



PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Jacek Sadowy

UZP/DPIO-OST/11019/12

Warszawa, dnia 30.10, 2012 r.

SĄD OKRĘGOWY W WARSZAWIE

V Wydział Cywilny – Odwoławczy

Al. Solidarności 127, 00 – 898 Warszawa

Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający

Agencja Rynku Rolnego

ul. Nowy Świat 6/12, 00 – 400 Warszawa

2. Odwołujący

Asseco Poland S.A.

ul. Olchowa 14, 35 – 322 Rzeszów

3. Uczestnik postępowania

ComArch S.A.

Al. Jana Pawła II 39a, 31 – 864 Kraków

SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2012 r.
(sygn. akt KIO 2033/12)

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2012 r. sygn. akt KIO 2033/12.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucam naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- 1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, co doprowadziło do przyjęcia, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez połączenie w jedno zamówienie obsługi serwisowej systemu, do którego zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe z systemem do którego takich praw nie posiada, nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż zamówienia z wolnej ręki można udzielić wykonawcy, który nie jest monopolistą w danej dziedzinie, lecz ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze może wykonać konkretne zamówienie, podczas gdy przesłankę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest występowanie na rynku jednego wykonawcy, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest w stanie zrealizować dane zamówienie.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Jednocześnie, wnoszę o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

- 1) opinii biegłego dr inż. Andrzeja Zalewskiego z dnia 18 kwietnia 2010 r., powołanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w toku kontroli doraźnej w zakresie legalności zastosowania trybu z wolnej ręki przez Agencję Rynku Rolnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *opieka serwisowa zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE*, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na okoliczność potwierdzenia, iż zamówienie na bieżącą obsługę serwisową systemu EGERIA jest w stanie zrealizować podmiot inny niż wykonawca Comarch S.A.;

- 2) informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki z dnia 7 września 2010 r. (znak: UZP/DKD/MT/43311/1602/10, KZ/1446/09) na okoliczność potwierdzenia zakwestionowania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych trybu udzielania zamówienia publicznego na *opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE* na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp;
- 3) zawiadomienia z dnia 12 września 2012 r. o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki przesłanego przez zamawiającego na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp na okoliczność udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki na *opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE* również w 2012 r.;
- 4) pisma Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2012 r. (znak: UZP/DKD/KSR/33677/10554/12, KZ/1159/12) na okoliczność potwierdzenia wszczęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 161 ust. 4 ustawy Pzp w celu ustalenia czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie udzielania zamówienia na *opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE* z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie formalne skargi:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”). Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposażyła Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

II. Wprowadzenie:

W odwołaniu wniesionym od czynności wyboru trybu udzielenia zamówienia oraz podjęcia decyzji o wyborze wykonawcy ComArch S.A., wykonawca Asseco Poland S.A. zarzucił zamawiającemu - Agencji Rynku Rolnego naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 10 ust. 1, art. 10 ust. 2 w zw. z art. 62 ust. 1 ust. 2a, art. 66 ust. 2 oraz art. 67 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w związku z opublikowaniem przez zamawiającego w dniu 15 września 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* dotyczącego zamówienia pn. *Opieka serwisowa zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE* spółce ComArch S.A. w procedurze negocjacyjnej bez ogłoszenia. Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że sygnalizował zamawiającemu, iż posiada doświadczenie i kwalifikacje w zakresie tworzenia i utrzymywania zintegrowanych systemów obsługujących rolnictwo, wskazując na konkretne podmioty i zamówienia, które dla nich zrealizował (ARiMR, KRUS, ANR). Ponadto wskazywał, iż systemy te wykorzystywane są dla potrzeb realizacji Wspólnej Polityki Rolnej UE, Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich, Identyfikacji i Rejestracji Zwierząt czy Obsługi Wniosków o Płatność. Systemy obsługujące agencję płatniczą (a z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowym zamówieniu), które utrzymywane są przez odwołującego, są zgodne z obowiązującymi procedurami i podlegają stałym audytom i certyfikacjom odpowiedzialnych podmiotów nadzorczych - zarówno polskich, jak i KE. Odwołujący wskazywał, że posiada doświadczenie w integracji swoich systemów z systemem EGERIA (np. wdrożenie systemu bilingowego w Elbląskim Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.), jak również, że istnieje możliwość migrowania rozwiązań klasy ERP na inne platformy w celu osiągnięcia

efektywności kosztowej lub możliwości stworzenia nowych funkcjonalności wspierających działanie instytucji. W świetle powyższego, w ocenie odwołującego, zamawiający miał świadomość, iż istnieje przynajmniej jeden, poza ComArch S.A., wykonawca, który ma techniczną możliwość realizacji zamówienia, na potwierdzenie czego wskazywał przykłady zrealizowanych przez odwołującego projektów informatycznych (w tym takich, które dotyczyły integracji różnych systemów z systemem EGERIA).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru trybu postępowania oraz decyzji o udzieleniu zamówienia spółce ComArch S.A. oraz dokonania czynności w postaci ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.

Wyrokiem z dnia 9 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2033/12) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła ww. odwołanie. W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż uzasadnione jest traktowanie opieki serwisowej będącej przedmiotem zamówienia jako jednego zadania, gdyż poziom integracji systemu informatycznego powstałego z elementów CAPS i EGERIA, sposób świadczenia usług oraz wskazywana przez zamawiającego konieczność ingerencji w struktury systemu EGERIA przy usuwaniu błędów zdiagnozowanych w systemie CAPS, potrzeba wprowadzenia w ramach opieki serwisowej zmian i rozszerzeń funkcjonalnych systemu oraz integracja nowych funkcjonalności, przemawia przeciw dzieleniu zamówienia na części.

Rozstrzygając możliwość wykonania zamówienia jako całości przez więcej niż jednego wykonawcę, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż z uwagi na uwarunkowania techniczne towarzyszące przedmiotowi zamówienia oraz niedysponowanie przez zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi, pozwalającymi na modyfikację kodów źródłowych systemu EGERIA, przedmiot zamówienia może być wykonany jedynie przez wykonawcę ComArch S.A., powołując się przy tym na stanowisko wyrażone w opinii biegłego z dnia 18 kwietnia 2010 r. na zlecenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z prowadzoną wówczas kontrolą doraźną. Izba podzieliła także tezy wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/KD 69/10), wydanej w wyniku zastrzeżeń zamawiającego – Agencji Rynku Rolnego o istnieniu podstaw do udzielenia zamówienia w trybie pozakonkurencyjnym. Izba wskazała, iż odwołujący nie wykluczył zaistnienia niemożliwości wykonania pewnego zakresu zamówienia bez dostępu do kodów źródłowych systemu EGERIA i oświadczył, że w takiej sytuacji zobowiązuje się do wykonania modułu zastępującego moduł systemu EGERIA. W ocenie Izby odwołujący nie uprawdopodobnił, iż byłby w stanie wykonać zamówienie bez naruszenia autorskich praw majątkowych do systemu EGERIA.

III. Uzasadnienie zarzutów skargi:

1. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, co doprowadziło do przyjęcia, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez połączenie w jedno zamówienie obsługi serwisowej systemu, do którego zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe z systemem do którego takich praw nie posiada, nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowej sprawie, Krajowej Izby Odwoławczej (zamiennie „Izba”) uznała bowiem, iż ze względu na poziom integralności systemu informatycznego i sposób świadczenia usługi opieki serwisowej nad tymi systemami, zamawiający był uprawniony do zaniechania dokonania podziału zamówienia na części na świadczenie opieki serwisowej nad tymi systemami. Izba stwierdziła również, że ze względu na wskazaną przez zamawiającego konieczność ingerencji w struktury systemu EGERIA przy usuwaniu błędów zdiagnozowanych w systemie CAPS istnieje potrzeba wprowadzenia w ramach opieki serwisowej zmian i rozszerzeń funkcjonalnych systemu oraz integracji nowych funkcjonalności.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, zamówienie, którego przedmiotem jest świadczenie opieki serwisowej nad zintegrowanym systemem, którego głównymi częściami składowymi są system EGERIA, do którego zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych, a korzysta z systemu na podstawie licencji oraz system CAPS, do którego zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe, ma być udzielone przez zamawiającego łącznie wykonawcy ComArch S.A., od którego w 2004 r. został zakupiony system EGERIA. Tym samym, zakresem jednego zamówienia, oprócz usługi opieki serwisowej nad systemem EGERIA, która może zostać udzielona w trybie z wolnej ręki, objęte zostały inne usługi w zakresie konserwacji i modernizacji oprogramowania CAPS, które mogą zostać wykonane przez wykonawcę wyłonionego w trybie konkurencyjnym.

Powyższe okoliczności w ocenie Izby uzasadniały traktowanie opieki serwisowej będącej przedmiotem zamówienia jako jednego zadania, co doprowadziło do zaakceptowania naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem w takim stanie faktycznym opis przedmiotu zamówienia wyłączył konkurencję w zakresie obszaru, co do którego brak jest przeszkód do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym.

W związku z powyższymi, niezastosowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w powyżej ustalonym stanie faktycznym jest nieuzasadnione.

Sporządzenie opisu przedmiotu stanowi bowiem jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały jego przebieg i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1

ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp służy realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie równego dostępu do zamówienia) wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia, dokonany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, determinuje dalsze działania zamawiającego w toku postępowania o udzielenie tego zamówienia, w tym – stanowi podstawę wyboru trybu postępowania, w jakim zamówienie to zostanie udzielone.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, zamawiający poprzez zaniechanie dokonania podziału zamówienia na świadczenie obsługi serwisowej dla dwóch systemów, doprowadził do wykreowania sztucznego monopolu wykonawcy ComArch S.A., co powoduje, iż sprzedawca systemu EGERIA, staje się jedynym wykonawcą zdolnym wykonać zamówienie na obsługę serwisową tych dwóch systemów. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w opinii biegłego dr inż. Andrzeja Zalewskiego z dnia 18 kwietnia 2010 r., powołanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w toku kontroli doraźnej legalności wyboru trybu z wolnej ręki przez zamawiającego – Agencję Rynku Rolnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opieka serwisowa zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE*, w której to opinii biegły wyraźnie wskazał, iż istnieje wiele możliwości podziału tego zamówienia na mniejsze i wyłonienie ich wykonawców w warunkach konkurencji. W ocenie biegłego, istnieje możliwość dokonania zakupu opieki serwisowej w zakresie rozwiązywania problemów z oprogramowaniem EGERIA w firmie ComArch S.A. w trybie z wolnej ręki przy jednoczesnym wyłonieniu wykonawcy pozostałej części rozpatrywanego zamówienia na zasadach rynkowych. Jednocześnie, biegły zauważył, iż system CAPS i współpracujący z nim system EGERIA są systemami średniej wielkości, wykonywanymi z wykorzystaniem typowych architektur i technologii informatycznych, a pozyskanie wiedzy o tych systemach może być czasochłonne, ale nie jest niemożliwe. Biegły podkreślił, iż skoro system EGERIA jest systemem „z pudełka” to jego bieżącą obsługę mógłby prowadzić każdy podmiot posiadający wiedzę z zakresu użytkowania systemu EGERIA, zaś problemy wymagające interwencji w kody źródłowe – firma ComArch S.A.

Dowód: opinia biegłego dr inż. Andrzeja Zalewskiego z dnia 18 kwietnia 2010 r.

Podkreślenia wymaga bowiem, iż w przypadku udzielania zamówień na systemy informatyczne, zamawiający nie może poprzez własne działania czy zaniechania doprowadzać do kreowania sztucznego monopolu wykonawcy. Warto bowiem podkreślić, iż system EGERIA stanowi jedynie część przedmiotu zamówienia, a jednocześnie okoliczność nie przeniesienia na zamawiającego autorskich praw majątkowych do tego systemu przy jednoczesnym połączeniu obsługi serwisowej z systemem CAPS, determinuje niemożność udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Tymczasem, Krajowa Izba Odwoławcza poprzez zaniechanie zastosowania art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, zaakceptowała sytuację, w której zamawiający może – wbrew wyraźnym dyspozycjom art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – opisać przedmiot zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czego skutkiem jest nie znajdujące żadnego uzasadnienia ograniczenie możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców zdolnych wykonać usługę stanowiącą przedmiot zamówienia.

2. Konsekwencją naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, jest naruszenie przez Izbę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż zamówienia z wolnej ręki można udzielić wykonawcy, który nie jest monopolistą w danej dziedzinie, lecz ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze może wykonać konkretne zamówienie (str. 6 wyroku). Powyższa interpretacja która dopuszcza istotny wyłom w kwestii interpretacji jednej z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako przesłanki tzw. „jednego wykonawcy”, całkowicie abstrahuje od wyjątkowego charakteru zamówienia z wolnej ręki oraz przeczy zasadzie ścisłej, literalnej wykładni przepisów, stanowiących wyjątek od zasady udzielania zamówienia w trybach podstawowych w celu zapewnienia jak najszerszego, konkurencyjnego dostępu do zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, iż jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień jest wyrażona w art. 10 ustawy Pzp zasada prymatu przetargowych trybów postępowania. Tryby pozaprzetargowe mogą być stosowane wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie (arg. z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). Dlatego też przepisy określające przesłanki stosowania takich trybów powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątki od zasady konkurencyjności, z jednoczesnym uwzględnieniem ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza wyłącznie w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyczerpanie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt: II SA 2074/00). Także Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) wielokrotnie wskazywał w swoich orzeczeniach, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie

poszczególnych trybów ma charakter zamknięty (wyrok C-20/01 oraz C-28/01 z dnia 20 kwietnia 2003 r., wyrok C-126/03 z dnia 18 listopada 2004 r.).

Rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą przesłanka zastosowania trybu z wolnej ręki wyrażona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp stanowi, iż 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. Tym samym, dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać dane zamówienie, przy czym taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwycięzalny. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (m.in. orzeczenie C-199/85 z dnia 10 marca 1987 r. oraz orzeczenie C-57/94 z dnia 18 maja 1995 r.) nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia, lecz ustalenie, że przedmiot zamówienia może być zrealizowany tylko i wyłącznie przez konkretny podmiot. Konieczne zatem jest obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy byliby technicznie zdolni zrealizować dane zamówienie. Wystarczy zatem, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty zdolne zrealizować przedmiot zamówienia, by wykluczyć możliwość skorzystania przez zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o treść art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Zaznaczyć przy tym należy, iż samo przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (tak: Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt: II SA 2074/00; z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt: III RN 16/01). W tym miejscu warto również przywołać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 kwietnia 2002 r. (sygn. akt: II SA 2514/01), w którym Sąd wyjaśnił, że „przesłanka prawna „jednego wykonawcy” warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu, 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”. Dodatkowo w orzeczeniu z dnia 1 października 2001 r. (sygn. akt: II SA 2802/00) Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że „przesłanka prawna „jednego wykonawcy” nie dotyczy 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 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”. Nadto, zgodnie z wymienionym przepisem ustawy Pzp, przyczyny udzielenia zamówienia w tymże trybie jednemu wykonawcy muszą mieć charakter techniczny, a więc wg słownikowej definicji pojęcia „techniczny” muszą odnosić się do techniki, być stosowane w technice, wchodzić w zakres

techniki, czy też muszą dotyczyć spraw związanych ze sposobem wykonania, przeprowadzenia, załatwienia czegoś (Słownik Języka Polskiego pod redakcją M. Szymczaka, tom I, Warszawa 1988 r., str. 490). Co więcej, zamawiający badając rynek pod kątem możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez innych wykonawców, nie może ograniczać się jedynie do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, lecz musi także uwzględnić wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich Unii Europejskiej, w szczególności w przypadku tych wszystkich zamówień, co do których ze względu na ich wartość szacunkową, zamawiający ma obowiązek przekazać ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej (jak w przypadku niniejszego zamówienia). Nie ulega bowiem wątpliwości, iż podstawowym celem unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (arg. z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi), która to zasada została implementowana do krajowego porządku prawnego w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż z uwagi na uwarunkowania techniczne oraz niedysponowanie przez zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi, pozwalającymi na modyfikacje kodów źródłowych systemu EGERIA, przedmiot zamówienia może zostać wykonany tylko przez jednego wykonawcę – ComArch S.A.

Jednakże, uwadze Izby uszło, iż złożoność techniczna jest cechą, która jest nierozdzielnie związana z każdym systemem technicznym, a zwłaszcza systemem informatycznym. Tym samym, wysoka złożoność systemu, może utrudniać, ale nie wykluczać możliwości świadczenia obsługi serwisowej systemu przez dowolnego, kompetentnego wykonawcę. Złożoność techniczna systemu nie jest więc przesłanką wskazującą na istnienie obiektywnego monopolu dotychczasowego wykonawcy na obsługę serwisową zintegrowanych systemów informatycznych. Należy zwrócić uwagę, iż w korespondencji poprzedzającej publikację przez zamawiającego ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, jak i w treści odwołania, odwołujący wskazywał, iż jest podmiotem zdolnym wykonać przedmiotowe zamówienie, z uwagi na posiadane doświadczenie i kwalifikacje w zakresie tworzenia i utrzymywania zintegrowanych systemów obsługujących rolnictwo, co winno skłonić zamawiającego do przeprowadzenia badania rynku w celu ustalenia kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Z kolei wskazanie przez Izbę w uzasadnieniu zaskarżanego wyroku, iż w sytuacji niemożliwości wykonania pewnego zakresu zamówienia bez dostępu do kodów źródłowych systemu EGERIA, zobowiąże się on do wykonania modułu zastępującego moduł systemu EGERIA, również nie powoduje, iż w niniejszej sprawie zachodzą obiektywne okoliczności o charakterze technicznym, uniemożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia innemu wykonawcy niż ComArch S.A.

Należy wskazać, iż również w opinii Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości samo twierdzenie o złożonym charakterze robót nie jest wystarczające dla wykazania, że ich wykonanie może zostać powierzone tylko jednemu przedsiębiorcy (orzeczenie w sprawie C-385/02, pkt 21). Niewątpliwie, sprzedawca systemu EGERIA posiada przewagę konkurencyjną nad innymi potencjalnymi wykonawcami, natomiast nie można stwierdzić, iż jest obiektywnie jedynym podmiotem, który może wykonać to zamówienie.

Zamawiający udzielając zamówień powinien mieć także świadomość, że nie zagwarantowanie sobie określonych praw może uniemożliwić lub utrudnić możliwości udzielania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych przy udziale innych podmiotów niż dotychczasowy wykonawca zamówienia. Przyjęcie przez zamawiającego założenia, że ze względu na postanowienia uprzednich umów jej wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji zamówienia prowadzi do tworzenia sztucznego monopolu na rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne. Podstawą zastosowania trybu niekonkurencyjnego mogą być wyłącznie okoliczności o charakterze obiektywnym, niezależne i niezawinione w żaden sposób przez zamawiającego (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO/KD 105/10).

W świetle powyższego należy zauważyć, iż przyczyny uzasadniające przeprowadzenie postępowania na obsługę serwisową systemu EGERIA i systemu CAPS w trybie z wolnej ręki są następstwem zdarzeń, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Przede wszystkim taką okolicznością jest zaniechanie doprowadzenia do przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego do systemu EGERIA. Następnie, o wykreowaniu sztucznego monopolu wykonawcy ComArch S.A. świadczy również opisanie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu poprzez połączenie w jedno zamówienie obsługi serwisowej systemu do którego zamawiającemu nie przysługują autorskie prawa majątkowe z obsługą serwisową systemu, do którego takie prawa posiada. Nie można zatem uznać, iż powyższe przyczyny determinujące konieczność udzielenia tego zamówienia w trybie z wolnej ręki w niniejszym stanie faktycznym mają charakter obiektywny, podczas gdy w świetle art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp tylko takie przyczyny mogą stanowić podstawę do zastosowania tego niekonkurencyjnego trybu. Jakkolwiek wątpliwości co do tego, że rynek wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia obejmuje więcej niż jednego wykonawcę, powodują, że art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy nie będzie miał zastosowania. Wobec zaistnienia takich wątpliwości zamawiający winien przeprowadzić postępowanie konkurencyjne, aby umożliwić wykonawcom potencjalnie zdolnym do wykonania zamówienia wyrażenie zainteresowania w jego uzyskaniu.

W świetle powyższych wywodów, nie do zaakrobowania jest pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku, iż wykonawca, który nie jest monopolistą w określonej dziedzinie może wykonać konkretne zamówienie, ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze, gdyż przyjęcie takiego poglądu nie znajduje podstawy w treści art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

IV. Podkreślenia przy tym wymaga, iż przedmiotowa kwestia ma bardzo istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Wymaga bowiem wyraźnego przesądzenia, iż zamawiający poprzez własne zaniechania w zakresie ukształtowania stosunku prawnego i dopuszczenie do nie przeniesienia autorskich praw majątkowych do systemu, a następnie poprzez opisanie przedmiotu zamówienia polegające na połączeniu obsługi serwisowej takich systemów, ogranicza uczciwą konkurencję i równy dostęp do zamówienia, kreując przy tym sztuczny monopol jednego wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający ze stosowania trybu z wolnej ręki do udzielania zamówień na obsługę serwisową systemów informatycznych uczynił zasadę, o czym świadczy fakt nieustannego udzielania zamówienia w tym trybie na ww. przedmiot zamówienia od 2004 r., podczas gdy, jak wynika z treści art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki winno stanowić wyjątek.

Warto również podkreślić, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w 2010 r. przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia na *opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE*, w której stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Dowód: Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki z dnia 7 września 2010 r.

Jednocześnie, w związku z zawiadomieniem z dnia 12 września 2012 r. o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w ww. przedmiocie, Prezes Urzędu w dniu 17 października 2012 r. wszczął postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 161 ust. 4 w zw. z art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w celu ustalenia czy w postępowaniu zachodzi uzasadnione przypuszczenie naruszenia przepisu ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Dowód: zawiadomienia z dnia 12 września 2012 r. o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki; pismo Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2012 r.

Powyższe działanie zamawiającego grozi nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych, gdyż z uwagi na brak presji ze strony konkurencji wykonawca, któremu zamawiający udziela zamówienia w takich warunkach w trybie z wolnej ręki, nie jest zmuszony realiami rynkowymi do obniżenia ceny za świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

V. Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia

17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

VI. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (imperium). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia, bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

VII. Właściwość miejscowa sądu jest usprawiedliwiona na podstawie art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

VIII. Jednocześnie skarżący wyjaśnia, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle powyższego niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona.

P R E Z E S
Urzędu Zamówień Publicznych
Jacek Sadowy

Spis załączników:

1. potwierdzenia przesłania odpisów skargi;
2. opinia biegłego dr inż. Andrzeja Zalewskiego z dnia 18 kwietnia 2010 r.;
3. Informacja o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki z dnia 7 września 2010 r.
4. zawiadomienie z dnia 12 września 2012 r. o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki;
5. pismo Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2012 r.