

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 marca 2010 r. przez **Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, Al. Piłsudskiego 8**

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 Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17 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 **Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 815 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset piętnaście złotych zero groszy) przez **Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., 00-203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17** na rzecz **Województwo Łódzkie, 90-051 Łódź, Al. Piłsudskiego 8,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej.

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 Łodzi.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sprawa o sygn. akt KIO/ 487/10

Uzasadnienie

W dniu 11 marca 2010 r. Zamawiający, tj. Województwo Łódzkie zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na przedłużenie abonamentu na System Informacji Prawnej LEX dla Samorządu Terytorialnego wraz z Serwisem HR.

W dniu 24 marca 2010 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze zamówienia z wolnej ręki wniosło Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. zwane dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 67 pkt 1 lit. 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.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. ogłoszenie nie zostało poprzedzone ogłoszeniem o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, do zamieszczenia którego Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 66 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że ustawa Pzp nie zawiera przepisów pozwalających na wyłączenie stosowania ustawy Pzp w przypadku zakupów obejmujących dostawę informatycznych systemów informacji prawnej. Podkreślił, że tryb zamówienia z wolnej ręki można zastosować tylko w sytuacjach ściśle określonych przez ustawę Pzp, a żadna z przesłanek jego zastosowania nie może być traktowana w sposób rozszerzający.

Odnosząc się do podstawy udzielenia zamówienia tj. do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp Odwołujący nie zgodził się z tezą, że istnienie praw licencyjnych do programów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia pozwalało na udzielenie wykonawcy Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. zamówienia z wolnej ręki. Stwierdził, że sam fakt istnienia praw licencyjnych nie wyklucza możliwości nabycia systemu informacji prawnej od innych wykonawców.

Odwołujący zauważył również, że każdy z trzech oferowanych na rynku systemów informacji prawnej posiada zespół cech go wyróżniających. Wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest wykazać, że jedynie produkt o określonych przez niego cechach umożliwia mu realizację celu założonego w ramach postępowania. Wskazywanie na określone funkcjonalności zamawianego produktu bez wyraźnego wykazania obiektywnej konieczności takiego opisu przedmiotu zamówienia stanowi, w ocenie Odwołującego, rażące naruszenie prawa, jeśli zamawiający w ten sposób dokona ograniczenia konkurencji zawężając krąg potencjalnych wykonawców. Zdaniem Odwołującego, z opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie jedynie nazw konkretnych produktów tj. systemu informacji prawnej Lex dla Samorządu Terytorialnego z modułem dodatkowym Prawo Europejskie, Zamówienia

Publiczne oraz Informator Prawno-Gospodarczy trudno wywieść, jakie cechy powyżej przywołanych produktów oferowanych przez wykonawcę Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. mają dla Zamawiającego decydujące znaczenie.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w postępowaniach konkurencyjnych przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Odwołujący wskazał na linię orzecznictwa, zgodnie z którą zamawiający ma obowiązek w opisanym powyżej przypadku wskazania, co rozumie pod pojęciem równoważności. Zdaniem Odwołującego, wskazanie wyłącznie nazw produktów oferowanych przez Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. należy uznać za niewystarczające do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 litera b) ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił też uwagę na wadliwe łączenie przez Zamawiającego w jednym postępowaniu dostawy odrębnych i samodzielnie działających modułów (programów komputerowych). Wyjaśnił, że programy LEX dla Samorządu Terytorialnego (1), Prawo Europejskie (2), Zamówienia Publiczne (3) oraz Informator Prawno-Gospodarczy (4) oraz serwis HR (5) są samodzielnie oferowanymi przez Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. programami (usługami).

Odwołujący wniósł o unieważnienie umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 25 marca 2010 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Izba ustaliła co następuje:

W dniu 19 lutego 2010 r. zawarta została Umowa Nr 11/OR/2010 pomiędzy Urzędem Marszałkowskim w Łodzi a Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Na mocy ww. Umowy Urząd Marszałkowski w Łodzi nabył prawo do korzystania z programu Lex w wersji rozszerzonej o moduły Prawo Europejskie, Zamówienia Publiczne oraz Informator Prawno-Gospodarczy, który nabył na podstawie umowy z dnia 28 stycznia 2009 r.

Zamawiający zamieścił w dniu 11 marca 2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na przedłużenie abonamentu na System Informacji Prawnej LEX dla Samorządu Terytorialnego wraz z Serwisem HR (nr ogłoszenia 68218-2010).

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. b ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że „na rynku istnieje jeden podmiot tj. Wolters Kluwer Polska

Europejskie, Zamówienia Publiczne oraz Informator Prawno-Gospodarczy w wersji sieciowej w wersji nielimitowanej wraz z programem Serwis HR. (...) Wykonawca posiada wyłączność w zakresie produkcji i dostawy ww. programów i publikacji elektronicznych, jak również aktualizacji. (...) Spółka nie udzieliła i nie zamierza udzielić żadnemu podmiotowi licencji do rozpowszechniania tychże programów, ani możliwości ich aktualizacji, nie powzięła również zamiaru zbycia praw autorskich majątkowych do nich na jakimkolwiek polu eksploatacji. Tym samym wykonawca jest jedynym podmiotem, który może zrealizować zamówienie”.

Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowana została na kwotę 161 150 PLN, co stanowi równowartość 41 977,08 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-2).

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, treść umowy z dnia 19 lutego 2010 r. Nr 11/OR/2010 zawartej pomiędzy Urzędem Marszałkowskim w Łodzi a Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 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. Potwierdzeniem możliwości podnoszenia zarzutów wobec wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki jest dyspozycja 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 uprawnione jest wniesienie odwołania wobec czynności wyboru m.in. zamówienia z wolnej ręki.

Podstawą rozstrzygnięcia Izby w niniejszej sprawie jest fakt, że Zamawiający posiada system informacji prawnej Lex, na który udzielone zostały Zamawiającemu licencje na czas nieokreślony (co jest zgodne z art. 143 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Jak wynika z treści Ogólnych Warunków Umowy dot. Korzystania z Lex dla Samorządu Terytorialnego nr LdST

2/7/2006 r., użytkownik może korzystać z programu przez czas nieokreślony, przy czym upoważnienie do korzystania z programu obejmuje te wersje, które zostały użytkownikowi dostarczone w okresie abonamentu (pkt 11.1 i 11.2). Tym samym, ciągłość korzystania z systemu informacji prawnej Lex nie została przerwana, Zamawiający nadal korzysta z baz danych – po dniu 31 grudnia 2009 r. zaprzestano jedynie aktualizacji programu. Powyższy fakt ma w ocenie Izby zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba stwierdziła, że wobec posiadania przez Zamawiającego bezterminowych licencji na system informacji prawnej Lex nie znalazłoby oparcia w przepisach prawa zobowiązanie Zamawiającego do przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za każdym razem, gdy zakończy się okres aktualizacji programu. 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 sprawie jest fakt, że system informacji prawnej Lex 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 aktualizacji programu Lex, który jest w posiadaniu Zamawiającego, może dokonać wyłącznie firma Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Powyższe zostało przyznane przez Odwołującego w odpowiedzi na zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 13 kwietnia 2010 r., gdzie Odwołujący stwierdził, że „nie kwestionuje tezy, iż istnienie praw autorskich Przystępującego do programu Lex skutkuje koniecznością dokonywania aktualizacji tego oprogramowania jedynie przez Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska.”.

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 aktualizacji posiadanego oprogramowania i zakupu nowego systemu informacji prawnej. Izba uznała za bezzasadne twierdzenia Odwołującego na temat konieczności dokonania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wynikającego z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp zakazu określania przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wskazać należy, że opis przedmiotu zamówienia stanowi element specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), której przygotowania ustawodawca nie wymaga

w przypadku prowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (zgodnie z art. 68 ust. 1 ustawy Pzp art. 36 ust. 1-3 oraz art. 37 i 38 nie stosuje się). Jedynym dokumentem podanym do publicznej wiadomości w trybie zamówienia z wolnej ręki jest fakultatywne ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy przewidziane w art. 66 ustawy Pzp oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Izba stwierdziła również, że nieuprawnione jest 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.

Wobec powyższego, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje, zdaniem Izby, oświadczenie Odwołującego o gotowości do dostarczenia Zamawiającemu produktu korzystniejszego cenowo, posiadającego takie same, bądź podobne funkcjonalności. Aspekt gospodarczy może pozostawać w sferze przyszłych rozważań Zamawiającego, który biorąc pod uwagę ewentualne korzyści finansowe może podjąć decyzję o zaprzestaniu korzystania z posiadanych licencji i o zakupie nowych w trybie konkurencyjnym, być może od innego podmiotu.

Izba zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego o potrzebie ścisłej wykładni art. 67 ustawy Pzp. Jednak biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w tym przede wszystkim fakt, że Zamawiający dokonał już zakupu systemu informacji prawnej wraz z bezterminowymi licencjami na korzystanie z baz danych, Izba za uprawnione uznała przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na przedłużenie abonamentu na System Informacji Prawnej LEX dla Samorządu Terytorialnego wraz z Serwisem HR w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Jednocześnie, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wskazał jako podstawy wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, za bezprzedmiotowe Izba uznała argumenty Przystępującego zmierzające do wykazania unikatowych funkcjonalności programu Lex.

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:

.....

.....