

sygn. akt: KIO/KD 12/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 5 marca 2014 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 6 lutego 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego –**Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 stycznia 2014 r., znak sprawy: UZP/DKD/WKZ/422/39(2)/13/KS, KZ 424/11, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Budowa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Rachunkowości i Kadr w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości**,

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Daniel Konicz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kawa</b>
	<b>Marek Koleśnikow</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**



## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2010.113.759 ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), zwanej dalej „Ustawą PZP”, w okresie od dnia 14 stycznia 2013 r. do dnia 29 stycznia 2014 r., dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, przeprowadzonego przez Zamawiającego – Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa, którego przedmiotem była „Budowa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Rachunkowości i Kadr w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości”.

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki” z dnia 29 stycznia 2013 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 Ustawy PZP.

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, zgodnie z którą, cytat: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli [...] przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej[...]”, zawierając z wykonawcą S&T Services Polska sp. z o.o., w dniu 1 sierpnia 2011 r., umowę nr 10 na budowę i wdrożenie systemu informatycznego rachunkowości i zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości (dalej: „Umowa”).

Przedmiotem Umowy, zgodnie z jej § 2, były budowa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Rachunkowości i Kadr (ZSRK), obejmujące:

- opracowanie Koncepcji Biznesowej (dokument opisujący procesy biznesowe wchodzące w zakres wdrożenia ZSRK oraz sposób realizacji w przyszłym systemie wymagań biznesowych), opracowanie ZSRK oraz jego wdrożenie zgodnie z Koncepcją Biznesową,

- przygotowanie posiadanej przez Zamawiającego platformy sprzętowej do wdrożenia ZSRK,
- przeprowadzenie szkoleń pracowników sądów powszechnych oraz Zamawiającego;
- udzielenie licencji na Oprogramowanie Systemowo-Narzędziowe (oprogramowanie pochodzące od osób trzecich),
- wykonanie prototypu ZSRK oraz jego modyfikacji wynikających z prac wdrożeniowych,
- wdrożenie pilotażowe oraz docelowe ZSRK,
- świadczenie usług serwisowych ZSRK i Oprogramowania Uzupełniającego (programy, moduły funkcjonalne, interfejsy, elementy integracyjne, biblioteki programowe oraz inne oprogramowanie wykonane na potrzeby realizacji umowy przez Wykonawcę).

Udzielenie zamówienia publicznego poprzedzone zostało konkursem, którego przedmiotem było stworzenie pracy konkursowej pn.: „Opracowanie koncepcji budowy i wdrożenia systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości (ZSRK)”. Spośród czterech złożonych prac konkursowych najwyższą liczbę punktów otrzymała praca S&T Services Polska sp. z o.o., wobec czego Zamawiający – zgodnie z pkt XV ustalonego przez Prezesa Regulaminu konkursu na „Opracowanie koncepcji budowy i wdrożenia systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości” z dnia 30 kwietnia 2010 r., zwanego dalej „Regulaminem” – nagrodził spółkę zaproszeniem do negocjacji w objętym kontrolą postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Kontrolujący stwierdził, że przedmiot zamówienia udzielonego w następstwie skontrolowanej procedury negocjacyjnej nie mieścił się w pojęciu nagrody konkursowej. Tą – zdaniem Prezesa UZP – mogło być tylko zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem będzie szczegółowe opracowanie wyłonionej w konkursie pracy (argument z art. 111 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ust. 2 Ustawy PZP). Tymczasem przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było *de facto* wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia inwestycyjnego, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczyć miał – w ocenie Kontrolującego – m.in. zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącej następstwem udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W odpowiedzi – pismem z dnia 6 lutego 2014 r. – Zamawiający zgłosił umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli (dalej: „Zastrzeżenia”), w których nie zakwestionował poprawności poczynionych przez Prezesa UZP ustaleń faktycznych, nie podzielił natomiast dokonanej przez Kontrolującego oceny prawnej przytoczonych powyżej faktów.

Zamawiający stwierdził, że – po pierwsze – procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP została przeprowadzona prawidłowo, bowiem zaproszenie do niej stanowiło – zgodnie z treścią art. 111 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP – nagrodę w zorganizowanym przez niego konkursie.

Z treści Informacji wywiódł także, że – po drugie – wnioski Kontrolującego wykraczają poza ustawowy zakres kontroli, jako że odnoszą się *stricto* do konkursu poprzedzającego kontrolowane postępowanie, który to konkurs nie jest ustawowym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym – zgodnie z treścią przepisu art. 165 ust. 1 Ustawy PZP – nie podlega kontroli Prezesa UZP.

Po trzecie – z uwagi na powagę zarzutów wynikających z Informacji – Zamawiający odniósł się zarówno do samego przedmiotu konkursu oraz przewidzianej w nim nagrody, jak i do przedmiotu zamówienia w objętym kontrolą postępowaniu stwierdzając, że w obu przeprowadzonych procedurach (konkursowej, jak i o udzielenie zamówienia publicznego) efektem było uzyskanie dzieła chronionego prawami autorskimi.

W nawiązaniu do przewidzianej w Regulaminie nagrody (zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem było szczegółowe opracowanie pracy konkursowej) Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia z wolnej ręki nie musi być wyłącznie opracowanie pracy konkursowej, bowiem nie ma wymogu tożsamości przedmiotu konkursu z przedmiotem nagrody. Zamawiający określił przedmiot konkursu, jako opracowanie koncepcji budowy i wdrożenia systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości (ZSRK), a przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki opisał, zgodnie z wymogiem wynikającym z treści art. 116 ust. 2 pkt 5 Ustawy PZP, w załączniku nr 2 do Regulaminu pn.: „Zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki”.

Wobec wskazanej powyżej okoliczności Zamawiający stwierdził, że miał on – w świetle art. 125 Ustawy PZP – obowiązek wydania (wypłacenia) określonej w Regulaminie nagrody,

*ergo* – zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. W Zastrzeżeniach podkreślono także, że Zamawiający nie tylko był zobligowany do wydania (wypłacenia) nagrody, ale również nie mógł – wobec wcześniejszego jej zdefiniowania w Regulaminie – do ograniczenia jej zakresu.

Zamawiający – powołując się na przepis art. 110 Ustawy PZP i art. 1 pkt 11 lit. e Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz.U.E.L Nr 134, str. 114), zwanej dalej „Dyrektywą klasyczną” – wskazał, że „Zamówienie z wolnej ręki udzielone w wyniku przeprowadzenia i rozstrzygnięcia konkursu, a następnie przeprowadzenia negocjacji i zawarcia umowy dotyczy opracowania oprogramowania i jego wdrożenia na każdym etapie realizacji mamy do czynienia z dziełem chronionym prawami autorskimi[...]” (Zastrzeżenia..., str. 6). Zamawiający podkreślił przy tym, że wszelkie istotne elementy przedmiotu zamówienia opisanego w objętym kontrolą postępowaniu, nie mające charakteru twórczego (związane, przykładowo, z realizacją szkoleń), wykonywał sam Zamawiający oraz, że nie zakupił on jakichkolwiek licencji na oprogramowanie.

W Zastrzeżeniach stwierdzono także, że Kontrolujący bezzasadnie odwołał się do definicji konkursu zawartej w Dyrektywie klasycznej, skoro przepis art. 110 Ustawy PZP zawiera legalną definicję konkursu i świadczy o prawidłowej implementacji wspomnianej dyrektywy, zaś rygorystyczny pogląd Prezesa UZP odnośnie zakresu zamówień „pokonkursowych” wynika nie tyle z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, ile z „ich kierunkowo zawężającej i rygorystycznej wykładni [...]” (Zastrzeżenia, str. 7).

Na poparcie przedstawionej powyżej argumentacji Zamawiający dokonał również krytycznej analizy powołanego przez Kontrolującego w Informacji orzecznictwa Zespołu Arbitrów i Sądu Okręgowego.

W konsekwencji Zamawiający wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń przez Kontrolującego, zaś w przypadku ich nieuwzględnienia i przekazania do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą – o dopuszczenie do udziału w posiedzeniu Izby.

W odpowiedzi Kontrolujący – pismem z dnia 19 lutego 2014 r. – nie uwzględnił Zastrzeżeń, podtrzymując stanowisko wyrażone w Informacji. Prezes UZP wskazał, że art. 111 ust. 2 Ustawy PZP, przez art. 110 Ustawy PZP, ma bezpośredni wpływ na prawidłowość zastosowania w skontrolowanym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż określa

dopuszczalny zakres przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach postępowania prowadzonego, jako następstwo przeprowadzonej procedury konkursowej.

Kontrolujący podkreślił również, że w sytuacji, w której w ramach realizacji zamierzenia inwestycyjnego zostaje zorganizowany konkurs, w toku wykonywania takiej inwestycji można wyodrębnić 3 etapy: (1) procedurę konkursową, (2) szczegółowe opracowanie wybranej w ramach konkursu koncepcji, stanowiące przedmiot prowadzonego w następstwie konkursu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, (3) realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego. W konsekwencji, po analizie stanu faktycznego w rozpoznawanej sprawie stwierdzono, że Zamawiający bezpodstawnie pominął drugi ze wskazanych etapów, przechodząc od razu od konkursu do realizacji przedsięwzięcia.

Wobec powyższego Prezes UZP, w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 2 zdanie drugie Ustawy PZP, przekazał Zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Izba zważyła, co następuje.**

Po przeprowadzeniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawionej dokumentacji postępowania oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Najdalej idącym zarzutem Zamawiającego do treści Informacji było stwierdzenie przekroczenia przez Kontrolującego ustawowego zakresu kontroli, wobec czego Izba uznała, że konieczne jest rozstrzygnięcie tej kwestii na wstępie.

Nie sposób przychylić się do argumentacji, jakoby kontrola Prezesa UZP dotycząca legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki ograniczać ma się li tylko do literalnego brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Przepis ten jest bowiem – przez zawarte w nim odwołanie do art. 110 Ustawy PZP – powiązany z przepisami dotyczącymi konkursu. Jakkolwiek Zamawiający stwierdza, że procedura konkursowa – nie będąc ustawowym trybem udzielania zamówień publicznych – nie podlega kontroli Prezesa UZP, tym niemniej możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP – nie jest limitowana wyłącznie koniecznością przeprowadzenia konkursu, ale doznaje również ograniczenia w płaszczyźnie przedmiotu zamówienia, które

może być w ten sposób udzielone, a jest nim – zgodnie z przepisem art. 111 ust. 2 Ustawy PZP – wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej.

Izba dostrzega przy tym brak konsekwencji w wywodach Zamawiającego dotyczących omawianej kwestii, bowiem – z jednej strony – wychodzi on z założenia, że jakiegokolwiek uregulowania dotyczące konkursu poprzedzającego wszczęcie procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki nie mogą być objęte kontrolą, z drugiej zaś – stwierdza wprost, że „Wniosek Kontrolującego o naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 2 [Ustawy PZP] byłby uzasadniony jedynie wówczas, gdyby konkurs [...] byłby niezgodny z art. 110-127 ustawy[...]” (Zastrzeżenia, str. 2). Powyższe, zdaniem Izby, świadczy o posiadaniu przez Zamawiającego świadomości istnienia funkcjonalnego związku pomiędzy przepisami art. 67 ust. 1 pkt 2 i art. 111 ust. 1 pkt 3 oraz art. 111 ust. 2 Ustawy PZP, których to naruszenie zarzucił w Informacji Prezes UZP, jak również konieczności ich łącznego odczytywania i stosowania w procedurze niekonkurencyjnej wszczynanej w następstwie przeprowadzonego konkursu.

Z zarzutem przekroczenia przez Prezesa UZP ustawowych granic kontroli związane są ściśle zapatrywania Zamawiającego dotyczące zasadności zastosowania przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, wynikającej z art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Sprowadzają się one do twierdzenia, że skoro konkurs został przeprowadzony prawidłowo i przewidziano w nim nagrodę zawierającą się rodzajowo w katalogu z art. 111 ust. 1 Ustawy PZP, to Kontrolujący nie miał podstaw do stawiania zarzutu naruszenia pierwszego z ww. przepisów.

Należy jednak zauważyć, że – po pierwsze – przedmiotem kontroli Prezesa UZP nie była procedura konkursowa, wobec czego argumenty dotyczące jej istoty i przebiegu są nieprzydatne do oceny zasadności zgłoszonych zastrzeżeń i nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę. Po drugie – i najistotniejsze – sama tylko „poprawność proceduralna” Zamawiającego, którą Izba wyczytuje ze stwierdzenia zawartego w pkt IV, ppkt 1 Zastrzeżeń (poprzedzenie zamówienia z wolnej ręki konkursem, w którym jako nagrodę przewidziano zaproszenie do negocjacji autora wybranej pracy konkursowej) nie dowodzi jeszcze braku naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Dostrzeżenia wymaga bowiem, że – jak wskazano powyżej – przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (co wynika *expressis verbis* z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że



przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 Ustawy PZP i wykładni systemowej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody – *vide* art. 111 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ust. 2 Ustawy PZP).

Ubocznie można wskazać, że przyjęcie poglądu Zamawiającego mogłoby prowadzić do sytuacji, w której przedmiot zamówienia „pokonkursowego”, którego opis stanowi element składowy regulaminu konkursu, mógłby być określany w sposób dowolny (tj. wykraczający poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej), co pozostawałoby jednak bez wpływu na możliwość następczego udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. To zaś podważałoby nie tylko istotę takiego zamówienia (co Izba szczegółowo opisała poniżej), ale stałoby również w sprzeczności z regułą ścisłej interpretacji przepisu art. 67 ust.1 pkt 2 Ustawy PZP, którą można wywieść z treści art. 10 ust. 2 Ustawy PZP.

Izba, co do zasady, zgadza się z poglądem Zamawiającego, iż „nie ma wymogu tożsamości przedmiotu konkursu z przedmiotem nagrody[...]” (Zastrzeżenia, str. 5), a wręcz wskazuje, że tożsamości takiej (rozumianej, jako identyczność) być nie może. Należy bowiem zauważyć, że efektem zarówno procedury konkursowej, jak i realizacji umowy zawartej w następstwie udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w okolicznościach wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, jest powstanie dwóch odrębnych dzieł. W pierwszym przypadku – jak to wynika z przepisu art. 110 Ustawy PZP – będzie to praca konkursowa w określonej dziedzinie (przykładowo – z katalogu zawartego w art. 110 *in fine* Ustawy PZP), w drugim zaś – zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 Ustawy PZP – dzieło stanowiące szczegółowe opracowanie pracy konkursowej, czyli odrębnego, chronologicznie wcześniejszego, dzieła.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego dotyczące zakresu dzieła (przedmiotu zamówienia) w skontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba stwierdziła, że nie mieści się on w ramach szczegółowego opracowania pracy konkursowej, o którym mowa w przepisie art. 111 ust. 2 Ustawy PZP.

Ustawa PZP nie zawiera legalnej definicji ww. pojęcia. Także odwołanie się do przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.) nie pozwala na precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, jako że – po pierwsze – przepis ów zawiera jedynie otwarty katalog rodzajów opracowań, wskazując w szczególności na tłumaczenie, przeróbkę, czy adaptację, natomiast – po drugie – wydaje się, że pojęć użytych

w przepisie art. 2 ust. 1 wskazanego powyżej aktu normatywnego („opracowanie utworu”) i art. 111 ust. 2 Ustawy PZP („szczegółowe opracowanie pracy konkursowej”) nie można utożsamiać. Gdyby bowiem wolą racjonalnego ustawodawcy było nadanie im tego samego znaczenia, to nie posługiwałby się różnymi sformułowaniami w obu ustawach. Przyjąć zatem należy, że pod pojęciem „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” kryje się taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że skoro efektem szczegółowego opracowania utworu ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy).

Tymczasem, analiza przedmiotu zamówienia w skontrolowanym postępowaniu prowadzi do wniosku, że było nim nie tylko wykonanie prac twórczych, ale również takich, których efektem było uruchomienie i utrzymywanie sprawności gotowego produktu (systemu informatycznego). Świadczą o tym zarówno przywołane przez Kontrolującego w treści Informacji (str. 5) elementy składające się na przedmiot umowy (§ 2.3 Umowy), a to przygotowanie bazy sprzętowej Zamawiającego do wdrożenia systemu, udzielenie Zamawiającemu licencji na Oprogramowanie Systemowo-Narzędziowe, wdrożenie pilotażowe oraz docelowe systemu, czy wreszcie świadczenie usług serwisowych, ale także takie same postanowienia załącznika nr 2 do Regulaminu (pkt 3, pkt 4, a w szczególności pkt 4.4 i 4.6, pkt 5, a w szczególności 5.5, 5.6, pkt 6 i 7 wspomnianego załącznika), który określał zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej, czy załącznika nr 12 do Regulaminu pn. „Istotne postanowienia umowy na budowę i wdrożenie systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie Sprawiedliwości” (§ 2.3, stanowiący odpowiednik § 2.3 Umowy).

Powyższe, zdaniem Izby, potwierdza postawiony przez Kontrolującego wniosek, że celem Zamawiającego było uzyskanie nie tyle szczegółowego opracowania pracy konkursowej, na podstawie której możliwa byłaby realizacja zamówienia, ile zrealizowanie inwestycji w trybie zamówienia z wolnej ręki przy pomocy wykonawcy, który był autorem wybranej pracy konkursowej. W konsekwencji Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, wyrażone w piśmie z dnia 19 lutego 2014 r. (str. 3), stanowiącym ustosunkowanie do Zastrzeżeń, że w przypadku, gdy realizacja danego zamierzenia inwestycyjnego rozpoczyna się procedurą konkursową, to po jej zakończeniu konieczne jest przeprowadzenie jeszcze dwóch etapów: procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem musi być szczegółowe opracowanie pracy konkursowej, w przedstawionym wcześniej rozumieniu, a następnie— procedury dotyczącej *stricto* realizacji

przedsięwzięcia na podstawie uzyskanego wcześniej szczegółowego opracowania, oraz że Zamawiający drugi z opisanych etapów niezasadnie pominął.

Przedstawionej konkluzji nie może zmienić tłumaczenie Zamawiającego, że – cytując: „Jeżeli w ramach wykonywania dzieła istniały istotne elementy, które nie mają charakteru twórczego to wykonywało je Ministerstwo Sprawiedliwości, a nie Wykonawca[...]” (Zastrzeżenia, str. 6) oraz twierdzenie, że – wbrew treści § 2.3.4 Umowy, czy pkt 3 załącznika nr 2 do Regulaminu – „nie nabył [...] jakichkolwiek licencji na oprogramowanie uzupełniające lub narzędziowo-systemowe[...]” (*ibidem*). W zakresie pierwszej z wymienionych okoliczności Zamawiający – poza zacytowanym twierdzeniem – nie przedstawił na jej potwierdzenie żadnych dowodów, natomiast w odniesieniu do drugiego z przytoczonych stwierdzeń Izba zwróciła uwagę, że nie tylko nie wynika ono z przeanalizowanych akt kontroli (w szczególności treści załączników nr 2 i 12 do Regulaminu oraz postanowień Umowy), ale jest również o tyle pozbawione logiki, że skoro wykonawca „przyjął w swej Pracy Konkursowej koncepcję, zgodnie z którą ww. oprogramowanie nie było wymagane do wykonania dzieła w postaci systemu informatycznego[...]” (*ibidem*), to nie byłoby w ogóle potrzeby wprowadzania takich postanowień do Umowy. Izba wzięła również pod uwagę fakt, że treść Zastrzeżeń nie odnosi się do wszystkich wskazanych w Informacji czynności składających się na przedmiot umowy (wdrożenie systemu, świadczenie usług serwisowych), które mają charakter wykonawczy, czy też techniczny.

Na marginesie Izba wskazuje, że o celu, jakim było zrealizowanie inwestycji, w miejsce szczegółowego opracowania pracy konkursowej świadczą również inne, niż wskazane przez Prezesa UZP, okoliczności, a to udzielenie 24-miesięcznej gwarancji na wdrożony system (pkt 8 załącznika nr 2 do Regulaminu, § 10 załącznika nr 12 do Regulaminu, § 10 Umowy) oraz fakt, że wynagrodzenie przewidziane w § 11.1 Umowy stanowiło równowartość sumy pieniężnej, jaką – zgodnie z cz. IV Regulaminu – Zamawiający określił mianem maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej (kwota 24.810.000,00 zł).

Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, jakoby był on bezwzględnie związany obowiązkiem wydania (wypłacenia) nagrody w takim kształcie, w jakim opisał ją – zgodnie z art. 115 ust. 2 pkt 7 i art. 116 ust. 2 pkt 13 Ustawy PZP – w ogłoszeniu o konkursie i Regulaminie. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zamówienie z wolnej ręki udzielane zwycięzcy konkursu jest negocjacyjnym trybem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które nie zostanie udzielone dopóty, dopóki strony negocjacji (zamawiający i zaproszony wykonawca) nie dojdą do porozumienia, co do wszystkich jej

postanowień, które były przedmiotem negocjacji. To zaś stwarzało Zamawiającemu możliwość, już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, wyeliminowania z zakresu szczegółowego opracowania pracy konkursowej tych czynności, które nie miały charakteru twórczego. Nie było również wykluczone (o ile stopień szczegółowości pracy konkursowej Zamawiającemu na to pozwalał) wszczęcie – po przeprowadzeniu procedury konkursowej – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z konkurencyjnych trybów, tym bardziej, że – zdaniem Izby – zamówienie mogłoby zostać zrealizowane przez kilka różnych podmiotów, o czym świadczy chociażby liczba złożonych prac konkursowych. Rola postępowania konkursowego, zgodnie z przepisami Ustawy PZP, jest bowiem ograniczona do niezbędnej działalności twórczej, oczekiwanej od podmiotu mającego szczególne predyspozycje. Tym samym błędne lub niewłaściwe ustalenie zasad konkursu (tu – w zakresie przewidzianej dla jego zwycięzcy nagrody) nie może być uzasadnieniem dla następczego nieprawidłowego udzielenia zamówienia publicznego na realizację określonego zadania inwestycyjnego.

Ubocznie, jako że nie miało to wpływu na stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniu niniejszej uchwały, wskazać można, że Zamawiający nie był również konsekwentny w odniesieniu do kwestii możliwości odwoływania się do przepisów Dyrektywy klasycznej. Z jednej strony powołuje się na zgodność zakresu dzieła (przedmiotu zamówienia) z definicją zawartą w przepisie art. 1 pkt 11 lit. e Dyrektywy klasycznej (Zastrzeżenia, str. 6), z drugiej zaś, w dalszej części wyводу, stwierdza brak możliwości bezpośredniego stosowania jej przepisów (Zastrzeżenia, str. 7).

Odnosnie obszernej, krytycznej analizy orzecznictwa powołanego przez Prezesa UZP Izba zauważa, że fragmenty wyroków Zespołu Arbitrów i sądu okręgowego powołane zarówno przez Prezesa UZP, jak i przez Zamawiającego nie odnoszą się bezpośrednio do istoty sprawy, którą była ocena przedmiotu zamówienia „pokonkursowego”, w kontekście możliwości skorzystania z przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga fakt, że okoliczność taka – w odniesieniu do Kontrolującego – pozostaje bez wpływu na trafność zaprezentowanego w Informacji stanowiska.

Izba nie znalazła również podstaw prawnych do uwzględnienia zawartego w pkt IX.2 Zastrzeżeń (str. 7) wniosku Zamawiającego o dopuszczenie go do udziału w posiedzeniu Izby w przedmiocie rozpatrzenia zastrzeżeń do wyników kontroli. Obowiązujące aktualnie przepisy Ustawy PZP, regulujące zagadnienia związane z kontrolą doraźną (Rozdział III, Oddział 2, art. 165 i nast. Ustawy PZP), nie przewidują bowiem udziału przedstawicieli tak kontrolującego,

jak i zamawiającego podczas czynności Izby związanych z wydaniem uchwały, odnosząc się jedynie do terminu i formy rozstrzygnięcia.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 2 i 3 Ustawy PZP, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Daniel Konicz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kawa</b>
	<b>Marek Koleśnikow</b>