

**Sygn. akt: KIO 179/18**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 7 lutego 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Luiza Łamejko**

**Aleksandra Patyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 7 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawcę: **Althea Polska sp. z o.o. ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Wojewódzki w Poznaniu, ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań,**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Althea Polska sp. z o.o. ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający: Szpital Wojewódzki w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w przedmiocie: „Przeeglądy i naprawy tomografu komputerowego z wyposażeniem” w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) (dalej „Pzp”). W dniu 23 stycznia 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (Ogłoszenie nr 500016601 -N-2018).

Wykonawca: Althea Polska sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 1 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący podniósł, że poprzez decyzję o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

1) art. 10 ust. 2 w zw. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp - poprzez:

a) błędne przyjęcie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę, a jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia jest firma GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.;

b) błędne przyjęcie, że posiadanie autoryzacji producenta zalicza się do przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, podczas gdy autoryzacja jest właściwością podmiotową wykonawcy;

c) brak wykazania przez Zamawiającego, że nie istnieją rozsądne rozwiązania alternatywne lub zastępcze;

2) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 Pzp - poprzez zawężenie parametrów udzielanego zamówienia polegające na wprowadzeniu wymogu posiadania przez wykonawcę uprawnień autoryzowanego serwisu producenta w zakresie usług serwisowania aparatury medycznej na terenie województwa wielkopolskiego,

3) art. 10 ust. 1 Pzp - poprzez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;

4) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia postępowania przeprowadzanego w trybie z wolnej ręki;
- przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego.

W przypadku, gdyby Zamawiający zawarł umowę o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie z wolnej ręki Odwołujący wniósł o unieważnienie umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jednym z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, który ma możliwość złożyć ofertę. Podjęta przez Zamawiającego decyzja o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki naraża Odwołującego na szkodę z powodu niemożności uzyskania zamówienia, jako że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, bez spełnienia przesłanek uzasadniających zastosowanie tego trybu, uniemożliwia Odwołującemu udział w tym postępowaniu i złożenie oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w protokole postępowania w pkt 4 wskazał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne przeprowadzenia Postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki:

*„Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a*

*Dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.*

*Przedmiot zamówienia obejmuje:*

- *tomograf komputerowy UGHTSPEED VCT 64*
- *strzykawkę NEMOTO DUAL SHOT*
- *stację AW 4.4*
- *insulflator VMX 1000A.*

*Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. posiada autoryzację GE Healthcare dotyczącą urządzenia do rezonansu magnetycznego, tomografii komputerowej, pozytonowej tomografii emisyjnej, medycyny nuklearnej, ultrasonografii, densytometru kości naczyńiowych, klasycznych i cyfrowych badań rentgenowskich, mammografu oraz ich konfiguracji i części zamiennych. Żaden inny podmiot gospodarczy, prawny ani żadna instytucja nie posiada autoryzacji GE Healthcare na świadczenie usług serwisowych na terenie województwa wielkopolskiego.*

*Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi na okres 24 miesięcy 800 000,00 zł, czyli nie przekracza równowartości kwoty 209 000 EURO. Mając na uwadze to, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze świadczenie przedmiotowej usługi możliwe jest tylko przez jednego Wykonawcę - Zamawiający zamierza udzielić wykonanie przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1a uPzp w związku z art. 66 ust. 1 u Pzp - po negocjacjach tylko z jednym Wykonawcą."*

Odwołujący podniósł, że w dniu 25 stycznia 2018 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o unieważnienie przedmiotowego postępowania, wskazując na nieprawidłowy wybór trybu udzielenia zamówienia. Odwołujący wskazał, że świadczy usługi serwisowe m.in. odnośnie tomografów komputerowych Lightspeed VCT, takich jak tomograf wskazany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający jednak nie

unieważnił postępowania. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie podane przez Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w realiach rynkowych. Rynek serwisowy urządzeń medycznych jest rynkiem konkurencyjnym i istnieje więcej niż jeden podmiot, który jest w stanie świadczyć usługi będące przedmiotem postępowania.

Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem wyjątkowym, a przesłanki jego stosowania powinny być interpretowane ściśle. Wobec tego, aby udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp musi zaistnieć sytuacja, w której dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny.

Tymczasem Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania stwierdził, że zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca, ponieważ: *„Żaden inny podmiot gospodarczy, prawny ani żadna instytucja nie posiada autoryzacji GE Healthcare na świadczenie usług serwisowych na terenie województwa wielkopolskiego.”*

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe zamówienie może być wykonane przez więcej niż jednego wykonawcę. Odwołujący jest w stanie wykonać to zamówienie, a co więcej zamówienia dotyczące serwisów tomografów komputerowych LightSpeed VCT wykonuje dla następujących Zamawiających:

- SPZOZ Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie
- SPZOZ w Świdnicy
- Samodzielny Szpital Wojewódzki w Piotrkowie Trybunalskim (Lightspeed VCT Vision).

Tym samym twierdzenie Zamawiającego, że przedmiot zamówienia obejmujący serwis tomografu LightSpeed VCT może zostać wykonany tylko przez jednego wykonawcę jest nieprawidłowe, a wybór trybu udzielenia zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Ponadto, powołane przez Zamawiającego posiadanie „autoryzacji” producenta sprzętu (a tym bardziej zawężenie posiadania autoryzacji do terenu województwa wielkopolskiego) nie jest przyczyną techniczną o obiektywnym charakterze. Przyczyny techniczne powinny być związane z rzeczywistą możliwością wykonania przedmiotu zamówienia (właściwościami zamówienia), podczas gdy „autoryzacja” według definicji słownikowej to jedynie *„zezwolenie producenta na prowadzenie działalności w jego imieniu”* a zatem jest właściwością wykonawcy. Autoryzacja nie wpływa na techniczną możliwość

wykonania zamówienia. Z ostrożności Odwołujący podniósł, że nie istnieje ustawowy wymóg wykonywania serwisu urządzeń medycznych przez podmioty autoryzowane przez producenta, a w szczególności nie wprowadza takiego wymogu art. 90 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 211 z późn. zm.). Przyjęcie przez Zamawiającego, że autoryzacja stanowi „przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze” stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zastosowanie przez Zamawiającego wymogu autoryzacji producenta, a w szczególności do autoryzacji posiadanej na terenie określonego województwa, jest opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i zawężeniem parametrów zamówienia w sposób sprzeczny z art. 67 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2-3 Pzp. Poprzez zawężenie parametrów zamówienia Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp nakazujący prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, postępowanie powinno zostać unieważnione, a Zamawiający do udzielenia zamówienia powinien zastosować tryb konkurencyjny, o którym mowa w art. 10 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 29 stycznia 2018 r. przekazał wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kopię wniesionego odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 02 lutego 2018 r. Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i zobowiązał się do unieważnienia postępowania, zgodnie z żądaniem Odwołującego. Zamawiający dokonał tej czynności w dniu 29 stycznia 2018 r., o czym poinformował obu wykonawców pismem z dnia 31 stycznia 2018 r.

W oparciu o akta postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania kopii odwołania, żaden wykonawca nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....