

**Sygn. akt: KIO/KD 63/19**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 21 października 2019 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Inspektorat Uzbrojenia**  
**ul. Królewska 1/7**  
**00-909 Warszawa**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/422/9(2)/19/SO KNZ/9/19/DKZP z dnia 20 września 2019 r. w przedmiocie zamówienia na *dostawę w latach 2018–2020 materiału wybuchowego plastycznego MWP-14*

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Andrzej Niwicki</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Katarzyna Odrzywolska</b>
	<b>Marzena Ordysińska</b>

wyraża następującą opinię:

**zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 3 października 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w sprawie udzielonego przez zamawiającego – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie zamówienia publicznego na dostawę w latach 2018 – 2020 materiału wybuchowego MWP-14.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu poinformował, że po przeprowadzeniu kontroli przedmiotowego postępowania stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz art. 7 ust. 1 i art. 131h ust. 1 ustawy Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Z analizy zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez Zamawiającego wynikało, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na dostawę materiału wybuchowego plastycznego MWP-14, był art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy pzp (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”). Jako wykonawcę przedmiotowego zamówienia Zamawiający wskazał przedsiębiorstwo MESKO S.A. z siedzibą w Skarżysku-Kamiennej.

Pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) został przesłany wniosek o przeprowadzenie kontroli doraźnej ww. postępowania. W treści wniosku o kontrolę Wnioskodawca wskazał, iż w jego ocenie brak było podstaw do zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie. Wnioskodawca zarzucił Zamawiającemu, iż ten błędnie założył, że materiał wybuchowy MWP-14 jest w stanie dostarczyć wyłącznie Wykonawca MESKO S.A. Wnioskodawca wskazał, że zna ww. materiał wybuchowy, gdyż w dniu 15 września 2014 r. zawarł z MESKO S.A. umowę, której przedmiotem było powtórne uplastycznienie materiału wybuchowego MWP-14 na bazie dostarczonych przez niego komponentów. W ten sposób uzyskano materiał wybuchowy MWP-14R-II, do produkcji

którego został użyty materiał MWP-14R. Wnioskodawca poinformował, iż w związku z powyższym jest w stanie wyprodukować materiał MWP-14R-II, który w ofercie MESKO S.A. prawdopodobnie występuje pod nazwą MWP-14, lub inny materiał o równoważnych parametrach. Wnioskodawca wskazał, iż mimo powyższego Zamawiający nie skontaktował się z nim w celu ustalenia, czy jest on w stanie dostarczyć materiał MWP-14 lub równoważny. Zdaniem Wnioskodawcy okoliczność, że ww. materiał jest wprowadzony na wyposażenie Sił Zbrojnych RP nie stoi na przeszkodzie temu, by Zamawiający zakupił ten lub inny równoważny materiał wybuchowy u innego producenta lub dostawcy. Ponadto Wnioskodawca wskazał na przewidzianą przez obowiązujące regulacje prawne możliwość wprowadzenia do Sił Zbrojnych RP materiału wybuchowego wcześniej nieeksploatowanego oraz możliwość uzyskania odpowiednich zatwierdzeń po ogłoszeniu zamówienia i przystąpieniu wykonawcy do negocjacji. Tym samym, w opinii Wnioskodawcy, Zamawiający nie wykazał, iż przedmiotowe zamówienie mogło zostać zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę – MESKO S.A. Wnioskodawca wskazał ponadto, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że materiał MWP-14 w istocie jest materiałem MWP-14R-II, wyprodukowanym dla Wnioskodawcy na podstawie umowy z 15 września 2014 r., zgodnie z którą wszelkie prawa do przekazanej dokumentacji pisemnej przysługują wyłącznie Wnioskodawcy. Stosownie do postanowień ww. umowy, Wnioskodawca posiada na okres trzech lat, tj. do dnia 4 października 2020 r., wyłączne uprawnienie do wykonywania prawa w zakresie wykorzystania wszystkich dzieł autorskich wytworzonych przez MESKO S.A. dla celów realizacji umowy, w zakresie nieograniczonym pod względem terytorialnym i ilościowym, wszelkimi znanymi sposobami. Tym samym MESKO S.A. nie posiada jakichkolwiek wyłącznych praw do materiału wybuchowego MWP-14R-II, który – zdaniem Wnioskodawcy – jest przedmiotem udzielonego zamówienia. Wnioskodawca wskazał ponadto, iż w jego opinii Zamawiający nie udowodnił, że w przedmiotowej sprawie nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia, gdyż przed wszczęciem postępowania nie przeprowadził analizy rynku, z której wynikałoby, że żaden inny wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia, lub przeprowadził ją w sposób nienależyty. O powyższych okolicznościach Wnioskodawca poinformował Zamawiającego pismem z 4 kwietnia 2018 r., przedstawiając przepis technologiczny przygotowania materiału wybuchowego MWP-14R-II i umowę z MESKO S.A. Dodatkowo wskazał, że nie jest dopuszczalne skorzystanie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp w sytuacji, gdy brak konkurencji jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia przez zamawiającego. Zdaniem Wnioskodawcy brak jest podstaw, aby Zamawiający wymagał dostawy wyłącznie materiału wybuchowego MWP-14 wyprodukowanego tylko przez jednego

wykonawcę – MESKO S.A., skoro na rynku istnieją inni wykonawcy, którzy są w stanie dostarczyć produkt o tożsamy parametrach lub inne rozsądne rozwiązania alternatywne lub zastępcze. W opinii Wnioskodawcy okoliczność, że materiał wybuchowy MWP-14 jest wprowadzony na wyposażenie Sił Zbrojnych RP nie jest istotna, skoro inny materiał o równoważnych parametrach może zostać w każdej chwili wprowadzony na wyposażenie Sił Zbrojnych RP.

Kontrolujący ustalił na podstawie dokumentów i wyjaśnień przekazanych przez Zamawiającego wynika, że umowa w sprawie ww. zamówienia publicznego została zawarta w dniu 12 lutego 2019 r. (umowa nr IU/218/VI-142/ZO/WROiB/DOS/ZSS/2017-2020/296). Uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał w zawiadomieniu z dnia 15 marca 2018 r., iż uznał za konieczne pozyskanie konkretnego materiału wybuchowego plastycznego, tj. MWP-14, wprowadzonego na wyposażenie Sił Zbrojnych RP, spełniającego określone wymagania zawarte w aktualnie obowiązującej dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej, do której wyłączne prawa własności posiada MESKO S.A., która jednocześnie nie udzieliła i nie planuje udzielić licencji na jego produkcję innym podmiotom. Zamawiający wskazał ponadto, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia przedmiotu zamówienia, lecz wynika z faktu, iż pozyskanie w drodze zakupu innego materiału wybuchowego, niewprowadzonego na wyposażenie Sił Zbrojnych RP, doprowadziłoby do sytuacji, w której eksploatowano by różne rodzaje materiału, o różnych parametrach techniczno-użytkowych. Zdaniem Zamawiającego mogłoby to skomplikować funkcjonowanie istniejącego już podsystemu wsparcia logistycznego, wpłynęłoby negatywnie na ciągłość szkolenia i nabywania doświadczeń w pododdziałach użytkujących środki minersko-zaporowe, co generowałoby dodatkowe koszty oraz spowodowałoby konieczność przeprowadzenia dodatkowych szkoleń żołnierzy, instruktorów, specjalistów realizujących zadania zabezpieczenia inżynieryjnego oraz zwiększyłoby ryzyko popełnienia błędów zagrażających zdrowiu i życiu.

Zamawiający wskazał również, że proces pozyskiwania sprzętu wojskowego znacznie różni się od zakupów towarów i usług na rynku cywilnym, gdyż zgodnie z Decyzją Nr 141/MON z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych RP (Dz. Urz. MON z 2017 r., poz. 149) pozyskiwanie sprzętu wojskowego w ramach potrzeb bieżących oraz perspektywicznych odbywa się m.in. poprzez prace rozwojowe, dostawę nowego lub będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP sprzętu wojskowego, w tym zakup nowego sprzętu wojskowego z dostosowaniem. Zamawiający wyjaśnił, iż pozyskany sprzęt wojskowy musi spełniać szereg wymagań, które nie są osiągalne na rynku cywilnym. Z tego powodu jednym ze sposobów zabezpieczenia potrzeb i

oczekiwań Sił Zbrojnych RP jest prowadzenie prac rozwojowych, co miało miejsce w przypadku materiału wybuchowego MWP-14. Efektem tych prac było opracowanie dokumentacji technicznej sprzętu wojskowego i technologii, a także potwierdzenie spełniania zakładanych parametrów przed wprowadzeniem sprzętu do użytkowania w Siłach Zbrojnych, poprzez wykonanie szeregu testów i sprawdzeń, w tym badań kwalifikacyjnych, prowadzonych pod nadzorem specjalnie powoływanej w tym celu komisji. W efekcie przeprowadzenia ww. procedury powstał materiał wybuchowy MWP-14, wobec którego postawiony został wymóg bardzo długiego okresu gwarancyjnego przechowywania (co najmniej 10 lat) i zakres temperatur eksploatacji w przedziale  $-50^{\circ}\text{C}$  do  $70^{\circ}\text{C}$ , bez utraty parametrów jakościowych, w tym plastyczności. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z posiadaną wiedzą na rynku nie ma materiałów wybuchowych o tak długim okresie przechowywania, wobec czego nie istnieje na rynku rozwiązanie alternatywne lub zastępcze. Zamawiający poinformował także, że materiał wybuchowy MWP-14 przeszedł pozytywnie badania kwalifikacyjne i został wprowadzony do Sił Zbrojnych RP Poleceniem Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych RP nr 61 z dnia 24 sierpnia 2007 r., zastępując użytkowany w wojsku od lat osiemdziesiątych XX wieku inny materiał wybuchowy MWP-10, który posiadał wadę ukrytą, tj. stawał się kruchy po długotrwałym przechowywaniu. W konsekwencji Gestor Sprzętu Wojskowego – Zarząd Inżynierii Wojskowej Inspektoratu Rodzajów Wojsk Dowództwa Generalnego Rodzajów Sił Zbrojnych, który jest w tym przypadku użytkownikiem tego rodzaju sprzętu wojskowego, w danych uzupełniających, wymaganych w procedurze udzielania zamówień przez Inspektorat Uzbrojenia, wskazał Zamawiającemu pozyskanie konkretnego typu materiału wybuchowego plastycznego, tj. MWP-14. Zamawiający w ramach przygotowania postępowania wystąpił do następcy prawnego podmiotu, który był realizatorem pracy rozwojowej, tj. MESKO S.A. oddział w Pionkach, o potwierdzenie praw wyłącznych do materiału wybuchowego plastycznego MWP-14. Po uzyskaniu oświadczenia w tym zakresie, Zamawiający wysłał do MESKO S.A. zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że analiza rynku potencjalnych wykonawców przedmiotowego zamówienia przeprowadzona została wieloetapowo poprzez różne instytucje wojskowe zaangażowane w proces pozyskiwania sprzętu wojskowego, tj. przez Gestora ww. sprzętu wojskowego oraz przez Zamawiającego. Gestor Sprzętu Wojskowego w danych uzupełniających do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę materiału wybuchowego plastycznego MWP-14 z 31 lipca 2017 r. wskazał, iż nabycie innych wyrobów niż materiał wybuchowy plastyczny MWP-14 spowoduje brak unifikacji sprzętowej pododdziałów i obniżenie poziomu przygotowania i realizacji zadań w ramach systemu ochrony i przetrwania wojsk; konieczność zmiany w procesie szkolenia pododdziałów w

zakresie prac minerskich; konieczność zmiany instrukcji „Prace minerskie i niszczenia”, co będzie generowało dodatkowe koszty; możliwość wystąpienia błędów powodujących zagrożenie życia lub zdrowia. Przeprowadził ocenę oraz pozytywnie zaopiniował ww. dane uzupełniające, uznając za zasadne argumenty do pozyskania konkretnego typu materiału wybuchowego oraz wystąpił do następcy prawnego podmiotu, który był realizatorem pracy rozwojowej, tj. MESKO S.A. oddział w Pionkach, w sprawie przekazania informacji, czy ww. wykonawca nie udzielił i nie planuje udzielić licencji na produkcję wskazanego materiału wybuchowego podmiotom trzecim. Pismem z 28 listopada 2017 r. Wykonawca MESKO S.A. poinformował Zamawiającego, że posiada on prawa własności do dokumentacji technicznej plastycznego materiału wybuchowego MWP-14, natomiast ich dysponentem jest oddział w Pionkach. Ponadto MESKO nie przewidywało udzielenia licencji na produkcję MWP-14 innym podmiotom lub zbycia prawa. Zamawiający wskazał, iż pismem z 4 kwietnia 2018 r. STV Polska Sp. z o.o. poinformowało go o posiadaniu licencji na produkcję materiału wybuchowego o takich samych parametrach jak MWP-14. W związku z tym Zamawiający ponownie wystąpił do MESKO o potwierdzenie, że tylko ten wykonawca posiada prawa wyłączne do materiału MWP-14 oraz zajęcia stanowiska w zakresie zarzutów podnoszonych przez STV Polska. MESKO S.A. potwierdziła, że posiada prawa wyłączne do materiału i podtrzymała poprzednie oświadczenie.

Uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wyjaśnił także, iż materiał wybuchowy MWP-14W został opracowany w wyniku pracy rozwojowej; opracowano materiał wybuchowy o specyficznych parametrach eksploatacyjnych, jak również o przedłużonym czasie przechowywania (10 lat). Z wiedzy Zamawiającego wynika, że żaden produkt na rynku nie posiada tak długiego okresu przechowywania bez utraty swoich właściwości. Plastyczne materiały wybuchowe dostępne na rynku przeznaczone są do użycia bieżącego i nie są dedykowane do długotrwałego przechowywania oraz różnią się od MWP-14 parametrami taktyczno-technicznymi i eksploatacyjnymi, co przekłada się na różnice w systemach logistycznych i szkoleniowych. Zamawiający podkreślił również, że zgodnie z jego wiedzą brak jest na rynku produktów równoważnych ze względu na odmienny skład chemiczny i parametry użytkowe (w tym m.in. energię wybuchu). Odnosząc się do materiału wybuchowego MWP-14R-II, oferowanego przez przedsiębiorstwo STV, wskazał, iż jest on produktem utylizacji materiału wybuchowego MWP-10, przetworzonym do wersji MWP-14R, który nie spełniał wymagań Sił Zbrojnych RP i został z nich wycofany. Wyjaśnił również, że pozyskanie w drodze zakupu innego materiału wybuchowego, niewprowadzonego na wyposażenie Sił Zbrojnych RP, doprowadziłoby do sytuacji, w której SZ RP eksploatowałyby różne rodzaje materiału wybuchowego o różnych parametrach techniczno-użytkowych, co skomplikowałoby funkcjonowanie istniejącego już podsystemu

logistycznego, szkolenia i nabywania doświadczeń w pododdziałach użytkujących środki minersko-zaporowe, wymagałoby zmiany instrukcji użytkowania, co generowałoby dodatkowe koszty oraz spowodowałoby konieczność przeprowadzenia dodatkowych szkoleń osób realizujących zadania zabezpieczenia inżynierskiego oraz zwiększyłoby ryzyko popełnienia błędów zagrażających życiu i zdrowiu.

Po przeanalizowaniu informacji Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1b oraz art. 7 ust. 1 i art. 131h ust. 1 ustawy Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Kontrolujący wskazał, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie z art. 66 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest wyczerpująca. Zgodnie z art. 131h ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, pkt 8 i 9 ustawy Pzp.

Z kolei zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wskazana podstawa prawna odnosi się przede wszystkim do sytuacji związanych z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1191 z późn. zm.) oraz związanych z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2017 r., poz. 776 z późn. zm.). Udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp zamawiający zobowiązany

jest wykazać, iż nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi mogą obiektywnie zaspokoić jego potrzeby. Do zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp nie wystarczy zatem, by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego. Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi.

Uzasadniając przesłankę braku rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub rozwiązań zastępczych, oraz że brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężania parametrów zamówienia, zamawiający musi dodatkowo wykazać, iż na rynku nie istnieją rozsądne rozwiązania równoważne tym, które zamierza zakupić. Jeżeli na rynku istnieje taki substytut danego zamówienia, który jednocześnie zaspakaja uzasadnione potrzeby zamawiającego, przesłanka ta nie zostanie spełniona. Przesłankę braku istnienia rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub rozwiązań zastępczych należy odnosić bezpośrednio do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu powyższe okoliczności, w przedstawionym stanie faktycznym, nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów nadrzędnych nad Zamawiającym, określających sposób realizacji zamówienia poprzez wskazanie Zamawiającemu konkretnego produktu, który ma zostać dostarczony, uniemożliwiając przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego. Kontrolujący zauważył także, że niedopuszczalne jest nabycie konkretnego produktu w trybie zamówienia z wolnej ręki wyłączenie ze względu na fakt, iż został on wprowadzony do Sił Zbrojnych RP na mocy odpowiedniego polecenia. Wskazane przez Zamawiającego regulacje nie zwalniają go z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy Pzp, w tym dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Fakt



wprowadzenia przedmiotowego materiału wybuchowego do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej Poleceniem Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych nie stanowi zatem przyczyny związanej z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a jest jedynie wynikiem realizacji obowiązków przewidzianych w Decyzji Nr 141/MON. Powyższe zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale z 10 maja 2019 r. (KIO/KD 41/19) wskazała, że zasady stosowania trybu z wolnej ręki zostały ustalone na poziomie prawa unijnego i wewnętrzne regulacje resortowe nie mogą znosić obowiązku stosowania trybów zgodnie z wymaganiami. Prezes Urzędu zauważył ponadto, iż sam fakt ochrony prawami wyłącznymi materiału wybuchowego nie przesądza o możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu przy jego zakupie. Istotne jest również wykazanie przez zamawiającego, że tylko ten konkretny produkt, podlegający ochronie ze względu na prawa wyłączne, jest w stanie spełnić stawiane wymogi, czego Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie zrobił. Zamawiający powołał się na regulacje wynikające z Decyzji 141/MON oraz polecenie organu nadrzędnego, nakazujące zakup konkretnego materiału wybuchowego objętego prawami wyłącznymi, nie badając jednocześnie, czy inne występujące na rynku produkty są w stanie sprostać jego oczekiwaniom. Udzielenie przedmiotowego zamówienia nie zostało poprzedzone przeprowadzeniem dokładnej analizy rynku – Zamawiający wskazał, iż ograniczyła się ona jedynie do akceptacji argumentów wskazanych przez gestora sprzętu wojskowego, dotyczących konieczności pozyskania materiału wybuchowego MWP-14, oraz wystąpieniem do MESKO S.A. z zapytaniem o prawa wyłączne do ww. materiału. Tym samym Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w sposób pozwalający na uzyskanie informacji o istnieniu na rynku innych podmiotów, mogących dostarczyć materiał wybuchowy o wymaganych parametrach. Ponadto Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki wykonawcy MESKO S.A. mimo informacji od innego funkcjonującego na rynku podmiotu o możliwości dostarczenia przez ten podmiot materiału wybuchowego o odpowiednich, wymaganych parametrach.

W świetle ww. informacji, które zostały przekazane Zamawiającemu przez STV Polska sp. z o.o. jeszcze przed udzieleniem przedmiotowego zamówienia Zamawiający powinien był zweryfikować możliwość realizacji zamówienia na dostawę materiału wybuchowego, spełniającego odpowiednie wymogi, przez innych wykonawców, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewidzianych w art. 131h ust. 1 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia w odpowiedni sposób, z uwzględnieniem wymaganych parametrów technicznych, które spełniałyby jego oczekiwania.

Odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego argumentów zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, związanych z nabyciem innego materiału wybuchowego, związanych z koniecznością podjęcia szeregu czynności organizacyjnych Kontrolujący stwierdził, iż nie uzasadniają one udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Podane przez zamawiającego okoliczności nie wpływają na możliwość realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów.

W konkluzji Prezes Urzędu uznał, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający, poprzez nieuprawnione odstępnie od stosowania trybu przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem przy udzielaniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, naruszył tym samym art. 131h ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 3 października 2019 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli. Zamawiający wniósł o uwzględnienie w całości zgłoszonych umotywowanych zastrzeżeń oraz zmianę wyniku kontroli poprzez stwierdzenie braku naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał na przebieg prowadzonego postępowania, w tym zawiadomienie o jego wszczęciu, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, które zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lutego 2019 r.

Zamawiający potwierdził, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, a prowadzone postępowanie dotyczy zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. W ocenie zamawiającego w sprawie zostały spełnione wszystkie trzy przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 b ustawy pzp.

Stwierdził, że z uwagi na przedmiot zamówienia, którym jest materiał wybuchowy plastyczny MWP-14 o unikatowych właściwościach fizykochemicznych, nie istnieją rozsądne rozwiązania alternatywne lub rozwiązania zastępcze. Podkreślił przy tym, że brak konkurencji w tym zakresie nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wskazał także na istnienie autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej materiału wybuchowego należących do MESKO S.A. Oddział w Pionkach, co potwierdzają dokumenty przedstawione w toku postępowania kontrolnego.

Uznał, że materiał wybuchowy będący przedmiotem zamówienia jest jedynym dostępnym na

rynku wyrobem posiadającym niezbędne cechy i funkcjonalności spełniające wymagania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a wskazany wyżej podmiot gospodarczy jest jedynym producentem i zarazem dostawcą wyrobu.

Pismem z dnia 9 października 2019 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku kontroli, ponieważ zostały wniesione z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej przysługuje Zamawiającemu prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Kontrolujący zaznaczył, że wskazany termin nie może zostać przedłużony przez Prezesa Urzędu, gdyż ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Kontrolujący wskazał, że powyższe stanowisko zostało wyrażone w szeregu uchwał Krajowej Izby Odwoławczej w analogicznym stanie sprawy

Jak zauważył Kontrolujący, w przedmiotowej sprawie objętej kontrolą Prezesa Urzędu Zamawiający został pouczone o przysługującym mu prawie zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od doręczenia informacji o wyniku kontroli. Powyższe uprawnienie zostało zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz przekazany Zamawiającemu piśmie przewodnim.

Prezes Urzędu wskazał, że Informacja o wyniku kontroli z dnia 20 września 2019 r. została doręczona Zamawiającemu listem poleconym w dniu 25 września 2019 r. W konsekwencji Zamawiający mógł wnieść umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w nieprzekraczalnym terminie upływającym w dniu 2 października 2019 r. Tymczasem zastrzeżenia zostały doręczone osobiście do siedziby Urzędu w dniu 3 października 2019 r. Oznacza to, jak stwierdził Kontrolujący, że zastrzeżenia zostały wniesione po terminie, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu argumentował, że przepisy ustawy Pzp przewidują jako warunek skuteczności zastrzeżeń wniesienie ich w ustawowym terminie. Brak zachowania przez Zamawiającego wskazanego wymogu nie może skutkować koniecznością merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa Urzędu. W konsekwencji zaś, w ocenie Prezesa Urzędu, dopuszczalne jest w tym zakresie rozstrzygnięcie zgłoszonych zastrzeżeń jedynie w sposób formalny i poddanie tego rozstrzygnięcia pod ocenę właściwego organu, tj. Krajowej Izby Odwoławczej.

Podsumowując Prezes Urzędu stwierdził, że nie uwzględnia zastrzeżeń z przyczyn formalnych, ponieważ zostały wniesione po terminie, o którym mowa w art. 167 ust. 1 ustawy

Pzp. W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu przekazał je w dniu 10 października 2019 r. (pismem z dnia 9 października 2019 r.) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba po analizie akt postępowania stwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny przedmiotowej kontroli. Izba zgodziła się z Kontrolującym, że merytorycznemu rozpoznaniu zarówno przez Prezesa Urzędu, jak i przez Krajową Izbę Odwoławczą mogą zostać poddane jedynie zastrzeżenia zgłoszone w ustawowym terminie. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości okoliczność, że zastrzeżenia Zamawiającego zostały zgłoszone z uchybieniem 7-dniowego terminu wskazanego w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że ustawodawca nie przewidział możliwości przywrócenia terminu na zgłoszenie zastrzeżeń. Warunkiem możliwości rozpoznania zastrzeżeń jest ich zgłoszenie w ustawowym terminie. Uchybienie terminowi wskazanemu w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp musi skutkować nieuwzględnieniem zastrzeżeń ze względów formalnych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....