków metaloorganicznych w formie gazowej - MOCVD (Metal Organic Chemical Vapour Deposition) - jest oprócz epitaksji z użyciem wiązki molekularnej (MBE) najważniejszą metodą produkcji wszelkich struktur mikro i optoelektronicznych. Dotyczy to głównie półprzewodników: GaAs (arsenek galu) jak i GaN (azotek galu) używanych do produkcji laserów krótkofalowych i białych LED w celu wprowadzania energooszczędnych źródeł światła SSE (Solid State Lightning). Zamawiający wskazał również, że „jest to obecnie ogromny rynek podzielony 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”.

Zamawiający podkreślił, 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 domieszkowania 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”.

Zamawiający podkreślił również, że „w związku z tym, iż prowadzone w pierwszym

etapie prace badawcze mają na celu osiągnięcie wyników które będą mogły być przełożone w przyszłości na realną produkcję, wytworzenie nowej technologii (np. nowego typu diody LED) wymaga zachowania rygoru linii produkcyjnej, na której później ta technologia będzie mogła zostać implementowana. W przeciwnym wypadku uzyskane w laboratorium rezultaty nigdy nie będą mogły zostać przełożone na realną produkcję w przypadku komercjalizacji lub opatentowania danego rozwiązania. Technologia, którą dysponuje firma Aixtron w swoim urządzeniu to ta sama technologia która pozwoliła na wyprodukowanie pierwszych diod LED (...). Wrocławskie Centrum Badań EIT + chce rozwijać technologie wydajnych i tanich źródeł światła przy współpracy z jednostkami badawczymi z całego świata. Prace badawcze mają na celu osiągnięcie w naszych laboratoriach wyników, które w przyszłości będą mogły przełożyć się na fazę produkcyjną poprzez ich komercjalizację”.

Zamawiający wskazał ponadto, iż „z uwagi na fakt, iż firma Veeco nie produkuje systemów na potrzeby badań i rozwoju, a skupia się jedynie na dużych systemach produkcyjnych (...) w związku z tym nie jest możliwe zaproszenie do negocjacji co najmniej 2 wykonawców (zgodnie z art. 63 ust. 3 ustawy Pzp), a więc skorzystania z okoliczności wskazanych w art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w celu wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W związku z powyższym Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w oparciu o uzasadnienie do wyboru trybu na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp”.

Zamawiający na potwierdzenie badania rynku, które ujawniło niemożność wykonania przedmiotowego zamówienia przez firmę Veeco zaznaczył, że „w dniu 27 marca 2012 r. o godzinie 11:30 w siedzibie WCB EIT + we Wrocławiu odbyło się spotkanie z przedstawicielem Veeco (reprezentowanym przez Carla Hatton) oraz dystrybutorem na Polskę firmą Labsoft (reprezentowanym przez Miłosza Czajkowskiego). Spotkanie dotyczyło rozeznania rynku w sferze wyposażenia obszaru czystego (clean-room) oraz prezentacji możliwości firmy Veeco pod kątem wyposażenia w urządzenia (...). Na spotkaniu przedstawiciel Veeco poinformował, iż firma wycofała się z produkcji systemów MOCVD na potrzeby badań i rozwoju, a oferuje jedynie systemy do produkcji stricte przemysłowej (wielko wolumenowe zautomatyzowane systemy przemysłowe). Ponieważ WCB EIT + prowadzi działalność badawczą i rozwojową, jak to podkreślono w odpowiedzi powyżej, oferta firmy Veeco nie jest adekwatna do potrzeb zamawiającego. Potwierdzeniem tego jest oferta firmy Veeco znajdująca się na stronie internetowej, w której najmniejsze systemy wielokrotnie przewyższają przepustowością (Ilością i wielkością podłoży w reaktorze) wymagania zamawiającego”.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z art. 10 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są

przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozostałe tryby udzielenia zamówienia wymienione w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp zastosować można tylko w określonych okolicznościach, tzn. w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek. Sąd Najwyższy oraz Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta¹. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: ETS), np. w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. (C-20/01, C-28/01) i wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. (C-126/03). W sposób szczególny zasada ta powinna dotyczyć trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp, jest to tryb, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, a zatem z całkowitym wyłączeniem konkurencji. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, tj. w art. 5 ust. 1a i b oraz w art. 67 ust. 1 ustawy.

Należy podkreślić, że stosowanie procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie: istnienia szczególnych przyczyn technicznych przedmiotu zamówienia oraz tego, aby ze względu na szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany przez zamawiającego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe.

W tym miejscu należy wskazać na przyjęte w dniu 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów „Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, w myśl których istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie.

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem ETS (sprawa C – 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch), dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż

¹ m. in. SN w wyroku z dnia 06.07.2001r., sygn. akt III RN 16/01, NSA w wyroku z dnia 01.10.2001r., sygn. akt II SA 2802/00 oraz z dnia 03.11.1999, sygn. akt I SA 2128/98.

tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zauważyć, że zamawiający nie wykazał istnienia obiektywnych, weryfikowalnych okoliczności, które można uznać za uzasadnienie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Po pierwsze, Zamawiający sam przyznał, iż na rynku istnieje więcej podmiotów, które na życzenie klienta budują podobne urządzenia. Obok wykonawcy, który wziął udział w negocjacjach są to: VEECO oraz grupa mniejszych wykonawców. Nie ulega więc wątpliwości, że podmiotów oferujących te same lub podobne urządzenia jest więcej niż jeden.

Ponadto 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. Informacja zamawiającego o przebiegu spotkań (niepotwierdzona żadnym dokumentem) wskazuje jedynie, że firma VEECO nie jest zainteresowana udziałem w realizacji zamówienia (z uwagi na fakt, że oferuje zbyt duże systemy), nie zaś że nie jest zdolna do ich wykonania z przyczyn technicznych (a tylko przyczyny techniczne, a nie np. organizacyjne po stronie wykonawcy dopuszczają możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki). Ponadto 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.

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach faktycznych sprawy 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. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepis oraz wyrażoną w art. 10 ustawy Pzp zasadę prymatu trybów konkurencyjnych.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaleca unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, iż stosownie do treści art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.