

..

Sygn. akt V Ca 3101/12

W Y KYJ1S.

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący -
Sędziowie

Protokolant

SSO Joanna Staszewska (spr.)

SO Ewa Cyle

SR del. Iwona Falkowska

sekr. sądowy Agnieszka Godziebiewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie

skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z udziałem zamawiającego Agencji Rynku Rolnego, Asseco Poland S.A. i Comarch S.A.
w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt KIO 2033/12

1. oddala skargę;
2. oddala wniosek Comarch S.A. o zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.

■'a eryooale właściwe podpisy
Za zgodność

UZASADNIENIE

Zamawiający Agencja Rynku Rolnego (ARR) udzieliła zamówienia publicznego z wolnej ręki i wybrała wykonawcę Comarch S.A. na opiekuna serwisowego zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań Agencji Rynku Rolnego, jako agencji płatniczej Unii Europejskiej.

Od powyższych czynności zamawiającego Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 3 w związku z art. 10 prawa zamówień publicznych (dalej: pzp), a także naruszenie art. 10 ust. 2 Pzp w związku z art. 62 ust. 1 oraz ust. 2a w związku z art. 66 ust. 2 i art. 67 Pzp, poprzez wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek do zastosowania tego trybu.

Wyrokiem z 9 października 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie.

Uzasadniając wyrok Izba powołała się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, według którego 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 było 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 Comarch S.A. Rozważenie okoliczności przedmiotowej sprawy doprowadziło Izbę do przekonania, że na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

W pierwszej kolejności Izba wskazała, 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 (WRR), 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.

Wobec wyżej przedstawionej ścisłej integracji obu systemów Izba stwierdziła, 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.

Izba zaznaczyła, 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 postępowaniu odwoławczym.

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.

Od wyroku Izby skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, co doprowadziło do przyjęcia, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez połączenie w jedno zamówienie obsługi serwisowej systemu, do którego zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe z systemem do którego takich praw nie posiada, nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż zamówienia z wolnej ręki można udzielić wykonawcy, który nie jest monopolistą w danej dziedzinie, lecz ze względu na specyficzne okoliczności techniczne o obiektywnym charakterze może wykonać konkretne zamówienie, podczas gdy przesłankę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu jest występowanie na rynku jednego wykonawcy, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest w stanie zrealizować dane zamówienie.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Jednocześnie skarżący wniósł o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

1) opinii biegłego dr inż. Andrzeja Zalewskiego z dnia 18 kwietnia 2010 r., powołanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w toku kontroli doraźnej w zakresie legalności zastosowania trybu z wolnej ręki przez Agencję Rynku Rolnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na okoliczność potwierdzenia, iż zamówienie na bieżącą obsługę serwisową systemu EGERIA jest w stanie zrealizować podmiot inny niż wykonawca Comarch SA;

2) informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu z wolnej ręki z dnia 7 września 2010 r. (znak: UZP/DKD/MT/43311/1602/10, KZ/1446/09) na okoliczność potwierdzenia zakwestionowania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych trybu udzielania zamówienia publicznego na opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp;

3) zawiadomienia z dnia 12 września 2012 r. o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki przesłanego przez zamawiającego na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy Pzp na okoliczność udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki na opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE również w 2012 r.;

4) pisma Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2012 r. (znak: UZP/DKD/KSR/33677/10554/12, KZ/1159/12) na okoliczność potwierdzenia wszczęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 161 ust. 4 ustawy Pzp w celu ustalenia czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie udzielenia zamówienia na opiekę serwisową zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE z naruszeniem art.

67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy rozważył, co następuje:

W myśl 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. Wobec brzmienia powołanego przepisu, istota rozstrzygnięcia sprawy sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, 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 Comarch S.A. Odpowiedź na to pytanie sprowadza się oceny skomplikowanych zagadnień natury informatycznej. Zagadnienia to nie jest oceniane jednolicie, o czym świadczy opinia biegłego z dnia 18 kwietnia 2010 r., sporządzona na zlecenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w związku z prowadzoną kontrolą doraźną. Biegły wówczas stwierdził, że w obecnym stanie faktycznym zamówienie jako całość może zostać zrealizowane jedynie przez Comarch S.A., jednakże dopuścił biegły możliwość podziału zamówienia na mniejsze i wyłonienia wykonawców na warunkach konkurencji do obsługi poszczególnych zakresów prac. Odnosząc się do tego drugiego wniosku biegłego, należy stwierdzić, że aby przyjąć wariant dopuszczalności podziału zamówienia na mniejsze niezbędne byłoby wykazanie, że podział jest racjonalny z gospodarczego punktu widzenia. Skarżący nie starał się nawet wykazać racjonalności podziału zamówienia na mniejsze.

Mając na względzie powyżej wyrażone wątpliwości co do zdolności wykonania zamówienia przez inne podmioty prócz Comarch S.A., niezbędne było zasięgnięcie wiadomości specjalnych w drodze opinii biegłego sądowego, (art. 278 k.p.c.). Celem opinii byłoby wykazanie racjonalności podziału zamówienia na mniejsze. Skarżący w skardze nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, przez co zarzuty podnoszone w skardze uznać należało za nieudowodnione.

Biorąc powyższe pod uwagę Sąd Okręgowy oddalił skargę, na podstawie art. 385 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 Pzp.

>J' n Z' ,■
Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność
/•A
-i \ ' ,\
1^7 ■ \ IJS- i
,"-o/wte* \ .. > f _ ,
■I |* :•