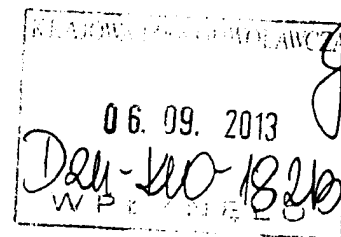


Sygn. akt V Ca 3101/12



**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 11 czerwca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący - **SSO Joanna Staszewska (spr.)**
Sędziowie **SO Ewa Cylc**
SR del. Iwona Falkowska
Protokolant **sekr. sądowy Agnieszka Godziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie
skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
z udziałem zamawiającego
w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt KIO 2033/12

1. oddala skargę;
2. oddala wniosek o zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

SECRETARZ SĄDOWY

Anna Kozłowska

UZASADNIENIE

Zamawiający udzieliła zamówienia publicznego z wolnej ręki i wybrała wykonawcę na opiekuna serwisowego zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań jako agencji płatniczej Unii Europejskiej.

Od powyższych czynności zamawiającego wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 3 w związku z art. 10 prawa zamówień publicznych (dalej: pzp), a także naruszenie art. 10 ust. 2 Pzp w związku z art. 62 ust. 1 oraz ust. 2a w związku z art. 66 ust. 2 i art. 67 Pzp, poprzez wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek do zastosowania tego trybu.

Wyrokiem z 9 października 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie.

Uzasadniając wyrok Izba powołała się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, według którego 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. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, przesłanka określona powyższym przepisem co do zasady spełniona jest w stanie faktycznym, w którym w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista.

Mimo że monopol danego wykonawcy jest najczęstszą przyczyną uzasadniającą udzielenie zamówienia z wolnej ręki, nie można całkowicie wykluczyć przypadków, w których tylko jeden wykonawca niebędący monopolistą w określonej dziedzinie - ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze - może wykonać konkretne zamówienie. Analiza okoliczności towarzyszących takiemu zamówieniu może w szczególnych przypadkach doprowadzić do wniosku nienaruszającego zasady ścisłej interpretacji art. 67 ustawy Pzp, że wystąpiły przesłanki uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki. O ile u podstaw takiej oceny nie leży subiektywne przekonanie Zamawiającego, lecz ustalenie, że w danym czasie nie istnieje na rynku żaden inny podmiot będący w

stanie zrealizować zamówienia, udzielenie zamówienia z wolnej ręki należy uznać za dopuszczalne.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy konieczne było zatem ustalenie, czy zamówienie dotyczące opieki serwisowej zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań jako agencji płatniczej UE był zdolny wykonać - z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - jedynie Rozważenie okoliczności przedmiotowej sprawy doprowadziło Izbę do przekonania, że na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

W pierwszej kolejności Izba wskazała, że przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa dotycząca zintegrowanego systemu informatycznego powstałego z elementów i a poziom tej integracji i sposób świadczenia usług przemawia przeciw dzieleniu zamówienia na mniejsze części. Istotne w tym zakresie są okoliczności przedstawione przez Zamawiającego, tj. konieczność ingerencji w strukturę systemu przy usuwaniu błędów zdiagnozowanych w systemie , potrzeba wprowadzania w ramach opieki serwisowej zmian i rozszerzeń funkcjonalnych systemu oraz integracji nowych funkcjonalności. Z powyższych względów uzasadnione jest - zdaniem Izby - traktowanie opieki serwisowej będącej przedmiotem zamówienia jako jednego zadania.

Wobec ustalenia, że przedmiotem zamówienia jest jedno zadanie dotyczące opieki serwisowej nad zintegrowanym systemem, którego głównymi częściami składowymi są: system oraz moduły rozstrzygnięcia wymagała możliwość wykonania tak określonego zadania, jako całości, przez więcej niż jednego wykonawcę.

Izba ustaliła, że system został zakupiony w 2004 r. od a następnie istotnie przebudowany pod kątem potrzeb Zamawiającego. Umowa na zakup i wdrożenie tego systemu oraz kolejne umowy serwisowe przewidują udzielenie licencji na czas nieokreślony dla ustalonej liczby użytkowników. Zamawiający nie posiada natomiast autorskich praw majątkowych do tego systemu, dostęp do kodów źródłowych ma jedynie . Z kolei system powstał jako system dedykowany dostosowany do jej specyficznych potrzeb związanych z realizacją mechanizmów Wspólnej Polityki Rolnej (WRR), a Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe do tego systemu. Ze względu na konieczność zapewnienia zgodności pomiędzy sposobem działania systemów informatycznych, a zatwierdzonymi przez Komisję Europejską i obowiązującymi w

procedurami realizacji mechanizmów WPR, nastąpiła znaczna przebudowa i integracja systemu z modułami . Jak wskazał Zamawiający, integracja pomiędzy modułami a systemem jest realizowana poprzez zaawansowane mechanizmy warstwy styku międzysystemowego. Wykorzystują one między innymi wspólne słowniki (listy kodów wykorzystywanych w systemach), rejestry (w tym o zasadniczym znaczeniu - jak np.

implementację złożonych mechanizmów pozwalających na ścisłe powiązanie procesów biznesowych funkcjonujących w poszczególnych modułach (np. moduł podpisu elektronicznego, moduł repozytorium obrazów dokumentów) oraz wzajemne przenikanie się modułów z systemem na poziomie danych, jak i kodu. Bez istotnych modyfikacji nie tylko żaden z tych elementów z osobna nie może w realizować przypisanych mu zadań, ale i być samodzielnie rozwijanym w zakresie pozwalającym na znaczące zmiany lub wprowadzanie nowych procesów biznesowych - modyfikacja jednego z modułów w przeważającej większości przypadków pociąga za sobą konieczność równoczesnej modyfikacji pozostałych. Obecnie w części ściśle zintegrowanej z systemem system ma wdrożone następujące moduły:

- Ponadto w części zintegrowanej w mniejszym stopniu z systemem dodatkowo funkcjonują moduły:

Wobec wyżej przedstawionej ścisłej integracji obu systemów Izba stwierdziła, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez ingerencji w kody źródłowe systemu . Z uwagi na uwarunkowania techniczne towarzyszące przedmiotowi zamówienia oraz niedysponowanie przez Zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi, pozwalającymi na modyfikację kodów źródłowych systemu przedmiot zamówienia może być wykonany tylko przez jednego wykonawcę - Stanowisko takie zostało również wyrażone w opinii biegłego z dnia 18 kwietnia 2010 r. sporządzonej na zlecenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z prowadzoną wówczas kontrolą doraźną.

Izba zaznaczyła, że w toku wspomnianej kontroli, zasadność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, była przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej, która w uchwale z 13 października 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 69/10) podzieliła stanowisko Zamawiającego o istnieniu podstaw do udzielenia zamówienia poza trybem konkurencyjnym. Uchwała ta została podjęta na podstawie takich samych okoliczności faktycznych, co więcej, należy mieć na uwadze dalszą integrację obu systemów, która następuje w kolejnych latach. Tezy przedstawione w powyższej uchwale pozostają aktualne również w odniesieniu do obecnie udzielanego zamówienia i zostały podzielone przez skład orzekający w niniejszym podstępowaniu odwoławczym.

Sam Odwołujący nie wykluczył zaistnienia niemożliwości wykonania pewnego zakresu zamówienia bez dostępu do kodów źródłowych systemu oświadczając, że w takiej sytuacji zobowiązuje się do wykonania modułu zastępującego moduł systemu. W odniesieniu do tego stanowiska należy stwierdzić, że możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę powinna być oceniona w odniesieniu do systemu użytkowanego przez Zamawiającego. Nie może to być możliwość warunkowa, uzależniona od zastąpienia niektórych elementów systemu innymi modułami.

Od wyroku Izby skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając 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 zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Jednocześnie skarżący wniósł o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

- 1) opinii biegłego dr inż. [redacted] 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 [redacted] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań [redacted] jako agencji płatniczej UE, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na okoliczność potwierdzenia, iż zamówienie na bieżącą obsługę serwisową systemu [redacted] jest w stanie zrealizować podmiot inny niż wykonawca [redacted];
- 2) [redacted] informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki z dnia 7 września 2010 r. (znak: [redacted]) na okoliczność potwierdzenia zakwestionowania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych trybu udzielania zamówienia publicznego na opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań [redacted] jako agencji płatniczej UE na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp;
- 3) [redacted] 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 [redacted] jako agencji płatniczej UE również w 2012 r.;
- 4) [redacted] pisma Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2012 r. (znak: [redacted]) 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 [redacted] jako agencji płatniczej UE z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy rozważył, co następuje:

W myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Wobec brzmienia powołanego przepisu, istota rozstrzygnięcia sprawy sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, czy zamówienie dotyczące opieki serwisowej zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań jako agencji płatniczej UE był zdolny wykonać -z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - jedynie [redacted]. Odpowiedź na to pytanie sprowadza się do oceny skomplikowanych zagadnień natury informatycznej. Zagadnienia to nie jest oceniane jednolicie, o czym świadczy opinia biegłego z dnia 18 kwietnia 2010 r., sporządzona na zlecenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z prowadzoną kontrolą doraźną. Biegły wówczas stwierdził, że w obecnym stanie faktycznym zamówienie jako całość może zostać zrealizowane jedynie przez [redacted] jednakże dopuścił biegły możliwość podziału zamówienia na mniejsze i wyłonienia wykonawców na warunkach konkurencji do obsługi poszczególnych zakresów prac. Odnosząc się do tego drugiego wniosku biegłego, należy stwierdzić, że aby przyjąć wariant dopuszczalności podziału zamówienia na mniejsze niezbędne byłoby wykazanie, że podział jest racjonalny z gospodarczego punktu widzenia. Skarżący nie starał się nawet wykazać racjonalności podziału zamówienia na mniejsze.

Mając na względzie powyżej wyrażone wątpliwości co do zdolności wykonania zamówienia przez inne podmioty prócz [redacted], niezbędne było zasięgnięcie wiadomości specjalnych w drodze opinii biegłego sądowego, (art. 278 k.p.c.). Celem opinii byłoby wykazanie racjonalności podziału zamówienia na mniejsze. Skarżący w skardze nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, przez co zarzuty podnoszone w skardze uznać należało za nieudowodnione.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy oddalił skargę, na podstawie art. 385 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 Pzp.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

[redacted]
[redacted]