

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 17 grudnia 2014 roku**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 14 listopada 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Wyższą Szkołę Policji w Szczytnie**

**ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 111, 12-100 Szczytno**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 7 listopada 2014 roku w przedmiocie zamówienia na realizację zadania pn.: *Wykonawcy naukowci projektu rozwojowego nr O ROB 0011 01/ID/11/1 pt. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”.*

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Beata Pakulska-Banach</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Marzena Ordysińska</b>
	<b>Anna Packo</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 listopada 2014 r. uwzględnia w całości.**

## Uzasadnienie

Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie [dalej zwana: „Zamawiającym”] – realizowała postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *Wykonawcy naukowi projektu rozwojowego nr O ROB 0011 01/ID/11/1 pt. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”*, w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych [dalej zwany: „Prezesem UZP”] ustalił następujący stan faktyczny oraz stwierdził następujące naruszenia – *Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 7 listopada 2014 roku (znak: UZP/DKD/WKZ/421/71(4)/14/GK)*.

Prezes UZP wskazał, że podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego na realizację zadania, o którym mowa powyżej, będącego przedmiotem kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa UZP, 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 zwanej: „ustawą Pzp”].

Prezes UZP ustalił, że Zamawiający, działając w konsorcjum razem z Instytutem Techniki i Aparatury Medycznej ITAM oraz ETC-PZL Aerospace Industries Sp. z o. o., złożył w dniu 16 września 2011 r. do Narodowego Centrum Badań i Rozwoju wnioski 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. Natomiast w dniu 13 grudnia 2011 r. wydana została decyzja w sprawie przyznania środków finansowych tytułem finansowania w ramach realizacji ww. projektu. W dniu 28 grudnia 2011 r. Zamawiający, działając jako lider konsorcjum, podpisał umowę nr 0011/R/ID1/2011/01 na wykonanie i finansowanie ww. projektu, przy czym Prezes UZP stwierdził, że umowie brak było zapisów wskazujących na konkretnych wykonawców mających realizować projekt. Następnie w dniu 7 stycznia 2012 r. zostało opublikowane ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante pod numerem 2012/S 4-005743, a pismem z dnia 9 stycznia 2012 r. Zamawiający przesłał Prezesowi UZP zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Prezes UZP wskazał, że Zamawiający zawarł w dniu 16 stycznia 2012 r., po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, osiem umów z pracownikami naukowymi. Ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w dniu 9 lutego 2012 r. (nr 2012/S 27-043286). Prezes UZP zauważył, że Zamawiający uzasadniając konieczność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, powołał się na imienny wykaz pracowników naukowych przewidzianych do

wykonania projektu, zawarty w złożonym wniosku aplikacyjnym do Narodowego Centrum Badań i Rozwoju. W wykazie wskazano czternaście osób, a umowy z wolnej ręki zostały zawarte z ośmioma osobami. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że we wniosku aplikacyjnym, zgodnie z regulaminem konkursu zostali wpisani wszyscy pracownicy naukowcy, którzy pracowali nad pomysłem i przygotowaniem wniosku, w związku z ogłoszonym konkursem, zaś wśród czternastu pracowników naukowych, ośmiu było pracownikami Zamawiającego i to z nimi zawarł on umowy w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wskazał również, że osoby te zostały wykonawcami projektu ze względu na posiadaną wiedzę i doświadczenie w danej dziedzinie naukowej. A nadto dodał, że na pozytywną ocenę projektu i otrzymanie dofinansowania miał wpływ także dorobek naukowy wykonawców oraz kierownika projektu. Zamawiający wyjaśnił, że wskazani naukowcy przygotowali wspólny pomysł na realizację projektu, który następnie został oceniony w procedurze konkursowej Narodowego Centrum Badań i Rozwoju i otrzymał dofinansowanie na jego realizację, a zatem dofinansowanie zostało przyznane na realizację tematu opracowanego przez zespół naukowców, którzy są autorami pomysłu na jego realizację i zostali wskazani we wniosku konkursowym. Zamawiający przedstawił także regulamin konkursu 1/2011 na wykonanie projektów w zakresie badań naukowych lub prac rozwojowych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa wraz z wnioskiem aplikacyjnym, stanowiącym załącznik nr 2 do regulaminu, z którego wynika, 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”*. Zdaniem Zamawiającego, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju - w drodze procedury konkursowej - dokonało również wyboru i akceptacji poszczególnych zespołów. Wskazał, że w procedurze konkursowej dokonywana jest ocena punktowa osiągnięć oraz doświadczeń naukowych i zawodowych zespołu pomysłodawców, dlatego też nie mógł zatrudnić do projektu innych wykonawców, bowiem otrzymane dofinansowanie na realizację projektu wiąże się z zatrudnieniem wskazanych we wniosku wykonawców.

Ponadto, Zamawiający - w wyjaśnieniach z dnia 15 września 2014 r. - powołał się na ochronę praw autorskich jako uzasadnienie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stwierdzając, 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. Wskazani członkowie zespołu posiadają prawa autorskie dotyczące stworzenia pomysłu i jego dalszej realizacji.

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego Prezes UZP podniósł, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, zarówno na gruncie prawa krajowego, jak również europejskiego oraz, że przesłanki zastosowania tego trybu muszą podlegać wykładni ścisłej i powołał się na

obowiązujące w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, jak i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Prezes UZP wskazał, że w przedmiotowej sprawie podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, 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. Prezes UZP stwierdził, iż dla prawidłowego zastosowania powołanego przepisu nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia, lecz Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Zdaniem Prezesa UZP, konieczne jest obiektywne ustalenie przez Zamawiającego, czy w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie, albowiem 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. Prezes UZP wskazał na załącznik 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, z którego 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; 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. Z umowy wynikało ponadto, że w ramach budowy symulatora zostaną wykonane 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. Prezes UZP wskazał, że *Opis Projektu* z umowy o dofinansowanie nr 0011/R/101/2011/01 jest identyczny z opisem projektu załączonym do wniosku o dofinansowanie.

W ocenie Prezesa UZP powyższe usługi stanowią specyficzną materię wymagającą wysokich kwalifikacji od wykonawcy, lecz nie oznacza to, że inni wykonawcy, poza wybranymi do świadczenia przedmiotowych usług, nie będą w stanie wykonać zamówienia w równie właściwy i wydajny sposób. Zdaniem Prezesa UZP na rynku jest wielu profesjonalnych i kompetentnych wykonawców oferujących szeroki zakres usług badawczych. Na potwierdzenie praktyki wyboru wykonawców usług badawczych w drodze procedury otwartej Prezes UZP przedstawił przykłady takich postępowań. Wskazał, że Zamawiający dokonując wyboru wykonawcy w postępowaniu konkurencyjnym miałby możliwość uzyskania oferty równie korzystnej co zaproponowana przez wybranego wykonawcę. Podkreślił, iż wskazane w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp okoliczności powinny mieć charakter obiektywny tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z decyzji Zamawiającego i dodał – za przywołanym wyrokiem ETS (sprawa C – 394/02 Komisja przeciwko Grecji) - że, za przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze nie może zostać uznany sam fakt, że zamówienie ma charakter złożony.

Prezes UZP wywodził również, że konieczność wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki nie może wynikać z wcześniejszych działań Zamawiającego. Stwierdził, że 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, w ocenie Prezesa UZP, działają podmioty konkurencyjne.

Odnosząc się natomiast do kolejnej przesłanki powołanej przez Zamawiającego, już w toku wyjaśnień na uzasadnienie wyboru wykonawców projektu w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał, że zespół naukowy był wprawdzie autorem pomysłu na realizację przedmiotowego projektu, ale jednocześnie ten pomysł dopiero podczas dalszych prac badawczych miał być urzeczywistniony i jako taki nie korzysta z ochrony prawnoautorskiej. Powołał się na przepis art. 2<sup>1</sup> ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, który, stanowi, że ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są zaś objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Prezes UZP powołał się także na poglądy wyrażane w doktrynie oraz na orzecznictwo sądów, w tym Sądu Najwyższego, z których wynika, że poza zakresem ochrony wynikającej z prawa autorskiego pozostają idee, pomysły badawcze, koncepcje ze względu na niemożność wykazania cechy indywidualności lub, które nie zostały skonkretyzowane w danym utworze. W ocenie Prezesa UZP nie można przypisać pomysłowi stworzenia symulatora waloru dobra chronionego prawem autorskim.

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

Pismem z dnia 14 listopada 2014 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, podtrzymując w całości stanowisko zaprezentowane w wyjaśnieniach złożonych w toku kontroli.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami zawartymi w *Informacji o wyniku kontroli w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* i stwierdził, że w jego ocenie udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było prawnie zasadne.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp, udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest dopuszczalne, jeżeli usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Podkreślił, iż usługi będące przedmiotem zamówienia w przedmiotowej sprawie wymagają specjalistycznej wiedzy, która jest właściwa jedynie osobom związanym z dziedziną bezpieczeństwa oraz dysponującym odpowiednim do wykonania projektu doświadczeniem. W ocenie Zamawiającego jedynie osoby wskazane we wniosku o finansowanie i wyłonione w trybie zamówienia z wolnej ręki mogły wykonać projekt w sposób właściwy, tym bardziej, że były one autorami pomysłu zawartego we wniosku o finansowanie projektu. Zamawiający wskazał, że wśród wykonawców projektu znajdują się m.in. obecni i byli funkcjonariusze Policji, którzy swoim doświadczeniem i wiedzą zapewniają wykonanie projektu w sposób zgodny ze złożonym wnioskiem i podpisaną z Narodowym Centrum Badań i Rozwoju umową. Zamawiający stwierdził również, że podane przez Prezesa UZP w *Informacji o wyniku kontroli* przykłady wyboru wykonawców usług badawczych w drodze procedury otwartej są całkowicie nieadekwatne do prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w szczególności zaś nie dotyczą usług do świadczenia których wymagana jest wiedza i doświadczenie w zakresie właściwym funkcjonariuszom państwowym. Zamawiający podniósł, że prawidłowe wykonanie projektu, o którym mowa powyżej, wymagało uzyskania konkretnych danych, w zakresie działań i doświadczeń Policji związanych z jego tematyką i dotyczących najczęściej występujących zagrożeń w kierowaniu pojazdami uprzywilejowanymi, których interpretacja dla odpowiedniego przebiegu procesu realizacji przedmiotowego projektu wymaga doświadczenia właściwego właśnie funkcjonariuszom Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie i osobom związanym z tą jednostką organizacyjną Policji, która jest zarazem uczelnią służb państwowych, realizującą projekty dotyczące tych służb. Następnie powołał się na opis przedmiotowego projektu, w którym zaprezentowano ogromne doświadczenie Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie w zakresie szkolenia i opracowywania rozwiązań dla szkolenia funkcjonariuszy służb państwowych korzystających z pojazdów

uprzywilejowanych. W ocenie Zamawiającego nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie, a Prezes UZP nie wskazał, że faktycznie istnieją na rynku inni wykonawcy zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający podniósł, że jako wykonawca projektu nie miał możliwości zatrudnienia innych wykonawców niż osoby wskazane we wniosku o finansowanie wykonania projektu, gdyż zgodnie z częścią G pkt 2 ppkt 3 wniosku zobowiązał się do zatrudnienia osób niezbędnych do realizacji projektu, które to osoby określone zostały przede wszystkim w części C pkt 2 wniosku. Wskazał także, że jednym z kryteriów oceny merytorycznej wniosku był dorobek wykonawców, co wynikało z Regulaminu przeprowadzenia konkursu. We wniosku zawarta została ankieta dorobku pracownika naukowego, która umożliwiła dokładną jego ocenę. Zamawiający podniósł, że wiedza i dorobek naukowy jest cechą indywidualną i wyróżniającą każdego pracownika naukowego i założenie, że inna osoba może zrealizować projekt o przyjętych już cechach indywidualnych i niepowtarzalnych, wskazanych we wniosku o finansowanie projektu, nie znajduje uzasadnienia. W jego ocenie o indywidualnych cechach i niepowtarzalności dorobku naukowego świadczy ocena merytoryczna i wysokość punktowania tego dorobku przez komisję Narodowego Centrum Badań i Rozwoju. Następnie stwierdził, że umożliwienie wykonania projektu naukowego przez inne osoby wiązałoby się dla niego z negatywnymi konsekwencjami w toku nadzoru sprawowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, przy czym powołał się na przepis art. 42 ustawy z dnia 30.04.2010 r. o Narodowym Centrum Badań i Rozwoju dla wykazania, że nadzór ten dotyczy projektu jako całości, nie zaś wyłącznie zgodności działań wykonawcy z zawartą umową, co oznacza, że wszystkie informacje i zobowiązania zawarte we wniosku o finansowanie są dla wykonawcy wiążące i z tego względu osoby w nim wskazane muszą występować w toku realizacji projektu jako wykonawcy naukowci. Zamawiający podniósł, że są to osoby, których publikacje, doświadczenie, udział w projektach o tematyce zbliżonej do tematyki składanego wniosku, udział we wdrożeniach, uzyskane wyróżnienia krajowe i międzynarodowe są oceniane w toku konkursu na realizację projektu, w związku z czym brak w umowie danych wykonawców naukowych nie przesądza o możliwości wyboru innych wykonawców niż wskazani we wniosku o finansowanie. Zdaniem Zamawiającego wybór innych osób do realizacji projektu stworzyłby niebezpieczeństwo przerwania jego realizacji przez Dyrektora Narodowego Centrum Badań i Rozwoju w trybie § 7 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 4.01.2011 r. w sprawie sposobu zarządzania przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju realizacją badań naukowych lub prac rozwojowych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa. Zamawiający wyjaśnił ponadto, że jednym z elementów kontroli projektu, prowadzonej przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w dniach 23-25.10.2014 r., było zestawienie wykonawców naukowych faktycznie realizujących projekt z wykonawcami wskazanymi we wniosku o finansowanie.

Zamawiający stwierdził, iż wykazał należytą staranność, gdyż poinformował zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, Prezesa UZP o wszczęciu postępowania z wolnej ręki i sformułował uzasadnienie zastosowania tego trybu w zakresie faktycznym i prawnym, które na tamtym etapie nie zostało zakwestionowane przez Prezesa UZP, jak również, na podstawie art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy mimo, że nie było to obowiązkowe. W wyniku zamieszczenia ogłoszenia nie wpłynęło żadne odwołanie od czynności Zamawiającego, co oznacza jego zdaniem, że nie było innych wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, twierdzenia Prezesa UZP o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, są nieuprawnione.

Odnosząc się do kwestionowanej przez Prezesa UZP możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że pomysł realizacji projektu wbrew stanowisku Prezesa UZP korzysta z ochrony prawnoautorskiej. Został on bowiem spisany i wyrażony w postaci literackiej jako praca konkursowa przekazana Narodowemu Centrum Badań i Rozwoju, co jest równoznaczne z uznaniem go za utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych i objęciem ochroną. Zamawiający odwołał się także do poglądów doktryny wskazujących na to, że sam pomysł może korzystać z ochrony prawnoautorskiej, jeżeli został już na tyle skonkretyzowany, że można go potraktować jako utwór nieukończony, przy czym do uznania go za utwór niezbędne jest posiadanie autonomicznych cech utworu w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, co przejawia się w możliwości istnienia na różnych polach eksploatacji. Powołał się również na wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi I Wydział Cywilny z dnia 23 lipca 2013r. (I ACa 316/13), w którym Sąd ten wskazał na linię orzeczniczą Sądu Najwyższego, zgodnie z którą każdy pomysł korzysta z ochrony prawnoautorskiej, jeśli jest wystarczająco zindywidualizowany i twórczy oraz, jeżeli został utrwalony w jakiegokolwiek postaci.

Zamawiający podkreślił, że zamieszczony w *Informacji o wyniku kontroli* przez Prezesa UZP cytat z komentarza prof. Barty odnosi się jedynie do pomysłów badawczych, które nie zostały skonkretyzowane i zindywidualizowane, a inaczej jest w przypadku autorskiego pomysłu, stanowiącego część wniosku konkursowego, który musiał podlegać konkretyzacji. W ocenie Zamawiającego, stanowisko Prezesa UZP o braku możliwości zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu nie było adekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowej sprawie należy mówić o utworze w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, co uzasadnia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.



Ponadto, Zamawiający podniósł, że w przedmiotowej sprawie możliwe byłoby odstąpienie od stosowania przepisów ustawy Pzp, w tym także tych dotyczących przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, z uwagi na zastosowanie wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. Zamawiający wskazał przy tym, że z literatury oraz orzecznictwa wynika, iż dla właściwej realizacji powołanego przepisu rezultaty zlecanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych muszą być nie tylko własnością zamawiającego w tym sensie, iż w swoim podstawowym założeniu powinny służyć także innym podmiotom. Zauważył, że rezultat projektu w przedmiotowym postępowaniu został stworzony na potrzeby funkcjonariuszy służb państwowych dla celów szkoleniowych, zaś prawa własności intelektualnej określone w § 13 umowy z Narodowym Centrum Badań i Rozwoju nie przysługują wyłącznie Zamawiającemu, co oznacza, że przesłanka wyłączenia wskazana w tym przepisie została spełniona.

Reasumując wywody w tym zakresie Zamawiający stwierdził, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. *„Wykonawcy naukowci projektu rozwojowego pt. Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”* nie doszło do wskazanych przez Prezesa UZP nieprawidłowości i naruszenia art. 10 oraz 7 ust. 1 ustawy Pzp, a podjęte działania wynikały z konieczności prawidłowego wykonania projektu. Wskazał też, że nie można także wykluczyć, iż w ramach postępowania zastosowanie znajdował także art. 4 ust. 3 lit. e) ustawy Pzp, co czyniłoby zarzuty Prezesa UZP wobec Zamawiającego bezprzedmiotowymi.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy P.z.p., Prezes UZP przekazał je pismem z dnia 2 grudnia 2014 roku do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Dodatkowo, odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego możliwości wyłączenia przedmiotowego postępowania z obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania), Prezes UZP wskazał, że Zamawiający nie podnosił tej kwestii w zawiadomieniu, ani na etapie postępowania wyjaśniającego czy też kontroli. W związku z powyższym powołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 78/11), w której Izba wyraziła stanowisko, iż zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia

umowy - stosownie do wymagania zawartego w art. 67 ust. 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli.

Niezależnie od powyższego, Prezes UZP ustosunkowując się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej możliwości wyłączenia zastosowania przepisów ustawy Pzp w oparciu o przepis art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp wskazał, że o takiej możliwości decyduje to, że zamówienie nie jest wyłącznie opłacane przez zamawiającego oraz dodał, że nie jest opłacaniem zamówienia wspólnie z zamawiającym ponoszenie przez wykonawcę kosztów realizacji udzielonego mu zamówienia. Według Prezesa UZP celem wyłączenia przewidzianego w powołanym powyżej przepisie jest m.in. wsparcie potencjału przedsiębiorstw poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe. Przepis ten w ocenie Prezesa UZP winien być interpretowany przez pryzmat art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE, a także w kontekście celu wyłączenia wyrażonego w motywie 23 preambuły do tej dyrektywy, odwołującego się do art. 163 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 179 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej), z których wynika, że zachęcenie do działalności badawczej i rozwoju technologicznego stanowi jeden ze środków wzmacniania naukowej i technologicznej bazy przemysłu unijnego, zaś otwieranie zamówień publicznych na usługi przyczyni się do osiągnięcia tego celu. Prezes UZP wskazał, że z postanowień wskazanych aktów prawnych wynika dyrektywa interpretacyjna na podstawie której wyłączenie ze stosowania ustawy w oparciu o przepis art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp odnosi się do współfinansowania zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych przez branżę przemysłową, natomiast fakt dofinansowania programów badawczo - rozwojowych z budżetu państwa w formie dotacji, grantów czy też środków pochodzących z funduszy unijnych nie oznacza, że dany program podlega wyłączeniu ze stosowania przepisów ustawy, bowiem przesłanka w zakresie opłacania jest spełniona wówczas, gdy udział w finansowaniu zamówienia ponosi osoba trzecia - prywatny przedsiębiorca. Prezes UZP wskazał, że usługi będące przedmiotem zamówienia opłacane są wyłącznie przez Zamawiającego. I nie zmienia tego fakt dofinansowania projektu przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, ponieważ są to środki finansowe pochodzące z budżetu państwa. Jeśli więc Zamawiający otrzymuje środki publiczne na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez Zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci. Następnie Prezes UZP wskazał, że dla ustalenia wystąpienia przesłanki wyłączenia z art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp konieczne jest ponadto ustalenie czy rezultaty badań naukowych nie stanowią wyłącznie własności Zamawiającego. Powołał się na postanowienie zawarte w § 13 ust. 1 umowy nr 0011/R/101/2011/01 o wykonanie i finansowanie projektu nr O ROB 0011 01110/11/1 na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, z którego wynika, że właścicielem wynalazków, wzorów użytkowych lub wzorów przemysłowych dokonywanych w związku z realizacją Projektu jest Skarb Państwa. Wskazał, że zgodnie z treścią § 13 ust. 4 ww. umowy, właścicielem

autorskich praw majątkowych do powstałych w ramach Projektu rezultatów będących przedmiotem ochrony na podstawie ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne jest Skarb Państwa reprezentowany przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych. Prezes UZP stwierdził, że w związku z tym, że wyłącznym właścicielem autorskich praw majątkowych do rezultatów będących przedmiotem zamówienia jest Skarb Państwa to nie została spełniona przedmiotowa przesłanka z art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Pzp.

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

Oceniając zastrzeżenia Zamawiającego Izba nie podzieliła stanowiska Prezesa UZP w zakresie naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki* z dnia 7 listopada 2014 r., w której Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przez co naruszył przepis art. 10 i 7 ust.1 ustawy Pzp.

Kwestią sporną było to czy Zamawiający prawidłowo zastosował tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W ocenie Izby, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Wykonawcy naukowi projektu rozwojowego nr O ROB 0011 01/ID/11/1 pt. Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych*” zaistniały przesłanki do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przy czym wskazać należy, że o ile Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego, zaprezentowaną w piśmie zawierającym zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, odnoszącą się do przesłanki wynikającej z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, o tyle, co do argumentacji odnoszącej się do możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, podziela ją z pewnymi uwagami, o których mowa poniżej.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy 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.*

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w opublikowanym w dniu 7 stycznia 2012 roku Ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante [numer: 2012/S 4-005743] podnosił, że: „*wskazane usługi mogą być świadczone tylko przez wskazanych wykonawców z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Wykonawcy zostali scharakteryzowani we wniosku i zostały przedstawione ich dorobki naukowe. Osoby są wykonawcami projektu*

ze względu na posiadaną wiedzę i doświadczenie. Kierownik projektu oraz wykonawcy zostali wskazani we wniosku o finansowanie wykonania projektu realizowanego na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa pt. „Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych”. W ramach projektu prowadzone będą prace badawczo-rozwojowe. Uwzględniając szczególnie charakter danego zamówienia powodujący, że może być ono zrealizowane tylko przez wymienionych wykonawców ze względu na specyficzne cechy zamówienia (m.in. na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa) udzielenie niniejszego zamówienia innym wykonawcom jest ze względów technicznych niemożliwe”.

Natomiast w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej Zamawiający podnosił m.in., że: „usługi będące przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie wymagają specjalistycznej wiedzy, która jest właściwa jedynie osobom związanym z dziedziną bezpieczeństwa oraz dysponującym odpowiednim do wykonania projektu doświadczeniem”.

Wiedza i doświadczenie osób wybranych przez Zamawiającego do realizacji projektu pt. Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych” nie były kwestionowane przez Prezesa UZP, który jedynie podnosił, że Zamawiający nie ustalił w sposób obiektywny, czy istnieją alternatywni wykonawcy, o podobnym zakresie wiedzy i doświadczenia, którzy mogliby także prawidłowo i efektywnie zrealizować zamówienie. Słusznie Prezes UZP wskazywał, że: „Zamawiający ma możliwość wskazania wymagań odnoszących się do doświadczenia w zakresie, w jakim będzie to wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia”. Taka możliwość wynika bowiem z dyspozycji przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym Zamawiający może weryfikować spełnianie wymaganych przez siebie warunków przez żądanie złożenia odpowiednich dokumentów na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie można wykluczyć, że na rynku funkcjonują też inne osoby, które legitymowałyby się posiadaniem odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, w tym choćby wywodzący się z Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie. Wątpliwym jest, że tylko osiem osób wskazanych przez Zamawiającego posiadałoby odpowiednią wiedzę i doświadczenie do realizacji tego typu projektów, i nie zostało to w istocie wykazane przez Zamawiającego. Natomiast ocena tego czy wskazane przez Prezesa UZP przykłady prowadzenia postępowań dotyczących wyboru wykonawców usług badawczych w drodze procedury otwartej są adekwatne do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, zdaje się prowadzić do wniosku o braku adekwatności przytoczonych przez Prezesa UZP przykładów postępowań do niniejszej sprawy.

Niezależnie od chybionej argumentacji Zamawiającego w powyższym zakresie, okoliczności przedmiotowej sprawy, wskazują na zaistnienie przesłanek uprawniających go do prowadzenia postępowania w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że wskazanie konkretnych osób we wniosku projektowym niejako determinowało późniejsze zawarcie z nimi umów zlecenia w ramach realizacji przedmiotowego projektu.

Nie było celem Zamawiającego, jak zdaje się twierdzić Prezes UZP, stworzenie faktycznie sztucznego monopolu, osób zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Wynikało to raczej z warunków konkursu.

Zgodnie bowiem z załącznikiem nr 2 do Regulaminu przeprowadzenia konkursu 1/2011 *na wykonanie projektów w zakresie badań naukowych lub prac rozwojowych na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa*, stanowiącego *Wzór formularza wniosku*, wnioskodawca ubiegający się o finansowanie projektu był zobowiązany do wskazania **imiennego wykazu pracowników naukowych przewidzianych do wykonania projektu**, w tym do podania ich tytułu, stopnia naukowego, imienia i nazwiska oraz miejsca zatrudnienia (część C: *Informacje o wykonawcach* - pkt 2). Natomiast w pkt 3 Części C ww. załącznika zawarto wzór ankiety dorobku pracownika naukowego wraz z pouczeniem o następującej treści: „*na odrębnych stronach obowiązkowa dla 10 wiodących naukowców realizujących projekt*”, w ramach której miał być ujęty: przebieg pracy naukowej, informacje o pracach wykonanych w okresie ostatnich 4 lat przed zgłoszeniem wniosku, informacja o projektach badawczych, doświadczeniu naukowym zdobytym w kraju i za granicą oraz najważniejsze międzynarodowe i krajowe wyróżnienia wynikające z prowadzenia badań naukowych. Ponadto, pod ankietą miało być zawarte oświadczenie, własnoręcznie podpisane przez osobę, której dotyczyła ankieta, iż przyjmuje ona warunki udziału w konkursie (...) oraz wyraża zgodę na zamieszczenie jej danych osobowych zawartych we wniosku w zbiorze danych Narodowego Centrum Badań i Rozwoju. Z kolei z załącznika nr 4 do Regulaminu, o którym mowa powyżej, zatytułowanego *Kryteria oceny merytorycznej wniosku*, wynika, że jednym z tych kryteriów był dorobek wykonawców oraz posiadanie odpowiednich zasobów ludzkich niezbędnych do wykonania projektu.

Powyżej powołane postanowienia zawarte w Regulaminie konkursu ogłoszonego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, świadczą o tym, że Zamawiający nie miał możliwości dowolnego doboru osób do realizacji zgłoszonego projektu nawet, jeśli znalazłby osoby o podobnym poziomie wiedzy i doświadczenia. Rację ma Zamawiający wskazując, że wiedza, a w szczególności dorobek naukowy jest indywidualną cechą wyróżniającą każdego pracownika naukowego. Zamawiający był przecież zobowiązany do przedstawienia imiennego wykazu pracowników naukowych przewidzianych do wykonania projektu oraz do przedstawienia szczegółowych ankiet dorobku naukowego dla 10 wiodących naukowców realizujących projekt. Jak wskazał Zamawiający, w toku kontroli projektu prowadzonej przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, jednym z elementów poddanych tej kontroli było

porównanie wykonawców naukowych faktycznie realizujących projekt z wykonawcami wskazanymi we wniosku o finansowanie.

Zatem, można stwierdzić, że instytucja finansująca projekt, czyli Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, oczekiwała, że projekt pn. *Symulator kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych*, będzie bezpośrednio wykonywany przez imiennie wskazane we wniosku osoby, w tym przede wszystkim przez wiodących naukowców. Jest to zresztą bardzo naturalne oczekiwanie instytucji przyznających wszelkiego rodzaju granty, dofinansowania itp., w sytuacji, gdy realizacja projektu wymaga wiedzy specjalistycznej i doświadczenia, a w trakcie procedury związanej z przyznaniem środków finansowych, wymagane jest wskazanie konkretnych osób i ich wykształcenia, wiedzy, doświadczenia, itd., niezbędnych do realizacji zadań, na które te środki zostają przyznane.

Faktem jest, co zauważył Prezes UZP w *Informacji o wyniku kontroli*, że w umowie nr 0011/R/ID1/2011/01 na wykonanie i finansowanie przedmiotowego projektu, zawartej pomiędzy Zamawiającym jako liderem Konsorcjum, a Narodowym Centrum Badań i Rozwoju, brak było postanowień wskazujących na konkretnych wykonawców mających realizować projekt. Jednak pomimo tego, że postanowienie takie nie zostało wyrażone *expressis verbis* w umowie, o której mowa powyżej, to jednak można je wywieść właśnie z warunków konkursu, gdzie jednym z wymogów było wskazanie konkretnego zespołu ludzi przewidzianych do realizacji projektu i to ten konkretny zespół był poddawany ocenie w ramach oceny merytorycznej całego zgłoszonego wniosku.

Dodatkowo wskazać należy, że to wskazany przez Zamawiającego zespół pracowników naukowych był twórcą pomysłu, wyrażonego następnie w przedmiotowym wniosku. To ten zespół miał już opracowaną koncepcję jak należy taki projekt zrealizować, i w tym sensie można powiedzieć, że był to najlepiej dobrany zespół ludzi do realizacji przedmiotowego projektu.

Na marginesie wskazać należy, że Zamawiający, jak słusznie podniósł w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, dochował należytej staranności, przez publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Można domniemywać (choć oczywiście nie jest to przesądzone), że skoro nie wpłynęło jakiegokolwiek odwołanie kwestionujące dokonaną czynność, to nie było też wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie tego typu zamówienia.

Odnosząc się z kolei do przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp stanowiącego, że *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, Izba uznała w całości argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli.

Przede wszystkim należy powołać przepis art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych [j.t. Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631, z późn. zm.] – dalej zwanej: „ustawą Prawo autorskie” zgodnie, z którym: *Przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór).*

Natomiast w art. 1 ust. 2<sup>1</sup> ustawy Prawo autorskie ustawodawca wskazał, iż - *Ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne.* Z kolei ust. 3 powołanego artykułu stanowi, że *Utwór jest przedmiotem prawa autorskiego od chwili ustalenia, chociażby miał postać nieukończoną.*

W przedmiotowej sprawie Prezes UZP uznał *a priori*, bez przeprowadzenia jakiejkolwiek analizy wniosku zgłoszonego przez Zamawiającego w ramach konkursu nr 1/2011 prowadzonego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, że pomysłowi stworzenia symulatora nie można przypisać waloru dobra chronionego prawem autorskim. Powołał się przy tym na poglądy doktryny i orzecznictwo polskich sądów, w tym Sądu Najwyższego, wskazujące, że idee, pomysły, koncepcje nie korzystają z ochrony autorskoprawnej ze względu na niemożność wykazania cechy indywidualności, oraz w sytuacji, gdy nie zostały skonkretyzowane w danym utworze.

Wbrew wyrażonemu stanowisku Prezesa UZP, stwierdzić należy, że pomysł stworzenia symulatora kierowania pojazdami uprzywilejowanymi podczas działań typowych i ekstremalnych, nie jest już tylko samą ideą, nieskonkretyzowanym pomysłem badawczym, lecz został on opisany i wyrażony we wniosku konkursowym złożonym przez Zamawiającego, a zatem może stanowić on utwór w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy Prawo autorskie. Już z samego wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 października 2013 roku (sygn. akt I ACa 1233/12), powołanego przez Prezesa UZP w *Informacji o wyniku kontroli*, można wywieść *a contrario*, że pomysły i koncepcje, które zostały skonkretyzowane w utworze podlegają ochronie (skoro jak Sąd ten wskazał cyt: „*sam pomysł, koncepcja, która nie została skonkretyzowana w danym utworze nie podlega ochronie*”). Ustawa Prawo autorskie wprost odwołuje się do koncepcji utworu nieukończonego, obejmując go ochroną (art. 1 ust. 3 cytowany powyżej). Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2014 r. [sygn. akt V CSK 180/13, opubl. LEX nr 1455199 ], w którym SN wyraził stanowisko, że: *Chwilą stworzenia utworu jest moment, w którym akt twórczości przejawia się na zewnątrz, poza sferę przeżyć intelektualnych twórcy, przy czym owo uzewnętrznienie może nastąpić w jakikolwiek sposób i oznacza ustalenie utworu, chociażby miał postać nieukończoną. Nie jest również konieczne nadanie mu formy materialnej. Wystarczające jest*

*twórcze indywidualne rozwiązanie, polegające na samodzielnym doborze, układzie, uporządkowaniu elementów nawet dostępnych i wykorzystywanych w zbliżonym celu. Utwór stanowi oryginalną twórczą całość od osiągnięcia końcowego rezultatu (ustalenia), co nie wyklucza dokonywania zmian i usuwania wad. Utwór stanowiący połączenie wkładów twórczych jest rezultatem współtwórczości. Z kolei Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 października 2011 roku [sygn. akt VI ACa 496/11, opubl. LEX nr 1128975] wskazał, że Prawo autorskie nakazuje przyznać walor utworu każdemu przejawowi działalności twórczej o indywidualnym charakterze, przy czym nie podlegają ochronie prawa autorskiego idee i pomysły, które nie przybrały żadnej konkretnej formy (...).*

Zatem, w sytuacji, gdy pomysł badawczy przejawiony został na zewnątrz w postaci skonkretyzowanej, choćby nieukończzonej, ale będącej przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze, tj. posiadającej elementy twórcze i oryginalne to można go uznać za przedmiot ochrony prawnoautorskiej.

Słusznie Zamawiający wskazał, że Prezes UZP odwołał się jedynie do poglądów wyrażanych w doktrynie w zakresie pomysłów badawczych, które nie zostały skonkretyzowane i zindywidualizowane podczas, gdy w przedmiotowej sprawie pomysł musiał podlegać konkretyzacji bowiem stanowił część wniosku konkursowego. Powtórzyć należy za Zamawiającym, że Prezes UZP nie ustalił i nie wykazał w jakikolwiek sposób, iż zastosowanie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp było błędne.

W szczególności Prezes UZP nie poddał ocenie występowania elementów twórczych w zgłoszonym opisie projektu symulatora kierowania pojazdami uprzywilejowanymi, mogących stanowić o jego indywidualności, oryginalności, a tym samym o podleganiu ochronie prawnoautorskiej, co w konsekwencji świadczyłoby o możliwości bądź o jej braku co do zastosowania przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Podnieść należy, że w opisie projektu, stanowiącym załącznik do wniosku o jego finansowanie, został wskazany m.in. dobór technologii determinujących powodzenie projektu, poprzez wskazanie technologii związanych z zaprojektowaniem, budową i testowaniem prototypu symulatora jazdy pojazdami uprzywilejowanymi, technologii związanych z opracowaniem parametrów i charakterystyk oraz wykonaniem i testowaniem modeli symulowanych pojazdów uprzywilejowanych, technologii i rozwiązań niezbędnych do budowy podsystemu monitorowania parametrów psychofizjologicznych. Nadto wskazano opis metod doboru kandydatów, scenariuszy ćwiczeń, programów szkolenia. To, że pewne elementy opisu projektu były wymagane przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, co wynikało z wzoru *Opisu Projektu*, zawartego w Regulaminie konkursu, jak np. *Technologie determinujące powodzenie projektu*, (pkt. 1.3), nie odbiera wnioskowi twórczego charakteru, bowiem o tym elemencie może stanowić choćby indywidualny i twórczy dobór tych technologii, albo



oryginalne i twórcze opisanie innych elementów. Jednak Prezes UZP w ogóle nie zbadał czy *Opis projektu* przedstawiony przez Zamawiającego i pozostałych konsorcjantów jest przejawem twórczej działalności, stwierdzając jedynie, że jest to nieskonkretyzowany pomysł badawczy, nie będący utworem w rozumieniu ustawy Prawo autorskie i z tego tytułu niepodlegający ochronie prawno-autorskiej, z czym nie można się w żaden sposób zgodzić. Dodatkowo, wskazać należy na jeszcze jedno orzeczenie Sądu Najwyższego z którego wynika, że: *Nawet wtedy, gdy możliwe jest, że różne osoby zdołają osiągnąć taki sam rezultat, cecha indywidualnego charakteru dzieła nie powinna być zanegowana, jeżeli poszczególne elementy twórczego wyboru i przedstawienia nie są tożsame, zwłaszcza gdy przy kształtowaniu treści i formy dzieła twórca korzystał z obszaru swobody, a niezależnie od pewnych wymogów z góry postawionych, rezultat pracy nie był przez te wymagania całkowicie zdeterminowany i występują w nim elementy, których kształt zależał od osobistego ujęcia (...) stwierdzenia specyficznych, będących wynikiem indywidualnej kreacji autora, elementów wyrażających się w sposobie doboru i prezentacji danych oraz ich interpretacji, a także w formie osobistego i swobodnego (w pewnym chociaż zakresie) ich ujęcia. Takie elementy, decydujące o uznaniu dzieła za przedmiot prawa autorskie (...) Ostatecznie, chociaż wynik pracy jest częściowo zdeterminowany przez jej przedmiot oraz metody badawcze, a więc elementy wspólne dla wszystkich potencjalnych autorów, to jeżeli wybór, układ i forma opracowania mają charakter samodzielny i prowadzą do indywidualnego ukształtowania dzieła, możliwe jest uznanie go za utwór w rozumieniu prawa autorskiego [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2005 r., sygn. akt. IV CK 763/04, opubl. LEX nr 155374].*

Biorąc pod uwagę powyższe, interpretacja Prezesa UZP, sprowadzająca się do stwierdzenia, że treść wniosku o dofinansowanie opisuje jedynie pomysł badawczy, nie podlegający ochronie prawnoautorskiej w rozumieniu przepisów ustawy Prawo autorskie, jest nieuzasadniona. Chybione są także twierdzenia o braku indywidualnego charakteru dzieła. To, że osobą odpowiedzialną za sporządzenie wniosku był kierownik projektu oraz, że na wniosku widnieją podpisy Rektora Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie i Kwestora nie przesądza o braku możliwości ustalenia faktycznego twórcy bądź twórców projektu.

Reasumując stwierdzić należy, że zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej są uzasadnione oraz, że zaistniały przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Co do możliwości wyłączenia przedmiotowego postępowania z obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 3 lit. e) w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania Izba w składzie orzekającym, podziela stanowisko Izby wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 78/11), podjętej w odmiennym składzie orzekającym, wskazujące, iż *zastrzeżenia podlegają rozpoznaniu w granicach podstaw prawnych i faktycznych wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu*

*o zamiarze zawarcia umowy - stosownie do wymagania zawartego w art. 67 ust. 2 (...), których istnienie było badane w trakcie kontroli.*

W związku z powyższym kwestia wyłączenia przedmiotowego postępowania z obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 4 pkt 3 lit. e) w brzmieniu obowiązującym w dacie jego wszczęcia nie może stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Izby co do zgłoszonych zastrzeżeń przez Zamawiającego, z uwagi na to, że nie była ona poruszona w zawiadomieniu, ani na etapie postępowania wyjaśniającego czy też kontroli, tak jak to słusznie zauważył Prezes UZP.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....