

Sygn. akt KIO/ 577/10

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Izabela Kuciak
Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 6 kwietnia 2010 r. przez **LexisNexis Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski, 00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11-21**

przy udziale wykonawcy **Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 01-231 Warszawa, ul. Płocka 5A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża LexisNexis Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiące kwotę uiszczoną z tytułu wpisu od odwołania przez **LexisNexis Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, Al. Jerozolimskie 181.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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:

.....

.....

Uzasadnienie

W dniu 1 kwietnia 2010 r. Zamawiający, tj. Narodowy Bank Polski zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na odnowienie subskrypcji baz System Informacji Prawnej LEX Omega z modułami Komentarze, Prawo Europejskie i Informator Prawno-Gospodarczy.

W dniu 6 kwietnia 2010 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze zamówienia z wolnej ręki wniosła LexisNexis Polska Sp. z o.o. zwana dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez przyjęcie, iż jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia jest firma Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., podczas gdy na rynku występują również inne podmioty oferujące analogiczne systemy informacji prawnej,
2. art. 10 ust. 1 ustawy Pzp przez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
4. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez preferowanie konkretnego wykonawcy oraz utrudnianie innym, potencjalnym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości pozyskania zamówienia.

Odwołujący uznał za nieuprawnione twierdzenie Zamawiającego o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę - Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Fakt istnienia podmiotu, którego oferta odpowiada wymaganiom Zamawiającego nie przesądza, zdaniem Odwołującego, że postępowanie konkurencyjne przeprowadzone w przedmiotowej sprawie nie doprowadzi do wyłonienia innego wykonawcy, którego oferta będzie korzystniejsza dla Zamawiającego i zarazem spełni wszystkie wymogi zamówienia.

W opinii Odwołującego, nie znajduje uzasadnienia powoływanie się przez Zamawiającego na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, bowiem jedynym

utrudnieniem dla Zamawiającego w przypadku wyboru oferty innego wykonawcy będzie konieczność wgrania i zainstalowania na serwerze nowego systemu w całości i przeszkolenie pracowników. Odnosząc się do powołanego przez Zamawiającego jako podstawy udzielenia zamówienia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że konieczne jest wykazanie, że wykonanie usługi przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione oraz że ma charakter nieprzezwycięzalny; Zamawiający zobowiązany jest wykazać, że jest to nie tylko niemożliwe ze względu na ochronę praw wyłącznych, ale także, że istnienie praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia danemu podmiotowi.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że postawione wymagania może spełnić tylko jeden wykonawca spośród kilku występujących na rynku na rynku tj. Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Podkreślił, że powyższe stanowi naruszenie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru trybu niekonkurencyjnego oraz przeprowadzenie postępowania zgodnie podstawowymi zasadami ustawy Pzp, tj. z zachowaniem trybów konkurencyjnych oraz z uwzględnieniem Rekomendacji Urzędu Zamówień Publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych na systemy informatyczne.

Izba ustaliła co następuje:

W dniu 1 kwietnia 2010 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na odnowienie rocznej subskrypcji baz Systemu Informacji Prawnej Lex Omega z modułami Komentarze, Prawo Europejskie i Informator Prawno-Gospodarczy (nr ogłoszenia 75227-2010).

Uzasadniając udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawcy Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Zamawiający podał jako podstawę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że posiada już prawo do użytkowania baz systemu Lex Omega na podstawie licencji na czas nieokreślony udzielonej przez Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Wskazał, że Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. jest jedynym producentem i dostawcą odpowiednich technicznie produktów do baz systemu Lex Omega na rynku, a także jako jedyna uprawniona jest do aktualizowania systemu oraz rozszerzania jego funkcji z uwagi na posiadanie wyłącznych, nieograniczonych praw autorskich do ww. programu. Zamawiający podniósł również, że system informacji prawnej Lex Omega jest rozwiązaniem autorskim, posiadającym cechy odróżniające je od innych rozwiązań,

zawiera informacje niedostępne w większości programów prawniczych. Zamawiający wskazał też na funkcjonalności systemu dostępne w trybie on-line.

Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowana została na kwotę 327 868 PLN, co stanowi równowartość 85 404,75 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2).

Dostawa systemu informacji prawnej Lex Omega została dokonana na podstawie umowy Nr DIT-WA-13/2005 z dnia 15 kwietnia 2005 r. zawartej pomiędzy Narodowym Bankiem Polskim a Polskimi Wydawnictwami Profesjonalnymi Sp. z o.o. Na zawarcie ww. umowy w trybie z wolnej ręki Zamawiający uzyskał zgodę w postaci Decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 21 lutego 2005 r. Zgodnie z § 1 ust. 1 ww. umowy termin świadczenia obejmował okres od dnia 15 kwietnia 2005 r. do dnia 14 kwietnia 2008 r. Od dnia zakończenia ww. umowy Zamawiający dokonywał zakupu subskrypcji oprogramowania Lex Omega na podstawie 12-miesięcznych umów zawieranych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ostatnia z ww. umów obowiązywała od dnia 15 kwietnia 2009 r. do dnia 14 kwietnia 2010 r.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w kwestionowaniu czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w sytuacji potwierdzenia się zarzutów podniesionych przez Odwołującego, po ogłoszeniu postępowania w jednym z podstawowych trybów udzielenia zamówienia, Odwołujący miałby możliwość ubiegania się o zamówienie. Uprawnienie do podnoszenia zarzutów wobec wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wpływa również z dyspozycji art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą

w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, możliwe jest wniesienie odwołania wobec czynności wyboru m.in. zamówienia z wolnej ręki.

Izba uznała za uprawnioną czynność Zamawiającego polegającą na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki dla odnowienia subskrypcji programu Lex Omega na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, tj. z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów.

Podstawą rozstrzygnięcia Izby w niniejszej sprawie jest fakt, że Zamawiający posiada system informacji prawnej Lex Omega, na który udzielone zostały Zamawiającemu licencje na czas nieokreślony (pkt 11 Ogólnych Warunków Umowy Nr 7 PE 1/01/2005). Jak wyjaśnił Przystępujący w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego i czemu nie zaprzeczył Odwołujący, w przypadku licencji na czas nieokreślony, po zakończeniu umowy Zamawiający może korzystać bezterminowo z ostatniej aktualnej wersji systemu. Tym samym, ciągłość korzystania z systemu informacji prawnej Lex Omega nie została przerwana, Zamawiający nadal korzysta z baz danych – po dniu 14 kwietnia 2010 r. zaprzestano jedynie aktualizacji programu. Powyższy fakt ma w ocenie Izby zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Izba stwierdziła, że wobec posiadania przez Zamawiającego bezterminowych licencji na system informacji prawnej Lex Omega, nie znalazłoby oparcia w przepisach prawa zobowiązanie Zamawiającego do przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za każdym razem, gdy zakończy się okres subskrypcji. Zobowiązanie takie prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający zmuszony byłby zakupić ponownie, bez względu na dostawcę, program, którym już *de facto* dysponuje. W ocenie Izby, wymóg prowadzenia odrębnych postępowań w podstawowych trybach zaistniałby w sytuacji, gdyby licencje na korzystanie z programu udzielone zostały na czas określony i możliwość użytkowania oprogramowania wygasłaby wraz z końcem umowy, co jednak nie ma miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest fakt, że system informacji prawnej Lex Omega jest utworem stanowiącym, zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), przedmiot prawa autorskiego. W treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia stwierdzono, że firmie Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. przysługują wyłączne prawa autorskie do ww. programu. Okoliczności tej nie zaprzeczył Odwołujący. Co za tym idzie, nie ulega wątpliwości, że odnowienia subskrypcji programu Lex Omega, który jest w posiadaniu Zamawiającego, może dokonać wyłącznie firma Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Powyższe zostało przyznane przez Odwołującego w toku rozprawy.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że Odwołujący kwestionuje wybór trybu zamówienia z wolnej ręki podnosząc zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zmierzające do rezygnacji przez Zamawiającego z odnowienia subskrypcji posiadanego oprogramowania i zakupu nowego systemu informacji prawnej. Izba uznała za nieuprawnione wymaganie od Zamawiającego, aby zmienił przedmiot zamówienia w taki sposób, aby Odwołujący mógł się o nie ubiegać, a przez to ponownie zakupił oprogramowanie, które już posiada. Dodatkowo Izba zważyła, że wartość przedmiotowego postępowania została określona na kwotę niższą niż tzw. progi unijne, zatem ograniczony jest zakres czynności, wobec których Odwołujący może wnieść odwołanie (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp). Do czynności tych nie zalicza się kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje, w ocenie Izby, sposób dokonywania subskrypcji. Okoliczność czy aktualizacja programu odbywa się przez nadpisanie oprogramowania o znowelizowane przepisy, aktualne orzecznictwo, najnowsze komentarze czy też przez zamianę aktów prawnych na znowelizowane nie wpływa na rozstrzygnięcie, bowiem każda aktualizacja musi opierać się na podstawowym oprogramowaniu, do którego Zamawiający posiada bezterminowe licencje.

Dodać należy, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający w przyszłości, po przeprowadzeniu analizy rynku i stwierdzeniu ewentualnych korzyści z wymiany dotychczasowego oprogramowania, podał decyzję o zaprzestaniu korzystania z posiadanych licencji i o zakupie nowych w trybie konkurencyjnym.

Wobec wykazania przez Zamawiającego, że zaistniały podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, bez znaczenia pozostaje, w ocenie Izby, powołanie jako podstawy zastosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp.

Mając na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 ust 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....