

Sygn. akt: KIO 785/11

**WYROK**

**z dnia 27 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **LexisNexis Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 181** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, al. J. Ch. Szucha 23**

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

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę LexisNexis Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 181 i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LexisNexis Polska Sp. z o.o., 02-222 Warszawa, al. Jerozolimskie 181** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Ministerstwo Spraw Zagranicznych z siedzibą przy Al. Jana Chrystiana Szucha 23, 00-580 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest: „Aktualizacja Systemu Informacji Prawnej - Lex Intranet wraz z poszczególnymi modułami przez okres 36 miesięcy”.

Zamawiający decydując o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki uważał, że przedmiotowe zamówienie może być wykonane tylko przez jednego Wykonawcę - Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. z tego powodu, że:

a) zawarł z Wolters Kluwer Polska sp. z o.o. umowę z dnia 10.05.2010 r. na podstawie której nabył licencję na czas nieokreślony do używania Systemu Informacji Prawnej Lex Intranet,

b) w/w umowa obowiązuje do 10.05.2011 r.,

c) po upływie okresu obowiązywania umowy Zamawiający będzie mógł korzystać z Systemu Informacji Prawnej Lex Intranet, jednakże Wykonawca zaprzestanie aktualizacji systemu.

d) System Informacji Prawnej Lex Intranet jako rozwiązanie autorskie posiada cechy odróżniające go od innych rozwiązań oraz zawiera informacje niedostępne w większości innych programów prawniczych,

e) System Informacji Prawnej Lex Intranet posiada funkcjonalności, którą są kluczowe dla użytkowników systemu u Zamawiającego i są to :

- wyszukanie zawartych w systemie dokumentów według identyfikatora/sygnatury,

- wyszukanie zawartych w systemie dokumentów według rocznika, wyszukanie zawartych w systemie dokumentów według daty wydania/opublikowania początku lub końca obowiązywania,

- wyszukanie zawartych w systemie aktów prawnych i orzeczeń według indeksu przedmiotowego,

- wyszukanie zawartych w systemie dokumentów według słów zawartych w treści dokumentów.

Przy tym, Zamawiający uznał, że oferowane funkcjonalności są unikalne, które spełnia jedynie system oferowany przez Wolters Kluwer Polska sp. z o.o.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że autorskie prawa majątkowe do Systemu Informacji Prawnej Lex Intranet przysługują w sposób wyłączny Wolters Kluwer Polska sp. z o.o., który to podmiot jest ponadto jedynym producentem i dostawcą odpowiednich technicznie produktów do baz systemu, jak też jedynym uprawnionym do aktualizacji systemu i rozszerzenia jego funkcji.

Zamawiający zwrócił uwagę również, że Wykonawca nie udzielił i nie zamierza udzielić żadnemu podmiotowi licencji do aktualizacji systemu Lex Intranet, jak też nie zamierza zbyć autorskich praw majątkowych do systemu, na jakimkolwiek polu eksploatacji.

Według Zamawiającego, powyższe fakty i stwierdzenia wyczerpują przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) tj., że zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Odwołujący: LexisNexis Polska Sp. z o.o. z siedzibą przy Ochota Office Park 1, Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa uzyskał informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki - ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości – BPiZP – 752 - 171/2011 z dnia 06 kwietnia 2011 r.

Z powyższym wyborem trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamiast trybu konkurencyjnego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 15.04.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez przyjęcie, iż jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji niniejszego zamówienia jest firma Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., podczas gdy na rynku występują również inne konkurujące ze wskazanym wykonawcą podmioty oferujące analogiczne systemy informacji prawnej,
2. naruszenie art. 10 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niezastosowanie jednego z dwóch podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, który w zaskarżonym postępowaniu powinien znaleźć zastosowanie,
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż na rynku poza zaproszonym Wykonawcą istnieją również inne podmioty świadczące dostawy systemów informacji prawnej,

4. naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez preferowanie przez Zamawiającego konkretnego wykonawcy oraz utrudnienie innym, potencjalnym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości pozyskania niniejszego zamówienia.

Mając powyższe zarzuty na względzie Odwołujący, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru trybu niekonkurencyjnego - zamówienia z wolnej ręki oraz przeprowadzenie postępowania zgodnie podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. z zachowaniem trybów konkurencyjnych oraz z uwzględnieniem Rekomendacji Urzędu Zamówień Publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych na systemy informatyczne.

Odwołujący swój interes prawny tłumaczył jako wynikający z faktu, iż LexisNexis Polska Sp. z o.o. zainteresowana jest złożeniem oferty w postępowaniu i pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, przy czym wybór przez Zamawiającego trybu niekonkurencyjnego - czyli trybu zamówienia z wolnej ręki skutkuje niemożliwością złożenia oferty w tym postępowaniu przez Odwołującego.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego uzasadniającej odstępnie od trybu konkurencyjnego Odwołujący zauważył, że Zamawiający przyznał, że System Informacji Prawnej Lex Intranet „zawiera informacje niedostępne w większości innych programów prawniczych”. Niedostępne w „większości”, a więc nie we „wszystkich” programach prawniczych występujących na rynku. Stwierdził zatem, że Zamawiający ma świadomość, że istnieją na rynku programy prawnicze zawierające te same informacje co System Informacji Prawnej Lex Intranet.

Wywodził, że funkcjonalności wskazane przez Zamawiającego jako mające kluczowe znaczenie dla użytkowników systemu u Zamawiającego, nie są unikalnymi, które może spełnić jedynie System Informacji Prawnej Lex Intranet, bowiem takie same funkcjonalności posiada produkt Odwołującego Lex Polonica, co Zamawiający może bez trudu stwierdzić zapoznając się z ofertą Odwołującego.

Nie podzielił również argumentacji Odwołującego w kwestii wyłącznej ochrony autorskich praw majątkowych z powodu odmienności oceny charakteru prawnego aktualizacji.

Odwołujący traktował aktualizację jako zupełnie nowe zamówienie polegające na zakupie nowego systemu, a nie jako swego rodzaju kontynuację pierwotnego.

Przyznał, że jest oczywistym, że aktualizacji systemu w sposób przedstawiony przez Zamawiającego, bez naruszania autorskich praw majątkowych, może dokonać tylko pierwotny wykonawca, jeżeli oczywiście tych praw nie zbył.

Wobec tego jeżeli nie chodzi o aktualizację dotychczasowego systemu, a o dokonanie zamówienia nowego systemu, to problem wyłącznych, autorskich praw majątkowych przedstawiony przez Zamawiającego nie występuje.

Zdaniem Odwołującego nie można bowiem traktować sytuacji, gdy kończy się okres aktualności danego systemu, inaczej niż jak konieczność dokonania nowego zamówienia w trybach konkurencyjnych.

Na poparcie własnego stanowiska powołał się na rekomendacje Prezesa UZP i uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/KU 1/08 - w sprawie zastrzeżeń do zaleceń pokontrolnych wydanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Podniósł także, iż sam fakt, że dany zamawiający ma już określone oprogramowanie, nie wyklucza przeprowadzenia nowego postępowania w trybie konkurencyjnym, które jest uzasadnione ekonomicznie (cena za pakiet, czyli program, aktualizację i szkolenia od nowego wykonawcy jest często niższa niż za samą aktualizację kupioną od poprzedniego wykonawcy).

Zwrócił uwagę, że obowiązkiem Zamawiającego, co do zasady, jest przeprowadzenie postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych, jeśli tylko Zamawiający ma wiedzę, iż na rynku istnieją konkurencyjne systemy informacji prawnej analogiczne do zamawianego produktu „System Informacji Prawnej - LEX Intranet ” wydawnictwa Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Wskazał, że uprawnieniem Zamawiającego, a jednocześnie jego obowiązkiem, jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, aby z jednej strony dostarczany produkt odpowiadał uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, a z drugiej zapewniona była realizacja podstawowej zasady Prawa zamówień Publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Argumentował, że zmiany w prawie zamówień publicznych spowodowane wejściem w życie tzw. dużej nowelizacji ustawy - Prawo zamówień publicznych, zwanej „odwoławczą”,

będącej konsekwencją implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., spowodowały, iż Zamawiający, którzy w poprzednim porządku prawnym (przed wejściem w życie znowelizowanej ustawy) stosowali tryb zamówienia z wolnej ręki, obecnie stosują tryby konkurencyjne.

Informował, że Zamawiający, którzy przed nowelizacją Ustawy dokonywali wyboru systemu informacji prawnej, powołując się na przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) ustawy Pzp, w pierwszym kwartale 2010 roku zastosowali tryb konkurencyjny, a są to m.in.: Sąd Okręgowy w Warszawie, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, a także wcześniej - po ukazaniu się Rekomendacji Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie udzielania zamówień na systemy informatyczne - również Ministerstwo Skarbu Państwa.

Nadto w przekonaniu Odwołującego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że wymagania może spełnić wyłącznie jeden wykonawca spośród kilku występujących na rynku, tj. Wolters Kluwer Polska sp. z o.o. - wydawca systemu informacji prawnej Lex.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający używa nazw handlowych i oznaczeń własnych produktów zaproszonego Wykonawcy (System Informacji Prawnej LEX Intranet), co w świetle ustawy Pzp jest całkowicie niedopuszczalne i stanowi jej rażące naruszenie.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że LexisNexis Polska Sp. z o.o. jest wydawcą systemu informacji prawnej LexPolonica, z bogatą zawartością merytoryczną i funkcjonalną, a system ten używany jest w urzędach administracji publicznej, w instytucjach publicznych oraz u użytkowników sektora publicznego i prywatnego i jest system konkurencyjnym dla systemu informacji prawnej Lex wydawnictwa Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

W dniu 21.04.2011r. wykonawca Wolters Kluwer Polska sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 6.04.2011r., nr 2011/S 67-108299, umowy licencyjnej nr BIT WFP 71/57/2010 z dnia 10.05.2010r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art.10 ust.1, art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Istota sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym sprowadza się do odmiennej oceny przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp w zakresie zastosowania trybu postępowania przetargowego.

Izba uznała, iż przedmiot zamówienia - aktualizacja Systemu Informacji Prawnej - Lex Intranet wraz z poszczególnymi modułami przez okres 36 miesięcy, pożądanym przez Zamawiającego daje mu prawną możliwość skorzystania z dyspozycji powołanego wyżej przepisu.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

- a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.



Jako mający podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała fakt posiadania przez Zamawiającego na podstawie § 3 ust.5 umowy licencyjnej Nr BIT WFP 71/57/2010 z dnia 10.05.2010r.prawa do korzystania z ostatniej wersji Systemu Informacji Prawnej udzielonego na czas nieoznaczony, również po upływie okresu obowiązywania umowy.

Zatem argumenty Odwołującego o obowiązku kreacji przez Zamawiającego nowego stosunku prawnego skutkującego obowiązkiem wszczęcia postępowania konkurencyjnego są pozorne, bowiem Zamawiający jest już związany węzłem obligacyjnym z Przystępującym w zakresie udzielonej licencji na ostatnią wersję oprogramowania. Zamiarem Zamawiającego jest obecnie uzupełnienie(aktualizacja) istniejącej bazy danych, a nie jak chce Odwołujący zakup nowego systemu informacji prawnej.

Zdaniem Izby Zamawiający byłoby zobowiązany do zastosowania trybów otwartych w dwóch sytuacjach. Pierwsza z nich dotyczyłaby chęci nabycia przez Zamawiającego nowego systemu informacji prawnej i rezygnacji z już posiadanego zasobu informacji prawnej, zaś druga mogłaby być związana z zamiarem pozyskania drugiego czy kolejnego systemu informacji prawnej w celu poszerzenia obecnej bazy danych.

Nie ulega wątpliwości, iż System Informacji Prawnej stanowi utwór w rozumieniu przepisu 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.), co potwierdza klauzula umowna zawarta w § 2 ust.4 przywoływanej wyżej umowy licencyjnej.

Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z art.2 ust.2 zd.2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w przypadku baz danych spełniających cechy utworu zezwolenie twórcy jest konieczne także na sporządzenie opracowania. Wolą zaś Przystępującego nie jest wyrażenie zgody na sporządzenie aktualizacji do jego programu autorskiego przez innego wykonawcę, a z tego wynika, że jedynie aktualizacji może dokonać wyłącznie firma Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Powyższe zostało przyznane przez Przystępującego w toku rozprawy, a Odwołujący temu nie zaprzeczył.

Jeżeli z przyczyn związanych z ochroną wyłącznych praw autorskich do przedmiotowego SIP zamówienie aktualizacji w kształcie oczekiwanym przez Zamawiającego może wykonać tylko firma Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., a stworzenie oprogramowania nie jest procesem jedynie twórczym, to wymaga ono pewnych czynności o charakterze materialno – technicznym jak chociażby wprowadzanie nowych danych.

Według Izby wszystkie te czynności techniczne wykonywane podczas konstruowania aktualizacji mają charakter obiektywny i mogą być wykonywane jedynie przez dysponenta praw autorskich.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie wskazania naruszenia przepisów art. 7 ust.1 ustawy Pzp, bowiem przepisy te odnoszą się jedynie do procedur konkurencyjnych.

Nie mógł się również ostać zarzut Odwołującego naruszenia art.10 ust.1 ustawy Pzp z powodu istnienia omówionej na wstępie przesłanki do zastosowania ustawowego trybu z wolnej ręki.

W piśmie procesowym z dnia 26.04.2011r.złożonym na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego został wycofany zarzut naruszenia art.29 ust.2 i 3 ustawy Pzp, a zatem nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

Ustosunkowując się do załączonych do akt sprawy wydruków internetowych z systemu Lex Polonica i Legalis Izba uznała, że nie są to dokumenty w rozumieniu art.190 ust.3 ustawy Pzp mogące stanowić podstawę rozstrzygnięcia.

Zgłoszony na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego, podczas wygłaszania zdania końcowego, wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki i prawa na okoliczność czy zadania poszczególnych jednostek organizacyjnych MSZ mogą być wykonywane również przy użyciu programów Lex Polonica oraz Legalis został oddalony na zasadzie art.190 ust.6 ustawy Pzp, gdyż w ocenie Izby dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki, a materiał dokumentacyjny znajdujący się w aktach sprawy dawał dostateczne dowody stanowiące podstawę do rozstrzygnięcia.

Izba nie przyjmuje również argumentacji Odwołującego odnośnie braku uzasadnienia ekonomicznego przedmiotowego zamówienia realizowanego w trybie z wolnej ręki, ponieważ Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynegocjowanego wynagrodzenia jedynie w granicach zabezpieczonych na ten cel środków budżetowych.

Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że przedmiotowe zamówienie jest niemożliwe do wykonania z powodu ograniczonych środków finansowych może odstąpić od dotychczasowego produktu i rozważyć zakup nowego programu prawniczego w warunkach procedur konkurencyjnych.

Rozumowanie Izby na tle niniejszej sprawy potwierdza w całej rozciągłości ugruntowana judykatura i opinie KIO(wyrok z dnia 27 kwietnia 2010r., sygn. akt KIO 487/10, wyrok z dnia 30 kwietnia 2010r., sygn. akt KIO/UZP 577/10, uchwała z dnia 26 września 2008, sygn. akt KIO/KU 5/08, uchwała z dnia 8 maja 2009r., sygn. akt KIO/KD 12/09, uchwała z dnia 24 czerwca 2010r., sygn. akt KIO/KD 43/10) i Sądu Okręgowego(wyrok S.O. w Warszawie z dnia 12 lipca 2010r., sygn. akt V Ca 1396/10).

Powołane zaś rekomendacje Prezesa UZP stanowią jedynie zalecenia, lecz nie stanowią wiążącej interpretacji obowiązujących przepisów prawa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:** .....