

Sygn. akt: KIO 2033/12

WYROK
z dnia 9 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012 r. przez **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rynku Rolnego z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A.** 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 z późn. 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 - Agencja Rynku Rolnego - prowadzi procedurę dotyczącą udzielenia z wolnej ręki zamówienia publicznego pn. *Opieka serwisowa zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE* (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante z 15 września 2012 r.).

W dniu 24 września 2012 r. wykonawca Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci wyboru trybu udzielenia zamówienia oraz podjęcia decyzji o wyborze wykonawcy ComArch S.A., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 10 ust. 1, art. 10 ust. 2 w zw. z art. 62 ust. 1 ust. 2a, art. 66 ust. 2 oraz art. 67 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w dniu 15 września 2012 r. Zamawiający ogłosił w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej zawiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia spółce ComArch S.A. w procedurze negocjacyjnej bez ogłoszenia, ze wskazaniem, że ogłoszenie podlega przepisom dyrektywy 2004/18/WE i ma charakter ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Zamówienie to dotyczy opieki serwisowej zintegrowanego systemu wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE, na który to zintegrowany system składają się: system CAPS, do którego autorskie prawa majątkowe posiada Zamawiający oraz system EGERIA, do którego prawa autorskie przysługują ComArch S.A., a Zamawiający jest jego licencjobiorcą. W uzasadnieniu wyboru procedury (określonej zgodnie z terminologią Dyrektywy UE jako *negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu*) znajdują się następujące stwierdzenia: *Brak ofert lub brak odpowiednich ofert w odpowiedzi na procedurę ograniczoną, Roboty budowlane/towary/usługi mogą być zrealizowane tylko przez określonego oferenta z przyczyn: technicznych*. Następnie podano opis zastosowań systemów informatycznych funkcjonujących w ARR, których utrzymanie ma być przedmiotem zamówienia, powiązania pomiędzy systemami składowymi, fakt iż do chwili obecnej systemy te są serwisowane przez firmę ComArch S.A. oraz następujące podsumowanie: *Biorąc pod uwagę specyfikę i rozmiar systemu zintegrowanego, wymagania techniczne, warunki obowiązującej gwarancji oraz licencji na system Egeria, nadzoru autorskiego i wsparcia technicznego, jak i ciągłe dostosowywanie systemu do zmieniających się przepisów prawnych i potrzebę zapewnienia ciągłości wykorzystywania podstawowych funkcji systemu, w oparciu o okoliczności wskazane powyżej firma ComArch S.A., z przyczyn technicznych wynikających ze ścisłej integracji obu systemów, jest jedynym podmiotem*

zdolnym do zrealizowania przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający podaje dwie przyczyny powodujące wybór procedury określonej w art. 31 Dyrektywy, z których jedna w prawie polskim odnosi się do trybu negocjacji bez ogłoszenia, a druga do trybu zamówienia z wolnej ręki, nie jest jasne, na którą z procedur zdecydował się Zamawiający.

Odwołujący powołał się na art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiący, że podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Przepis ten stanowi jedną z podstawowych gwarancji zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Podniósł, że na potrzebę udzielania zamówień publicznych w sektorze IT z użyciem trybów konkurencyjnych wskazują też wydane w 2009 r. przez Urząd Zamówień Publicznych *Rekomendacje dotyczące udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne*. Art. 10 ust.2 ustawy wyraźnie wskazuje, iż wybór innego trybu jest możliwy jedynie w sytuacjach określonych w ustawie, a sytuacje te - zarówno w odniesieniu do trybu negocjacji bez ogłoszenia, jak i trybu zamówienia z wolnej ręki - zostały enumeratywnie wyliczone odpowiednio w art. 62 ust. 1 oraz 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, już sam fakt, że Zamawiający nie wskazał jaki tryb zastosował do przedmiotowego zamówienia, stanowi naruszenie odpowiednio art. 62 ust. 2a pkt 3 lub art. 66 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż oba te przepisy wskazują na konieczność uzasadnienia wyboru tego konkretnego trybu.

Jeśli przyjąć za wiążący pierwszy ze wskazanych powodów czyli *brak ofert* skutkujący wyborem trybu negocjacji bez ogłoszenia, to należy uznać, iż wybór takiej procedury został dokonany w sposób sprzeczny z prawem, a podany powód jest nieprawdziwy - bowiem Zamawiający nie ogłosił wcześniej żadnego przetargu na utrzymanie systemów CAPS-EGERIA (ogłoszenie takie musiałoby pojawić się w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej Zamawiającego). Zamawiający nie podał, ani też według wiedzy Odwołującego nie występują inne wyszczególnione w art. 62 ust. 1 pkt 2-4 ustawy przyczyny, w których mogłoby dojść do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Przyjmując, iż Zamawiający wybrał tryb zamówienia z wolnej ręki ze względu na rzekome występowanie przyczyn technicznych powodujących, że zamówienie może być udzielone tylko jednemu wykonawcy, Odwołujący wskazał na następujące naruszenia:

Już samo brzmienie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1a wskazuje, iż przyczyny techniczne muszą mieć charakter obiektywny i sprawiać, że realizacja zamówienia przez innego

wykonawcę jest niemożliwa (a nie tylko utrudniona) oraz, że niemożliwość ta jest nieprzezwycięzalna. Obiektywny charakter tej niemożliwości oznacza, iż nie chodzi tu o przeświadczenie Zamawiającego, lecz tylko i wyłącznie o sytuację, w której istnieje monopol jednego wykonawcy na dane usługi. Żadne inne względy (np. zaufanie do konkretnego wykonawcy ani jego szczególne w ocenie Zamawiającego doświadczenie czy możliwości organizacyjne), w przypadku gdy istnieje (na rynku polskim lub europejskim) co najmniej dwóch wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, nie dają Zamawiającemu prawa do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Powołując się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 9 kwietnia 2010 r. (KIO/KD 27/10) Odwołujący wskazał, że nie może być uznana za uzasadniającą wybór takiego trybu - podnoszona także w przedmiotowej sprawie przez Zamawiającego - złożoność systemu informatycznego, unikalność rozwiązań czy wysoki stopień skomplikowania lub powiązania poszczególnych elementów systemu.

Odwołujący podniósł, że sygnalizował Zamawiającemu, iż posiada doświadczenie i kwalifikacje w zakresie tworzenia i utrzymywania zintegrowanych systemów obsługujących rolnictwo, wskazując na konkretne podmioty i zamówienia, które dla nich zrealizował (ARiMR, KRUS, ANR). Ponadto wskazywał, iż systemy te wykorzystywane są dla potrzeb realizacji Wspólnej Polityki Rolnej UE, Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich, Identyfikacji i Rejestracji Zwierząt czy Obsługi Wniosków o Płatność. Systemy obsługujące agencję płatniczą (a z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowym zamówieniu), które utrzymywane są przez Odwołującego, są zgodne z obowiązującymi procedurami i podlegają stałym audytom i certyfikacjom odpowiedzialnych podmiotów nadzorczych - zarówno polskich, jak i KE. Odwołujący wskazywał, że posiada doświadczenie w integracji swoich systemów z systemem EGERIA (np. wdrożenie systemu bilingowego w Elbląskim Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.), jak również, że istnieje możliwość migrowania rozwiązań klasy ERP na inne platformy w celu osiągnięcia efektywności kosztowej lub możliwości stworzenia nowych funkcjonalności wspierających działanie instytucji.

Z uwagi na te okoliczności Zamawiający miał świadomość, iż istnieje przynajmniej jeden, poza ComArch S.A., wykonawca, który ma techniczną możliwość realizacji zamówienia. Dowodziły tego w szczególności przytoczone przez Odwołującego przykłady zrealizowanych przez Odwołującego projektów informatycznych (w tym takich, które dotyczyły integracji różnych systemów z systemem EGERIA). Nie jest zatem prawdziwa wskazana przez Zamawiającego przyczyna wyboru procedury niekonkurencyjnej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru trybu postępowania oraz decyzji o udzieleniu zamówienia spółce ComArch S.A. oraz dokonania czynności w postaci ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących informacji przedstawionych w ogłoszeniu o zamówieniu - zarzuty te zostały przez Odwołującego wycofane wobec dokonanego przez Zamawiającego w dniu 25 września 2012 r. sprostowania ogłoszenia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia, według opublikowanego ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, jest opieka serwisowa zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE. W uzasadnieniu wyboru trybu Zamawiający podał, że usługi mogą być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych. Wskazał m.in., że przedmiotem zamówienia jest zintegrowany system służący realizacji mechanizmów Wspólnej Polityki Rolnej, a jego głównymi częściami są: stworzony na potrzeby ARR system CAPS oraz przebudowany i zaadaptowany do potrzeb ARR system EGERIA. Systemy te, ze względu na konieczność zapewnienia zgodności z pomiędzy ich działaniem, a zatwierdzonymi przez Komisję Europejską procedurami realizacji mechanizmów WPR, zostały znacznie przebudowane i zintegrowane. W efekcie modyfikacja jednego systemu w przeważającej większości przypadków pociąga za sobą konieczność modyfikacji drugiego. Podczas usuwania błędów zdiagnozowanych w CAPS, wymagana jest ingerencja w struktury systemu EGERIA. Opieka serwisowa systemu, oprócz konserwacji, serwisu i asysty technicznej zakłada również zmiany i rozszerzenia wymagań funkcjonalnych systemu, co wiąże się z integracją nowych funkcjonalności systemu CAPS z systemem EGERIA.

Zamawiający, począwszy od 2004 r. zawarł osiem kolejnych umów, których przedmiotem jest świadczenie opieki serwisowej zintegrowanego systemu informatycznego CAPS - EGERIA, udzielając zamówień z wolnej ręki spółce Comarch.

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

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa dotycząca zintegrowanego systemu informatycznego powstałego z elementów CAPS i EGERIA, 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 struktury systemu EGERIA przy usuwaniu błędów zdiagnozowanych w systemie CAPS, 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 EGERIA oraz moduły CAPS, rozstrzygnięcia wymagała możliwość wykonania tak określonego zadania, jako całości, przez więcej niż jednego wykonawcę.

Izba ustaliła, że system EGERIA został zakupiony w 2004 r. od spółki Comarch, 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 Comarch S.A. Z kolei system CAPS powstał jako system dedykowany Agencji, dostosowany do jej specyficznych potrzeb związanych z realizacją mechanizmów Wspólnej Polityki Rolnej, 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 Agencji procedurami realizacji mechanizmów WPR, nastąpiła znaczna przebudowa i integracja systemu EGERIA z modułami CAPS. Jak wskazał Zamawiający, integracja pomiędzy modułami CAPS a systemem EGERIA 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. CRP - Centralny Rejestr Przedsiębiorców), implementację złożonych mechanizmów pozwalających na ściśle powiązanie procesów biznesowych funkcjonujących w poszczególnych modułach (np. moduł podpisu elektronicznego, moduł repozytorium obrazów dokumentów) oraz wzajemne przenikanie się modułów CAPS z systemem EGERIA na poziomie danych, jak i kodu. Bez istotnych modyfikacji nie tylko żaden z tych elementów z osobna nie może w Agencji 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 CAPS, system EGERIA ma wdrożone następujące moduły: Centralna Kartoteka Kontrahentów - CKK, Centralny Rejestr VAT - CRV, Centralny Słownik Systemu - CSS, Gospodarka Magazynowa - GM, Księga Dłużników - KD, Księga Główna - KG, Należności-Zobowiązania - NZ, Raportowanie EFRG - RE, Rejestr Opłat Cukrowych - ROC, Rejestr Zapłat - RZ. Ponadto w części zintegrowanej w mniejszym stopniu z systemem CAPS dodatkowo funkcjonują moduły: Środki Trwałe - ST, Ewidencja Kadrowa - EK, Płace - PL (moduł wspólny z EK), Zarządzanie Personelem - ZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, wobec ścisłej integracji obu systemów należy stwierdzić, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez ingerencji w kody źródłowe systemu EGERIA. Z uwagi na uwarunkowania techniczne towarzyszące przedmiotowi zamówienia oraz niedysponowanie przez Zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi, pozwalającymi na modyfikację kodów źródłowych systemu EGERIA, przedmiot zamówienia może być wykonany tylko przez jednego wykonawcę - Comarch S.A. 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.

Zaznaczyć należy, 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.

Zauważyć należy, że sam Odwołujący nie wykluczył zaistnienia niemożliwości wykonania pewnego zakresu zamówienia bez dostępu do kodów źródłowych systemu EGERIA, oświadczając, że w takiej sytuacji zobowiązuje się do wykonania modułu zastępującego moduł systemu EGERIA. 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.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający należycie wykazał istnienie okoliczności uzasadniających udzielenie przedmiotowego zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący natomiast nie wykazał zasadności tezy przeciwnej, nie uprawdopodobnił nawet, że byłby w stanie wykonać zamówienie bez naruszenia autorskich praw majątkowych do systemu EGERIA.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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: