

**WYROK**  
**z dnia 18 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2015 r. przez wykonawcę: **SILTEC Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 5, 02 - 374 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa nr 4226, ul. Marsa 110, 04 - 470 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **PCO S.A., ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego 28, 03-982 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: SILTEC Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 5, 02 - 374 Warszawa, i**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **SILTEC Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 5, 02 - 374 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **SILTEC Sp. z o.o., ul. Elizy Orzeszkowej 5, 02 - 374 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Jednostka Wojskowa nr 4226, ul. Marsa 110, 04 - 470 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający, Jednostka Wojskowa nr 4226 z siedzibą w Warszawie, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 66 ust. 1, art. 131a, art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp na „Dostawę zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej (ZMKT) w latach 2015 - 2016” z podziałem na zadania nr 1 i 2. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2015 r. pod nr 2015/S 212-385533.

Wykonawca SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, w którym podniósł, że byłby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym. Odwołujący wyjaśnił, że współpracuje z producentem zestawów modyfikacyjnych kamer termowizyjnych Selex ES S.p.A., jak również posiada wyłączne prawo do oferowania ww. produktu na terytorium Polski.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 66 ust. 1, art. 131a, art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie trybu niekonkurencyjnego dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, pomimo braku wystąpienia przesłanek wynikających z niniejszych przepisów;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 3 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie jednego dostawcy, pomimo, że nie było to uzasadnione specyfiką zamówienia oraz poprzez zaniechanie dopuszczenia rozwiązania równoważnego, pomimo, że takie rozwiązania występują;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania trybu konkurencyjnego, a w szczególności trybu przetargu nieograniczonego i ograniczonego,

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania, przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczonego lub ograniczonego) oraz umożliwienie przeprowadzenia procedury oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (w zakresie wymogu przeprowadzenia badań lub certyfikacji) zestawu modyfikacyjnego kamer termowizyjnych w odniesieniu do wyrobu oferowanego przez Odwołującego.

Alternatywnie, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu umieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia przyszłego postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym obowiązku przeprowadzenia przez wykonawcę badań zestawu modyfikacyjnego lub umieszczenia we wzorze umowy przyszłego postępowania obowiązku

przeprowadzenia procedury oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (w zakresie wymogu przeprowadzenia badań lub certyfikacji).

Ponadto, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny optoelektroniki na okoliczność, że zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej produkcji Selex ES S.p.A., jakim dysponuje Odwołujący, stanowi rozwiązanie równoważne w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej z pakietem adaptacyjnym i zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej produkcji PCO S.A.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający uzasadnił wybór trybu z wolnej ręki wskazując, że wybrany wykonawca PCO S. A. opracował i jest jedynym producentem zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej posiadającym prawa do przedmiotowego zestawu. Wykonawca PCO S.A. jest także właścicielem praw autorskich (praw własności przemysłowej) na produkcję ww. zestawu. Wykonawca ten nie udostępnił i nie zamierza udostępnić praw do dokumentacji technicznej innym podmiotom gospodarczym.

Odwołujący podniósł, że wykonawca PCO S.A. w roku 2014 wykonywał na rzecz Zamawiającego dostawę zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej SKO Drawa – T i jak wynika z analizy protokołu obecnego postępowania, opis przedmiotu zamówienia został wykonany na podstawie Warunków Technicznych na odbiór Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej przygotowanego przez PCO S.A. w ramach zrealizowanej dostawy w roku 2014 (nr postępowania WP/20/2014). Zamawiający wówczas przeprowadził negocjacje z jednym wykonawcą. Przedmiotem zamówienia była usługa wykonania modyfikacji kamery termowizyjnej SKO Drawa - T wraz z dostawą. Jako uzasadnienie faktyczne i prawne trybu podano wówczas, że firma PCO SA jest producentem systemu kierowania ogniem (SKO) Drawa - T do czołgu PT-91, posiadającym prawa do przedmiotowego SKO, opracowała i wykonała modyfikację systemu kierowania ogniem do wersji TGA, oraz opracowała komplet modyfikacyjny kamery termowizyjnej w oparciu o elementy systemu TGA. W ramach dostawy powstał zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej SKO Drawa - T. Zestaw ten został wprowadzony na wyposażenie Sił Zbrojnych oraz w ramach tworzenia dokumentacji technicznej powstały Warunki Techniczne na odbiór Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej stanowiące specyfikację techniczną (element opisu przedmiotu zamówienia) dla aktualnej procedury WP/240/2015.

W ocenie Odwołującego, czynność Zamawiającego, polegająca na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr WP/240/2015 na podstawie dokumentacji technicznej sporządzonej przez wykonawcę PCO S.A. stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Okoliczność ta potwierdza niezasadność wyboru trybu postępowania na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp.

Odwołujący przywołał stanowisko UZP w zakresie udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, zawarte w „Rekomendacjach udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne” z roku 2009, wskazując na wymaganie, aby zamawiający, sporządzając warunki umów z wykonawcami realizującymi dostawy lub usługi objęte prawami wyłącznymi, uzyskali od wykonawców prawa zależne, kody źródłowe, autorskie prawa majątkowe lub licencje, co zapewnia w przyszłości możliwość udzielania zamówień związanych z serwisem, modyfikacją, rozszerzeniem wykonanej dostawy lub usługi w trybie konkurencyjnym. Pomimo, iż ww. Rekomendacje dotyczą systemów informatycznych, na zasadzie analogii mogą one znaleźć zastosowanie również dla niniejszego postępowania ze względu na występowanie praw wyłącznych PCO S.A. do dokumentacji technicznej zestawu modyfikacyjnego kamer termowizyjnych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 5 oraz art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie Warunków Technicznych na odbiór Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej sporządzonych przez wykonawcę PCO S.A. w ramach realizacji zamówienia nr WP/20/2014. W tym zakresie, Zamawiający nie dochował należytej staranności na etapie postępowania nr WP/20/2014, nie zawierając w warunkach umowy z wykonawcą PCO S.A. stosownych regulacji, pozwalających na udostępnienie dokumentacji technicznej zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej.

Ponieważ niestaranne działanie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę, nie występują przesłanki, dla których Zamawiający mógłby zastosować tryb niekonkurencyjny.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, ponieważ oprócz rozwiązania oferowanego przez wykonawcę PCO S.A. są dostępne inne rozwiązania równoważne. Pod względem technicznym Zestaw Modyfikacyjny Kamery Termowizyjnej (ZMKT) stanowi komplet zespołów i elementów niezbędnych do zastąpienia w celowniku PCT SKO Drawa - T czołgu PT-91 kamery TES (Thermal Elbow Sight produkcji EI-Op, Izrael). Zatem PCO S.A. nie była producentem kamery TES w SKO Drawa- T. Oznacza to, że istnieje więcej niż jeden dostawca wyrobu. Odwołujący dodał, że producent TES, tj. firma EI-Op nadal funkcjonuje na rynku, jako jeden z największych dostawców optoelektroniki wojskowej na świecie.

Zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej (ZMKT) składa się z: kamery termowizyjnej KLW-1 Asteria; adaptera kamery; wyświetlacza WD-1; monitora działonowego MD-1; monitora wielofunkcyjnego (dowódcy) MFM-2; kompletu kabli połączeniowych. Zasadniczym elementem zestawu jest kamera termowizyjna KLW-1 Asteria, a zasadniczym celem zestawu jest zastąpienie kamery TES produkcji EI-Op.

Odwołujący wraz z firmą Selex ES S.p.A jest zdolny do zaoferowania zestawu równoważnego do Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej - ZMKT PCO S.A. dedykowanego do systemu kierowania ogniem (SKO) Drawa. Wynika to m.in. z faktu współpracy firm PCO S.A. i Selex ES S.p.A. w latach 2006-2009, w tym w szczególności w zakresie Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej w ramach modernizacji SKO Drawa w czołgach Pt-91. Firma Selex ES S.p.A. dokonała wymaganych modyfikacji swojego wyrobu zgodnie z wytycznymi PCO S.A. pod kątem zgodności z przedmiotowym SKO Drawa, umożliwiając zastąpienie kamery TES produkcji EI-Op zestawem kompatybilnym z SKO. Jednocześnie stosowny zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej został przez Selex ES S.p.A. dostarczony do PCO S.A. celem przeprowadzenia testów kompatybilności z SKO Drawa na czołgu Pt-91. Testy wykonane na bazie zestawu Selex ES S.p.A. zakończyły się wynikiem pozytywnym. Współpraca doprowadziła m.in. do wykorzystania zestawu Selex ES S.p.A. w ramach pokazu czołgu Pt-91 P 2009 r. w czasie 2 Salonu Techniki Obronnej SITDEF 2009 w Limie. Powyższe okoliczności potwierdza oświadczenie firmy Selex ES S.p.A., która potwierdziła pełne zdolności do przeprowadzenia integracji i adaptacji swojego wyrobu do polskich systemów kierowania ogniem i systemów ISR, w tym przypadku - SKO Drawa.

Odwołujący podkreślił, że tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jako tryb niekonkurencyjny, może być stosowany w wyjątkowych sytuacjach, zaś przesłanki wyrażone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp powinny być rozumiane ściśle, co w pełni potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udowodnił faktu, że na rynku nie występują inni wykonawcy zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający posiada narzędzia do weryfikacji równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, zgodnie z ustawą z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa. Zamawiający może żądać od wykonawcy realizującego umowę m.in. wykonania badań wyrobu przeprowadzonych przez jednostkę badawczą lub wykonania certyfikacji wyrobu przeprowadzonego przez jednostkę certyfikującą.

W postępowaniu WP/20/2014 Zamawiający określił w Opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeprowadzenia badań zestawu modyfikacyjnego przez Wojskowy Instytut Techniki Pancernej i Samochodowej na zlecenie wykonawcy, w oparciu o „Program badań zmodyfikowanego systemu SKO Drawa-T” - uzgodniony z szefem SSUiE Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych RP. Tym samym, nawet w przypadku, gdy Zamawiający w aktualnym postępowaniu wymagał przebadanego zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej, nie można uznać, że nie było możliwe wprowadzenie wymagania, aby wykonawca przed złożeniem oferty, bądź podpisaniem umowy z Zamawiającym, zlecił wykonanie badań

dostarczanego zestawu. Zamawiający wybierając tryb niekonkurencyjny, uniemożliwił innym wykonawcom zaoferowanie rozwiązania równoważnego oraz jego przebadanie.

Wykonawca PCO S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wyjaśnił, że czołgi typu PT-91 będące obecnie na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP wyposażone są wyłącznie w wyprodukowane przez Przystępującego systemy kierowania ogniem (SKO DRAWA). Systemy w wersji z celownikiem noktowizyjnym (1M) i termowizyjnym (1T) były produkowane na podstawie dokumentacji technicznej opracowanej wyłącznie i w całości przez Przystępującego. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że w systemie SKO-1T wykorzystano, jako komponent kooperacyjny, kamerę termowizyjną produkcji izraelskiej firmy ELOP. Przystępujący przedstawił kopię rysunków głównych dokumentacji technicznej do produkcji SKO, a także kopie udzielonych patentów/wzorów użytkowych. Przystępujący podkreślił, że Zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej musi być kompatybilny z zamontowanym w czołgu PT-91 systemem kierowania ogniem, co jest możliwe wyłącznie przez wykorzystanie dokumentacji, do której prawa wyłączne przysługują tylko Przystępującemu. Nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości, że do wytworzenia i dostawy zestawów modyfikacyjnych kamery termowizyjnej objętych zamówieniem konieczne jest posiadanie przez potencjalnego dostawcę praw wyłącznych do dokumentacji technicznej SKO DRAWA, w tym możliwość jej modyfikacji i komercyjnego wykorzystania. Prawa te posiada wyłącznie Przystępujący. Przystępujący oświadczył także, że nie przekazał żadnemu innemu podmiotowi praw własności intelektualnej do dokumentacji technicznej SKO-1T i SKO-1M ani nie udzielił w tym zakresie licencji żadnemu podmiotowi trzeciemu.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy opracowanego przez Przystępującego ZMKT, który decyzją Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych RP z dnia 7 października 2015 r. został wprowadzony do stosowania w Siłach Zbrojnych RP. Jak wynika z karty katalogowej stanowiącej załącznik do ww. Polecenia, w Siłach Zbrojnych RP wprowadzono do stosowania wyłącznie ZMKT produkcji Przystępującego. Prawa do dokumentacji technicznej ZMKT oraz Pakietu Adaptacyjnego przysługują wyłącznie Przystępującemu. Przystępujący złożył do akt sprawy: wniosek z dnia 18 grudnia 2013 r. o udzielenie patentu, Rysunek główny ZMKT nr 33660700-01, Warunki Techniczne na odbiór ZMKT nr PCO-14/WT-222, Rysunek główny Głównki SKO-1T nr 31550700EI, Rysunek główny Adaptera do kamery ELOP nr 31550700EI. Przystępujący oświadczył, że również w tym zakresie nie przekazał dokumentacji ani licencji do dokumentacji technicznej innemu podmiotowi. Zdaniem Przystępującego nie istnieją rozwiązania równoważne pod względem funkcjonalnym do przedmiotu zamówienia produkcji Przystępującego. Odwołujący nie przedstawił żadnych

dowodów na potwierdzenie, że byłby w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Przystępujący wyjaśnił, że współpraca z SILTEC dotyczyła kamery Tilde FC (II generacji) w zastosowaniu do systemu DRAWA TGA, które to rozwiązanie nigdy nie zostało wprowadzone do stosowania w Siłach Zbrojnych RP.

Zamawiający, pismem z dnia 18 listopada 2015 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że Zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej został wykonany w ramach pracy badawczej, a następnie przeszedł badania wykonane przez Wojskowy Instytut Techniki Panczernej i Samochodowej sprawdzające spełnienie wymagań zawartych w Założeniach Taktyczno-Technicznych, a następnie badania poligonowe. Po uzyskaniu pozytywnych wyników tych badań ZMKT do SKO TRAWA-T został wprowadzony na wyposażenie Sił Zbrojnych RP, Poleceniem nr 77/Log/lwspSZ). ZMKT współpracujący z całym systemem Kierowania ogniem DRAWA-T i DRAWA-1M może wykonać i dostarczyć tylko i wyłącznie firma PCO S.A., która jest właścicielem praw wyłącznych do dokumentacji ZMKT oraz SKO DRAWA-T.

Zamawiający wskazał, że firma SILTEC zawsze mogła i może przedstawić wojsku własne rozwiązanie i uczestniczyć z nim w całej procedurze sprawdzającej. Wtedy wojsko w trybie konkurencyjnym wybrałoby najlepsze rozwiązanie, które podlegałoby wprowadzeniu na wyposażenie SZ RP. Zamawiający zauważył, że Odwołujący także realizuje, jako wyłączny wykonawca, prace serwisowe niektórego sprzętu łączności niejawniej, będącego na wyposażeniu SZ RP, nie kwestionując wówczas faktu, że uzyskuje zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację materialnoprawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, w postaci potencjalnego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz ewentualnej możliwości poniesienia szkody, na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca PCO S.A. skutecznie przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i ust. 3 Pzp.



Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 66 ust. 1, art. 131a, art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b Pzp, pomimo braku wystąpienia przesłanek wynikających z niniejszych przepisów, dla przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie naruszył zatem art. 10 ust. 2 Pzp, poprzez zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki a tym samym zaniechanie zastosowania trybu konkurencyjnego, w szczególności trybu przetargu nieograniczonego i ograniczonego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuścił w wymienionych enumeratywnie w ustawie Pzp przypadkach (art. 67 ust. 1 Pzp).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreśla się, że przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta (podobnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01 oraz w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Zamawiający może zatem udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy wypełnione są jednocześnie dwie przesłanki:

1. muszą wystąpić przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze,
2. przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze powodują, że zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca.

Przesłanki zastosowania ww. przepisu mogą obejmować wiele różnych stanów faktycznych, np. w przypadku unikalnej, niepowtarzalnej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca. Przepis wskazuje, że przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze muszą przesądzać o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Jak wskazywał SN „przesłanka prawna jedynego „wykonawcy”, warunkująca

dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu". Z kolei NSA podkreślał, że „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych". Nie jest zatem wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie w sposób najbardziej efektywny, lecz niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego, że w danej sytuacji obiektywnie nie istnieją w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie.

Odnosząc powyższe do niniejszego postępowania, należy stwierdzić, że Zamawiający wykazał spełnienie się przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.a Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej (ZMKT) w latach 2015-2016”, tj. dostawa specjalistycznego sprzętu technicznego. Zamawiający udzielając zamówienia zobowiązany był uwzględnić następujące okoliczności:

- przedmiot zamówienia został zatwierdzony do użytkowania przez Siły Zbrojne RP i wprowadzony na wyposażenie Sił Zbrojnych RP;
- firma PCO S.A. jest jedynym właścicielem praw autorskich zarówno w odniesieniu do dokumentacji SKO DRAWA-1M i SKO DRAWA-1T, jak i dokumentacji będących przedmiotem postępowania zestawów modyfikacyjnych ZMKT oraz pakietu adaptacyjnego;
- firma PCO S.A. jest jedynym producentem ww. systemów i zestawów modyfikacyjnych wraz z pakietami adaptacyjnymi;
- firma PCO S.A. nie przekazała praw własności intelektualnej ani nie udzieliła licencji w zakresie dokumentacji SKO DRAWA-1M i SKO DRAWA-1T, ani zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej (ZMKT), tj. przedmiotu zamówienia, jakimkolwiek podmiotom trzecim.

Jak wynika z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego (dokumentacja przedłożona w sprawie o sygn. akt KIO/W/21/2015), zestaw ZMKT został wprowadzony do stosowania w Siłach Zbrojnych RP poleceniem Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych nr 77/Log/WspSZ z dnia 7 października 2015 r. Jest to sprzęt wykonany w ramach poprzednio prowadzonego postępowania WP/20/2014, który został przebadany, zgodnie z obowiązującymi procedurami. Tym samym przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu mogły być wyłącznie Zestawy modyfikacyjne kamery termowizyjnej (ZMKT), wykonane zgodnie z aktualną dokumentacją techniczną do produkcji seryjnej, wprowadzone bądź użytkowane w Siłach Zbrojnych, spełniające „Warunki Techniczne na odbiór Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej nr WT PCO-14WT-222”. Zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej, będący przedmiotem zamówienia, musi zachować integralność z systemem kierowania ogniem, do którego prawo własności posiada producent - PCO S.A. Powyższy podmiot posiada prawa wyłączne do dokumentacji SKO DRAWA zarówno w wersji 1M jak i 1T (w tym dokumentacji interfejsów komunikacyjnych, mechanicznych i elektronicznych), które nie zostały przekazane innym podmiotom. Są to przyczyny techniczne o charakterze obiektywnym, tj. nie wynikające wyłącznie z przeświadczenia Zamawiającego, lecz z okoliczności obiektywnych – zaistniałych w wyniku poprzednio przeprowadzonego postępowania - które nie podlega ocenie w ramach niniejszego postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe, w celu wykazania zasadności postawionych zarzutów, Odwołujący musiałby wykazać, że wbrew dowodom przedstawionym przez Zamawiającego, na rynku istnieją inne firmy konkurencyjne, które są w stanie wykonać dany przedmiot zamówienia. Odwołujący nie przedstawił jednak dowodu na potwierdzenie swoich twierdzeń, w szczególności, że on sam czy też we współpracy z firmą Selex ES S.p.A. w momencie wszczęcia postępowania był w stanie zaoferować Zamawiającemu przedmiot zamówienia.

W tych okolicznościach należy stwierdzić, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko wykonawca PCO S.A. był w stanie zrealizować to zamówienie. Podkreślić należy, że nie wynika to wyłącznie z przeświadczenia Zamawiającego, ale z przyczyn o charakterze obiektywnym i na moment wszczęcia postępowania - nieprzezwykłalnym.

W danym stanie faktycznym spełniły się także przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b Pzp, uprawniające do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. W świetle brzmienia tego przepisu, zamawiający może zastosować tryb z wolnej ręki w przypadku zaistnienia przyczyn związanych z koniecznością ochrony praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Chodzi tu w szczególności o przypadki związane 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 2008 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.) oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw

wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz. U. nr 119, poz. 1117 z późn. zm.). Jednocześnie zamawiający obowiązany jest wykazać, że 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 udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp nie wystarczy zatem by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego, lecz konieczne jest wykazanie, że 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. Potwierdza powyższe komentarz do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, zawarty w dokumencie pn. „Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, który został przyjęty w dniu 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów.

Jak wynika z treści dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku rozprawy, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w części obejmującej rysunki techniczne, jak i z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do wniosku złożonego w trybie art. 183 ust. 2 Pzp (KIO/W/21/2015), w sposób niebudzący wątpliwości zostało udowodnione, że z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, wykonawca PCO S.A. jest jedynym wykonawcą zdolnym zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie dysponuje prawami do dokumentacji technicznej niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia, która mogłaby być udostępniona przy ewentualnej realizacji zamówienia przez inny podmiot. Fakt ten wynika z okoliczności będących skutkiem uprzednio przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania WP/20/2014, którego przedmiotem była usługa wykonania modyfikacji kamery termowizyjnej SKO Drawa - T wraz z dostawą i został przyznany przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że bez posiadania praw do dokumentacji technicznej SKO DRAWA oraz ZMKT inny wykonawca ( w tym Odwołujący) jest zdolny zrealizować przedmiot zamówienia.

Firma PCO SA jest producentem systemu kierowania ogniem (SKO) Drawa - T do czołgu PT-91, posiadającym prawa do przedmiotowego SKO, opracowała i wykonała modyfikację systemu kierowania ogniem do wersji TGA oraz opracowała komplet modyfikacyjny kamery termowizyjnej w oparciu o elementy systemu TGA. Okoliczności te nie były kwestionowane przez Odwołującego. Odwołujący podnosił, że pod względem technicznym Zestaw Modyfikacyjny Kamery Termowizyjnej (ZMKT) stanowi komplet

zespołów i elementów niezbędnych do zastąpienia w celowniku PCT SKO Drawa - T czołgu PT-91 kamery TES (Thermal Elbow Sight produkcji El-Op, Izrael), (dowód: publikacja własna PCO S.A., Noktowizor 2/2015, Nasze wyroby - Zestaw Modyfikacyjny Kamery Termowizyjnej). Odwołujący nie przedstawił jednak dowodu na potwierdzenie tezy, że skoro wykonawca PCO S.A. nie był producentem kamery TES zastosowanej w SKO Drawa- T, to tym samym, istnieją na rynku inni producenci będący w stanie zaoferować Zestaw Modyfikacyjny Kamery Termowizyjnej. Należy podkreślić, że kamera termowizyjna stanowi tylko jeden z elementów ww. zestawu ZMKT.

Odwołujący nie przedstawił jednocześnie dowodu potwierdzającego, że wraz z firmą Selex ES S.p. A. jest zdolny do zaoferowania równoważnego do Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej - ZMKT PCO S.A. dedykowanego do systemu kierowania ogniem (SKO) Drawa, w szczególności w kontekście powoływania się na fakt współpracy firm PCO S.A. i SELEX ES S.p.A. w latach 2006-2009. Przedłożone przez Odwołującego oświadczenia firmy Selex ES S.p.A., załączone do odwołania (pisma nie oznaczone datą sporządzenia), zawierające oświadczenie tego podmiotu co do pełnych zdolności do przeprowadzenia integracji i adaptacji swojego wyrobu (włącznie z integracją mechaniczną, optyczną i elektryczną) do polskich systemów kierowania ogniem i systemów ISR szczególnie w tym przypadku SKO DRAWA, są oświadczeniami na poziomie bardzo ogólnym, które w jakikolwiek sposób nie konkretyzują sprzętu, który mógłby zostać zweryfikowany pod kątem spełniania wymagań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Faktu dysponowania stosownym sprzętem równoważnym do przedmiotu zamówienia nie potwierdza również oświadczenie własne Odwołującego z dnia 17 listopada 2015 r., dotyczące parametrów wybranych elementów wchodzących w skład zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej, z broszurą informacyjną kamery termowizyjnej. Odwołujący nie wykazał przy tym, że możliwość dysponowania wskazanym sprzętem jest wystarczająca do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym, Odwołujący nie udowodnił, że dysponuje zestawem modyfikacyjnym kamery termowizyjnej równoważnym do ZMKT, stanowiącego przedmiot zamówienia. Wskazania wymaga fakt, że aby wprowadzić rozwiązanie innego producenta w zakresie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, konieczny jest dostęp wykonawcy do dokumentacji systemu SKO i dlatego nie jest wystarczające zaoferowanie wyłącznie części komponentów sprzętowych, nawet jeśli ich parametry są porównywalne. Konieczne jest wykazanie, że dany zestaw posiada możliwość komunikowania się z istniejącym systemem kierowania ogniem pojazdów, a ta okoliczność nie została przez Odwołującego w żaden sposób udowodniona.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny optoelektroniki na okoliczność, że zestaw modyfikacyjny kamery termowizyjnej produkcji Selex ES S.p.A., jakim dysponuje Odwołujący, stanowi rozwiązanie

równoważne w stosunku do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, tj. zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej z pakietem adaptacyjnym i zestawu modyfikacyjnego kamery termowizyjnej produkcji PCO S.A. Odwołujący w szczególności nie sprecyzował, jaki przedmiot miałby podlegać badaniu w ramach ewentualnej opinii biegłego. Odwołujący nie sprecyzował także parametrów, które miałyby podlegać ocenie w porównaniu do przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że wniosek Odwołującego zmierza jedynie do przewlekania postępowania odwoławczego a w konsekwencji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 190 ust. 6 Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy stwierdzono wobec powyższego, że na rynku nie istniały produkty równoważne przedmiotowi zamówienia, ze względu na prawa wyłączne wykonawcy PCO S.A., który jako jedyny podmiot na rynku był w stanie zrealizować zamówienie, co uzasadniało zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Pzp, w celu wyboru wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

Uwzględniając powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że opisanie przedmiotu zamówienia, poprzez zaniechanie dopuszczenia rozwiązania równoważnego, tj. bez zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia zwrotu „lub równoważny”, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp, nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania, w szczególności wobec braku przedstawienia przez Odwołującego dowodu na okoliczność, że rozwiązania równoważne w ogóle występują na rynku, w tym, że on sam jest w stanie zaoferować rozwiązanie równoważne do przedmiotu zamówienia. Tym samym, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, naruszenie wskazanego powyżej obowiązku przez Zamawiającego nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W tej sytuacji nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia został sporządzony na podstawie Warunków Technicznych na odbiór Zestawu Modyfikacyjnego Kamery Termowizyjnej przygotowanego przez PCO S.A. w ramach realizowanej dostawy w roku 2014. ze względu na istnienie praw wyłącznych po stronie wykonawcy PCO S.A. w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, co zostało wykazane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 30 ust. 5 Pzp, jako że Odwołujący, wskazując na naruszenie tego przepisu, nie przedstawił jednocześnie stosownej argumentacji faktycznej uzasadniającej zarzut.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....