

Sygn. akt: KIO/KD 4/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 lutego 2014 roku**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Straż Miejska m.st. Warszawy
ul. Młynarska 43/45
01-170 Warszawa**

Dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: UZP/DKD/WKZ/422/938(4)/13/KS; KW-12154/13; KZ/1584/11) z dnia 31 grudnia 2013 r. w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Usługę modernizacji Systemu Wspomagania Dowodzenia m.st. Warszawy”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Anna Packo
	Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

„Zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej” z dnia 7 stycznia 2014 r. do naruszeń wskazanych przez Prezesa UZP w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 6 lutego 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/422/938(4)/13/KS; KW-12154/13; KZ/1584/11) uznaje za uzasadnione.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Usługa modernizacji Systemu Wspomagania Dowodzenia m.st. Warszawy”.

Pismem z dnia 31 grudnia 2013 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/422/938(4)/13/KS) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował Zamawiającego, tj. Straż Miejską m.st. Warszawy, o wynikach kontroli doraźnej w przedmiocie zamówienia na zadanie pn.: „Usługa modernizacji Systemu Wspomagania Dowodzenia m.st. Warszawy”.

Zgodnie z ustaleniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiotowym postępowaniu stwierdzono, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, iż Zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje *de facto* dostarczenie nowej wersji całego systemu, rozbudowanego o dwa dodatkowe moduły. Zgodnie z § 1 umowy nr SM-WPR-0134-202/11 z dnia 01.12.2011 r., zawartej w wyniku kontrolowanego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, przedmiot umowy obejmował *„modernizację Systemu Wspomagania Dowodzenia, wdrożonego u Zamawiającego w ramach umowy z dnia 11 sierpnia 2005 r. (nr SM-221/05; nr WASKO 142/DSM/US/2005), poprzez: wykonanie i wdrożenie zmian technologicznych i funkcjonalnych w SWD i mapie GIS poprzez dostarczenie nowej wersji Systemu SWD; dostarczenie modułu MK oraz OP związanych z obsługą spraw o wykroczenia w ramach Systemu SWD, dla 80 (osiemdziesięciu) jednoczesnych użytkowników; przygotowanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej i dokumentacji użytkownika; wsparcie Zamawiającego w uruchomieniu nowego środowiska serwerowego i macierzowego”*.

Powyższe wynika również z treści oferty Wykonawcy z dnia 17.11.2011 r. (str. 4 i 5), stanowiącej załącznik nr 1 do ww. w której wskazano, iż największą wartościowo część przedmiotu zamówienia stanowi dostawa nowej wersji systemu SWD, w tym podsystemu aplikacji głównej oraz modułu prezentacji danych mapy numerycznej (wytworzenie oprogramowania oraz przygotowanie dokumentacji) (wartość – 366 942,21 zł), implementację zmian funkcjonalnych w nowej wersji systemu SWD (wartość – 416 871,60 zł). W zakres zamówienia wchodzi ponadto implementacja modułów MK oraz OP w nowej

wersji SWD (wartość – 246 649,44 zł) oraz wsparcie w uruchomieniu nowego środowiska serwerowego i macierzowego (wartość – 18 497,97 zł).

W ocenie Prezesa Urzędu, w sytuacji w której po 5 latach użytkowania poprzedniej wersji systemu Zamawiający podjął decyzję o jego wymianie na nowe oprogramowanie, uwzględniające konieczność integracji systemu SWD z systemami działającymi w jego otoczeniu (system informacji przestrzennej, systemy UAE PLI CBD oraz SMS Centre) oraz wprowadzeniu nowych funkcjonalności (moduły MK oraz OP), Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania w celu pozyskania takiego przedmiotu zamówienia trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. W świetle tak określonego przedmiotu zamówienia nie można uznać, aby jego zakres mógł być świadczony tylko przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji. Na rynku usług informatycznych funkcjonują liczne podmioty dostarczające oprogramowanie dedykowane na rzecz instytucji publicznych oraz prywatnych i dysponujące odpowiednim potencjałem, dającym możliwość realizacji usługi zgodnie z wymaganiami funkcjonalnymi i technicznymi określonymi przez Zamawiającego. Należy wskazać, iż samo wykazanie przez Zamawiającego, iż zamierza nabyć usługę, która jest objęta ochroną wynikającą z praw wyłącznych, nie jest wystarczające – konieczne jest wykazanie, iż na rynku nie ma dostępnego ekwiwalentu (substytutu) takiej usługi. Jeżeli taki substytut danej usługi lub produktu istnieje, to Zamawiający nie może preferować danej usługi lub produktów objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli obiektywnie inne produkty lub usługi mogą zaspokoić w ten sam sposób jego potrzeby związane z realizacją zamówienia.

Faktowi możliwości pozyskania produktu równoważnego nie zaprzecza również sam Zamawiający, wskazując jednocześnie, iż wymiana – po przeprowadzeniu procedury konkurencyjnej – systemu na inny, posiadający właściwości, które miała posiadać nowa wersja systemu SWD, wiązałaby się z nieproporcjonalnie wysokimi kosztami (uwzględniającymi również koszty poniesione na zakup SWD), co uczyniłoby takie działanie nieopłacalnym, a zarazem naruszałaby ustawę o finansach publicznych, nakazującą dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów (art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

W konsekwencji uznał, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie było wynikiem sytuacji faktycznej, w której przedmiotowe zamówienie mogło zostać zrealizowane tylko przez Wykonawcę zaproszonego do negocjacji ze względu na ochronę praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, lecz było wynikiem subiektywnej oceny dokonanej przez Zamawiającego odnośnie korzyści wynikających z wybranego sposobu realizacji zmiany systemu SWD. Nie można zatem uznać, iż w przedmiotowym postępowaniu zachodziły przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy.

Podniósł także, iż nawet w przypadku przyjęcia, że zakres zamówienia obejmuje wyłącznie wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, wprowadzenie modułów Mandat Karny Zaoczny (MK) oraz Oskarżyciel Publiczny (OP) – co w ocenie Prezesa Urzędu nie jest zgodne z ustalonym stanem faktycznym sprawy – to taki zakres zamówienia również mógł być świadczony przez inne podmioty niż wykonawca zaproszony do negocjacji. W szczególności przeszkody dla wprowadzenia do systemu tych modułów nie stanowiłyby przepisy prawa autorskiego.

Reasumując wskazał, iż – przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, aby jedynie zaproszony do negocjacji Wykonawca – Wasko S. A., mógł świadczyć usługi będące przedmiotem kontrolowanego zamówienia w związku z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Zatem w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2014 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od opisanego powyżej wyniku kontroli stwierdzając m.in., iż błędne jest przyjęcie, że przedmiot zamówienia obejmuje de facto dostarczenie nowej wersji całego systemu, rozbudowanego o dwa nowe moduły. W istocie obejmuje on jedynie modernizację dotychczasowego systemu poprzez jego dostosowanie do zmieniających się wymogów technologicznych, a nadto poprzez rozszerzenia na inne pola funkcjonalności, jednak przy zachowaniu ciągłości i integralności systemu oraz jego kodów źródłowych. Takie określenie przedmiotu umowy w oczywisty sposób ogranicza niezbędny zakres prac nad oprogramowaniem i nie może być w żaden sposób utożsamiane ze zleceniem nowej wersji kompletnego oprogramowania, które wymagałoby znacznie dalej idącego opisu wymaganych opracowań wraz z koniecznością migracji dotychczasowych danych do takiego nowego systemu.

Program Systemu Wspomagania Dowodzenia w m. st. Warszawy, wprowadzony i używany w Straży Miejskiej m.st. Warszawy, jest unikalny w skali kraju i żadna inna straż miejska w Polsce nie ma analogicznego czy chociażby podobnego programu. Prace nad opracowaniem i wdrożeniem programu musiały uwzględniać tę specyfikę i przyjęte koncepcje działania, opracowane i przygotowane w dużej mierze przez pracowników zatrudnionych w Straży Miejskiej m. st. Warszawy. W rezultacie, pomimo że samo oprogramowanie i udzielona licencja są objęte prawami autorskimi wykonawcy, to koncepcja jego zakresu i funkcjonowania została oparta na doświadczeniach Zamawiającego, co miało znaczny wpływ na jego kształt i efektywność. Pozwoliło to obniżyć cenę opracowania zamówionego oprogramowania.

Zamawiający nie nabył nowej licencji utworu jakim jest program komputerowy. Podnoszenie wersji programu komputerowego jest czynnością techniczną i szeroko

praktykowaną w dzisiejszych czasach. Podwyższenie wersji tego samego programu komputerowego ma na celu dostarczenie licencjobiorcy czyli prawnemu użytkownikowi oprogramowania nowocześniejszego, pozbawionego usterek, wykorzystującego w pełni dostępne w danej chwili możliwości obliczeniowego sprzętu komputerowego.

Zakup nowej licencji programu komputerowego, czyli faktycznie nowego wyrobu jakiegokolwiek producenta niesie za sobą dodatkowe koszty, które Zamawiający musi ponieść. Zamawiający określił skalę tych kosztów poprzez badanie rynku przed opracowaniem założeń i zawarciem umowy modernizacji Systemu Wspomagania Dowodzenia.

Firma WASKO S.A. jest właścicielem całości praw autorskich praw majątkowych oraz jedynym dystrybutorem Systemu Wspomagania Dowodzenia. Na podstawie przepisów szczególnych dotyczących programów komputerowych z ustawy o Prawach autorskich i prawach pokrewnych, firma WASKO S.A. nie udostępnia kodów źródłowych innym podmiotom oraz zakazuje wprowadzenia jakichkolwiek zmian programistycznych przez podmioty zewnętrzne do licencjonowanego Systemu Wspomagania Dowodzenia.

Już pierwotna umowa z 2005 roku z wykonawcą (firma WASKO S.A.), z którą Zamawiający jest nadal związany, wyraźnie określiła (w załączniku Nr 3) warunki licencyjne na oprogramowanie. Zaszły zatem przesłanki udzielenia zamówienia w zastosowanym trybie.

Zamawiający zweryfikował okoliczności faktyczne i prawne zamówienia, ustalając iż na rynku nie istnieje substytut – ekwiwalent takiej usługi, ponieważ żaden podmiot prawa handlowego nie może wprost łamać prawa poprzez ingerencję we własność intelektualną innego podmiotu.

Licencjodawca wyłączył stosownym zapisem w licencji stosowanie przepisu art. 75 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych czyli nie przekazał Zamawiającemu autorskich praw majątkowych, które mogły by legitymować uprawnienia Zamawiającego do trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie; w zakresie, w którym dla wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania programu komputerowego niezbędne jest jego zwielokrotnienie oraz tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym. W związku z tym jedynym podmiotem uprawnionym do integracji Systemu Wspomagania Dowodzenia z systemami: informacji przestrzennej, UKE PLI CBD, SMS CENTRE, co z kolei wymagało wprowadzenia zmian do których uprawniony był licencjodawca, z którym Zamawiający zawarł umowę po przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki.

Nadto podkreślił, że modyfikacja oprogramowania System Wspomagania Dowodzenia, polegająca na integracji z innymi źródłami danych – a integracja ta wymagał

ingerencji w kod źródłowy oprogramowania, będący własnością twórcy – licencjodawcy – został przeprowadzona na podstawie obowiązującej licencji udzielonej Zamawiającego przez wykonawcę w 2005 r.

To tylko autor utworu, jakim jest program komputerowy System wspomaganie Dowodzenia, posiadał wymaganą przez ustawę o prawach autorskich i prawach pokrewnych legitymację, jak i wiedzę do wykonania tej usługi. Z zasad panujących w dziedzinie wiedzy jaką jest informatyka wynika, że ponieważ nakład prac potrzebnych do zanalizowania, zrozumienia nawet poprawnie opisanych kilkuset tysięcy linii kodu źródłowego pisanego w różnych iteracjach przewyższa nakład pracy potrzebny do jego przepisania od nowa, kod źródłowy bez wiedzy autora jest bezwartościowy. W konsekwencji pogląd, że posiadanie tzw. „kodu źródłowego” umożliwi w przyszłości bezproblemową oraz konkurencyjną jakąkolwiek ingerencję w program komputerowy w świetle wiedzy informatycznej jest nieprawdziwy.

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości, zawartym w wyroku z dnia 2 maja 2012 r. (C-406/10) zostały określone zasady interpretacji dyrektywy Rady 91/250, prawo do dekompilacji art. 6 dyrektywy (i odpowiadający mu art. 75 ust. 2 pkt 3 Prawa autorskiego) nie upoważnia do tego, aby inny podmiot dokonywał modernizacji i rozbudowy już istniejącego programu lub był wykorzystany w celu rozwijania, produkcji lub obrotu programami komputerowymi znacznie podobnymi w swoim wyrazie lub do jakichkolwiek innych czynności naruszających prawo autorskie.

Pismem z dnia 22 stycznia 2014 r. (znak: UZP/DKD/WKZ/422/938(9)/13/KS; KZ/1584/11) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że w całości nie uwzględnia wniesionych przez niego zastrzeżeń.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł m.in., iż nie kwestionuje faktu dysponowania przez Wykonawcę prawami autorskimi do dotychczas użytkowanego oprogramowania, ani też nie wskazuje na możliwość dowolnej ingerencji w oprogramowanie objęte ochroną prawnautorską jako pożądanego skutku przeprowadzonego postępowania. Niemniej jednak podkreślił, iż w tym postępowaniu możliwe było dokonanie wyboru rozwiązania równoważnego.

Wymieniona w opisie przedmiotu zamówienia modernizacja systemu SWD polegała na dostarczeniu/dostawie nowej wersji Systemu SWD. Zamawiający dokonał więc zakupu nowego oprogramowania i w świetle tak określonego przedmiotu zamówienia nie można uznać, aby jego zakres mógł być świadczony tylko przez wykonawcę zaproszonego do negocjacji.

Przyjęcie stanowiska, iż po dokonaniu zakupu oprogramowania postanowienia pierwotnej umowy nie pozwalają na zmianę wykonawcy określonych usług, nawet w wypadku zakresu usług obejmującego dostawę nowego oprogramowania prowadziłyby

bowiem do sytuacji, w której po raz dokonanym wyborze wykonawcy określonych usług informatycznych, Zamawiający zostałby związany z określonym wykonawcą na bliżej nieokreślony okres czasu. Powyższe byłoby sprzeczne z wyrażonym w art. 7 ust. ustawy Pzp zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji prowadziłoby do wytworzenia sztucznego monopolu na rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne.

Możliwe było pozyskanie oprogramowania zgodnego z wymaganiami funkcjonalnymi i technicznymi określonymi przez Zamawiającego w warunkach konkurencyjnych. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dokonując oceny, czy na rynku możliwe jest pozyskanie produktu lub usługi równoważnej należy brać pod uwagę właściwości funkcjonalne danego przedmiotu, istotne z punktu jego widzenia, nie zaś czy analogiczny program funkcjonuje w jednostkach tego samego rodzaju. Stwierdzenie zatem, iż żadna inna straż miejska w Polsce nie dysponuje identycznym programem nie przesądza o tym, iż rozwiązanie tej klasy nie może być uzyskane w drodze konkurencyjnej.

Możliwość pozyskania rozwiązania równoważnego sprzyja również struktura przedmiotowego oprogramowania, będąca połączeniem w ramach jednego systemu programów różnych producentów. Brak jest więc podstaw do wysuwania założenia, iż inni wykonawcy nie mieliby możliwości pozyskać licencji na niezbędne oprogramowanie, a następnie zgrupować je w ramach jednego systemu odpowiadającego wymaganiom funkcjonalnym określonym przez Zamawiającego. Możliwość pozyskania systemu równoważnego nie zaprzeczał również sam Zamawiający, wskazując jednak, iż według opracowanych przez siebie szacunków koszt zakupu nowego systemu od innych podmiotów, byłby wielokrotnie wyższy niż zakup nowej wersji systemu od Wykonawcy, którego oprogramowania Zamawiający dotychczas używał do realizacji swoich zadań.

Za nietrafioną uznał także argumentację odnoszącą się do ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych nakazującej dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Reasumując podniósł, iż fakt, że Zamawiający dysponował uprzednio określonym oprogramowaniem nie może uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy możliwe jest pozyskanie oprogramowania równoważnego i wprowadzenie takiego oprogramowania w miejsce dotychczasowego, bez naruszania praw autorskich przysługujących właścicielowi tego oprogramowania. Działanie takie nie ingerowałoby bowiem w dotychczas stosowane oprogramowanie i nie wymagałoby ingerencji w jego kody źródłowe, lecz stanowiło wymianę systemu po określonym okresie użytkowania na nowy, uwzględniający zmienione otoczenie technologiczne i prawne oraz doświadczenia zebrane w toku użytkowania dotychczasowego rozwiązania.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 22 stycznia 2014. r. (pismem z tej samej daty) do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

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

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawartego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”, uznając zgłoszone zastrzeżenia od wyniku kontroli za uzasadnione. Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej podważył twierdzenia zawarte w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Wykazał bowiem, że w rozpatrywanej sprawie zaistniały okoliczności, uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki. Niewątpliwym jest, iż podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są tryby konkurencyjne, a przesłanki zastosowania zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki należy traktować, jako wyjątek od zasady, w sposób ścisły. Wielokrotnie Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00; wyrok z dnia 1 października 2001 r., sygn. akt II SA 2802/00; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobne stanowisko w swych orzeczeniach wyrażał także Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r., C-20/01, C-28/01; wyrok z dnia 18 listopada 2004 r., C-126/03). Tak więc skorzystanie z tego trybu (zamówienia z wolnej ręki), będącego trybem niekonkurencyjnym, może nastąpić wyłącznie w przypadku określonym w ustawie.

Powołany przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp określa jedną z przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a mianowicie tę przesłankę, którą zamawiający - w niniejszym stanie faktycznym - wskazał jako podstawę jego zastosowania. W myśl wyżej powołanego przepisu dla zastosowania tego trybu koniecznym jest wykazanie, iż „dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: (...) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.”. Przyczyna ta musi mieć jednak charakter obiektywny. Przepis ten (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp) może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia wskazanych w nim okoliczności, tj. usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz muszą zaistnieć obiektywne przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Dla zastosowania tej przesłanki

koniecznym jest więc wykazanie, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Okoliczność ta jest w przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwa. § 1 ust. 4 umowy nr SM-221/05 (nr WASKO 142/DSM/2005) z dnia 11 sierpnia 2005 r. jednoznacznie bowiem stanowi, iż „Zamawiający nie nabywa w stosunku do oprogramowania systemu oraz dokumentacji żadnych praw majątkowych, zależnych praw autorskich, ani praw do publicznego rozpowszechniania.”. Tak więc to Wykonawca dotychczas użytkowanego oprogramowania dysponuje prawami autorskimi do oprogramowania, którego modernizacja jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych muszą mieć charakter zasadniczy, a mianowicie podjęcie prac przez innego wykonawcę ze względu na ochronę praw wyłącznych musi być rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Niemożliwość ta musi mieć przy tym charakter nieprzezwycięzalny. Z treści zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego wynika, iż nie jest możliwe wykonanie modernizacji przez innego Wykonawcę. Nie ma bowiem wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w tej specyficznej tematyce i których realizacje byłyby porównywalne. A ponadto oprogramowanie i udzielona licencja są objęte prawami autorskimi Wykonawcy. Co prawda Zamawiający nie wykluczył dopuszczalności (w świetle prawa autorskiego), a tym samym możliwości ingerowania w kod źródłowy jednego programu w celu osiągnięcia współdziałania z nim innego programu. Jednak w tym konkretnym stanie faktycznym z przyczyn obiektywnych (wysoki stopień skomplikowania technicznego uniemożliwiający dokonywanie analizy oraz tłumaczenia kodu źródłowego) jest to niemożliwe. Zamawiający posiadał już bowiem Moduły Oprogramowania Systemu Wspomagania Dowodzenia, natomiast dokonana modernizacja miała na celu jedynie rozszerzenie jego funkcjonalności, w tym wzbogacenie go o dodatkowe moduły, tj. moduł Mandat Karny Zaoczny (MK) i moduł Oskarżyciel Posiłkowy (OP). Moduły te stanowią więc część większości jaką jest posiadany już przez niego program komputerowy i są z nim ściśle zintegrowane. Nie jest więc możliwa ścisła integracja działającego już systemu (System Wspomagania Dowodzenia) z nowym systemem, systemem pochodzącym od innego wykonawcy. System Wspomagania Dowodzenia jest już bowiem zintegrowanym przez licencjodawcę konglomeratem wyrobów innych producentów, którzy specjalizują się w konkretnych zastosowaniach informatycznych i produkty te także podlegają aktualizacji oraz wersjonowaniu w ramach udzielonych licencjodawcy licencji. Zamawiający dokonał tylko podwyższenia wersji programu System Wspomagania Dowodzenia w celu wykorzystania nowych możliwości ewidencyjnych i obliczeniowych, a także pozbycia się usterek i błędów w dotychczasowym programie komputerowym. Tak więc podniesienie wersji programu komputerowego poprzez dostarczenie jego nowej wersji (po poprawieniu) obejmującej wykonanie i wdrożenie zmian technologicznych i funkcjonalnych w systemie SWD i w mapie GIS wzbogaconej o nowe moduły jest czynnością techniczną (jego aktualizacją) możliwą do

zrealizowania wyłącznie przez dotychczasowego wykonawcę, będącego licencjodawcą i posiadającego szereg licencji na produkty wykorzystane w dostarczonym Zamawiającemu systemie. Pierwotnie zawarta umowa - jak słusznie podniósł Zamawiający - określała w załączniku nr 3 do tej umowy warunki licencyjne oprogramowania, zastrzegając, że „licencjobiorca nie jest uprawniony do modyfikowania, rozszerzenia, rozbudowywania lub tłumaczenia Oprogramowania, jak również rozdzielania ich części”, a nadto „dokonywania jakichkolwiek modyfikacji Oprogramowania, w tym jego dekompilacji, deasemblacji oraz jakiegokolwiek ingerencji w kod źródłowy”. Tym samym treść cytowanej umowy (dotyczącej licencji) nie uprawniała zamawiającego do dokonywania czynności w niej wymienionych. Tak więc jedynym podmiotem uprawnionym do wykonania integracji Systemu Wspomagania Dowodzenia z systemami: informacji przestrzennej, UKE PLI CBD, SMS CENTRE, co w konsekwencji wymagało wprowadzenia zmian, był wyłącznie licencjodawca.

Nie jest więc możliwe pozyskanie produktu równoważnego. Równoważność, w tym przypadku, należałoby bowiem rozważać jedynie poprzez możliwość podwyższenia wersji obecnego systemu i rozbudowanie go o nowe moduły a to nie jest możliwe bez posiadania praw autorskich. Równoważności nie należy rozpatrywać w kontekście dostarczenia zupełnie nowego systemu w miejsce systemu dotychczasowego odpowiadającego potrzebom Zamawiającego a jedynie modernizację już istniejącego. W tym przypadku wykonawca dostarczył jedynie podwyższoną wersję dotychczas używanego systemu (poprawioną wersję tego samego systemu zawierającą nowe i poprawione funkcjonalności) a nie system nowy (nowe oprogramowanie) całkowicie oderwany od obecnie funkcjonującego. Nie znajduje również uzasadnienia proponowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych rozwiązanie (pozyskanie oprogramowania równoważnego), które polegałoby na „wymianie systemu po określonym czasie użytkowania na nowy, uwzględniający zmienione otoczenie technologiczne i prawne oraz doświadczenia zebrane w toku użytkowania dotychczasowego rozwiązania.”. Przedmiotem postępowania nie jest bowiem wymiana dotychczasowego systemu na inny lecz jedynie modernizacja systemu dotychczasowego.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przedmiotowej sprawie - zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 lit. b) ustawy Pzp, którego przedmiotem jest „Usługa modernizacji Systemu Wspomagania Dowodzenia m.st. Warszawy.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....