

Sygn. akt: KIO 453/11

WYROK
z dnia 18 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Global Services Sp. z o.o., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133**, od czynności zamawiającego, którym jest **Narodowy Fundusz Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186**,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: EuroSoft Sp. z o.o., NetLine Group Sp. z o.o., 02-220 Warszawa, ul. Łopuszańska 32**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Global Services Sp. z o.o., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Global Services Sp. z o.o., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Global Services Sp. z o.o., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul.**

Grójecka 186, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego o wartości przekraczającej równowartość 125.000 euro, którego przedmiotem jest „Wdrożenie systemu dodatkowej weryfikacji świadczeń zdrowotnych (SDWSZ) oraz sprawowanie usług konserwacji, nadzoru autorskiego oraz rozwoju systemu” nr sprawy AZP-2611-29/10. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 157-243197 w dniu 14 sierpnia 2010r.

Odwołujący - Global Services Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy EuroSoft sp. z o.o. oraz NetLine Group sp. z o.o. i zaniechaniu dokonania czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp, art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, art. 93 ust. 1 pkt 6 pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp. Stwierdził ponadto, iż zawarcie umowy z Wykonawcą EuroSoft sp. z o.o. oraz NetLine Group sp. z o.o. będzie naruszało treść art. 58 § 1 kc w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a - b ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zw. z art. 2 pkt 5 pzp w zw. z art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 75 ust. 2 pkt 2 - 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych i art. 14 pzp albowiem zawarcie umowy z Wykonawcą EuroSoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. będzie czynnością prawną sprzeczną z ustawą, a więc nieważną.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o., odrzucenia oferty Wykonawcy Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o., unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił, iż oferta Wykonawcy Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ. Oferta ta narusza SIWZ w części postanowienia opisanego w Załączniku nr 1 do Specyfikacji, str. 9 „Wymagania ogólne”, tabela, wiersz 10, w której stwierdzono: „System posiada mechanizmy potrafiące zaimportować dane z systemów dziedzinowych SI NFZ produkcji KAMSOF-Asseco oraz produkcji Global Services zainstalowanych w OW NFZ, niezbędne do przeprowadzenia procesu weryfikacji”.

Odwołujący podniósł, że system oferowany przez Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. nie spełnia powyższego wymogu, gdyż systemy dziedzinowe SI NFZ są przedmiotem

autorskich praw majątkowych odpowiednio Global Services sp. z o.o. lub konsorcjum KAMSOFT-Asseco.

W ocenie Odwołującego, dla wykonania mechanizmu potrafiącego zaimportować dane z systemów dziedzinowych SI NFZ produkcji ww. producentów zainstalowanych w Oddziałach Wojewódzkich NFZ konieczne jest posiadanie informacji o budowie w/w systemów lub dokonanie czynności tzw. reverse engineering'u na systemach dziedzinowych SI NFZ czyli dokonanie czynności opisanych w art. 75 ust. 2 pkt 2 - 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a więc czynności polegających na obserwowaniu, badaniu i testowaniu funkcjonowania programu komputerowego w celu poznania jego idei i zasad, względnie zwielokrotniania kodu lub tłumaczenia jego formy (łącznie określanych terminem reverse engineering). Zaś Wykonawca Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. nigdy nie zwrócił się do podmiotów, którym przysługują autorskie prawa majątkowe do systemów dziedzinowych SI NFZ o wydanie zezwolenia na dokonanie czynności reverse engineering'u lub udostępnienie informacji niezbędnych do wykonania dostosowania Systemu Dodatkowej Weryfikacji Świadczeń Zdrowotnych (SDWSZ) do komunikacji z systemami dziedzinowymi SI NFZ. Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. nie mógł zgodnie z prawem dokonać czynności reverse engineering'u bez uprzedniej zgody uprawnionych, albowiem Wykonawca ten nigdy nie był licencjodawcą systemów dziedzinowych SI NFZ.

Na podstawie powyższego Odwołujący stwierdził, iż Wykonawca Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. nie mógł w sposób zgodny z prawem wejść w posiadanie wiedzy wymaganej do wytworzenia mechanizmu potrafiącego zaimportować dane z systemów dziedzinowych SI NFZ produkcji KAMSOFT-Asseco oraz produkcji Global Services zainstalowanych w OW NFZ, niezbędne do przeprowadzenia procesu weryfikacji. Wobec powyższego nie spełnia wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do Specyfikacji, „Wymagania ogólne”, tabela, wiersz 10 i w związku z tym jego oferta winna być odrzucona.

Zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. narusza treść art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Nadto zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przez Zamawiającego stosowania zasady równego traktowania Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która wyrażona została w art. 7 ust. 1 pzp.

Odwołujący wskazywał konieczność unieważnienia postępowania z uwagi na treść art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp. W jego ocenie w niniejszym postępowaniu nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu. Podnosił także, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu winien unieważnić postępowanie jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, co wypełnia treść art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu znajduje także zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie, jeżeli jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jak twierdzi Odwołujący Wykonawca Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. nie mógł w sposób zgodny z prawem wejść w posiadanie wiedzy wymaganej do wytworzenia mechanizmu potrafiącego zaimportować dane z systemów dziedzinowych SI NFZ produkcji KAMSOFT-Asseco oraz produkcji Global Services zainstalowanych w OW NFZ. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, nawet jeżeli hipotetycznie przyjmie się, iż oferta Wykonawcy EuroSoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. jest zgodna z treścią SIWZ, to w takim razie oferta ta jest sprzeczna z ww. przepisami prawa autorskiego i jest efektem naruszenia praw autorskich przysługujących bądź to Odwołującemu bądź to konsorcjum KAMSOFT-Asseco. Oferta naruszająca przepisy prawa autorskiego z mocy art. 58 § 1 kc jest nieważna. Tym samym na podstawie takiej oferty nie można zawrzeć nie podlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, cena oferty Wykonawcy EuroSoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. jest zawyżona. Odwołujący twierdził, iż „ewentualne zawarcie przez Zamawiającego umowy z Wykonawcą EuroSoft sp. z o.o. oraz NetLine Group sp. z o.o. będzie obciążone sankcją nieważności albowiem umowa ta skutkowałą będzie wydatkowaniem środków publicznych w sposób niecelowy i nieoszczędny i nie odpowiadający zasadom uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod oraz środków służących osiągnięciu założonych celów. Nadto zawarcie tej umowy stanowić będzie naruszenie interesu publicznego albowiem dysproporcja cen brutto pomiędzy odrzuconą ofertą Global Services sp. z o.o. a ofertą Wykonawcy Eurosoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. wynosi ponad 3.742.000,01 zł (trzy miliony siedemset czterdzieści dwa tysiące złotych i jeden grosz), co stanowi około 47% wartości wybranej oferty”. Zatem jedynym wyjściem z zaistniałej sytuacji jest, zdaniem Odwołującego, unieważnienie całego postępowania, którego błędne prowadzenie doprowadziło Zamawiającego do sytuacji w której będzie musiał zapłacić zawyżoną (nierynkową) cenę. W innym przypadku Zamawiający będzie podlegał ww. przepisom zawartym w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył cenowo najkorzystniejszą ofertę. Oferta Odwołującego została odrzucona. Jak podniósł Odwołujący „Odrzucenie oferty nie nastąpiło z powodu niezgodności z SIWZ zaoferowanego przez Odwołującego gotowego produktu

Systemu Dodatkowych Weryfikacji Świadczeń Zdrowotnych (SDWSZ) - podstawowego przedmiotu zamówienia - lecz z powodu wskazywanej przez Zamawiającego niezgodności z SIWZ uzupełniającej składowej zamówienia, to jest oprogramowania wirtualizacyjnego Oracle VM.

Tym samym jedyną szansą na uzyskanie zamówienia jest doprowadzenie do sytuacji unieważnienia niniejszego postępowania. Dzięki temu w kolejnym postępowaniu dotyczących zakupu przez Zamawiającego Systemu Dodatkowej Weryfikacji Świadczeń Zdrowotnych Odwołujący będzie miał możliwość ubiegania się, a następnie realizacji takiego zamówienia.”

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EuroSoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią artykułu 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszej sprawie Odwołujący nie postawił zarzutu w zakresie niezasadności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego. Przyznał, iż jego oferta nie spełniła części wymagań postawionych przez zamawiającego. Można więc uznać, iż Odwołujący stracił szansę na uzyskanie przedmiotowego postępowania. Ponieważ utracił status Wykonawcy w niniejszym postępowaniu, nie ma interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Odwołujący zażądał wręcz unieważnienia niniejszego postępowania, upatrując swojego interesu we wzięciu udziału w kolejnym postępowaniu - jak podniósł w odwołaniu: „*jedyną szansą na uzyskanie zamówienia jest doprowadzenie do sytuacji unieważnienia niniejszego postępowania*”. W ocenie Izby unieważnienie postępowania nie prowadzi do uzyskania przez Odwołującego bezpośredniej korzyści. Unieważnienia postępowania w sposób ewidentny nie prowadzi do udzielenia zamówienia żadnemu podmiotowi, w tym Odwołującemu. Można zatem postawić tezę, iż żądając unieważnienia postępowania, Wykonawca pozbawia się szansy na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, co pozbawia go również legitymacji do wniesienia odwołania. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że Odwołujący nie udowodnił wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, która powoduje, iż prowadzenie niniejszego

postępowania nie leży w interesie publicznym (a więc przesłanki do unieważnienia postępowania).

Szkoda, o której stanowi powyżej zacytowany przepis (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy skutek naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej (lub naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy wpływa niekorzystnie na pozycję Odwołującego w rankingu wykonawców). Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie wykazywał szkody polegającej na braku możliwości uzyskania zamówienia w niniejszym postępowaniu. Jako szkodę wskazał naruszenie przez Wykonawcę biorącego udział w niniejszym postępowaniu praw autorskich majątkowych przysługujących Odwołującemu. Izba zauważa, że stwierdzenie naruszenia praw autorskich majątkowych należy do kognicji sądów powszechnych - sądów okręgowych, co wynika bezpośrednio z artykułu 17 ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Odwołujący nie wykazał, iż takie naruszenie zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu powszechnego. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie ma instrumentu prawnego, który pozwalałby mu na rozstrzygnięcie pomiędzy wykonawcami sporów dotyczących praw autorskich. Takich uprawnień nie ma również Krajowa Izba Odwoławcza.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, iż „... jeżeli hipotetycznie przyjmie się, iż oferta Wykonawcy EuroSoft sp. z o.o. i NetLine Group sp. z o.o. jest zgodna z treścią SIWZ, to w takim razie oferta ta jest sprzeczna z ww. przepisami prawa autorskiego i jest efektem naruszenia praw autorskich przysługujących bądź to Odwołującemu, bądź to konsorcjum Kamsoft – Asseco.” Zatem należy uznać, iż Odwołujący nie wykazał, aby to Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w taki sposób, aby Odwołujący poniósł szkodę (a zarzut takiego właśnie naruszenia warunkuje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych). W szczególności Odwołujący nie wskazał, aby Zamawiający dokonał określonych uchybień przy wyborze oferty Przystępującego, w tym w szczególności dokonał wyboru tej oferty niezgodnie z zapisami SIWZ. Wybór oferty w postępowaniu odbywa się na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zapisów SIWZ. Szkodę zaś, jak wyżej wskazano, Odwołujący rozumie jak naruszenie przez Przystępującego praw autorskich majątkowych przysługujących Odwołującemu. Jakikolwiek roszczenia w zakresie praw autorskich majątkowych wynikają z innych ustaw niż Prawo zamówień publicznych. Nie powinny być kierowane do Zamawiającego, ale rozpatrywane przed sądami powszechnymi. Zatem nie została spełniona przesłanka możliwości wniesienia odwołania określona w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zauważa, że w sytuacji, gdy oferta Odwołującego została odrzucona i nie wniesiono w ustawowym terminie odwołania od tej czynności Zamawiającego, wywody Odwołującego,

dotyczące porównania cen w ofertach złożonych w niniejszym postępowaniu do ceny zaofertowanej w ofercie Odwołującego (odrzuconej) są również niezasadne. Różnica dotycząca cen w ofertach jest wynikiem konkurencyjności. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nieodrzuconych. Taka regulacja została przewidziana w ustawie Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie sformułował zarzutu na gruncie tej ustawy. Nie jest to tym bardziej, przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że Wykonawca, którego oferta została odrzucona (i nie wniesiono skutecznie odwołania od tej czynności Zamawiającego) nie ma interesu w kwestionowaniu ceny zaproponowanej przez innego wykonawcę, którego oferta nie została odrzucona.

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 ust. 4 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). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

