

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2018r. przez wykonawcę **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej "ZETO" Sp. z o.o., ul. Diamentowa 2, 20-447 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin**

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w częściach I i II oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Lubelskie z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej "ZETO" Sp. z o.o., ul. Diamentowa 2, 20-447 Lublin** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **Województwa Lubelskiego z siedzibą w Lublinie, ul. Artura Grottgera 4, 20-029 Lublin** na rzecz **Zakładu Elektronicznej Techniki Obliczeniowej "ZETO" Sp. z o.o., ul. Diamentowa 2, 20-447 Lublin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Lublinie.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Województwo Lubelskie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługę rozszerzenia funkcjonalności systemów informatycznych w ramach projektu „Cyfrowe Lubelskie” z podziałem na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U. UE w dniu 24.07.2018r. pod poz. 2018/S 140-320788.

W dniu 11 lutego 2019r. Odwołujący - Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej ZETO Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na unieważnieniu postępowania w zakresie jego części I pn. Rozszerzenie funkcjonalności Biuletynu Informacji Publicznej oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części II pn. Rozszerzenie funkcjonalności systemu Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez unieważnienie postępowania w zakresie części I i II mimo, że postępowanie w tym zakresie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części I i części II oraz zasądzenie do Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów pomocy prawnej udzielanej przez radcę prawnego.

Odwołujący, nie zgodził się z decyzją Zamawiającego z dnia 30.01.2019r. o unieważnieniu postępowania w częściach I i II i wskazał, że po pierwsze – w treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu w zakresie części I Zamawiający nawet nie próbuje wskazać, iż naruszył którykolwiek z przepisów ustawy Pzp. Już samo to, nie pozwala uznać działań Zamawiającego za zgodne z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, po drugie – opisana przez Zamawiającego wada nie skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki takiego unieważnienia określa art. 146 ust. 1 i ust. 6 Pzp. W niniejszej sprawie nie doszło do zaistnienia okoliczności z pkt 1-7 art. 146 Pzp jak również art. 146 ust. 6 Pzp. Kwestia niezależną jest to, że zawarcie umowy mogłoby prowadzić do skierowania wobec Zamawiającego roszczeń odszkodowawczych. Ten aspekt nie może być rozpatrywany w kategoriach naruszenia ustawy Pzp. Po trzecie, Odwołujący stwierdził, że trudno uznać, aby przywołana przez Zamawiającego wada była niemożliwa do usunięcia. Jeśli Zamawiający nie dysponuje prawami autorskimi lub prawami licencyjnymi zawsze może je nabyć i doprowadzić jeszcze przed zawarciem umowy o udzielenie zamówienia stan faktyczny do zgodności ze stanem opisanym we wzorze kontraktu. Zamawiający we wzorze uzasadnienia w żaden sposób nie wyjaśnił, że takiej możliwości nie posiadał. Ponadto, nawet gdyby przedmiotowa wada nie została usunięta niniejsze nie prowadziłyby do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zaprzeczył, temu iż Zamawiający nie dysponuje autorskimi prawami majątkowymi do systemu BIP oraz wystarczającymi prawami licencyjnymi do tego oprogramowania, które miało zostać poddane rozbudowie o nowe funkcjonalności. Odwołujący wskazał także na niekonsekwencje w działaniach Zamawiającego, który unieważnił postępowanie w zakresie części I i II, jednocześnie udzielając zamówienie w części III. Lokalny Moduł Elektronicznego Archiwum, który był przedmiotem części III oraz system Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją, który był przedmiotem części II były stworzone na tych samych zasadach, w tym w aspekcie praw autorskich i praw licencyjnych. Wobec wszystkich trzech systemów Zamawiający złożył te same zapewnienia o dysponowaniu prawami autorskimi i prawami licencyjnymi, mimo tego unieważniono tylko część I i II.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Izba ustaliła, że w zakresie części I i II zamówienia wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta R-Soft Studio sp. z o.o. W części III wpłynęła jedna oferta złożona przez R-Soft Studio sp. z o.o.

W I części zamówienia, obejmującej Rozszerzenie funkcjonalności Biuletynu Informacji Publicznej, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty R-Soft Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 31.10.2018r. Zamawiający poinformował, iż najkorzystniejszą ofertą w części II i III jest oferta R-Soft Studio sp. z o.o. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia została zaskarżona przez Odwołującego, w efekcie czego wyrokiem z dnia 30.11.2018r. o sygn. akt KIO 2313/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie, nakazała odrzucenie oferty R-Soft Sp. z o.o.

W dniu 30.01.2019r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie części I i II, wskazując na przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, że dokonuje tej czynności ze względu na fakt, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada polega na niedysponowaniu przez Zamawiającego autorskimi prawami majątkowymi do rozbudowanych w 2014r. systemów EZD i BIP oraz wystarczającymi prawami licencyjnymi do oprogramowania, które miało zostać poddane rozbudowie o nowe funkcjonalności w zakresie uniemożliwiającym realizację umowy w ramach przedmiotowego postępowania. Zamawiający wskazał, że w toku prowadzonego postępowania przetargowego powziął informację o braku majątkowych praw autorskich w zakresie wskazanym w § 2ust. 18 wzorów umów, stanowiących załączniki 3a i 3b do SIWZ o możliwości udzielenia licencji Wykonawcy w zakresie wskazanym w wyżej wymienionych wzorach umów.

W § 2ust. 18 wzoru umowy, stanowiącego załącznik 3a do SIWZ, Zamawiający wskazał: „Zamawiający oświadcza, że posiada autorskie prawa majątkowe do systemu RBIP oraz jego dokumentacji, wytworzonych na podstawie umowy o RBIP oraz umów na modyfikację RBIP. Zamawiający nieodpłatnie udziela wykonawcy licencji do dokonywania wielokrotniania systemu RBIP oraz jego dokumentacji, wprowadzania zmian w systemie RBIP oraz jego kodach źródłowych, skryptach, plikach konfiguracyjnych, danych testowych, scenariuszach testowych i dokumentacji, wyłącznie w celu wykonania zobowiązań Wykonawcy wynikających z umowy. Licencja zostaje udzielona na czas określony tj. do zakończenia okresu świadczenia pakietu gwarancyjnego”. Identycznej treści postanowienie Zamawiający zawarł w § 2 ust. 18 wzoru umowy, stanowiącego załącznik 3b do SIWZ dotyczącego systemu EZD (Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją)

Izba ustaliła także, że w dniu 1 czerwca 2012r. Zamawiający zawarł umowę nr 1013/OP/CP/12 z Asseco Poland S.A. na dostawę sprzętu, oprogramowania i usług niezbędnych do utworzenia i funkcjonowania Regionalnej Platformy Usług Publicznych oraz wykonanie niezbędnych robót budowlanych związanych z dostosowaniem pomieszczeń na węzły przetwarzania danych w ramach projektu „Wrota Lubelszczyzny - Informatyzacja Administracji”, która obejmowała utworzenie i dostarczenie modułu BIP, Lokalnego Modułu EZD, Lokalnego Modułu Elektronicznego Archiwum. Z §3 ust. 3 tej umowy wynika, że wykonawca udzieli Zamawiającemu na czas nieoznaczony licencji na wszystkie elementy opracowanego przez wykonawcę oprogramowania na wskazanych tam polach eksploatacji.

W dniu 14 lipca 2014r. Zamawiający zawarł umowę nr 1405/OP/CP/14 na rozszerzenie funkcjonalności Regionalnego Biuletynu Informacji publicznej realizowanego w ramach projektu „Wrota Lubelszczyzny – Informatyzacja Administracji”. W § 3 ust. 1 tej umowy wykonawca zobowiązał się w ramach wynagrodzenia da udzielenia lub przeniesienia na rzecz Zamawiającego licencji wraz z dokumentami potwierdzającymi prawa do nich. W ust. 2 wskazał, że licencja uprawnia m.in. do:

- 1.niewyłączonego, nieograniczonego w czasie i nieodwołalnego prawa do korzystania z funkcjonalności systemu BIP określonych w OPZ, a także ich dokumentacji oraz kodów źródłowych (..)
- 2.zmian w konfiguracji funkcjonalności systemu BIP określonych w OPZ a także ich dokumentacji oraz kodów źródłowych, dokonywania zmian tego oprogramowania (...) oraz do wykonywania praw zależnych w rozumieniu Prawa Autorskiego,
- 3.udzielania sublicencji na rzecz Partnerów Projektu.

Podobnej treści postanowienia zostały zawarte w umowie z dnia 14 lipca 2014r. nr 1404/OP/CP/14 na rozszerzenie funkcjonalności systemu EZD.

#### **Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:**

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Zamknięty katalog przesłanek unieważnienia oznacza, że unieważnienie postępowania jest instytucją wyjątkową, a przesłanki z art. 93 ustawy Pzp należy interpretować w sposób ścisły.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłankami unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o ww. przepis są:

- a.fakt wystąpienia wady postępowania,
- b.wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- c.niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
- d.zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przy czym konieczne jest także wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Zamawiający, uzasadniając unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp a art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp. Tymczasem w uzasadnieniu unieważnienia postępowania z dnia 30.01.2019r. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał jedynie, że zawarcie umowy naraziłoby go na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu naruszenia autorskich praw majątkowych. Jednak ta okoliczność nie stanowi przesłanki nieważności umowy, o której mowa ww. przepisach ustawy.

Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał także, że powoływana przez niego wada

postępowania polegająca na niedysponowaniu autorskimi prawami majątkowymi do rozbudowanych w 2014r. systemów EZD i BIP jest wadą nieusuwalną, która może mieć wpływ na realizację przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającego na rozszerzeniu funkcjonalności systemów informatycznych. Przeciwnie, prowadzona korespondencja z R-Soft Studio sp. z o.o. z grudnia 2018r., którą Zamawiający złożył do akt sprawy, potwierdza, że istnieje potencjalna możliwość nabycia autorskich praw majątkowych od tego podmiotu. W piśmie z dnia 21 grudnia 2018r. R-Soft Studio sp. z o.o. wskazał m.in., że widzi „możliwość uregulowania kwestii praw autorskich do oprogramowania Moduł RBIP i Lokalny EZD” Już sama ta okoliczność świadczy o tym, że nie mamy do czynienia z wadą o charakterze obiektywnym i nieusuwalnym, co w konsekwencji oznacza brak zaistnienia przestanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wskazać też należy, że istnieje potrzeba dokonania przez Zamawiającego dokładnej analizy postanowień umownych i ustalenie faktycznego zakresu nabytych autorskich praw majątkowych do rozbudowanych systemów RBIP oraz EZD i ewentualnego podjęcia dalszych negocjacji z R-Soft Studio sp. z o.o. celem ustalenia kosztów nabycia autorskich praw majątkowych, w zakresie niezbędnym do realizacji przyszłej umowy. Zauważyć trzeba, że zgodnie z deklaracją R-Soft Studio Sp. z o.o. kwota podana w piśmie z dnia 21 grudnia 2018r. może ulec zmianom i będzie uzależniona od ostatecznie ustalonych warunków umownych.

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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:.....**