Sygn. akt: KIO 1333/17

WYROK
z dnia 14 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Anna Packo
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **A. P. S.A., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. (…),**

przy udziale wykonawcy **N. S.A, ul. (...),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętych w postepowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. (…)** i
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego,
2.2. zasądza od Zamawiającego **Innogy Stoen Operator Sp. z o.o., ul. (…)** na rzecz Odwołującego **A. P.S.A., (ul. (...))** kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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: ……..

Członkowie: ……..

……...

Sygn. akt: KIO 1333/17

UZASADNIENIE

Zamawiający: Innogy Stoen Operator Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)”. Publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante nastąpiła 20 czerwca 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem …

Odwołujący: A. P.S.A. wniósł odwołanie od czynności oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z wolnej ręki, pomimo braku

przesłanek ustawowych do wszczęcia takiego postępowania.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez nieuzasadnione faworyzowanie firmy N. S.A., polegające na przyjętym z góry zamiarze udzielenia zamówienia firmie N. S.A. pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy, mogący zrealizować zamówienie, a którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji; naruszenie art. 66 ust. 2 pkt 2 ustawy przez nieuwzględnienie w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki informacji o przedmiocie oraz wielkości lub zakresie zamówienia; art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a] i b) ustawy w związku z art. 134 ust. 6 pkt. 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia sektorowego w sytuacji, w której nie zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które przesądzałyby, że dostawa może być zrealizowana tylko przez jednego wykonawcę, ani też nie zachodzą przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów; art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 134 ust. 6 pkt. 1 ustawy i art 10 ust. 2 ustawy przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do zamówienia sektorowego w sytuacji, w której nie została zrealizowana hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu, ponieważ nie zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć; art. 7 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b)i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy i art. 10 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez bezpodstawne faworyzowanie firmy N. S.A.; art. 66 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie podania w Ogłoszeniu uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia i podjętych w nim czynności: wyboru trybu postępowania przez wszczęcie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki, opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki; przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System) w trybie przetargu ograniczonego lub przetargu nieograniczonego; zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w witrynie … w dniu 20 czerwca 2017 r. pod numerem … w zakresie trybu, w jakim udzielone będzie zamówienie publiczne.
W dniu 20 czerwca 2017 roku opublikowane zostało Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante.* Zamawiający wskazał w Ogłoszeniu, wykonawcą wybranym do realizacji zamówienia jest firma N. S.A. z siedzibą w B.
Zamawiający w Ogłoszeniu podał w pkt IV.1.1) „Rodzaj procedury" następujące uzasadnienie zastosowania procedury niekonkurencyjnej:
„Procedura negocjacyjna bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie
• Roboty budowlane/dostawy/usługi mogą być zrealizowane tylko przez określonego wykonawcę z następującego powodu: brak konkurencji ze względów technicznych
Wyjaśnienie:
Podstawę prawną wszczęcia Postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego stanowi art 134 ust 6 pkt 1) w zw. z art 67 ust 1 pkt 1) lit a) i b) oraz pkt 3] ustawy z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (dalej: „Pzp"), tj. okoliczności polegające na tym, że:
- usługi stanowiące przedmiot Postępowania mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę - N. SA. - z przyczyn:
- technicznych o obiektywnym charakterze oraz
- związanych z ochroną praw wyłącznych (majątkowych praw autorskich) Wykonawcy – N. S.A., przy czym nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, zaś brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia oraz ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia."
Odwołujący wskazał, że powyższy cytat stanowi całość uzasadnienia zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia

faktycznego, a ograniczył się jedynie do zacytowania przepisów Ustawy. Sam brak podania

uzasadnienia faktycznego, a ograniczenie się jedynie do zacytowania przepisów Ustawy, wskazuje, że Zamawiający naruszył wskazane w Odwołaniu przepisy Ustawy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał ziszczenia się żadnej z tych 3 przesłanek (które powinny być spełnione łącznie). Narusza to art. 66 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie podania uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Ponadto Zamawiający ograniczył Odwołującemu faktyczne możliwości prowadzenia profesjonalnej i merytorycznej polemiki z Zamawiającym. Brak wskazania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego do zastosowania wskazanych przepisów Ustawy prowadzi do tego, że Odwołujący musi opierać się na swojej wiedzy, a nie na uzasadnieniu podanym przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazuje, iż dostawy lub usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Okoliczność ta pozostaje w oczywistej sprzeczności ze stanem faktycznym, w tym z czynnościami uprzednio podejmowanymi przez Zamawiającego.

W 2012 roku spółka R. I. P. Sp. z o.o. [spółka z grupy kapitałowej RWE, obecnie G. K. I.] prowadziła konkurs ofert dotyczący „Centralnej Bazy Ofert", projekt miał być realizowany na rzecz R. S. O. Sp. z o.o. [obecnie I. O. Sp. z o.o.]. W dniu 19 września 2012 roku Odwołujący został poinformowany, że proces wyboru dostawcy został zakończony ze względów formalnych bez wyboru dostawcy.
24 grudnia 2013 roku Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „Dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego Systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO (Centralnej Bazy Odczytowej), wraz z systemem klasy MDMS (Meter Data Management System)". Przedmiot zamówienia w tym postępowaniu był analogiczny, jak w obecnym postępowaniu - tj. obejmował dostawę i wdrożenie centralnej aplikacji CBO wraz z systemem klasy MDMS.
W postępowaniu tym wnioski złożyło 17 wykonawców, z czego aż 13 wykonawców (w tym Odwołujący) spełniało warunki udziału w postępowaniu (wykazało się referencyjnym doświadczeniem w realizacji analogicznych projektów). Są to największe polskie Firmy informatyczne: S. I. Sp. z o.o., S. Sp. z o.o., C. S.A., A.S. Sp. z o.o., S. S.A., A. P.S.A., C. P. I. Sp. z o.o., W. S.A., A. Sp. z o.o., A..ne. SA, C. S.A., D. B. C. SA, H. P. P. SA.
Do drugiego etapu Zamawiający zaprosił zgodnie z treścią ogłoszenia 5 wykonawców, którzy uzyskali największą liczbę punktów. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że na rynku polskim jest wiele (co najmniej kilkanaście) podmiotów posiadających zdolność techniczną do realizacji przedmiotowego zamówienia, a Zamawiający miał tego pełną świadomość przed

publikacją Ogłoszenia. Zamawiający w ramach postępowania wszczętego w 2013 roku wymagał posiadania doświadczenia z branży energetycznej, finansowej lub telekomunikacyjnej i takie doświadczenie przedstawiło 13 oferentów (w tym Odwołujący).
Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Ustawy Zamawiający musi wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca (w tym przypadku N. SA) jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dokonał obiektywnego ustalenia, czy w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Zamawiający jest w posiadaniu wiedzy wręcz przeciwnej - na rynku istnieje co najmniej kilkanaście podmiotów, które ten konkretny przedmiot zamówienia są w stanie zrealizować.
Zamawiający w uzasadnieniu udzielenia zamówienia dodatkowo wskazuje „przy czym nie istnieje żadne rozwiązanie alternatywne bądź rozwiązanie zastępcze, zaś brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia". Istnieje jednak szereg rozwiązań alternatywnych - szereg systemów informatycznych, które spełniają funkcjonalności zamawiane przez Zamawiającego.
Zamawiający nie zawarł uprzednio żadnej umowy z firmą N. SA. Skoro umowy takiej nie

zawarł, to nie mógł nabyć żadnych praw wyłącznych od tej firmy. Jeśli zaś nabył je za pośrednictwem podmiotu trzeciego (Odwołujący przypuszcza, że mógł ewentualnie nabyć takie prawa od firmy S. SA), to dowodzi to wprost, że nie są to wcale żadne prawa wyłączne, które można nabyć tylko od firm N. SA, a które obecnie miałyby podlegać jakiejś ochronie. Jedyną umową dotyczącą systemu CBO i MDMS mogłaby być umowa z firmą S. SA, zawarta w ramach w/w postępowania wszczętego w 2013 roku.
Według najlepszej wiedzy Odwołującego przeprowadzona została jedynie faza analityczna. Nie doszło jednak do wdrożenia żadnego systemu, w tym w szczególności nie miało miejsce wdrożenie systemu dostarczonego przez N. SA.
Nawet jeśli takie wdrożenie miałoby miejsce, to zgodnie z zasadami obowiązującymi na rynku publicznym, Zamawiający zobowiązany był zabezpieczyć w umowie wdrożeniowej formę prawną użytkowania przez siebie wdrażanego rozwiązania, w tym w szczególności zobowiązany był uzyskać nabycie majątkowych praw autorskich do rozwiązania dedykowanego oraz odpowiednio szerokich licencji do oprogramowania standardowego.
Odwołujący zakłada, że Zamawiający nie naruszył prawa i nie zawarł umowy, która naruszałaby interesy Zamawiającego i wskazywałaby na niegospodarność Zamawiającego oraz naruszenie przez niego dyscypliny finansów publicznych. Jeśli jednak umowa taka nie zakładała w/w postanowień w zakresie praw własności intelektualnej, to i tak Zamawiający nie mógłby powoływać się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Ustawy, gdyż okoliczność taka byłaby skutkiem bezprawnych działań Zamawiającego na etapie zawierania umowy.

Tym samym Zamawiający rozwiązując uprzednio zawartą umowę na dostawę i wdrożenie centralnej aplikacji CBO wraz z systemem klasy MDMS nie może powoływać się na przesłankę związaną z ochroną praw wyłącznych firmy N. SA Po pierwsze firma N. SA nigdy nie była uczestnikiem żadnego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a zatem Zamawiający po prostu nie mógł nabyć uprzednio praw własności intelektualnej do produktów tej firmy.
W organizacji Zamawiającego nie funkcjonuje rozwiązanie, które miałoby być uprzednio dostarczone przez N. SA, Zamawiający nie korzysta z rozwiązania firmy N. SA.
Zdaniem Odwołującego wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Ustawy przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych muszą mieć charakter zasadniczy, tak by Zamawiający mógł był wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Aby zastosować art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b Ustawy Zamawiający musiałby wykazać, że przedmiot zamówienia jest obecnie objęty przedmiotem prawa wyłącznego.

Jako kolejną podstawę prawną Zamawiający wskazał, że zastosował procedurę zamówienia z wolnej ręki wobec spełnienia się przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy.
Przedmiotowy przepis można zastosować, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:
a) wyjątkowa sytuacja,
b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.
W ocenie Odwołującego nie ziściła się przesłanka wyjątkowej sytuacji, która jednocześnie miałaby być zarazem niemożliwa do przewidzenia przez Zamawiającego, jak i miałaby nie wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał żadnej takiej nie okoliczności, w szczególności nie wykazał łącznego spełnienia się powyższych przesłanek ustawowych.
Nie zaistniała także ma przesłanka „natychmiastowego wykonania zamówienia". Odwołujący nie widzi żadnych przeciwwskazań do tego, żeby Zamawiający nie mógł ponownie ogłosić postępowania w tym zakresie w trybie konkurencyjnym. Zamawiający nie udowodnił, aby niemożliwe było zachowanie terminów określonych dla innych trybów postępowania.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy wyjaśnił, że:

30 grudnia 2015 roku R. P. S.A., działając w imieniu i na rzecz R. S. O. sp. z o.o., po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, zawarł z wykonawcą - S. S.A. umowę nr …. na dostarczenie i wdrożenie systemu CBO oraz usługi utrzymania. Wdrożenie systemu CBO miało zostać ukończone do 30 czerwca 2018 roku. Umowa przewidywała realizację systemu CBO w ramach czterech faz (I faza - Analiza, i 3 fazy wdrożeniowe). Z chwilą odbioru fazy IV S. miało świadczyć na rzecz Zamawiającego usługi utrzymaniowe.
Ryczałtowe wynagrodzenie S. S.A. za wykonanie przedmiotowego zamówienia miało wynieść łącznie 4.267.200 zł netto, na którą to kwotę składa się: 2.511.125 zł netto - z tytułu wdrożenia systemu CBO; 1.756.075 zł netto - z tytułu utrzymania systemu CBO przez 4 lata.
Dotychczas ukończony i rozliczony został pierwszy analityczny etap Umowy, a wskutek sporu między S., a jego podwykonawcą faktycznie realizującym Umowę - firmą N. S.A. prace nad systemem CBO ustały.
Firma S. S.A. nie nabyła autorskich praw majątkowych do dokumentacji wytworzonej przez N. w fazie pierwszej realizacji Umowy („Analiza"). W konsekwencji, majątkowych praw autorskich do Analizy nie nabył także Zamawiający. Zamawiający nie zawarł z twórcą omawianej dokumentacji odpowiedniej umowy o przeniesienie tych praw.
Analiza stanowi dla stron podstawowy dokument projektowo-techniczny obejmujący wszystkie konieczne aspekty organizacyjno-techniczne wymagane dla prawidłowego i terminowego wdrożenia systemu CBO. Analiza została stworzona w całości przez N.. N. posiada również do niej autorskie prawa majątkowe, które nie zostały skutecznie przeniesione na S., a w dalszej kolejności - na Zamawiającego. Jednocześnie na skutek zwłoki S. w realizacji Umowy, w dniu 25 maja 2017 roku Umowa z S. została rozwiązana przez Zamawiającego.
Lista dodatkowych zamówień zrealizowanych przez Zamawiającego na interfejsy między systemem CBO, a systemami współpracującymi obejmuje następujące zamówienia:
a. Zamówienie z dnia 14 września 2016 roku (nr ….) złożone firmie innsoft sp. z o.o. na: wykonanie interfejsu między systemami CBO i SKOME, termin wykonania 30 kwietnia 2017 roku oraz wykonanie interfejsu między systemami CBO i WIRE, kwota 122 000 zł, z terminem 30 listopada 2017 roku;
b. Zamówienie z dnia 13 października 2016 roku (nr …) złożone firmie A. P.S.A na wykonanie interfejsu między systemami CBO i ADO, kwota 360 000 zł, termin wykonania 30 kwietnia 2017 roku oraz na usługi upgrade'u z terminami wykonania odpowiednio 20 grudnia 2016 roku i 20 lutego 2017 roku;
c. Zamówienie z dnia 15 września 2016 roku (nr …) złożone firmie IT UTIL sp. z o.o. na: wykonanie/wdrożenie interfejsu między systemami CBO i SAP ISU, obejmujące prace z

terminami wykonania na 30 listopada 2016 roku, 31 stycznia 2017 roku, 28 lutego 2017 roku oraz 31 marca 2017 roku;
d. Umowa nr … - umowa dotyczy zakupu liczników i koncentratorów danych oraz wdrożenia systemu do zarządzania infrastrukturą pomiarową dla R. S.Operator sp. z o.o., obejmuje także wykonanie interfejsu między systemami CBO i ZISM, dostawa realizowana przez Landys + Gyr sp. z. o.o. w terminie do dnia 30 listopada 2017 roku.

W aktualnym stanie systemy te są kompatybilne jedynie z systemem CBO opracowanym przez N., gdyż interfejsy między tymi systemami a CBO zostały wykonane na podstawie projektu technicznego opracowanego przez N. S.A. Rezygnacja z systemu CBO wdrażanego przez N. oznacza, że nie będzie możliwa wymiana danych między tymi systemami a systemem CBO opracowanym przez inny podmiot. W przypadku rezygnacji z wykonania systemu CBO przez firmę N. S.A., efekty prac wykonanych w fazie I Umowy zostałyby zaprzepaszczone ze względu na fakt, iż tylko N. S.A. posiada autorskie prawa majątkowe do Analizy.
Zdaniem Zamawiającego, dokończenie systemu CBO jest możliwe wyłącznie przez N., co wynika ze względów technicznych, prawno-autorskich oraz konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Firma N. dysponuje bowiem gotowym produktem spełniającym wymagania Zamawiającego i na podstawie jej specyfikacji zamówione i opracowane zostały interfejsy do systemów współpracujących z CBO. Dokończenie prac przez firmę N. S.A. jest w aspekcie technicznym jedynym możliwym rozwiązaniem, gdyż tylko interfejsy systemu

CBO opracowanego przez tę firmę będą zgodne (kompatybilne) z wykonanymi już interfejsami do systemu współpracujących (SKOME, ZISM, SAP ISU - systemy już wykonane oraz system ADO - zamówiony). Jednocześnie N. S.A. posiada prawa autorskie do Analizy, co umożliwiłoby wykorzystanie jej w dalszych fazach realizacji projektu CBO.
Zdaniem Zamawiającego, nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia ani celowych działań lub zaniechań Zamawiającego.
Drugą, obok względów technicznych o obiektywnym charakterze, przyczyną udzielenia zamówienia z wolnej ręki na rzecz N. S.A. jest fakt, iż tylko N. S.A. posiada autorskie prawa majątkowe do Analizy wykonanej w fazie I Umowy. Między innymi specyfikacje interfejsów między systemem CBO, a systemami współpracującymi, które zostały objęte odrębnymi zamówieniami dokonanymi już przez Zamawiającego oraz Umową, podlegają tym samym ochronie w ramach prawa autorskiego - stanowią one rodzaj utworu.
Zamawiający wskazał na trzy istotne czynniki: a. Koszt - powierzenie realizacji systemu CBO innemu wykonawcy, oznaczałoby konieczność ponownego poniesienia nakładów na wykonanie Analizy, interfejsów i prac i infrastruktury objętych pozostałymi zamówieniami.

Zwiększy to całkowity koszt realizacji prac ponad koszt wynikający z zawartej już Umowy (prace nad samymi interfejsami (bez towarzyszących im dodatkowych dostosowań i modernizacji oraz Analizy) kosztowały 1 261 000 zł (przy koszcie wdrożenia zgodnie z umową zawartą z S. S.A., wynoszącym 2 511 125 zł). Powierzenie realizacji prac firmie N. pozwala natomiast wykorzystać poniesione już nakłady na wykonanie Analizy, dostosowanie innych systemów współpracujących, tj. systemów klasy HES (innOP, ADO, ZISM), systemu SAP ISU (w części device management, billing i pomiary) oraz do systemu innWIRE (wymiana informacji na rynku energii) oraz na wykorzystanie infrastruktury nabytej na podstawie specyfikacji dostarczonych w ramach umowy z 30 grudnia 2015 roku
b. Czas - powierzenie realizacji systemu CBO innemu wykonawcy, oznaczałoby poważne opóźnienie w jego ukończeniu. Jak wskazują ekspertyzy uzyskane przez Zamawiającego, ukończenie projektu CBO do 30 czerwca 2018 roku zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, jest niemożliwe z przyczyn technicznych. Tylko N. S.A. dysponuje bowiem oprogramowaniem z półki (ang. C.-C.-O-T-S), które może zostać wdrożone u Zamawiającego przy ograniczonym zakresie jego dostosowań oraz nie wymaga też dostosowań po stronie systemów współpracujących, gdyż te już zostały wykonane. W konsekwencji tylko rozwiązanie proponowane przez N. gwarantuje dotrzymanie terminów uzgodnionych z URE i nie naraża Zamawiającego na sankcje finansowe z tytułu ich niedotrzymania;
c. Ryzyko - powierzenie realizacji systemu CBO innemu wykonawcy, generowałoby istotne ryzyka związane z brakiem wiedzy o specyfice uwarunkowań technicznych standardy technologiczne, procesy biznesowe) i organizacyjnych (bezpieczeństwo, Zamawiającego. Ryzyka organizacyjno-projektowe oraz techniczne, jakimi obarczone byłoby dostosowywanie rozwiązania posiadanego przez innych wykonawców na potrzeby CBO grożą perturbacjami w projekcie, a w konsekwencji osiągnięciem rozwiązania o niezadowalającej jakości.
Niezależnie od przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) PZP, Zamawiający wskazał, że w analizowanym stanie faktycznym zachodzi także okoliczność, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP.
Zamawiający jako podmiot działający na rynku, posiadający określone plany biznesowe i rozwojowe, a w szczególności zobowiązania wobec regulatora (URE). Niezrealizowanie wdrożenia systemu CBO w terminie uzgodnionym z Urzędem Regulacji Energetyki w Planie Rozwoju może skutkować nieuznaniem przez URE kosztów utrzymania infrastruktury AMI (wszystkie elementy od licznika, poprzez telekomunikację, infrastrukturę techniczną w stacjach oraz systemy) przy ustalaniu taryf energii elektrycznej. Plan rozwoju zakłada stopniowe rozłożenie kosztów w latach 2017-2019 po zakończeniu poszczególnych faz projektu. Konsekwencje niedotrzymania uzgodnionego terminu doprowadziłyby więc do

sankcji finansowej, która spowoduje, że projekt AMI (wdrożenia inteligentnych liczników) nie osiągnie zakładanego poziomu zwrotu z inwestycji. Tym samym jest niemal pewne, że projekt CBO nie mógłby być dalej kontynuowany.
Zdaniem Zamawiającego, spełnione zostały przesłanki udzielenia z wolnej ręki, o których mowa w:
Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP - przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze - tylko jeden wykonawca funkcjonujący na rynku - firma N. - jest technicznie w stanie dokończyć rozpoczęty projekt budowy systemu CBO, gdyż tylko on dysponuje systemem CBO, który jest kompatybilny z wykonanymi już interfejsami po stronie systemów współpracujących z CBO oraz odpowiada specyfikacjom wykonanym w fazie I Umowy. Nie ma technicznej możliwości realizacji prac w założonym terminie ani przez dotychczasowego wykonawcę – S. S.A., ani przez podmiot wyłoniony w pełni konkurencyjnym postępowaniu przetargowym;
Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) PZP - przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów - tylko firma N. dysponuje prawami autorskimi do dokumentacji wytworzonej w ramach fazy I Umowy (Analiza). W szczególności specyfikacje interfejsów między systemem CBO a systemami współpracującymi, które zostały już zakupione podlegają ochronie w ramach prawa autorskiego - stanowią one rodzaj utworu. W sytuacji, w której dostosowania systemów współpracujących i interfejsy do nich zostały już wykonane, opracowanie systemu CBO współpracującego z nimi za ich pośrednictwem, może zostać dokonane jedynie przez firmę posiadającą autorskie prawa majątkowe do specyfikacji tych interfejsów, tj. N.;
Art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP - wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, powodująca, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia - tylko jeden wykonawca funkcjonujący na rynku jest w stanie dokończyć budowę systemu CBO w terminie ustalonym z URE. Niedokończenie systemu CBO w tym terminie spowoduje sankcję finansową po stronie Zamawiającego. Jednocześnie taki stan rzeczy powstał niezależnie od działań lub zaniechań Zamawiającego oraz w sposób dla niego nieprzewidywalny. Dla powodzenia projektu CBO konieczne jest natychmiastowe udzielenie i wykonania przedmiotowego zamówienia;

Wykonawca A. P.S.A. wniósł pismo procesowe, w którym (odnosząc się do danych uzyskanych z Urzędu Zamówień Publicznych) stwierdził:
Wykonawca A. P.S.A. oświadczył, że jest w stanie wykonać zamówienie w zakresie określonym w Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex antę* opublikowanym w dniu 20 czerwca 2017 roku. Posiada produkt, który jest w stanie spełnić wszystkie wymagania

Zamawiającego, jak i zna problematykę systemów CBO oraz uwarunkowania techniczne i organizacyjne Zmawiającego.
Podkreślił, że żaden przepis prawa nie wskazuje, że przedmiotowa Analiza stanowi jedyny dokument, który może być podstawą wdrożenia systemu CBO wraz z systemem MDM. Analiza nie może stanowić podstawy żadnych działań Zamawiającego, skoro Zamawiający nie posiada do niej nawet majątkowych praw autorskich.
Odwołujący ponownie zauważył, że na rynku istnieje szereg rozwiązań, które spełniają wszystkie określone w Ogłoszeniu wymagania Zamawiającego. Systemy MDM obejmują też system CBO. System CBO to centralna baza odczytowa. Z technicznego punktu widzenia MDM wraz z CBO tworzą jeden system, który kolekcjonuje dane pomiarowe z różnych źródeł, a później tymi danymi zarządza, przetwarza, waliduje, udostępnia na zewnątrz na potrzeby np. rozliczeń, raportów, itp. Każdy producent systemu MDM jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia określony w Ogłoszeniu: istnieje co najmniej 10 różnych systemów spełniających wymagania Zamawiającego określone w Ogłoszeniu. Przy czym wykonawców, którzy mogliby takie systemy wdrożyć jest więcej - gdyż każdy z tych systemów może być wdrażany u Zamawiającego przez kilku różnych wykonawców. Nie jest zatem nadużyciem stwierdzenie, że na rynku istnieje nawet kilkudziesięciu wykonawców, którzy są w stanie zrealizować zamówienie określone w Ogłoszeniu.
Odwołujący zauważył także, że umowa została zakończona na etapie Analizy, a zatem żadne elementy wdrożenia nie zostały jeszcze wykonane. Na tym etapie zaawansowania projektu Zamawiający może wdrożyć u siebie dowolny system CBO.

Zdaniem Odwołującego, w zakresie terminu wdrożenia systemu CBO Zamawiający nie może się w ogóle wypowiadać, gdyż nie dokonał żadnego badania rynku w tym zakresie. Wykonawca A. P.S.A. nie wykluczył, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w zakresie określonym w Ogłoszeniu w 2018 roku.
Odwołujący zauważył, że Zamawiający stwierdził, że nie nabył praw autorskich do analizy. Zatem nie mógł w ogóle zlecić wykonania interfejsów. Powstaje możliwość, że Zamawiający zlecając wykonanie interfejsów naruszył prawo, w tym dyscyplinę finansów publicznych oraz zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Trudno uznać, że racjonalnym uzasadnieniem zlecenia firmie N. S.A. wdrożenia systemu CBO w trybie zamówienia z wolnej ręki może być fakt, że uprzednio firma ta wykonała już interfejsy - jeśli zlecenie wykonania zostało dokonane z naruszeniem prawa i obowiązujących zasad.
Odwołujący zauważył także, że zarówno nazwa postępowania, jak i krótki opis przedmiotu zamówienia zawarty w Ogłoszeniu o zamówieniu wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i wdrożenie systemu informatycznego - centralnej aplikacji CBO. Zatem Zamawiający zamawia dostarczenie i wdrożenie systemu CBO, który nie funkcjonuje u

Zamawiającego. Nie ma zatem mowy o „dokończeniu" systemu CBO, na które powołuje się Zamawiający.
Odwołujący podkreślił także, że do dnia dzisiejszego nie został wykonany interfejs między systemami CBO i ADO. Interfejs ten miał zostać wykonany przez Asseco, jednakże Zamawiający wstrzymał prace. Zamawiający - zgodnie ze wskazanym w odwołaniu ciężarem dowodu - powinien przedstawić dowody na okoliczność, że wszystkie 4 interfejsy już funkcjonują. Nawet te interfejsy zostały już wykonane i odebrane przez Zamawiającego, nie mogą stanowić okoliczności uzasadniającej zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż nie są to przyczyny o „obiektywnym charakterze", ale przyczyny, które powstały wyłącznie dzięki czynnościom podjętym przez Zamawiającego. Zamawiający sam zamówił te interfejsy. I to zamówił je na takim etapie realizacji umowy z S. S.A., kiedy nie był nawet zakończony etap Analizy, a zatem nie istniała dokumentacja, która powinna być podstawą zamówienia interfejsów.
Skoro zatem Zamawiający nie posiada praw autorskich do Analizy (co wyraźnie stwierdził w Zawiadomieniu), to nie ma znaczenia, że jakaś Analiza istnieje i fakt jej istnienia nie może uzasadniać zastosowania trybu niekonkurencyjnego.
Zamawiający nie wykazał, aby URE określiło jakieś termin - nie został przedstawiony żaden dokument w tym zakresie.
Zamawiający zakłada, że wdrożyć można tylko jeden konkretny system CBO. Nie wskazał jednak, na czym opiera swoje twierdzenia.

W pkt. 41 Uzasadnienia Zamawiający wskazuje, że na rynku nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie odniósł się w ogóle do zwrotu "rozsądne rozwiązanie alternatywne". Samo zacytowanie klauzuli generalnej nie jest wystarczające. Zamawiający powinien wykazać, że dokonał badania rynku, zbadał wszystkie rozwiązania alternatywne, a jest ich co najmniej 10 i żadne z nich nie będzie „rozsądne”.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający powyższą konkluzję wysnuwa z analizy 3 czynników: koszt, czas i ryzyko, przy czym w każdym przypadków Zamawiający powołuje się na okoliczności będące w sprzeczności ze stanem faktycznym:
a. Koszt - Zamawiający wskazał, że prace nad interfejsami kosztowały 1.261.000 złotych. Odwołujący zaprzeczył temu twierdzeniu. Odwołujący z winy Zamawiającego nie zakończył prac nad interfejsem, nie został on odebrany przez Zamawiającego, zaś Zamawiający nie zapłacił wynagrodzenia. Powodem tego jest brak przekazania przez Zamawiającego odpowiedniej dokumentacji. Należy zatem wnioskować, że analogiczna sytuacja dotyczy także pozostałych interfejsów, zaś Zamawiający nie zapłacił także na rzecz I. Sp. z o.o. i IT UTIL Sp. z o.o. wynagrodzenia za wykonanie interfejsów. Zgodnie z

ciężarem dowodu Zamawiający powinien przedstawić zawarte umowy dotyczące wykonania interfejsów, protokoły odbioru oraz dowody uiszczenia wynagrodzenia.

Jeśli Zamawiający dokonał zapłaty za Analizę, to jest obecnie właścicielem analizy i może ją wykorzystać. Zupełnie bezprzedmiotowe są stwierdzenia o konieczności ponownego poniesienia nakładów na wykonanie Analizy. Poniesienie wydatku rzędu 125 000 zł. nie może następnie uzasadniać zastosowania niekonkurencyjnego trybu przy zamówieniu wartości 2,5 - 3 mln złotych.
Czas - twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie nie są poparte żadnymi dowodami, a zatem powinny zostać pominięte. Odwołujący zaprzeczył, że tylko firma N. dysponuje oprogramowaniem typu COST, które może zostać wdrożone u Zamawiającego. Takim oprogramowaniem dysponuje wielu wykonawców, w tym A.
Ryzyko - Zamawiający zakłada, że żaden inny wykonawca poza N. S.A. nie ma wiedzy o specyfice uwarunkowań technicznych i organizacyjnych Zamawiającego. Twierdzenie to pozostaje w oczywistej sprzeczności ze stanem faktycznym. Taką wiedzę posiada zarówno S. S.A., który realizował umowę z Zamawiającym od 2015 roku, jak i inne firmy informatyczne świadczące usługi na rzecz Zamawiającego - Odwołujący, I. Sp. z o.o. czy U. U. Sp. z o.o.
Odnośnie zaś infrastruktury nabytej przez Zamawiającego - Odwołujący oświadczył, że oferowany przez niego system CBO współpracuje z infrastrukturą posiadaną przez Zamawiającego.
Odwołujący wskazał, że nie są mu znane żadne argumenty, które udowadniałyby istnienie wskazywanego przez Zamawiającego ryzyka. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.
Na poparcie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający powołuje się na ewentualną możliwość nieuznania przez URE kosztów utrzymania infrastruktury AMI oraz na konflikt między S. S.A. a N. S.A. Także w tym przypadku Zamawiający ograniczył się do gołosłownych twierdzeń, nie popartych żadnymi dowodami (pomimo ciążącego na Zamawiającym obowiązku wykazania przesłanek umożliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki). Zatem sam Zamawiający nie wykazał ewentualnego wpływu zastosowania trybu konkurencyjnego na kwestię uznania kosztów przez URE.
Odnośnie zaś konfliktu pomiędzy N. S.A. a S. S.A. - Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie takiego konfliktu oraz nie wykazał wpływu ewentualnego konfliktu na niemożliwość zastosowania trybu konkurencyjnego.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wszczął procedurę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jako podstawę prawną, Zamawiający wskazał „art 134 ust 6 pkt 1) w zw. z art 67 ust 1 pkt 1) lit a) i b) oraz pkt 3] ustawy z dnia 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) (dalej: „Pzp"), tj. okoliczności polegające na tym, że: usługi stanowiące przedmiot Postępowania mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę - N. SA. - z przyczyn: technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych (majątkowych praw autorskich) Wykonawcy – N. S.A., przy czym nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, zaś brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia oraz ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przytoczył jedynie podstawy prawne uzasadnienia

zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zaniechał podania uzasadnienia faktycznego. Trafnie zauważył Odwołujący, że podanie jedynie podstawy prawnej zastosowania niekonkurencyjnego trybu zamówienia, nie jest wystarczające. Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, a ograniczenie się jedynie do zacytowania przepisów ustawy, nie stanowi wyjaśnienia dla zastosowania takiego trybu. Co więcej, tak jak w niniejszym postępowaniu, utrudnia ewentualne odniesienie się wykonawców w drodze odwołania.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, że spełnione zostały wskazane przez niego przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.
Przede wszystkim Zamawiający nie wykazał, że usługi stanowiące przedmiot postępowania mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę - N. S.A. - z przyczyn: technicznych o obiektywnym charakterze. Obiektywny charakter oznacza, że zaistnienie przesłanek winno

nastąpić niezależnie od Zamawiającego, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca. W ocenie Izby, Zamawiający sam stworzył warunki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający jako uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazywał, że na rynku nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, zaś fakt, że Zamawiający decyduje się udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Konkluzja ta wynikać ma z analizy trzech czynników: kosztu, czasu i ryzyka.
W zakresie parametru „koszt", Zamawiający podniósł, że powierzenie realizacji systemu CBO innemu wykonawcy, oznaczałoby konieczność ponownego poniesienia nakładów na wykonanie Analizy, interfejsów i prac oraz infrastruktury objętych pozostałymi zamówieniami. Zwiększy to całkowity koszt realizacji prac ponad koszt wynikający z zawartej już umowy (prace nad samymi interfejsami (bez towarzyszących im dodatkowych dostosowań i modernizacji oraz Analizy)) kosztowały 1 261 000 zł (przy koszcie wdrożenia zgodnie z umową zawartą z S. S.A. wynoszącym 2 511 125 zł). Powierzenie realizacji prac firmie N. S.A. pozwala natomiast wykorzystać poniesione już nakłady.
Należy zauważyć, że okoliczność, że Zamawiający poniósł koszty na realizację części zadania, nie zwalnia Zamawiającego z konieczności stosowania przepisów prawa. Z art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Tym samym, prawo jednoznacznie wskazuje na wymóg udzielania zamówienia w trybie konkurencyjnym. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki ma charakter wyjątkowy – i przesłanki dla zastosowania tego trybu powinny być ściśle przestrzegane, a także wykazane i uzasadnione przez Zamawiającego, co w niniejszym postepowaniu nie nastąpiło.
Jak wynika z przebiegu rozprawy, tylko nieznaczna część zadania została zrealizowana. Zamawiający nie wykazał, aby zostały przez niego poniesione znaczne środki. Wskazywał, że rozliczony w całości został etap wykonania Analizy. Zamawiający nie wykazał, aby poza wypłaceniem należności za zrealizowanie I etapu (jaki stanowiło opracowanie Analizy), dokonał jakichkolwiek innych wypłat za realizację części zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że ciężar wykazania wszelkich podstaw dla zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki spoczywał na Zamawiającym. Zamawiający nie podołał temu obowiązkowi. Powyższe oznacza, że wskazana przez niego podstawa zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia, nie mogła uzasadnić zastosowania tego trybu.
Zamawiający twierdził, że dokonał płatności za zadania związane z realizacją prac dotyczących wykonania interfejsów. Z treści art. 11 ust 7 umowy ramowej na świadczenie usług IT wynika, że podstawą do wystawienia faktury VAT jest podpisany protokół odbioru.

Punkt 10.3 tej umowy stanowi, że odbiór prac nastąpi po pozytywnym zakończeniu wszystkich testów. Zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy, że nie zostały wykonane testy dla zamawianych interfejsów. Ponadto przyznał, że testy mogłyby zostać wykonane tylko wtedy, gdyby istniał system CBO. Brak tego systemu powoduje, że testy nie zostały

przeprowadzone. Zamawiający nie przedstawił protokołów odbioru interfejsów. Brak podpisanego protokołu odbioru oznacza, że nie mogła zostać wystawiona faktura za ich realizację. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie dowodu przeciwnego. W trakcie rozprawy Zamawiający poinformował, że umowy na realizację interfejsów, były zawierane na różnych wzorach umów, których warunki były wcześniej negocjowane z wykonawcami. Także w tym zakresie Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu.
Powyższe oznacza, że Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że poniósł wskazywane przez siebie koszty (wyższe, niż koszt zrealizowania etapu I umowy), a co za tym idzie, że powierzenie przez niego zamówienia dotychczasowemu wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, pozwoli Zamawiającemu na zaoszczędzenie na poniesionych kosztach – skoro koszty te nie zostały faktycznie poniesione.

W zakresie okoliczności „czas", Zamawiający wskazał, że powierzenie realizacji systemu CBO innemu wykonawcy, oznaczałoby poważne opóźnienie w jego ukończeniu. Ukończenie projektu do 30 czerwca 2018 roku, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, jest niemożliwe z przyczyn technicznych. Tylko firma N. S.A. dysponuje bowiem oprogramowaniem z półki (ang. C.-C.-O-T-S), które może zostać wdrożone u Zamawiającego przy ograniczonym zakresie jego dostosowań oraz nie wymaga też dostosowań po stronie systemów współpracujących, gdyż te już zostały wykonane. W konsekwencji, tylko rozwiązanie proponowane przez N. S.A. gwarantować ma dotrzymanie terminów uzgodnionych z URE i nie naraża Zamawiającego na sankcje finansowe z tytułu ich niedotrzymania.
W ocenie Izby przesłanki, które wskazał Zamawiający, okazały się bezpodstawne.
Przede wszystkim Zamawiający nie wykazał, że porozumienie z Urzędem Regulacji Energetyki (URE) jest obwarowane nieprzekraczalnym terminem realizacji zamówienia do 30 czerwca 2018 roku. Ponadto Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził analizę rynku, z której wynikałoby, że żaden z wykonawców nie jest w stanie wykonać zamówienia do tego terminu. Zamawiający nie wykazał także, że system jest tak skomplikowany, że nie jest możliwe zrealizowanie go w wyznaczonym terminie. A brak możliwości zrealizowania zadania w wyznaczonym terminie stanowił jedną z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego jako uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Także w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na Zamawiającym.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający wskazuje wyłącznie ogólne twierdzenia o zobowiązaniach, których niezrealizowanie „może skutkować nieuznaniem przez URE kosztów utrzymania infrastruktury AMR". Nawet sam Zamawiający nie użył stwierdzenia stanowczego, że skutkiem będzie nieuznanie kosztów, ale posłużył się miękkim stwierdzeniem „może skutkować".
Co więcej, z przebiegu rozprawy wynika, że już w październiku 2016 roku Zamawiający miał wiedzę o zaistniałym konflikcie pomiędzy Wykonawcą S. S.A. a podwykonawcą N. S.A., a zatem już wówczas mógł rozpocząć przygotowania do przeprowadzenia procedury przetargowej na wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Należy podkreślić, że również konkurencyjne tryby udzielenia zamówienia przewidują możliwości skrócenia terminów dla postępowań przetargowych.
Powyższe oznacza, że Zamawiający nie dowiódł wystąpienia przesłanki, na która powołał się w podstawie dla uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tj. że konieczne jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.
Przede wszystkim jednak Izba zauważa, że nawet porozumienie z Urzędem Regulacji Energetyki nie zwalnia Zamawiającego z obowiązków wynikających z innych ustaw – w tym ustawy Prawo zamówień publicznych, która dla wydatkowania środków publicznych przewiduje przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Zamawiający nie wykazał także, aby to porozumienie zawierało takie wykluczenia.
Nie jest także wykluczone, że Zamawiający ma możliwość zawarcia nowego porozumienia lub zmiany porozumienia dotychczas zawartego.

W zakresie czynnika „ryzyko", Zamawiający wyjaśnił, że powierzenie realizacji systemu CBO

innemu wykonawcy, generowałoby istotne ryzyka związane z brakiem wiedzy o specyfice uwarunkowań technicznych (bezpieczeństwo, standardy technologiczne, procesy biznesowe) i organizacyjnych Zamawiającego. Ryzyka organizacyjno-projektowe oraz techniczne, jakimi obarczone byłoby dostosowywanie rozwiązania posiadanego przez innych wykonawców na potrzeby CBO, grożą perturbacjami w projekcie, a w konsekwencji osiągnięciem rozwiązania o niezadowalającej jakości.
Zamawiający nie wykazał powyższych okoliczności. Nadto należy zauważyć, że projekt powstał na bazie podstawowego rozwiązania N. S.A. Zamawiający podstawę dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki upatruje w istniejącej analizie (opracowanej przez N. S.A.), która stanowić ma podstawę dla realizacji dalszych etapów projektu. Zamawiający nie wykazał jednak, aby istniejącej analizy nie można było wykorzystać przy realizacji projektu przez innego wykonawcę. Zamawiający nie wykazał także, że nie posiada

praw autorskich do tej analizy lub że posiadany przez niego zakres praw autorskich do analizy uniemożliwia wykonanie projektu przez wykonawcę innego niż wykonawca, który analizę stworzył. Nadto, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający niezbędny zakres praw do tej analizy uzyskał.
Należy jednak podkreślić, że nabycie autorskich praw majątkowych do analizy jest okolicznością nieobiektywną, zależną wyłącznie od Zamawiającego. Fakt istnienia analizy nie może przesądzać, że zamówienie opracowane na jej podstawie może zostać wykonane wyłącznie przez wykonawcę, który tę analizę stworzył. Mogłoby to prowadzić do nadużyć, polegających na powierzeniu w trybie konkurencyjnym zamówienia o niewielkiej wartości jednemu wykonawcy, a po jego realizacji – powierzeniu zamówienia o znacznie większej wartości w trybie niekonkurencyjnym temu wykonawcy, z uzasadnieniem, że ze względu na uprzednio zrealizowane zamówienie, tylko ten wykonawca może wykonać zamówienie nowe. Należy podkreślić, że w niniejszym postępowaniu okoliczność związana z dotychczasowym brakiem zrealizowania całości zamówienia przez Wykonawcę S. S.A. wynika również z udziału w tym zamówieniu Wykonawcy N. S.A. (a więc podmiotu, któremu obecnie miałoby zostać udzielone zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki). Zaistnienie konfliktu pomiędzy Wykonawcą S. S.A. a podwykonawcą N. S.A. (stosownie do twierdzenia Zamawiającego) stało się podstawą braku wykonania przedmiotu umowy. Właśnie ten podmiot czyni z efektów swoich prac (istnienia Analizy) jedyny argument do tego, aby obecnie uzyskać zamówienie o dużo większym zakresie i wartości.

Zamawiający jako podstawową przesłankę dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wskazał, że usługi stanowiące przedmiot tego postępowania mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę - N. S.A. - z przyczyn: technicznych o obiektywnym charakterze oraz związanych z ochroną praw wyłącznych (autorskich prawa majątkowych) Wykonawcy – N. S.A. Należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w umowie zawartej z wykonawcą, Zamawiający powinien zapewnić przejście na siebie autorskich praw majątkowych do systemów i ich elementów. Jeżeli zawarta przez Zamawiającego umowa nie zapewniła przejścia na niego autorskich praw majątkowych, to jest to okoliczność obciążająca Zamawiającego. Okoliczność ta w żadnym razie nie może uzasadniać zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, uzasadnionego ochroną praw wyłącznych w postaci autorskich praw majątkowych, jakie przysługują wykonawcy N. S.A.
Izba podziela stanowisko, że wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych muszą mieć charakter zasadniczy, tak by Zamawiający mógł był wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe i że ta

niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Zamawiający nie wykazał powyższej okoliczności.

Zamawiający może również zlecić wykonanie nowej dokumentacji innemu wykonawcy, wybranemu z zastosowaniem jednego z konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia.

Istnieje wielu wykonawców, którzy mogą zapewnić realizację zamówienia, o czym świadczy ilość wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie konkurencyjnym (o zbliżonym opisie przedmiotu zamówienia). Zamawiający pomijał fakt, że każdy z wykonawców, w tym także N. S.A. (a więc wykonawca, któremu miałoby zostać udzielone zamówienie z wolnej ręki), dopiero stworzy produkt, który będzie komunikował się z już pracującymi programami innych producentów. Nie można wykluczyć, że inny wykonawca, wyłoniony w trybie konkurencyjnym, byłby w stanie obiektywnie zrealizować takie zamówienie, a także wykonać całość zadania taniej i w wymaganym przez Zamawiającego czasie. W świetle powyższego, w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek przeszkód, dla zastosowania procedury konkurencyjnej dla wyłonienia wykonawcy zdolnego zrealizować całość prac.
Podkreślenia też wymaga fakt, że za etap I (dotyczący opracowania Analizy) dokonano zapłaty 125000 złotych – wartość ta jest zatem znikoma względem całości prac, jakie mają zostać powierzone wykonawcy w ramach zamówienia z wolnej ręki (wartość kilku milionów złotych).

Ponadto, w ocenie Izby, kwestia wydatkowania środków – stanowi wyłącznie rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą S. S.A. Umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą S. S.A. nie została zrealizowana ani rozliczona. Powyższe, w ocenie Izby może stanowić podstawę do rozliczeń pomiędzy stronami umowy na drodze cywilnoprawnej (dochodzenia roszczeń). Fakt ten nie może jednak stanowić podstawy dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dla zrealizowania prac, które pozostały do wykonania.
Co więcej, Zamawiający nie wykazał, że umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a S. S.A. została rozwiązana. Zamawiający przedstawił Uchwałę Zarządu Innogy Stoen Operator sp. z o.o. Jednak uchwała zarządu w tym zakresie nie oznacza, że zostało złożone drugiej stronie umowy oświadczenie o rozwiązaniu umowy. Uchwała zarządu jest bowiem aktem wewnętrznym, nie jest to natomiast oświadczenie woli złożone drugiej stronie. Zamawiający oświadczenia o rozwiązaniu umowy nie przedstawił. Brak jest zatem dowodu na tę okoliczność.
Samo istnienie konfliktu pomiędzy firmą S. S.A. a N. S.A. także nie zostało dowiedzione. Przede wszystkim jednak nawet istnienie takiego konfliktu i ewentualna trudna w tym

zakresie sytuacja prawna czy finansowa Zamawiającego, nie stanowią uzasadnienia dla zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający nie wykazał zatem, że nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze. Nie wykazał także zaistnienia jakiejkolwiek wyjątkowej sytuacji, która byłaby niezależna od Zamawiającego, nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie wykazał zaistnienia w przedmiotowym postepowaniu żadnej z przesłanek zastosowania udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.
W świetle powyższego należało uznać, że brak było podstaw dla zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……