

Warszawa, dnia 2014 r.

UZP/DKD/WKZ/421/71()/14/GK
KNZ/33/14
Dot. KZ/18/12

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

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

Zamawiający: Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie
ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111
12-100 Szczytno

Rodzaj zamówienia: usługi

Przedmiot zamówienia: wykonawcy naukowcy projektu rozwojowego pt. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”

Tryb postępowania: Zamówienie z wolnej ręki - art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych

Wartość zamówienia: 864.000,00 zł (214.946,76 euro)

Data wszczęcia postępowania: 16 stycznia 2012 r.

Wszczęcie kontroli: z urzędu

Środki UE: brak

Informacja o stwierdzonych naruszeniach:

Z analizy przesłanego zawiadomienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego – Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „wykonawcy naukowemu projektowi rozwojowego pt. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”, będącego przedmiotem niniejszej kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej: ustawa).

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, że w dniu 17 sierpnia 2011 r. Komitet Sterujący Narodowego Centrum Badań i Rozwoju dalej: NCBR, ogłosił otwarcie konkursu nr 1/2011 z zakresu badań naukowych i prac rozwojowych z obszaru bezpieczeństwa i obronności państwa. Termin składania wniosków mijał w dniu 16 września 2011 r. o godzinie 12:00.

W dniu 16 września 2011 r. Zamawiający złożył do NCBR, wniosek o finansowanie wykonania projektu realizowanego na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa pn. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”, w ramach konkursu nr 1/2011. Wnioskodawca działał w konsorcjum razem z Instytutem Techniki i Aparatury Medycznej ITAM oraz ETC-PZL Aerospace Industries Sp. z o.o.

W dniu 13 grudnia 2011 r. wydana została decyzja Dyrektora NCBR (nr 0011/R/ID1/2011/01) w sprawie przyznania środków finansowych tytułem finansowania realizacji projektu pn. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”.

Zamawiający działający jako lider konsorcjum podpisał w dniu 28 grudnia 2011 r. umowę (nr 0011/R/ID1/2011/01) na wykonanie i finansowanie ww. projektu. W umowie brak było zapisów wskazujących na konkretnych wykonawców mających realizować projekt.

W dniu 7 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 4-005743 zostało opublikowane ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

Pismem z dnia 9 stycznia 2012 r. (znak: L.dz. 22/ZZP/12) Zamawiający przesłał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu) zawiadomienie

o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

W dniu 16 stycznia 2012 r. Decyzją Kanclerza Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie (nr 04/ZP/12) powołana została komisja przetargowa dla przedmiotowego zamówienia.

Pismami z dnia 16 stycznia 2012 r. Zamawiający wystosował zaproszenia do zawarcia umów w trybie z wolnej ręki do ośmiu wykonawców – pracowników naukowych.

Zamawiający zawarł w dniu 16 stycznia 2012 r., po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki, następujące umowy:

1. Umowa 1/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE];
2. umowa nr 2/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE];
3. umowa nr 3/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE];
4. umowa nr 4/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE];
5. umowa nr 5/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta ze [REDAKTOWANE];
6. umowa nr 6/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE];
7. umowa nr 7/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE];
8. umowa nr 8/O ROB 0011 01/ID/11/1 zawarta z [REDAKTOWANE].

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w dniu 9 lutego 2012 r. (nr 2012/S 27-043286).

Zamawiający uzasadniając konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, w zawiadomieniu podniósł, że w złożonym wniosku aplikacyjnym do NCBR, wskazani zostali w imiennym wykazie pracownicy naukowci przewidziani do wykonania projektu. W wykazie wskazano czternaście osób, umowy z wolnej ręki zostały zawarte z ośmioma osobami. Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, że we wniosku aplikacyjnym dotyczącym projektu rozwojowego, zgodnie z regulaminem konkursu wpisani zostali wszyscy pracownicy naukowci, którzy pracowali nad pomysłem i przygotowaniem wniosku projektowego, w związku z ogłoszonym konkursem. Zamawiający przedstawił wykaz czternastu pracowników naukowych przewidzianych do wykonania projektu. Zamawiający wyjaśnił, że wśród czternastu pracowników naukowych, ośmiu było pracownikami Zamawiającego i to z nimi zawarte zostały umowy w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający wyjaśnił, że osoby te zostały wykonawcami projektu ze względu na posiadaną wiedzę i doświadczenie w danej dziedzinie naukowej. Zamawiający wskazał, że na pozytywną ocenę projektu i otrzymanie dofinansowania miała wpływ nie tylko zawartość

merytoryczna wniosku, ale również wykazanie dorobku naukowego wykonawców oraz kierownika projektu. Zamawiający poinformował, że osoby te zostały wybrane w drodze konkursowej i zostały zaakceptowane przez NCBR. Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach przedstawił regulamin konkursu 1/2011 na wykonanie projektów w zakresie badań naukowych lub prac rozwojowych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa wraz z wnioskiem aplikacyjnym (w którym wskazał wykonawców projektu) stanowiącym załącznik nr 2 do regulaminu. Zamawiający wyjaśnił, że „Kierujący organizacją w tym przypadku Komendant – Rektor wskazuje kierownika projektu a kierownik projektu wybiera sobie zespół wykonawców naukowych posiadających doświadczenie w określonej dziedzinie koniecznej do zrealizowania projektu”. Zamawiający na pytanie, czy wykonawcy zamówienia z wolnej ręki zostali wybrani w drodze konkursu, odpowiedział, że „wskazani naukowcy przygotowali wspólny pomysł na realizację projektu, został on oceniony w procedurze NCBR, a następnie otrzymał dofinansowanie na realizację. Dofinansowanie zostało przyznane na realizację tematu przez zespół naukowców, którzy są autorami pomysłu na jego realizację i zostali wskazani we wniosku konkursowym”.

Na pytanie, w jaki sposób NCBR zaakceptowało wykonawców zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał, że „NCBR na podstawie otwartej procedury konkursowej, w której ocenie podlegały wszystkie elementy wniosku, w tym autorski pomysł zespołu naukowego (...) dokonał wyboru i akceptacji zespołów. Zespół pomysłodawców podlega procedurze konkursowej poprzez ocenę punktową ich osiągnięć oraz doświadczeń naukowych i zawodowych.” Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym nie ma możliwości zatrudnienia do projektu innych wykonawców, ze względu na fakt, że dofinansowanie otrzymane z NCBR wiąże się z zatrudnieniem wskazanych we wniosku wykonawców. W umowie o dofinansowanie brak jest takiego uzależnienia.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 15 września 2014 r. dodatkowo wskazał na ochronę praw autorskich jako uzasadnienie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Zamawiający wskazał, że wykonawcy naukowcy projektu stanowią zespół naukowy, który tworzy pomysł i przygotowuje wniosek na realizację danego tematu w konkursie ogłoszonym przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju. Zamawiający dodał, że zespół ten przez długi okres czasu, przed jakąkolwiek decyzją co do możliwości realizacji projektu oraz otrzymaniem dofinansowania opracowywał pomysł na realizację projektu i wniosek projektowy. Zamawiający podniósł, że powyżej wskazani członkowie zespołu posiadają prawa autorskie dotyczące stworzenia pomysłu i jego dalszej realizacji. Zamawiający wskazał, że dzieło w postaci wniosku stworzone przez zespół naukowców stało do konkursu i zostało ocenione.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok SN z dnia 06.07.2001 r., sygn. akt III RN 16/01, wyrok NSA z dnia 11.09.2000 r. sygn. akt II S.A. 2074/00, wyrok NSA z dnia 01.10.2001 r., sygn. akt II SA 2802/00).

Również w świetle orzecznictwa ETS, przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym – na Zamawiającym) (tak m. in. wyrok ETS z dnia 18.11.2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

W niniejszej sprawie podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy, zgodnie z którym Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Należy wskazać, iż dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż 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.

Przedmiotem umów była:

1. Współpraca z kierownikiem operacyjnym Projektu pt. „symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”,

członkami Zespołu Projektowego, komórkami organizacyjnymi WSPoI, oraz podmiotami zewnętrznymi w celu:

- a) przygotowania merytorycznej dokumentacji Projektu pt. „symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”,
 - b) prawidłowej realizacji Projektu pt. „symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”,
 - c) osiągnięcia założonych efektów wskazanych w Projekcie pt. „symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”,
 - d) przygotowanie merytorycznej części sprawozdania z zakończenia etapów oraz rocznego z realizacji Projektu pt. „symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”.
2. Koordynacja działań związanych z udziałem w życiu naukowym, delegacjami krajowymi i zagranicznymi wykonawców Projektu pt. „symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”.

Zamawiający odpowiadając na pytanie, jakie działania wykonywali wykonawcy zamówienia z wolnej ręki, wskazał, że „brali udział we wszystkich pracach związanych z realizacją projektu”.

Z załącznika nr 1 (Opis projektu) do umowy nr 0011/R/101/2011/01 o wykonanie i finansowanie projektu nr O ROB 0011 01/10/11/1 na rzecz obronności i bezpieczeństwa wynika, iż planowany efekt końcowy realizacji badań stosowanych i prac rozwojowych objętych projektem będzie obejmował m.in. opracowanie metod doboru kandydatów, scenariuszy ćwiczeń, programów szkolenia oraz ich implementację w prototypie symulatora oraz opracowanie parametrów i charakterystyki oraz wykonanie i testowanie modeli symulowanych pojazdów uprzywilejowanych; przeprowadzenie wstępnych badań porównawczych wyposażonych w układy projekcji obrazu na ekranie cylindrycznym oraz „on screen”; zaprojektowanie, budowę i testowanie prototypu symulatora jazdy pojazdami uprzywilejowanymi. W umowie wskazano, iż w ramach budowy symulatora zostaną wykonane następujące prace badawcze z obszaru zaawansowanych technologii: badania statyczne i quasi statyczne kół ogumionych stosowanych w modelowanych pojazdach; laboratoryjne badania eksperymentalne w celu wyznaczenia parametrów i charakterystyk modelowanych pojazdów; trakcyjne badania eksperymentalne (wykonanie badań drogowych dla trzech normatywnych testów ISO); budowa i weryfikacja eksperymentalna referencyjnych modeli ruchu i dynamiki symulowanych pojazdów uprzywilejowanych; eksperymentalne

badania porównawcze symulatora jazdy pojazdami uprzywilejowanymi wyposażonego w układ projekcji obrazu na ekranie cylindrycznym oraz bezpośrednio na szybach pojazdu tzw. „on screen”; prace badawczo - rozwojowe nad podsystemem.

Z harmonogramu wykonania projektu - planu zadań, stanowiącego załącznik E do wniosku o finansowanie wykonania projektu realizowanego na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa wynika ponadto, iż zakres badań naukowych obejmuje następujące czynności: (1) opracowanie parametrów i charakterystyk oraz wykonanie i testowanie modeli symulowanych pojazdów uprzywilejowanych; (2) przeprowadzenie wstępnych badań porównawczych symulatorów wyposażonych w układy projekcji obrazu na ekranie cylindrycznym oraz „on screen”. Z kolei prace rozwojowe miały polegać na (3) zaprojektowaniu, budowie i testowaniu prototypu symulatora jazdy pojazdami uprzywilejowanymi; (4) budowie podsystemu monitorowania parametrów psychofizjologicznych oraz implementacji w prototypie symulatora; (5) opracowaniu programów, scenariuszy doboru i szkolenia oraz ich implementacji w prototypie symulatora.

Opis Projektu z umowy o dofinansowanie nr 0011/R/101/2011/01 jest identyczny z opisem projektu załączonym do wniosku o dofinansowanie.

Nie ulega wątpliwości, iż ww. usługi stanowią specyficzną materię wymagającą wysokich kwalifikacji od wykonawcy. Nie można jednak subiektywnie i z góry założyć, że inni wykonawcy, poza wybranymi do świadczenia przedmiotowych usług, nie będą w stanie wykonać zamówienia w równie właściwy i wydajny sposób. Na rynku jest wielu profesjonalnych i kompetentnych wykonawców oferujących szeroki zakres usług badawczych. Potwierdza to powszechna praktyka wyboru wykonawców usług badawczych – także związanych np. z opracowaniem prototypów - w drodze procedury otwartej (np. Uniwersytet Jagielloński - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2012/S 169-279733 zamówienie na: „wyłonienie wykonawcy usług doradczych w zakresie adaptacji, budowy, integracji i uruchomienia nowego typu źródła promieniowania synchrotronowego, na rzecz NCPS SOLARIS, współfinansowanego przez UE w ramach POIG”; Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. - ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2012/S 71-117583, zamówienie na: „badania naukowe i prace rozwojowe w temacie zadania badawczego: Zastosowanie materiałów w skali nanometrycznej w procesie wytwarzania powłok funkcjonalnych na powierzchni elastyczne o zadanych właściwościach grzewczych oraz ekranujących”; Instytut Maszyn Przepływowych im. Roberta Szwalskiego Polskiej Akademii Nauk – ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2010/S 190-290063, zamówienie na: „usługę badawczą polegającą na opracowaniu koncepcji interfejsów do matryc przetworników piezoelektrycznych wraz z dostawą prototypu”; Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o.

– ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2010/S 126-192558, zamówienie na: „badania naukowe i prace rozwojowe w temacie zadania badawczego nanokompozyty i materiały typu SMART”). Tym samym Zamawiający dokonując wyboru wykonawcy w postępowaniu konkurencyjnym miałby możliwość uzyskać ofertę równie korzystną co zaproponowana przez wybranego wykonawcę. Należy stwierdzić, iż wskazane w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a) ustawy okoliczności powinny mieć charakter obiektywny tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z decyzji Zamawiającego. Jednocześnie, za przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze nie może zostać uznany sam fakt, że zamówienie ma charakter złożony – wyrok ETS (sprawa C – 394/02 Komisja przeciwko Grecji).

Należy także dodać, że konieczność wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki nie może wynikać z wcześniejszych działań Zamawiającego. Przyjęcie założenia, że ze względu na wpisanie konkretnych wykonawców do wniosku aplikacyjnego o finansowanie wykonania projektu badawczego (których wybór nie został dokonany w oparciu o zasadę konkurencyjności), są oni jedynymi zdolnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia prowadzi do wytworzenia sztucznego monopolu na rynku na którym, jak to zostało wykazane powyżej, działają podmioty konkurencyjne. Na poparcie powyższych twierdzeń właściwym jest przywołanie uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO-KD 8/09) w której wskazano, iż „czynności podjęte przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie mogą bowiem niejako "wymuszać" zawierania kolejnych umów na konkretną usługę z tym samym wykonawcą. Zamawiający poprzez takie działanie, tj. dokonując wyboru podmiotu, z którym zawarł już umowę (...) prowadzi do sztucznego ustanowienia wskazanego wykonawcy w roli podmiotu monopolistycznego, co zamknęło drogę do podjęcia realizacji zamówienia innym podmiotom”.

Zamawiający w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego powołał się także na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy.

Zamawiający wskazał, że zespół naukowy (wykonawcy naukowcy projektu) przed decyzją co do możliwości realizacji projektu oraz otrzymaniem dofinansowania opracowywał pomysł na realizację projektu i wnioski projektowe. Z tego względu członkowie zespołu naukowego posiadali prawa autorskie dotyczące stworzenia pomysłu i jego dalszej realizacji.

Prezes Urzędu nie może zgodzić się z powyższą argumentacją. Należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie zespół naukowy był, jak wskazał Zamawiający, autorem pomysłu na realizację projektu pn.: „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi

podczas działań typowych i ekstremalnych”, który dopiero podczas dalszych prac badawczych, między innymi w ramach zamówienia z wolnej ręki, miał być urzeczywistniony i jako taki nie korzysta z ochrony prawnoautorskiej. Jak bowiem wynika z dyspozycji art. 2¹ ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Tak też wskazuje się w doktrynie „nie budzi zastrzeżeń pozostawienie poza zakresem ochrony: tematu, pomysłu badawczego, faktu i samego ustalenia badawczego, a to ze względu na niemożność wykazania w tych elementach cechy indywidualności”¹. Podobnie wskazano w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1978 r. (sygn. akt II CR 515/77) „same idee, tezy i rozwiązania naukowe w sensie szerokim jako takie nie podlegają w zasadzie ochronie autorskoprawnej”, czy też w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 października 2013 r. (sygn. akt I ACa 1233/12) „sam pomysł, koncepcja, która nie została skonkretyzowana w danym utworze nie podlega ochronie”. Tym samym, w przedmiotowej sprawie nie doszło do wypełnienia dyspozycji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy ze względu na fakt, że nie można przypisać pomysłowi stworzenia symulatora waloru dobra chronionego prawem autorskim.

Reasumując, w ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednocześnie informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

¹ J. Barta, *Przedmiot prawa autorskiego; [w:] System Prawa Prywatnego* pod red. prof. dr hab. Janusza Barty; Warszawa 2008