

WYROK
z dnia 7 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie:	Ryszard Tetzlaff Justyna Tomkowska
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez wykonawcę **Currenda Sp. z o.o., Al. Niepodległości 703A, 81-853 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4, 53-330 Wrocław**

przy udziale wykonawców:

A. Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 41G, 31-864 Kraków,

B. Neurosoft Sp. z o.o. , ul. Robotnicza 72, 53-608 Wrocław,

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Currenda Sp. z o.o., Al. Niepodległości 703A, 81-853 Sopot** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Currenda Sp. z o.o., Al. Niepodległości 703A, 81-853 Sopot** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Currenda Sp. z o.o., Al. Niepodległości 703A, 81-853 Sopot** na rzecz **Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, ul. Energetyczna 4, 53-330 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie modułu OSA służącego do publikacji orzeczeń w sądach powszechnych*, prowadzonym przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca Currenda Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w zw. z art. 17 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631), poprzez niezastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki podczas, gdy spełnione były przesłanki umożliwiające, a nawet świadczące o konieczności wyboru takiego trybu wynikających z obiektywnych faktów lub nawet poprzez pominięcie wdrożenia systemu bez konieczności dokonywania zamówienia w oparciu o posiadane uprawnienia prawno-autorskie, a także poprzez brak uprawnień do dokonania zamówienia w skali ogólnokrajowej na potrzeby innych sądów powszechnych niż zamawiający,
2. art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 472 k.c. oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331), poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę jako czyny nieuczciwej konkurencji, w tym m.in. lecz nie tylko ustalanie kar umownych z naruszeniem ich istoty i celu oraz koniecznością ich płaćności przez wykonawcę nawet w sytuacji zachowania należytej staranności przy wykonywaniu umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zmianę trybu zamówienia z przetargu nieograniczonego na tryb zamówienia z wolnej ręki, w której jako wykonawca będzie uwzględniony jedynie odwołujący albo unieważnienie całego postępowania,

ewentualnie o uwzględnienie odwołania i nakazania zamawiającemu zmodyfikowania wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, poprzez wprowadzenie następujących zmian:

1. dodanie do § 1 „Słowniczek” pojęcia: „System” o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 3 projektu umowy,

2. zmiana § 3 ust. 1 pkt 3 w następujący sposób:

„3) przygotowania „Planu Projektu System Portal Orzeczeń”, zwanego dalej „Planem Projektu” w terminie 14 dni od zawarcia Umowy, tj. dokumentu zarządczego opisującego, w szczególności: sposób organizacji Projektu, przebieg jego realizacji, zaangażowane zespoły, plan realizacji Projektu, sposób komunikacji Wykonawcy z Zamawiającym oraz poszczególnymi sądami, analizę ryzyka i jego bieżącej aktualizacji w ramach postępu prac w Projekcie,”
3. dodania w § 3 ust. 1 punktu „3a” w następującym brzmieniu:

„3a) uwzględnienia w Planie Projektu uwag Zamawiającego w terminie 7 dni od ich zgłoszenia,”
4. skreślenia § 3 ust. 1 pkt 4, ewentualnie zaznaczenie, że odpowiedzialność przewidziana w tym postanowieniu umowy aktualizuje się tylko na skutek zawinionych działań wykonawcy,
5. skreślenia § 3 ust. 7,
6. zmianę § 4 ust. 1 pkt 1 w następujący sposób:

„1) przedstawiania, na pisemne żądanie Wykonawcy, aktualnych wersji aktów prawnych i innych dokumentów, które będą stanowiły podstawę wykonania przedmiotu Umowy; w przypadku zmian powyższych aktów i dokumentów w trakcie realizacji Umowy przedstawienia ich niezwłocznie Wykonawcy w celu wykonania przedmiotu Umowy z uwzględnieniem tych zmian,”
7. dodania zdania drugiego w § 4 ust. 2:

„Ewentualne koszty związane ze zmianą miejsca wdrożenia ponosi Zamawiający.”
8. skreślenia § 4 ust. 6,
9. skreślenia zdania 2 w § 5 ust. 3,
10. dodania § 6 ust. 3 w następującym brzmieniu:

„3. Dla skuteczności zmiany osób upoważnionych do współdziałania przy realizacji Umowy wystarczy pisemne zawiadomienie drugiej strony.” k) zmianę § 7 ust. 13 w następujący sposób: „13. Zamawiający wykona test i/lub dokona odbioru w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do przystąpienia do procedury odbioru l) dodania w § 8 ust. 8 po słowach „z wyznaczeniem Wykonawcy” słowa: „odpowiedniego”,
11. zmiany § 12 ust. 2 w następujący sposób: „Wykonawca udziela Zamawiającemu odpłatną, niewyłączną, nieograniczoną czasowo i terytorialnie licencję na Oprogramowanie licencjonowane, obejmującą następujące komponenty, tj.: serwer/silnik wyszukiwania pełnotekstowego, dodatki rozszerzające wyszukiwarkę o korektor zapytań (correct), generator natychmiastowych podpowiedzi oraz serwer/silnik analizy językowej, plugins rozszerzeń modułu analizy językowej o dodatek do podświetlania wybranych haseł w tekstach, dodatek do anonimizacji tekstów, dodatek do wykrywania imion i nazwisk (wraz z podręczną bazą imion i nazwisk) oraz o dodatek do wykrywania nazw geograficznych

(wraz z podręczną bazą nazw), uprawniającą do używania Oprogramowania Licencjonowanego w lokalizacjach określonych w Liście Dystrybucyjnej stanowiącej załącznik nr 2 do umowy."

12. dokonanie zmiany § 18 poprzez:

w ust. 1, 2, 4 i 5 zastąpienie słów: „opóźnienie” słowem: „zwłoka”, w ust. 6 zastąpienie dotychczasowej treści następującą: „6. W przypadku zwłoki w realizowaniu warsztatów w terminie, o którym mowa w Rozdziale IV. pkt 3 ust. 1 ppkt g Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych 00/100) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.", usunięcie ust. 7 i 8, obniżenie kwoty wszystkich kar umownych,

13. zmianę § 19 ust. 2 w następujący sposób:

„2. W przypadku niedojścia do porozumienia w drodze negocjacji w terminie 30 dni od dnia doręczenia przez jedną ze Stron drugiej Stronie pisemnego wezwania do negocjacji w celu zakończenia sporu, Strony poddają rozstrzygnięcie sporu Sądowi Polubownemu przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie, zgodnie z Regulaminem tego sądu (ewentualnie: powszechnemu miejscowo właściwemu dla siedziby Wykonawcy."

14. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów wywołanych wniesieniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że przedmiotem umowy, dla której ogłoszony został przez zamawiającego przetarg nieograniczony jest m.in. stworzenie przez wykonawcę oprogramowania, które ma czerpać dane m.in. z systemu SAWA, będącego autorstwa odwołującego, a następnie udzielenie licencji zamawiającemu uprawniającej do korzystania z niego.

Odwołujący stwierdził, że jest liderem na rynku tworzenia i wdrażania oprogramowań wykorzystywanych dla celów obsługi sądów powszechnych, wskazując że oprogramowanie przez niego wytworzone obsługuje wszystkie Sądy Apelacyjne w Polsce, 93% Sądów Okręgowych oraz 80% Sądów Rejonowych. Dodał, że w roku 2012 odwołujący dostarczył też i zainstalował oprogramowanie do publikacji orzeczeń sądowych (System Portal Orzeczeń OSA) do 42 dwóch lokalizacji na podstawie umowy nr 33 zawartej z Ministerstwem Sprawiedliwości z dnia 18 lipca 2012 roku.

Odwołujący ocenił, że nie jest wykluczone, że dla prawidłowego funkcjonowania przedmiotu zamówienia konieczna będzie odpowiednia konfiguracja uwzględniająca wykonane już na rzecz sądownictwa powszechnego oprogramowania wytworzonego przez odwołującego, któremu jako twórcy przysługują odpowiednie prawa autorskie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w związku z pełnieniem przez niego opisanej roli na rynku świadczenie usług informatycznych ze szczególnym uwzględnieniem obsługi sądów powszechnych zastosowanie trybu przewidzianego w art. 67 ustawy Pzp jawi się jako

uzasadnione i konieczne.

Wskazując na utartą linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że istnienie jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów. Wskazał także, że przesłankę jednego wykonawcy, warunkującą dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca-monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, a obiektywne względy techniczne muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego wykonawcę. Dodał, że konieczną przesłanką zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest istnienie takiego stanu, że jeden wykonawca ma możliwości wykonać określone zamówienie, względy techniczne o obiektywnym charakterze muszą być poparte rzeczywistą sytuacją na rynku danego wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zastosowanie trybu konkurencyjnego wydłuży czas postępowania, wykonania oraz zwiększy koszt wdrożenia. Uznał nadto, że sama złożoność systemu informatycznego sama w sobie jest już przyczyną techniczną o obiektywnym charakterze, która uzasadniałaby w danym przypadku skorzystanie z usług odwołującego.

Odwołujący poddał w wątpliwość, czy zamawiający przed podjęciem decyzji o wyborze trybu zamówienia w postaci przetargu dokonał oceny jej skutków finansowych, w szczególności, czy rozpoznał rynek celem ustalenia ewentualnej ceny koniecznej do zapłacenia w razie skorzystania z mniej konkurencyjnego trybu zamówienia, np. z wolnej ręki, ewentualnie negocjacji z ogłoszeniem, bądź bez ogłoszenia.

Odwołujący, w ramach zarzutu sformułowanego pod punktem 1 odwołania, stwierdził, że jego wątpliwość budzą stwierdzenia zamawiającego zawarte w punkcie 1.1. Załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, tj.:

1. na jakiej podstawie zamawiający ma prawo do komponentu Importer i czy komponent ten nie narusza autorskich praw majątkowych przysługujących m.in. odwołującemu do programu SAWA, z którego importer czerpie dane,
2. dlaczego w ogóle zamawiający organizuje postępowanie, a nie po prostu wdraża oprogramowanie w pozostałych jednostkach organizacyjnych wymiaru sprawiedliwości (odwołujący podał, że w 116 jednostkach oprogramowanie to już działa według oświadczenia zamawiającego zawartego w punkcie 1.2. Załącznika nr 1 do SIWZ), skoro przysługują mu prawa autorskie w tym do dalszego przenoszenia, według jego oświadczenia.

Odwołujący uznał, że jeśli oświadczenia te polegają na prawdzie, to zamawiający nie musi dokonywać zamówienia.

W ramach zarzutu sformułowanego pod punktem 1 odwołujący wskazał również na brak uprawnień do dokonania przez zamawiającego zamówienia na potrzeby innych sądów

powszechnych niż Sąd Apelacyjny we Wrocławiu). Odwołujący podał, że zamawiający w tym zakresie powołuje się na *Zarządzenie nr 34/14/DPrC Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2014 r. w sprawie powierzenia wykonywania czynności związanych z projektowaniem i utrzymywaniem systemów informatycznych obsługujących sądy powszechne*, przywołane w treści projektu umowy załączonej do SIWZ.

Zdaniem odwołującego Zarządzenie to nie stanowi podstawy dla dokonania zamówienia w skali ogólnokrajowej, tj. nabycia licencji na potrzeby innych sądów powszechnych. Wskazał, że Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, zgodnie z § 2 pkt 1 tego Zarządzenia, ma kompetencję jedynie do projektowania, testowania, wdrażania i utrzymywania systemów informatycznych obsługujących sądy powszechne; brak w nim mowy o tym, że Sąd ten może zawierać umowy i zamawiać systemy informatyczne u osób trzecich, celem wyposażenia sądów powszechnych w oprogramowanie, nie ma też kompetencji do zawierania umów licencyjnych na potrzeby innych sądów.

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego w punkcie drugim odwołujący uznał, że zamawiający dopuścił się ustalenia uciążliwych warunków umownych, co na gruncie relacji między przedsiębiorcami definiowane jest jako nadużywanie pozycji dominującej – w ocenie odwołującego ze względu na adhezyjny charakter umów w zamówieniach publicznych pozycję zamawiającego można przyrównać do pozycji dominującego przedsiębiorcy, co w konsekwencji pozwala skorzystać z rozwiązań przyjętych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji, jako wzorców zachowań negatywnych. Dodał, że część z tych postanowień sprzeczna jest też z przepisami Kodeksu Cywilnego, a nadto narusza równoprawną pozycję stron.

Odwołujący podniósł, że zamawiający m.in. ustalił kary umowne za opóźnienie w realizacji kontraktu, które w łącznej wysokości, także przy zachowaniu należytej staranności ze strony wykonawcy, mogą przekroczyć znacznie kwotę stanowiącą wartość brutto umowy. Wskazał, że w przypadku realizacji tak skomplikowanego projektu, który podlega wpływowi ogromnej liczbie czynników niezależnych od wykonawcy (m.in. współdziałanie z Użytkownikami Końcowymi - sądami powszechnymi, które stanowią samodzielne jednostki organizacyjne, niepodlegające zamawiającemu), ustalenia wzoru umowy ustalonego przez zamawiającego oznaczają, że wykonawca odpowiedzialny będzie za przekroczenie terminu również z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Dodał, że zamawiający uzależnia naliczenie kary umownej od opóźnienia, co oznacza, że również za okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, co prowadzi do wniosku, że wolą zamawiającego jest, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za okoliczności przez niego niezawinione.

Stwierdził, że ustalenie kary umownej płatnej z tytułu okoliczności, za które

wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, stanowi naruszenie istoty kary umownej opisanej w art. 483 § 1 k.c. – kara umowna służyć może jedynie w przypadku zawinionego przez dłużnika niewykonania zobowiązania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, narzucenie uciążliwych warunków umownych, przynoszących nieuzasadnione korzyści (zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych z nieuzasadnionych przyczyn) definiowane jest jako nadużywanie pozycji dominującej i czynność naruszającą konkurencję, co oznacza, że zamawiający formułuje treść wzoru umowy wbrew zasadzie o ochronie konkurencji.

Stwierdził, że wiele postanowień umownych stanowi naruszenie przepisów obowiązujących ustaw – m.in. art. 56, art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 472 k.c. art. 627 i nast. k.c. oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowią one również naruszenie istoty umowy o dzieło, w szczególności w zakresie wymogu precyzyjnego określenia jej przedmiotu i współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy realizacji umowy, a niektóre z nich w sposób mało dokładny charakteryzują pozycję prawną stron.

I tak odwołujący wskazał, że:

1. W umowie pojawia się termin „System”, który nie jest zdefiniowany; nie wiadomo, czy chodzi o Oprogramowanie Centralne, czy też o inne programy funkcjonujące w sądach powszechnych – umowa w tym zakresie, w ocenie odwołującego, wymaga doprecyzowania.
2. W § 3 ust. 1 pkt 3 przewidującym uzgodnienie Planu Projektu Systemu pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie wskazuje się na tryb dokonania tego uzgodnienia; właściwszym rozwiązaniem chroniącym interes obu stron byłoby, wedle odwołującego, wskazanie terminu, w którym wykonawca uwzględniłby uwagi zamawiającego do tego Planu.
3. § 3 ust. 1 pkt 4 – przewiduje nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy za szkody, w tym za utratę danych; zdaniem odwołującego, odpowiedzialność ta winna być ograniczona jedynie do zawinionych działań wykonawcy lub takich, co do których nie zachował on należytej staranności.
4. § 3 ust. 7 – otwiera bez ograniczeń drogę do domagania się od wykonawcy realizacji różnych czynności nie objętych umową – nie tylko, że wprost wskazuje na jedynie przykładowe wyliczenie obowiązków Wykonawcy w umowie, to jeszcze odmawia mu możliwości odmowy wykonania jakichkolwiek czynności, które w umowie Wymienione nie są. Odwołujący podniósł, że o pozycji stron wyznaczonej umową świadczą tytuły § 3 i 4, odpowiednio: „Zadania i zakres odpowiedzialności Wykonawcy” oraz „Zadania i zakres odpowiedzialności oraz uprawnienia Zamawiającego i Użytkownika Końcowego”; są one sprzeczne z podstawową zasadą prawa cywilnego, tj. równego traktowania stron umowy,

a nadto naruszają przepisy Kodeksu cywilnego regulujące umowę o dzieło (art. 627 k.c.), które wskazują na konieczność wyraźnego określenia przedmiotu umowy, a więc obowiązków wykonawcy. Wreszcie, podniósł odwołujący, stoją w sprzeczności z art. 56 k.c. i art. 472 k.c., które wymagają, aby czynność prawna wywoływała jedynie skutki w niej wyrażone, a odpowiedzialność wykonawcy wyznaczał miernik zachowania należytej staranności.

5. § 4 ust. 1 pkt 1 – o zmianach w prawie w trakcie realizacji umowy, mających wpływ na wykonanie jej przedmiotu winien, według odwołującego, informować wykonawcę zamawiający.

6. § 4 ust. 2 – zmiana lokalizacji wdrożenia nie wymaga akceptacji wykonawcy, a może mieć, zdaniem odwołującego, wpływ na koszty wykonania usługi.

7. § 4 ust. 6 – przewiduje jednostronne prawo zamawiającego do rozwiązania umowy po upływie 12 miesięcy, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia. Odwołujący podał, że umowa ma zostać zawarta na czas 13 miesięcy, co czyni postanowienie niezrozumiałym i niepotrzebnym z punktu widzenia wielu zastrzeżonych na korzyść zamawiającego możliwości odstąpienia od umowy; wskazał, że brak też wskazania jego skutków, w szczególności na prawo wykonawcy do wynagrodzenia.

8. § 5 ust. 3 – wprowadza, w ocenie odwołującego, sprzeczność – wykonawca ma zawiadomić zamawiającego o ewentualnym opóźnieniu, które może nastąpić mimo zachowania przez wykonawcę należytej staranności, jednak nawet wówczas zamawiający ma prawo do kar i odstąpienia od umowy. Odwołujący wskazał, że postanowienie to narusza przepisy art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 472 k.c. oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę jako czyny nieuczciwej konkurencji.

9. § 6 – odwołujący wyjaśnił, że proponowana zmiana ma charakter jedynie porządkowy, upraszcza sposób realizacji umowy. Wskazał, że przy obecnym zapisie konieczne będzie dokonywanie zmiany umowy w razie konieczności wymiany osób będących przedstawicielami stron.

10. § 7 ust. 6-12 – nie przewidują terminu dla zamawiającego do podpisania protokołów odbioru, co może mieć wpływ na sytuację prawną wykonawcy, zdaniem odwołującego rozwiązanie takie pozostaje w sprzeczności z zasadami wykonywania umowy o dzieło.

11. § 8 ust. 8 – przewiduje możliwość zamawiającego do zlecenia wykonania zastępczego na koszt wykonawcy, nie precyzując jednak terminu, jaki wyznaczyć musi zamawiający wykonawcy na wykonanie naprawy przed zleceniem wykonania zastępczego.

12. § 12 - na początku umowy i w ogłoszeniu mowa jest o udzieleniu licencji przez wykonawcę, gdy tymczasem w § 12 przenosi on na zamawiającego majątkowe prawa

autorskie do wykonanego oprogramowania – wymaga to dostosowania do przedmiotu zamówienia.

13. § 16 – przewiduje możliwość zmiany umowy w okolicznościach tam wskazanych – niektóre z nich mają wpływ na pracochłonność wykonawcy, jednak mimo to tylko nieliczne przewidują możliwość domagania się przez niego większego wynagrodzenia.

14. § 17 ust. 3 i 10 – przewiduje wiele sytuacji, w których zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy; w ocenie odwołującego wiele z nich nie ma charakteru rażącego, np.: ust. 3 pkt 1 przewiduje możliwość odstąpienia od umowy już po 5 dniach nie wykonywania jej przez wykonawcę, ust. 3 pkt 2 przewiduje możliwość odstąpienia zastrzeżona jest na okoliczność jakiegokolwiek nie wykonywania umowy, ust. 3 pkt 5 przewiduje możliwość odstąpienia ze względu na brak pozytywnych wyników testów, ust. 3 pkt 7 – przewiduje możliwość odstąpienia ze względu na naruszenie dobrego imienia zamawiającego.

15. § 17 ust. 5 i 7 – obowiązek niezwłocznego złożenia przez wykonawcę sprawozdania, brak obowiązku regulowania płatności przez zamawiającego (zamawiający ma obowiązek zapłacić wykonawcy za wykonany przedmiot umowy tylko w razie odstąpienia, o którym mowa w § 17 ust. 4.

16. § 17 ust. 6 – brak współdziałania ze strony wykonawcy automatycznie oznacza działanie na niekorzyść zamawiającego.

17. § 18 – wysokość kar jest niedostosowana do wysokości wynagrodzenia – zamawiający ma w § 18 dodatkowe możliwości odstąpienia od umowy, które w sposób nierównoważny wpływają na pozycję wykonawcy, brak jest też ograniczenia wysokości kar – odszkodowanie może przekroczyć wartość wynagrodzenia umownego; wykonawca karany jest również wówczas, jeśli nie ponosi odpowiedzialności za niedotrzymanie terminów, co w ocenie odwołującego, stanowi naruszenia istoty i celu kar umownych i pozostaje w sprzeczności z art. 483 § 1 k.c.

18. § 19 ust. 2 – z uwagi na „osobę” zamawiającego, którą jest Sąd Apelacyjny we Wrocławiu właściwsze, według odwołującego, jest zastrzeżenie sądu polubownego dla rozstrzygnięcia sporów pomiędzy stronami, ewentualnie właściwego dla siedziby wykonawcy; pozostawienie dotychczasowego zapisu spowodować może, przy uwzględnieniu wartości umowy, że ewentualny spór rozstrzygać będzie ostatecznie zamawiający.

W części końcowej uzasadnienia odwołujący stwierdził, że proponowane przez odwołującego zmiany wzoru umowy mają na celu skuteczniejsze i sprawniejsze jej wykonanie, z uwzględnieniem równej pozycji stron oraz wyeliminowanie tych postanowień umownych, które zdaniem odwołującego są sprzeczne z prawem i nie powinny się w nim znaleźć.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 7 października 2014 r., pisemnego stanowiska odwołującego – pismo z dnia 6 października 2014 r., pisemnego stanowiska przystępującego Neurosoft Sp. z o.o. z Wrocławia – pismo z dnia 7 października 2014 r., a także stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności zamawiającego – opracowania treści SIWZ (wzoru umowy).

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. *Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).

Skład orzekający Izby dopuścił także zmiany treści SIWZ z dnia 30 września 2014 r. – pismo złożone przez zamawiającego na rozprawie.

Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631), poprzez niezastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, a także poprzez brak uprawnień do dokonania zamówienia w skali ogólnokrajowej na potrzeby innych sądów powszechnych niż zamawiający nie potwierdził się.

Pierwsza część zarzutu dotyczy zaniechania zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki.

Aby przypisać zamawiającemu to zaniechanie koniecznym jest wskazanie przepisu ustawy Pzp, który nakładałby na zamawiającego obowiązek zastosowania tego trybu w danych okolicznościach. Odwołujący wskazał art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp.

Przypomnieć jednak należy, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna

z następujących okoliczności: 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”.

W przytoczonym brzmieniu nie sposób doszukać się obowiązku zamawiającego do zastosowania zamówienia z wolnej ręki nawet w sytuacji, gdy przesłanka uzasadniająca możliwość zastosowania tego trybu rzeczywiście występuje.

Wskazać dodatkowo należy, że zgodnie z przepisem art. 10 ust. 1 ustawy Pzp: „Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony”.

Abstrahując od tego, czy rzeczywiście w okolicznościach przedmiotowej sprawy występuje przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp (kwestia ta była odmiennie oceniana przez strony) bez wątplenia uznać należy, biorąc pod uwagę brak nakazu zastosowania trybu zamówienia wolnej ręki w sytuacji, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp oraz ustanowienie trybu przetargu nieograniczonego jednym z dwóch (obok przetargu ograniczonego) trybów podstawowych, że zastosowanie przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego preferowanego przez ustawodawcę trybu, tj. przetargu nieograniczonego nie stanowi naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że ocena racjonalności działań zamawiającego, tj. wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w sytuacji, gdy dostawy, będące przedmiotem zamówienia mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, pozostaje poza przedmiotem badania przez Izbę.

Zamawiającemu nie sposób czynić zarzutu, że zastosował jeden z trybów podstawowych, nawet jeżeli możliwe było zastosowanie trybu niekonkurencyjnego. Dostrzeżenia bowiem wymaga, iż podmiot, z którym zamawiający mógłby prowadzić negocjacje w trybie niekonkurencyjnym, znajdował będzie się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców, którzy mogą potencjalnie być zainteresowani przedmiotem zamówienia. Nigdy zatem w takiej sytuacji nie dojdzie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, zwłaszcza na niekorzyść odwołującego. Możliwość natomiast wykonania przedmiotu zamówienia przez innego wykonawcę, niż odwołujący wymagałaby zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia, a tego odwołujący nie uczynił.

Druga część zarzutu dotyczy braku uprawnień zamawiającego do dokonania zamówienia w skali ogólnokrajowej na potrzeby innych sądów powszechnych niż zamawiający.

Przyjmując, że czynnością której niezgodność z ustawą Pzp zarzuca odwołujący zamawiającemu jest czynności wszczęcia i prowadzenia przedmiotowego postępowania bez uprawnień zamawiającego do dokonania zamówienia w skali ogólnokrajowej na potrzeby innych sądów powszechnych niż zamawiający (nie zaś „stan braku uprawnień”) wskazać należy, że aby przypisać zamawiającemu naruszenie w tym zakresie koniecznym jest wskazanie przepisu ustawy Pzp, z którego wynikałby zakaz wszczęcia i prowadzenia postępowania w takiej sytuacji. Odwołujący wskazał art. 67 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp, z którego zakazu takiego w żadnym razie wyprowadzić się nie da.

Uwzględniając fakt, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, a niezgodność ta dotyczyć może jedynie ustawy Pzp (i jej aktów wykonawczych) ewentualna niezgodność działań zamawiającego (czynność wszczęcia i prowadzenia postępowania) z przepisami innych aktów prawnych, nie wpisuje się w zakres, który można kwestionować w odwołaniu. Ponadto Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczyć mogą wyłącznie niezgodności czynności zamawiającego z ustawą Pzp.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 472 k.c. oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 oraz 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331), poprzez narzucanie uciążliwych warunków umownych ocenianych przez ustawodawcę jako czyny nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie trafnie podniósł, że zarzut opiera się w zasadzie na naruszeniu przepisów kodeksu cywilnego i ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a nadto, że w ramach podstawy prawnej zarzutu odwołujący przywołał przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku którego odwołujący winien podnieść jego naruszenie w związku z innymi przepisami ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ponownie wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, a niezgodność ta

dotyczyć może jedynie ustawy Pzp (i jej aktów wykonawczych), zaś ewentualna niezgodność czynności zamawiającego (sporządzenie treści SIWZ w tym wzoru umowy) z przepisami innych aktów prawnych, nie może być samodzielną podstawą zarzutu w odwołaniu. Odwołujący może więc wobec działań podejmowanych przez zamawiającego formułować zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy, a także innych aktów prawnych, jednak tylko o tyle, o ile odwołuje się do nich ustawa Pzp. Przepisy kodeksu cywilnego nie mogą być samodzielnie podstawą podnoszonych zarzutów. Tego typu zarzuty powinny być bowiem podnoszone w kontekście naruszenia przede wszystkim przepisów ustawy Pzp i dopiero następnie w kontekście kodeksu cywilnego.

Fakt, że w przypadku zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp konieczne jest wskazanie innych przepisów tejże ustawy, które zostały przez zamawiającego naruszone wynika z samego brzmienia tego artykułu: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” (ustawy Pzp) – wybór wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp jest zakazany i nie może prowadzić do udzielenia zamówienia takiemu wykonawcy. Ponadto, warto zauważyć, że przepis ten nie może zostać naruszony na etapie wstępnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związanym konkretnie z ogłoszeniem tego postępowania z tej prostej przyczyny, że na tym etapie zamawiający nie dokonuje jeszcze wyboru najkorzystniejszego wykonawcy.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że z uwagi na przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznanie „uzupełnionego zarzutu naruszenie uczciwej konkurencji” (str. 4-6 pisma odwołującego z dnia 6 października 2014 r. złożonego na posiedzeniu), jest niedopuszczalne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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:

.....