

WYROK

z dnia 7 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Anna Packo

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2016 r. przez wykonawcę **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Agencję Rynku Rolnego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Comarch Spółka Akcyjna w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rynku Rolnego – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opiekę serwisową Zintegrowanego Systemu Informatycznego, wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE numer referencyjny 44/2016.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 października 2016 roku wykonawca Asseco Poland SA w Rzeszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności oraz zaniechań zamawiającego, tj.:

- a. zastosowania z naruszeniem ustawy P.z.p. trybu zamówienia z wolnej ręki,
- b. podjęcia decyzji o zamiarze udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie Kraków) (dalej „ComArch”) i publikacji ogłoszenia o przedmiotowym zamiarze udzielenia zamówienia (ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*),
- c. zaniechania podzielenia zamówienia na części,
- d. zaniechanie zastosowania jednego z podstawowych trybów udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- a. art. 67 ust. 1 lit. a ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z uwagi na to, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, podczas gdy zamówienie może być wykonane również przez innych wykonawców i nie zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze,
- b. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z uwagi na fakt, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, podczas gdy zamówienie może być wykonane również przez innych wykonawców i nie zachodzi przesłanka przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych,

c. art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzi podstawa do zastosowania trybu z wolnej ręki, podczas gdy stan faktyczny nie uprawnia do zastosowania tego trybu postępowania,

d. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, pomimo niespełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu,

e. art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wskazania powodów, dla których zamawiający zaniechał podzielenia zamówienia na części.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie przedmiotowego postępowania i udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 października 2016 r. pod numerem 2016/S196-353779, pod adresem:

<http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:2c;^77Q-20i6:TEXT:PL:HTML&src=o>

Strona internetowa zamawiającego

Strona internetowa, na której zamawiający opublikował ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*

http://www.arr.gov.pl/data/00141/0gloszenie_zp_arr_07102016_pn44.pdf oraz uzasadnienie do wyboru trybu z wolnej ręki

http://www.arr.gov.pl/data/00141/uzasadnienie_zp_arr_07102016_pn44.pdf

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest podmiotem posiadającym kwalifikacje i doświadczenie w realizacji kontraktów na utrzymanie i rozwój systemów spełniających podobne funkcje jak system posiadany przez zamawiającego. Odwołujący informował uprzednio zamawiającego o tych okolicznościach i zgłaszał gotowość wzięcia udziału w postępowaniu, które zostałyby ogłoszone w jednym z trybów konkurencyjnych.

Odwołujący poinformował, że jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia na utrzymanie i rozwój systemu wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE. Dokonany przez zamawiającego wybór trybu oraz wykonawcy pozbawił odwołującego takiej możliwości, przez co odwołujący poniósł szkodę.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 11 października 2016 roku zamawiający ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia spółce ComArch S.A. w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p.

Przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa nad Zintegrowanym Systemem Informatycznym wspierającym realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE. W sekcji II.1.4) Zamawiający zamieścił krótki opis:

„i. Przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa nad zintegrowanym systemem informatycznym wspierającym realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE.

Zamawiający przewiduje prowadzenie negocjacji w celu ustalenia warunków kontynuacji świadczenia usług serwisowych dla ZSIARR, realizowanych dotychczas przez Comarch na podstawie umowy z 7 stycznia 2014 r., w tym:

- Dostosowanie zasad współpracy Stron do aktualnych warunków i standardów rynkowych,
- Optymalizację warunków współpracy poprzez uwzględnienie w postanowieniach umowy wniosków i obserwacji Stron wynikających z dotychczasowej współpracy,
- Uwzględnienie w postanowieniach umowy planowanego przekształcenia ARR w Agencję Rozwoju Obszarów Wiejskich (dalej: „AROW”) oraz przejęcia części zadań ARR przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej: „ARiMR”),
- Ustalenie możliwości oraz zasad obsługi przez Comarch procesu instalacji modyfikacji i poprawek ZSI ARR w środowisku testowym i produkcyjnym.”

Ponadto w sekcji II. 1.6) Informacje o częściach zamawiający poinformował, że to zamówienie nie jest dzielone na części, a szacunkowa wartość zamówienia bez VAT wynosi 13 300 000.00 PLN.

Zamawiający wskazał opis przedmiotu zamówienia:

„Objęcie opieką serwisową z zachowaniem skróconych czasów reakcji i naprawy, zintegrowanego systemu informatycznego CAPS - Egeria, wspierającego realizację zadań

ARR jako agencji płatniczej UE w zakresie zapewnienia należytej pracy oprogramowania oraz realizacji potrzeb informatycznych zamawiającego:

- CAPS w podziale na zadania ARR.
- Egeria (w zakresie 240 licencji Egeria) w podziale na podsystemy: Egeria - WPR, Egeria - Administracja, Egeria - Fundusze promocji, Egeria - Program Operacyjny Pomoc Żywnościowa.”

Zamawiający w ogłoszeniu wskazał w sekcji IV. 1.1) Rodzaj procedury uzasadnienie dla zastosowania trybu z wolnej ręki:

„Uzasadnieniem prawnym dla zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazując na ochronę praw wyłącznych, łącznie z prawami własności intelektualnej

Podstawą prawną udzielenia zamówienia z wolnej ręki na opiekę serwisową dla zintegrowanego systemu informatycznego AJRR są przepisy art. 67 ust. 1 pkt lit. a i b ustawy prawo zamówień publicznych, natomiast podstawą faktyczną jest brak możliwości udzielenia zamówienia innemu podmiotowi, z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, a także ze względu na ochronę praw wyłącznych (majątkowych praw autorskich) wykonawcy Comarch S.A., przy jednoczesnym braku możliwości zastosowania rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia, parametrów zamówienia. Zamówienie może być realizowane tylko przez Comarch S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, ponieważ Comarch S. A. jest jedynym podmiotem, który posiada kody źródłowe oraz autorskie prawa majątkowe do systemu EGERIA, przez co jako jedyny jest w stanie objąć opieką serwisową ZSIARR. System ten składa się ze ściśle zintegrowanych ze sobą modułów, tj. CAPS oraz EGERIA. Moduły te od 2003 r. były dostosowywane do zmian prawnych oraz bieżących potrzeb Zamawiającego, a proces ich integracji zaszedł tak daleko, że modyfikacja jednego z modułów w przeważającej większości przypadków pociąga za sobą konieczność modyfikacji pozostałych, a podczas usuwania błędów zdiagnozowanych w modułach CAPS wymagana jest ingerencja w struktury systemu EGERIA.

Nie jest możliwe wydzielenie części modułów systemu i udzielenie ich w ramach odrębnych zamówień, o czym przesądzała już KIO w wyroku z g. 10.2012 r., sygn. akt: KIO 2033/12 (podtrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 11.06.2013 r., sygn. akt: V Ca 3101/12) orzekając o możliwości udzielenia Comarch S.A. zamówienia na aktualnie świadczoną opieką serwisową ZSI ARR, stwierdzając między innymi, że: „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.” Zamówienie może być realizowane wyłącznie przez Comarch S.A. także z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (autorskich praw majątkowych). Jedynie Comarch S.A. posiada autorskie prawa majątkowe do oprogramowania....”

Odwołujący podniósł, że przywołany przez zamawiającego wyrok KIO zapadł w innym stanie prawnym, albowiem zgodnie z brzmieniem znowelizowanego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p. zamawiający przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki może się powoływać na przesłanki techniczne oraz prawa wyłączne jedynie w sytuacji, gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu do zastosowania trybu jedynie oświadczył, że nie istnieje na rynku rozwiązanie alternatywne ani zastępcze, które w zbliżonym stopniu byłoby dostosowane dla zamawiającego i którego byłby porównywalny do kosztu utrzymania i rozwoju aktualnie posiadanego rozwiązania. Zamawiający w uzasadnieniu do zastosowania trybu z wolnej ręki nie wykazał, że przeprowadził jakiegokolwiek badanie rynku w celu zbadania, czy istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze. Co więcej, odwołujący pismem z dnia 9 stycznia 2015 roku zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyeliminowanie przeszkód dla przeprowadzenia trybu konkurencyjnego, które zostały stwierdzone w 2012 roku w celu zapewnienia przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (pismo z dnia 9.01.2015 r. w załączeniu) wskazując, że wykonywał już integracje swoich systemów z systemem EGERIA. Asseco wskazało w piśmie, że zapewnienie utrzymania i rozwoju wszystkich publicznych systemów, które są równie, a może i bardziej złożone, zintegrowane i specyficzne, dokonywane jest na drodze wyłonienia wykonawcy w przetargu. Stanowi to wyraz poszanowania prawa w zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych, przy równoczesnym zachowaniu stabilności i bezpieczeństwa owych systemów. Jako przykłady właściwego podejścia należy wskazać postępowanie na utrzymanie i rozwój Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS, System Informatyczny Agencji w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, System OFSA, OFSA- PROW, OFSA RG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, System EBS UE w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Nowy System Informatyczny Ubezpieczeń (NSIU) w Kasie Rolniczego ubezpieczenia Społecznego, System FARMER w Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i wiele innych. Ponadto w piśmie odwołujący wskazał na

okoliczność, 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. W związku z powyższym zwrócił się o udostępnienie dokumentacji systemu opisującej architekturę fizyczną, dokumentację użytkownika oraz techniczną opisującą m.in. strukturę bazy danych oraz interfejsy integracji systemu EGERIA z systemami dziedzinowymi (w szczególności CAPS), dokumentację analityczną opisującą m.in. wymagania funkcjonalne oraz нефункционалне celem przygotowania rynku IT do złożenia oferty w postępowaniu, które wyłoni wykonawcę utrzymania i rozwoju systemu w Agencji Rynku Rolnego po zakończeniu obecnej umowy w 2016 roku.

Zamawiający decyzją Nr 0173.1.10.2015.134 w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej odmówił odwołującemu dostępu do jakiegokolwiek dokumentacji w tym do wiedzy na temat interfejsów integracji systemu EGERIA z systemami dziedzinowymi, wskazując w uzasadnieniu konieczność ochrony interesów obecnego wykonawcy ComArch S.A.

Odwołujący podniósł, że zamawiający od 2012 roku miał czas na uzyskanie od ComArch S.A. licencji do pól eksploatacji, które umożliwiłyby otwarcie systemu na rynek, a zgodnie z informacją zawartą z decyzji Nr 0173.1.10.2015.134 w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej takich działań w ogóle nie podjął. Już na początku 2015 roku ARR wskazał, że nawet nie dokonał rozpoznania dotyczącego możliwości zapewnienia Agencji uprawnienia do utrzymania i rozwoju systemu.

„ARR nie dysponuje informacją na temat wielkości środków finansowych jakich należałoby użyć, aby zakupić prawa majątkowe autorskie (licencje)” (str. 7 decyzji).

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem KIO, okoliczność, że zamawiający nie uzyskał praw majątkowych na skutek własnych zaniechań nie może stanowić przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b: „kontraktowa ochrona prawa wyłącznego nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. i nie może być obiektywną przesłanką do udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym wcześniej zawarto tę umowę. Izba stwierdziła, że nieprzeniesienie autorskich praw majątkowych na zamawiającego nie może stanowić przesłanki do skutecznego powołania się na dyspozycję określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy P.z.p. Autorskie prawa majątkowe, w odróżnieniu od praw osobistych, jako prawa zbywalne mogą być bowiem przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez re negocjacje umów zawartych z autorem.

Należy wskazać, że przyjęcie, iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę podstawową [...], mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna” (uchwała KIO z dnia 28 grudnia 2012 roku, KIO/KD 102/12). Odwołujący podkreślił, że zamawiający w ogóle nie podjął próby zapewnienia Agencji pól eksploatacji w zakresie możliwości modyfikacji systemu w obszarach, które umożliwiają wybór wykonawcy z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, przeciwnie, stanowisko ARR doprowadza do sztucznego monopolu czym narusza podstawowe zasady zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdził, że w 2010 r. KIO podjęła uchwałę, w której podkreśliła, że przesłanka praw wyłącznych nie może wynikać z tego, że zamawiający nie zabezpieczył wcześniej swoich praw: "Ponadto Izba zauważa, że w świetle „Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę” okolicznościami uzasadniającymi istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa nie mogą być sytuacje, które mają swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, w szczególności, jeżeli wynika to z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów co do przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego”.

Zamawiający wskazał na konieczność udzielenia zamówienia ComArch z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, czyli na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Zgodnie z Wytycznymi UZP pt. "Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę": Aby odwołać się od przesłanki praw wyłącznych, nie wystarczy jednak, że dany produkt chroniony jest prawami wyłącznymi - niezbędne jest również wykazanie, że produkty te mogą być wytworzone lub dostarczone tylko przez określonego wykonawcę. Należy więc wykazać również, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne rozwiązaniom, objętym prawem autorskim lub patentem, które odpowiadałyby potrzebom

zamawiającego. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innych wykonawców nie może on powoływać się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców. Przykładowo, nie zostały uznane ze okoliczności uzasadniające skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki sytuacje: a) gdy na rynku obok zaproszonej do negocjacji firmy funkcjonują również inni wykonawcy, którzy w ramach swojej działalności gospodarczej realizują usługi objęte danym zamówieniem, b) jeżeli okoliczności uzasadniające istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa miały swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, w szczególności jeżeli wynika to z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów odnośnie przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego.” Wbrew stanowisku zamawiającego okoliczności niniejszej sprawy nie potwierdzają przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. opisanej powyżej.

W ocenie odwołującego, mając na uwadze linię orzeczniczą KIO, zamawiający nie może powoływać się na przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy P.z.p. w sytuacji, gdy okoliczność, że zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynika z faktu, że zamawiający zawierając kolejne umowy z ComArch S.A. nie zabezpieczył swoich praw.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p. 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 ustawie Pzp. W przypadku zastosowania innych niż podstawowe tryby to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania w uzasadnieniu, że zostały spełnione przesłanki wskazane w ustawie Pzp.

Zamawiający w uzasadnieniu do zastosowania trybu z wolnej ręki wskazał, że „Jedynie ComArch S.A. posiada autorskie prawa majątkowe do oprogramowania EGERIA oraz do ich modyfikacji (...)nie jest możliwe wydzielenie modułów do oddzielnych zamówień ze względu na ich ścisłą integrację i wzajemne przenikanie się. Jednocześnie bez istotnych modyfikacji żaden z modułów ZSI ARR z osobna nie może realizować przypisanych mu zadań, ale i nie może być samodzielnie rozwijanym w zakresie pozwalającym na znaczące zmiany lub wprowadzenie nowych procesów biznesowych”.

Odwołujący podniósł, że stosownie do dyspozycji zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Dla prawidłowego zastosowania przepisu art.

67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie jest wystarczające przekonanie zamawiającego, że konkretny wykonawca jest w stanie zrealizować dane zamówienie w sposób najbardziej adekwatny do założeń zamawiającego. Zamawiający musi bowiem wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Niezbędne jest zatem obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie wykonać. Należy zaznaczyć, iż sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Jak podkreśla Trybunał w swoich orzeczeniach, zamawiający jest zobowiązany do wykazania, że z „przyczyn technicznych” było bezwzględnie konieczne udzielenie kwestionowanego zamówienia jednemu wykonawcy (np. sprawa C-57-93 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej). Podobne stanowisko zawarte jest w krajowych orzeczeniach sądowych. Sąd Najwyższy wskazał, że przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym w ustawie o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu” (Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, OSNCP 2001, nr 22, poz. 657). Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny podkreślał, że przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, które ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r., II SA 2074/00, Wokanda 2001, nr 1, poz. 39). W powyższą linię orzecniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza (np. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09, uchwała z dnia 26 czerwca 2013 r. KIO/KD 58/13) (stanowiska przywołane w uchwale KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. KIO/KD 26/16).

Odwołujący zauważył, że uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego nie wskazuje, że ze względów technicznych o obiektywnym charakterze nie jest możliwe

wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę niż ComArch S.A. Jak wskazuje KIO, przesłanka wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę musi być więc zobiektywizowana, a przyczyny techniczne powinny zachodzić, gdy niezbędnie konieczne jest posiadanie szczególnych kwalifikacji, sprzętu lub innego wyposażenia, a wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione (Uchwała KIO z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09).

Odwołujący podniósł, że zamawiający w sekcji II. 1.4) Ogłoszenia pt. Krótki opis wskazał, „Uwzględnienie w postanowieniach umowy planowanego przekształcenia ARR w Agencję Rozwoju Obszarów Wiejskich (dalej: „AROW”) oraz przejęcia części zadań ARR przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej: „ARiMR”)”. Odwołujący wskazał, że z uzasadnienia do wyboru trybu zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego wynika, że jest to zakres związany z zaprojektowaniem, budową i wdrożeniem nowego systemu, a projekt został „wstrzymany do czasu wydania, finalnej decyzji odnośnie projektu optymalizacji Agencji i formuły funkcjonowania ARR w kolejnych latach.” Zamawiający wskazał jednocześnie, że do czasu zbudowania i wdrożenia nowego rozwiązania konieczne jest jednak zapewnienie nieprzerwanego funkcjonowania ZSI ARR oraz bieżącego dostosowania tego systemu do potrzeb Zamawiającego. Obszar związany z przekształceniem ARR w ARÓW oraz przejęcia części zadań ARR przez ARiMR powinien zostać wydzielony z przedmiotowego zamówienia i udzielony w jednym z trybów podstawowych, brak jest bowiem przesłanek dla zlecenia przedmiotowych zadań w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący stwierdził, że ARR nie dysponuje prawem do modyfikacji jedynie w odniesieniu do oprogramowania EGERIA, natomiast system CAPS oraz liczne rozbudowy zlecane przez ARR na przestrzeni lat dają zamawiającemu możliwość zlecenia utrzymania i rozbudowy systemu, co determinuje konieczność podzielenia zamówienia na części.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 października 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że umowami z dnia 30 października 2002 r. oraz 7 listopada 2003 r. wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie wdrożył w Agencji Rynku Rolnego zintegrowany system informatyczny wspierający realizację zadań ARR (zwany dalej: „ZSI ARR” lub „System”). W następnych latach System ten był rozwijany i utrzymywany przez wykonawcę Comarch i w oparciu o kolejne umowy. Funkcjonalność ZSI ARR była dostosowywana do zmieniającego się otoczenia prawnego oraz bieżących potrzeb ARR. W chwili obecnej, ZSI ARR jest utrzymywany i rozwijany przez Comarch w oparciu o umowę z dnia 7 stycznia 2014 r., obowiązującą do dnia 31 grudnia 2016 r.

Mechanizmy Wspólnej Polityki Rolnej (dalej: „WPR”, ang. CAP) są w ARR realizowane ze wsparciem ZSI ARR, którego podstawa jest oprogramowanie wyprodukowane przez Comarch, tzn. system EGERIA oraz moduły dedykowane znane pod wspólna nazwa CAPS (ang. Common Agricultural Policy Support).

System EGERIA jest wielomodułowym, standardowym systemem klasy ERP (ang. Enterprise Resource Planning) autorstwa spółki Comarch, do którego licencję zakupiła ARR. System EGERIA jest oprogramowaniem tzw. „z półki”, czyli dostępnym w powszechnej dystrybucji, które od czasu zakupu zostało istotnie przebudowane i zaadaptowane do potrzeb ARR. Umowa na zakup i wdrożenie tego systemu przewiduje udzielenie licencji na czas nieokreślony dla ustalonej liczby użytkowników. Kolejne umowy na serwisowanie tego systemu posiadają stosowne zapisy o udzieleniu licencji, natomiast dostęp do kodów źródłowych EGERIA oraz prawną i faktyczną możliwość dokonywania jakichkolwiek zmian w systemie posiada wyłącznie Comarch.

Z kolei system CAPS, stanowiący zbiór modułów dedykowanych poszczególnym mechanizmom WPR, powstał dla realizacji specyficznych potrzeb ARR i jest użytkowany w celu wsparcia realizacji tychże mechanizmów, za które jest odpowiedzialna ARR, jako monopolista w zakresie przypisanych tej Agencji zadań ustawowych. Realizacja mechanizmów WPR odbywa się w ARR w oparciu o ustalone procedury, zgodne z wymaganiami Komisji UE, co podlega corocznej certyfikacji realizowanej przez podmiot zewnętrzny upoważniony przez KE. Dla prawidłowego wykonywania przez Agencję obowiązków przypisanych agencjom płatniczym, konieczne jest pełne serwisowanie zintegrowanego Systemu CAPS - EGERIA z zachowaniem krótkich czasów reakcji i naprawy.

Ze względu na konieczność zapewnienia zgodności pomiędzy sposobem działania systemów informatycznych, a zatwierdzonymi przez Komisję UE i obowiązującymi w ARR procedurami realizacji mechanizmów Wspólnej Polityki Rolnej UE, opracowanymi na podstawie stale zmieniających się przepisów prawa unijnego i krajowego, wystąpiła konieczność znacznej przebudowy i głębokiej integracji systemu EGERIA z modułami CAPS budowanymi wyłącznie na potrzeby Agencji Rynku Rolnego i specyficznymi tylko dla niej jako agencji płatniczej UE.

Integracja pomiędzy modułami CAPS a systemem EGERIA została wykonana i nadal jest realizowana poprzez zaawansowane mechanizmy warstwy styku międzysystemowego. Wykorzystują one między innymi wspólne słowniki (listy kodów wykorzystywanych w systemach), implementację złożonych mechanizmów pozwalających na ścisłe 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 źródłowego. Dla realizacji funkcjonalności modułu CAPS konieczne jest wykorzystanie modułu EGERIA i odwrotnie - korzystanie z modułu EGERIA jest równoznaczne z wykorzystaniem modułu CAPS.

Bez istotnych modyfikacji nie tylko żaden z tych elementów z osobna nie może w ARR 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 modyfikacji pozostałych. Wzajemne powiązania międzymodułowe są na tyle silne, że mamy do czynienia w zasadzie z jednym zintegrowanym systemem ERP z dobudowanymi modułami dedykowanymi realizującymi funkcje specyficzne dla ARR.

Podczas usuwania błędów zdiagnozowanych w modułach CAPS, w związku ze ścisłą integracją z systemem EGERIA, wymagana jest ingerencja w struktury systemu EGERIA. W szczególności przyczyną błędu manifestującego się w oprogramowaniu CAPS może być wada w systemie EGERIA i odwrotnie.

Systemy EGERIA i CAPS podlegały ciągłym modyfikacjom, dokonywanym przez Comarch w ramach kolejno zawieranych umów utrzymaniowych. W efekcie ZSI ARR eksploatowany obecnie przez ARR stanowi rozwiązanie autorskie Comarch, istotnie zmodyfikowane w stosunku do wersji wdrożonej pierwotnie, dostosowane do potrzeb ARR i uwzględniające zmiany, których dokonywanie było konieczne od zakończenia budowy Systemu w 2004 roku do chwili obecnej. ZSI ARR podlega także bieżącym modyfikacjom w oparciu o umowę z dnia 7 stycznia 2014 r. Dokumentacja ZSI ARR jest przedmiotem ochrony jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa Comarch, zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 7 stycznia 2014 r.

Majątkowe prawa autorskie do oprogramowania EGERIA oraz do dokonywanych modyfikacji tego oprogramowania przysługują wykonawcy Comarch.

Przedmiotem Postępowania jest kontynuacja świadczonych dotychczas usług utrzymania i rozwoju ZSI ARR, w okresie do dnia 30 czerwca 2019 r. W ramach tych usług realizowane są świadczenia umożliwiające bieżącą eksploatację ZSI ARR oraz dostosowanie tego systemu do zmieniających się uwarunkowań, w szczególności polegające na usuwaniu błędów oraz wprowadzaniu poprawek i rozszerzeń systemu informatycznego w celu bieżącego zapewnienia realizacji zadań ARR.

W ramach świadczonych usług konieczne jest dokonywanie modyfikacji oprogramowania składającego się na ZSI ARR. Wymaga to nie tylko specjalistycznej wiedzy, lecz także znajomości systemu i doświadczenia w jego utrzymaniu, z uwagi na fakt, iż dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadań ARR, działania wykonawcy w stosunku do ZSI muszą być dokonywane w restrykcyjnym reżimie czasowym, zgodnie z ustalonym poziomem usługi (SLA).

Funkcjonalności ZSI ARR są prostą pochodną zadań realizowanych przez ARR. Zamawiający podkreślił, że są to zadania właściwe dla ARR, o specyficznym charakterze związanym bezpośrednio z działalnością tej Agencji. Nie istnieje inny podmiot, który wykonuje zadania tego rodzaju.

W chwili obecnej toczą się prace legislacyjne, których celem jest optymalizacja funkcjonowania agencji rolnych, w tym likwidacja ARR i powołanie jednego podmiotu (o roboczej nazwie Agencji Rozwoju Obszarów Wiejskich - ARÓW), który przejąłby zadania realizowane obecnie przez ARR oraz przez Agencję Nieruchomości Rolnych, z tym zastrzeżeniem, że zadania agencji płatniczej realizowane przez ARR mają zostać przejęte przez ARiMR. Ostateczny kształt rozwiązań ustawowych w tym zakresie nie jest jeszcze znany (projekt ustawy jest w procesie konsultacyjnym, w chwili obecnej zakładane jest rozpoczęcie prac w komisjach sejmowych od dnia 21 listopada 2016 r., a według obecnego harmonogramu planowana likwidacja ARR oraz przejęcie jej zadań przez ARÓW i ARiMR ma nastąpić 1 stycznia 2017 r.), jednak niezależnie od tego, jak potoczą się dalsze prace, pewne jest, że zadania realizowane obecnie przez ARR będą musiały być w sposób nieprzerwany i niezakłócony wykonywane nadal. Obecna umowa utrzymaniowa dotycząca ZSI ARR wygasa natomiast 31 grudnia 2016 r. W perspektywie należy zakładać kompleksowe uregulowanie obszaru informatycznej obsługi zadań ARÓW oraz zadań ARiMR, obejmujących także zadania przejęte przez ARR. Zamawiający podjął działania w kierunku przygotowania postępowania mającego na celu budowę nowego systemu, jednak nie uzyskały one formalnego biegu w związku z faktem, iż nie jest jeszcze znany ostateczny kształt zmian organizacyjnych systemowych mających nastąpić w ramach projektu optymalizacji agencji rolnych. W chwili obecnej nie ma więc jeszcze jednolitej koncepcji w tym zakresie i nie sposób przesądzić, czy kiedy ZSI ARR zostanie zastąpiony przez inny system informatyczny.

Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołującego, obiektywne przyczyny techniczne dla których udzielenie zamówienia jest możliwe wyłącznie na rzecz wykonawcy Comarch istnieją, co zostało już wielokrotnie potwierdzone w postępowaniach kontrolnym, odwoławczym i skargowym, w identycznym stanie faktycznym.

ZSI jest rozwiązaniem bardzo złożonym, składającym się z dwudziestu jeden modułów podsystemu CAPS oraz z czternastu modułów podsystemu EGERIA. Poszczególne moduły systemu EGERIA są powiązane zarówno między sobą jak i pomiędzy modułami systemu CAPS, co stanowi ścisłą siatkę zależnych od siebie funkcji systemowych, składających się na ZSI ARR. System CAPS posiada ponad 1000 formatek i ok 900 tys. wierszy w pakietach, procedurach, funkcjach i wyzwalaczach - co oznacza, że świadczenie usług opieki serwisowej wymagania posiadania dużej wiedzy merytorycznej o systemie CAPS i umiejętności sprawnego, bieżącego korzystania z posiadanej wiedzy i doświadczenia. W utrzymanie ZSI ARR zaangażowany jest zespół inżynierów i programistów Comarch, posiadający wiedzę o dokonanych dotychczas zmianach oraz pierwotnych założeniach systemu ZSI ARR, jakie były przyjęte przy jego budowie, a także o obecnym kształcie systemu, będącym wynikiem prac realizowanych w ramach utrzymania od 2004 roku. Zapewniając bieżące wsparcie systemu zespół w sposób nieustanny musi bazować na wiedzy o architekturze i strukturze oprogramowania, tylko w ten sposób mogąc zapewnić np. usunięcie błędów w wymaganych przez Zamawiającego terminach. Trzeba podkreślić, że zespół Comarch utrzymujący ZSI ARR jest w znacznej części niezmienny od momentu budowy tego systemu, co podkreśla unikatowość jego kompetencji.

W ocenie zamawiającego, nie bez znaczenia jest także okoliczność, iż ani odwołujący, ani żaden inny podmiot, poza zamawiającym i Comarch, nie posiada dostępu do dokumentacji ZSI ARR. Dostęp ten jest ograniczony poprzez konieczność ochrony informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Comarch. Zamawiający podkreślił przy tym, że ochrona *know - how* Comarch wynika nie tylko z treści umowy z 7 stycznia 2014 r., lecz także jest uprawnieniem tego wykonawcy wynikającym z zasad ogólnych, w szczególności z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiujących zakres ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może w żaden sposób przeciwstawić się realizacji prawa Comarch do ochrony informacji, które spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w myśl obowiązujących przepisów. Tak więc odmowa udostępnienia takich informacji przez Comarch (zarówno chronionych prawem autorskim, jak i nieobjętych taką ochroną), jest uzasadnioną przeszkodą udzielenia przez zamawiającego innym podmiotom informacji technicznych, których posiadanie jest jednym z elementów niezbędnych do świadczenia utrzymania ZSI ARR.

W ocenie zamawiającego, argumenty odwołującego wskazujące, iż posiada on doświadczenie w integracji swoich systemów z systemem EGERIA, a także wskazanie, iż istnieje możliwość migrowania rozwiązań ERP na inne platformy w celu osiągnięcia efektywności kosztowej lub możliwości stworzenia nowych funkcjonalności nie są argumentami przekonywującymi. Przede wszystkim sam odwołujący wskazuje tylko jeden

przykład takiej integracji, co wskazuje raczej, że innych doświadczeń tego rodzaju nie posiada. Ponadto, sam fakt wykonania integracji z dowolnym systemem informatycznym nie oznacza, że dany wykonawca jest w stanie wykonać każdy projekt tego rodzaju. Integracja systemów informatycznych dokonywana jest zazwyczaj poprzez przyłączenie zewnętrznego oprogramowania za pomocą mechanizmów lub narzędzi do tego dedykowanych (np. tzw. szyna danych), albo za pomocą mechanizmów zapewnionych przez system, z którym ma być zintegrowane inne oprogramowanie (np. ustandaryzowanych interfejsów). ZSI ARR takich narzędzi ani mechanizmów nie posiada i jak już zostało wspomniane jest to hermetyczne rozwiązanie informatyczne, składające się z dwóch głównych podsystemów, które komunikują się ze sobą i współpracują wprost, bez jakichkolwiek mechanizmów pośrednich. Wykonanie integracji jakiegokolwiek oprogramowania z systemem ZSI ARR wymagałoby przeprowadzenia długotrwałego projektu, w ramach którego niezbędne byłoby zapewnienie wykonawcy przez Comarch wiedzy oraz uprawnień dotyczących ZSI ARR. Nawet więc ewentualna integracja ZSI ARR z innym systemem wymaga udostępnienia przez Comarch jego unikalnego *know - how* dotyczącego systemu jako całości, jak i udzielenia stosownych uprawnień (licencji) na dokonanie odpowiednich modyfikacji oprogramowania składającego się na ZSI ARR w obszarze podsystemu EGERIA.

Ze względu na ścisłe powiązanie systemu EGERIA z modułami CAPS niemożliwy jest podział zamówienia na części. Tego rodzaju ścisłe połączenie obydwu systemów powoduje, iż ingerencja w jeden z nich musi (w większości przypadków) skutkować analogiczną ingerencją w drugi. Jak już zostało zaznaczone, obsługa błędów stwierdzonych w module CAPS wymaga możliwości dokonania zmian w module EGERIA, podobnie, jak przyjęcie zlecenia na modyfikację, której konieczność dokonania wynika zazwyczaj ze zmieniającego się otoczenia prawnego (np. zmiana sposobu realizacji zadań przez Agencję lub rozszerzenie zakresu istniejącego zadania), wymaga dokonania zmian w obu podsystemach. Oznacza to, że utrzymanie ZSI ARR musi być świadczone jako jednolita usługa, obejmująca swoim zakresem usuwanie błędów i dokonywanie zmian w całym ZSI ARR.

Zamawiający wskazał, że tę okoliczność potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 października 2012r., sygn. akt: KIO 2033/12 (potrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2013 r., sygn. akt: V Ca 3101/12) - moduły EGERIA oraz CAPS przenikają się z systemem ZSI ARR zarówno na poziomie kodu, jak i danych a bez istotnych modyfikacji nie tylko żaden z tych elementów z osobna nie może w ZSI ARR realizować przypisanych mu zadań, ale i być samodzielnie rozwijanym w zakresie pozwalającym na znaczące zmiany lub wprowadzanie nowych procesów biznesowych.

Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę powyżej omówioną specyfikę i rozmiar systemu, wymagania techniczne, które muszą być spełnione, warunki nadzoru autorskiego i wsparcia technicznego, jak i ciągle dostosowywanie systemu ZSI ARR do zmieniających się przepisów prawnych, a także potrzebę zapewnienia ciągłości wykorzystywania podstawowych funkcji systemu, w oparciu o okoliczności wskazane powyżej, Comarch, z przyczyn technicznych wynikających ze ścisłej integracji obu systemów, był i nadal jest jedynym podmiotem zdolnym do zrealizowania przedmiotowego zamówienia zgodnie z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. W przytoczonym wyroku KIO potwierdziła również, iż w takich okolicznościach faktycznych zasadne jest zastosowanie trybu z wolnej ręki nawet w sytuacji kiedy wybrany wykonawca teoretycznie nie jest monopolistą: „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 P.z.p., 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.”

Zamawiający podkreślił, że na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego wydana została uchwała KIO/KD 69/10 - uwzględniająca zastrzeżenia ARR do wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy P.z.p., uznającej za uzasadnione i prawidłowe udzielenie zamówienia z wolnej ręki 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 -tj. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Zamawiający podkreślił, iż kwestia zasadności udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a. była przedmiotem badania w postępowaniu kontrolnym (czego efektem była wspomniana powyżej uchwała), a także w postępowaniu odwoławczym oraz skargowym. Wyrok KIO oraz wyrok Sądu Okręgowego, wydany w następstwie skargi wniesionej na wyrok KIO przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (sygn. V Ca 3101/12), potwierdzające zasadność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, zostały wydane w identycznym stanie faktycznym jak w analizowanym obecnie uzasadnieniu podstaw zastosowania trybu z wolnej ręki. Od czasu ich wydania stan faktyczny w sprawie

nie uległ zmianie, co więcej - doszło w wyniku realizacji ostatnich umów do dalszego pogłębienia integracji systemów składających się na ZSI ARR i złożoności całego systemu. Faktem jest, iż zmianie uległ stan prawny, tzn. dodana została konieczność stwierdzenia, iż nie istnieje rozsądne rozwiązanie zastępcze lub alternatywne, jednak także ta przesłanka jest spełniona i zmiana stanu prawnego nie wpływa na prawidłowość działania zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że drugą przesłanką pozwalającą zamawiającemu na udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w postępowaniu jest ochrona autorskich praw majątkowych Comarch. W ocenie zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że majątkowe prawa autorskie do oprogramowania EGERIA oraz wszelkich jego rozszerzeń i modyfikacji, przysługują wykonawcy Comarch. Czysto techniczne powiązania pomiędzy oprogramowaniem EGERIA a oprogramowaniem CAPS, powodują, że nie jest możliwa obsługa ZSI ARR jako całości, ani też wyodrębnienie obsługi samego oprogramowania CAPS, bez faktycznej ingerencji w oprogramowanie EGERIA. Oznacza to, że zamówienie na obsługę ZSI ARR może być udzielone wyłącznie podmiotowi, któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do oprogramowania EGERIA.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w zasadzie nie kwestionuje powyższej tezy, tzn. nie podważa faktu, iż dla świadczenia obsługi ZSI ARR konieczne jest posiadanie majątkowych praw autorskich lub licencji na modyfikację oprogramowania EGERIA. Odwołujący twierdzi jedynie, że podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b. nie występuje, ponieważ zamawiający w odpowiednim czasie nie zabezpieczył sobie uprawnień niezbędnych do dokonywania modyfikacji oprogramowania EGERIA.

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, ustawa prawo zamówień publicznych nie obliguje zamawiającego do nabywania autorskich praw majątkowych do systemu, z którego korzysta, ani też nie narzuca konieczności nabycia licencji na modyfikację oprogramowania. Faktem jest, że postulaty tego rodzaju są w odniesieniu do niektórych przypadków formułowane w doktrynie lub orzecznictwie, jednak nie mają one charakteru bezwzględnego, ani nie odnoszą się do wszystkich przypadków. Z pewnością absurdalnym jest postulat nabywania przez zamawiających uprawnień do oprogramowania standardowego, zwanego też oprogramowaniem „z półki”. Wynika to z faktu, iż wykonawcy oferujący takie oprogramowanie (zarówno najwięksi, jak Microsoft, SAP, Adobe etc, jak i mniejsi, jak np. właśnie Comarch), nie mogą pozbyć się praw autorskich do produktów, na których opierają swój model biznesowy. Oznaczałoby to bowiem utratę możliwości zarabiania na sprzedaży danego produktu, w którego wytworzenie i utrzymanie

dany wykonawca zainwestował. Jest też bardzo rzadkim przypadkiem (a w wypadku większości produktów standardowych jest to wręcz praktyka niespotykana), by producent zezwalał na modyfikacje oprogramowania standardowego dokonywane poza ustalonym cyklem produkcyjnym, kontrolowanym przez wykonawcę. Skutkiem udzielenia uprawnień do niekontrolowanych modyfikacji byłoby bowiem zwielokrotnienie kosztów utrzymania i rozwoju oprogramowania u klientów, którzy z niego korzystają. Nabywanie majątkowych praw autorskich lub licencji na modyfikację może być uzasadnione w niektórych przypadkach, zwłaszcza w odniesieniu do produktów dedykowanych, jak np. oprogramowanie CAPS, do którego zamawiający zresztą prawa nabył.

Zamawiający zaznaczył, że przywołane przez odwołującego wytyczne UZP, mówiące o tym, iż nie jest wystarczającą przesłanką do skorzystania z zamówienia z wolnej ręki ochrona praw wyłącznych, jeżeli wynika to z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów odnośnie przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego, nie są adekwatnym argumentem w niniejszej sprawie. Po pierwsze, wytyczne te nie mogą być interpretowane w sposób właściwy normom prawnym, ponieważ nie stanowią obowiązującego przepisu prawa. Jest to zbiór kierunkowych zaleceń, którego ogólnym celem jest unikanie tworzenia nieuzasadnionego monopolu wykonawcy. Po drugie, omawiane wytyczne wydane zostały w roku 2009, a więc 6 lat po nabyciu przez Zamawiającego oprogramowania EGERIA. W latach 2002 - 2003, w których powstawał ZSI ARR, nie było jakichkolwiek oficjalnych zaleceń, ani też praktyki rynkowej w obszarze nabywania majątkowych praw autorskich lub uprawnień do modyfikacji oprogramowania. Dalsze czynności Zamawiającego (kolejne zamówienia udzielane na rzecz Comarch), były natomiast konsekwencją konstrukcji prawnej i technicznej ZSI ARR, która została ukształtowana w latach 2002 - 2003.

Zamawiający stwierdził, że nie jest też prawdą twierdzenie odwołującego, iż zamawiający nie podjął jakichkolwiek prób pozyskania od Comarch niezbędnych uprawnień oraz danych mogących umożliwić udzielenie innemu podmiotowi zamówienia na utrzymanie ZSI ARR. Do sprowokowania takich prób przyczynił się sam odwołujący, kierując do zamawiającego pismo z dnia 9 stycznia 2015 r., w którym domagał się udostępnienia dokumentacji ZSI ARR właśnie w celu umożliwienia innym podmiotom uczestniczenia w konkurencyjnym postępowaniu o udzielenie zamówienia na utrzymanie ZSI ARR. W konsekwencji zamawiający zwrócił się do Comarch z zapytaniem, czy możliwe jest przekazanie Asseco Poland S.A. przedmiotowej dokumentacji systemu. W odpowiedzi, pismem z dnia 27 lutego 2015 r. wykonawca Comarch stwierdził, że nie wyraża na takie udostępnienie zgody, ponieważ mogłoby to narazić Comarch S.A. na znaczącą szkodę oraz oznaczałoby naruszenie majątkowych praw autorskich do elementów ZSI ARR

przysługujących temu wykonawcy. Takie stanowisko Comarch w sposób nie budzący wątpliwości pokazuje jego negatywne stanowisko w zakresie udostępnienia jego własności intelektualnej oraz dorobku technicznego innym podmiotom. Wobec powyższego podejmowanie dalszych działań zmierzających do potwierdzenia stanowiska Comarch nie było w ocenie zamawiającego celowe.

Zamawiający podkreślił także, że brak możliwości udzielenia zamówienia na utrzymanie ZSI ARR podmiotowi innemu, niż Comarch, pośrednio jest przyznany przez odwołującego, właśnie w treści wspomnianego pisma z dnia 9 stycznia 2015 r. Sam odwołujący twierdzi bowiem, że bez dokumentacji systemu - a więc informacji chronionych zarówno tajemnicą przedsiębiorstwa Comarch, jak i prawem autorskim, nie jest możliwe świadczenie utrzymania przez inne podmioty. Tak więc, tak długo, jak długo Comarch nie wyrazi zgody na rezygnację z ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wytworzonej przez Comarch dokumentacji ZSI ARR oraz nie zgodzi się na udzielenie innemu podmiotowi niezbędnych uprawnień prawnoautorskich, nie jest możliwe powierzenie utrzymania ZSI ARR innemu podmiotowi. 3.7. Nie stanowi również okoliczności uniemożliwiającej udzielenie zamówienia z wolnej ręki fakt, iż odwołujący deklaruje możliwość wykonania przez niego tego zamówienia. Po pierwsze, odwołujący jako poparcie swojej deklaracji podaje jeden tylko przykład integracji swojego oprogramowania z oprogramowaniem EGERIA wykorzystywanym w Elbląskim Przedsiębiorstwie Energetyki Ciepłej. Argument ten jest wysoce nieprzekonujący, ponieważ przedsiębiorstwa energetyki ciepłej są podmiotami o całkowicie różnej specyfice od specyfiki ARR i nie mogą dysponować rozwiązaniami zbliżonymi choćby do ZSI ARR pod względem obsługiwanych procesów, funkcjonalności czy parametrów. Po drugie, nie jest prawdą, że odwołujący jest podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia, bowiem nie mógłby takiego zamówienia wykonać właśnie z uwagi na przyczyny techniczne (brak niezbędnych informacji, w szczególności dokumentacji ZSI ARR) oraz ze względu na przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych (brak uprawnień do modyfikacji istotnej części ZSI ARR, niemożliwej do wydzielenia).

Zamawiający uznał za niezrozumiały zarzut braku podzielenie zamówienia na części, bowiem nie istnieje „obszar” wskazany przez odwołującego. Zamawiający wskazał jedynie w ogłoszeniu, że w postanowieniach umowy z Comarch będą zawarte postanowienia, które będą umożliwiały realizację planów optymalizacji agencji rolnych. Ponadto w uzasadnieniu wyboru trybu zamawiający wskazał wyraźnie, że podejmował działania zmierzające do wszczęcia postępowania mającego na celu budowę nowego systemu informatycznego, który przejmie funkcje realizowane przez ZSI ARR, jednak z uwagi na brak ostatecznej koncepcji projektu optymalizacji agencji rolnych (jak zostało wspomniane, projekty odpowiednich ustaw

są jeszcze procedowane), działania zmierzające do przygotowywania nowego postępowania zostały wstrzymane. Nie byłoby bowiem na obecnym etapie projektu optymalizacji agencji rolnych możliwe sformułowanie opisu przedmiotu takiego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu, że zamawiający powinien wydzielić do osobnego postępowania zamówienie na utrzymanie w odniesieniu do modułu CAPS, ponieważ w odniesieniu do tego podsystemu, Zamawiający posiada majątkowe prawa autorskie, zamawiający stwierdził, że tez ta jest nieuzasadniona, ponieważ przedmiotem zamówienia jest utrzymanie ZSI ARR jako całości i - jak już zostało powiedziane - nie jest możliwe dokonanie podziału tak zdefiniowanego zamówienia. Realizacja zamówienia na utrzymanie podsystemu CAPS wymaga bowiem posiadania wiedzy technicznej oraz uprawnień nie tylko co do systemu CAPS, lecz także co do podsystemu EGERIA. W wielu przypadkach bowiem wykonanie fundamentalnego zadania, jakim jest w ramach umowy utrzymaniowej usunięcie błędu lub dokonanie niezbędnej modyfikacji, możliwe jest w odniesieniu do podsystemu CAPS jedynie poprzez dokonanie modyfikacji w module EGERIA.

Odnosząc się do stwierdzenia, iż – w odniesieniu do poprzednich postępowań – nastąpiła zmiana stanu prawnego, zamawiający stwierdził, że zasadność wszczęcia w identycznym stanie faktycznym postępowania w trybie z wolnej ręki została jednoznacznie stwierdzona w wyroku KIO z dnia 9 października 2012 r. (KIO 2033/12) oraz w wyroku Sądu Okręgowego, podtrzymującym wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2013 r. (V Ca 3101/12). Zmiana stanu prawnego na którą wskazuje odwołujący nie ma żadnego wpływu na aktualność wskazanych orzeczeń. Zmiana przepisów polega bowiem na dodaniu do przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki zastrzeżenia, iż tryb ten może być zastosowany tylko wtedy, kiedy nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów. Te negatywne przesłanki nie występują w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie ZSI ARR, a więc konkretnego rozwiązania informatycznego wykorzystywanego przez zamawiającego. Ewentualne rozwiązanie zastępcze lub alternatywne w sensie ścisłym nie istnieje więc z definicji, bowiem każde inne zadanie nie będzie polegało na utrzymaniu istniejącego ZSI ARR jako całości. Jeżeli sformułowanie „rozwiązanie zastępcze lub alternatywne” należałoby rozumieć w sensie szerokim, to trzeba by stwierdzić, że rozwiązaniem takim w stosunku do utrzymania ZSI ARR byłoby wdrożenie innego systemu, który przejąłby zadania ZSI ARR. Tylko wówczas możliwe byłoby osiągnięcie „rozwiązania zastępczego lub alternatywnego”, które polega na wykonaniu prac zupełnie innych, niż te, które chce nabyć zamawiający, lecz którego efektem byłoby zapewnienie osiągnięcia tych samych celów, czyli informatycznej

obsługi realizacji zadań ARR. W miejsce świadczenia usług utrzymaniowych dla istniejącego rozwiązania należałoby w takim wypadku nabyć produkt w postaci nowego systemu informatycznego, wraz z jego utrzymaniem. Należy przy tym podkreślić, że nie istnieje na rynku żadne rozwiązanie informatyczne, które ma charakter standardowy, które może bez bardzo głębokiego dostosowania i modyfikacji zastąpić ZSI ARR, który jest systemem zaprojektowanym dla spełnienia konkretnych potrzeb ARR, które są potrzebami unikalnymi, niepowtarzającymi się w żadnym innym podmiocie. Ewentualne zamówienie na nowy system informatyczny ARR musiałyby więc polegać na budowie całkowicie nowego rozwiązania informatycznego, ewentualnie z wykorzystaniem jakiegoś produktu standardowego, który jednak musiałby ulec istotnym modyfikacjom i rozszerzeniom. System taki musiałby zostać od podstaw zaprojektowany i wdrożony jako kompletne rozwiązanie informatyczne, do którego konieczne byłoby wykonanie migracji danych z obecnie wykorzystywanego ZSI ARR (co zresztą także wymagałoby zlecenia prac w ramach migracji na rzecz Comarch). Realizacja takiego zamówienia w obecnym stanie prawnym i faktycznym nie jest jednak uzasadniona ani nawet możliwa, ponieważ -jak już zaznaczono - nie jest znany docelowy kształt systemu (lub systemów), który mógłby zastąpić ZSI ARR i funkcjonować w agencjach, które przejmą zadania ARR. Trzeba też podkreślić, że realizacja projektu wdrożenia nowego systemu informatycznego, nawet, gdyby obecnie była możliwa, to i tak wymagałaby czasu, który według szacunków Zamawiającego (biorąc pod uwagę przeciętny czas niezbędny do zakupu i wdrożenia nowego systemu informatycznego), byłby zbliżony do czasu, na który ma być zawarta projektowana umowa z Comarch. Zamawiający jest natomiast zobowiązany do zapewnienia ciągłości realizacji zadań ARR, które muszą być wykonywane niezależnie od tego, która agencja będzie za nie odpowiedzialna.

5.4. Teoretycznie można też rozważać, czy „rozwiązaniem zastępczym lub alternatywnym” nie byłby podział ZSI ARR na dwa niezależne systemy informatyczne, z których jeden (EGERIA) byłby nadal obsługiwany przez Comarch, a drugi (CAPS) byłby obsługiwany przez podmiot wybrany w postępowaniu konkurencyjnym. W ocenie Zamawiającego rozwiązanie takie również nie może zostać uznane za „rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze”. Aby przeprowadzić projekt rozdzielania systemów CAPS i EGERIA konieczne byłoby wykonanie bardzo dużego zakresu prac polegających na analizie poszczególnych procesów i funkcjonalności obsługiwanych w ZSI ARR, a następnie prac programistycznych polegających na zmianach zarówno w oprogramowaniu EGERIA, jak i w oprogramowaniu CAPS, które doprowadzą do zerwania istniejących obecnie powiązań międzysystemowych. Należy w tym miejscu przypomnieć, że oba podsystemy nawzajem korzystają z danych przetwarzanych w tych systemach i co więcej - wzajemnie przetwarzają te dane. Aby przykładowo wygenerować danego rodzaju raport z systemu CAPS, konieczne jest pobranie przez ten system danych bezpośrednio z systemu EGERIA. W wypadku rozdzielania systemów taka

architektura nie mogłaby być utrzymana, z uwagi na cel w postaci „uniezależnienia” oprogramowania CAPS od oprogramowania EGERIA. Kolejnym krokiem musiałoby być więc zbudowanie warstwy pośredniej, np. w postaci tzw. szyny danych, czyli wdrożenie trzeciego systemu, w którym przetwarzane byłyby dane dotychczas przetwarzane w podsystemach CAPS i EGERIA i który zapewniałby obsługę tych danych z poziomu podsystemów CAPS i EGERIA. Wykonanie prac opisanych powyżej jest zadaniem jeszcze bardziej pracochłonnym, niż pierwsze z teoretycznie możliwych „rozwiązań zastępczych lub alternatywnych”, czyli budowa nowego systemu. Równocześnie, takie rozdzielanie byłoby działaniem bezcelowym, a wręcz niegospodarnym, bowiem i tak po ostatecznym ustaleniu kształtu projektu optymalizacji agencji rolnych, musi powstać nowa koncepcja informatyzacji obsługi zadań nowej agencji ARÓW oraz zadań ARR przejętych przez ARiMR i -jak już zostało powiedziane - najprawdopodobniej ZSI ARR zostanie zastąpiony przez inne rozwiązanie lub rozwiązania informatyczne. Poniesienie w chwili obecnej istotnych kosztów na projekt rozdzielania podsystemów CAPS oraz EGERIA byłoby więc z pewnością nieracjonalne, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż czas trwania takiego projektu zapewne przekroczyłby czas trwania projektowanej umowy utrzymaniowej z Comarch, a w okresie prowadzenia projektu rozdzielania podsystemów CAPS i EGERIA Zamawiający i tak byłby zmuszony do zapewnienia ciągłości realizacji zadań ARR, a więc byłby zmuszony do powierzenia utrzymania obecnego ZSI ARR na rzecz Comarch dokładnie w zakresie objętym projektowanym zamówieniem z wolnej ręki.

5.5. Zamawiający nie zawęża więc parametrów zamówienia, ani nie wprowadza do opisu przedmiotu zamówienia jakichkolwiek innych elementów, które miałyby na celu ograniczenie konkurencji. Ograniczenie to w przedmiotowym przypadku wynika wprost z faktu, iż rzeczywistą i istotną potrzebą Zamawiającego jest zapewnienie ciągłości funkcjonowania ZSI ARR, jako zintegrowanego systemu informatycznego zapewniającego realizację zadań Agencji. Ewentualne rozwiązania zastępcze lub alternatywne nie są możliwe do wdrożenia, ponieważ w każdym przypadku (niezależnie nawet od możliwości i racjonalności ekonomicznej takich rozwiązań), ich realizacja nie miałaby wpływu na konieczność zapewnienia obsługi istniejącego ZSI ARR do czasu zakończenia realizacji takich rozwiązań zastępczych lub alternatywnych. Równocześnie, zamawiający w chwili obecnej znajduje się w sytuacji, która uniemożliwia dalekie planowanie swojego funkcjonowania, w tym także w obszarze strategii informatycznej, ponieważ -jak już powiedziano - w świetle obowiązujących założeń, zamawiający ma być od stycznia 2017 roku zlikwidowany, a jego zadania mają być przydzielone innym podmiotom. Udzielenie zamówienia na utrzymanie ZSI ARR w zakładanym okresie jest jednak wynikiem konieczności zapewnienia funkcjonowania tego systemu, bowiem niezależnie od przekształceń organizacyjnych, zachowana musi być ciągłość realizacji obecnych zadań ARR i na dzień dzisiejszy jest to możliwe wyłącznie przy

zachowaniu ciągłości utrzymania istniejącego systemu. Jeżeli następstwem zmian organizacyjnych w zakresie optymalizacji agencji rolnych będzie zmiana w obszarze wykorzystywanych systemów IT, ZSI ARR będzie mógł być - i zapewne zostanie - zastąpiony innym systemem, lecz takie przyszłe działania nie mogą być uznane za zastępcze lub alternatywne do świadczenia utrzymania obecnego systemu od dnia 1 stycznia 2017 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Comarch SA w Krakowie.

Przystępujący wniósł o:

1. oddalenie odwołania;
2. zasądzenie zwrotu kosztów wg norm przypisanych;
3. przeprowadzenie dowodu z:
 - 1) uchwały KIO z dnia 13.10.2010r. sygn. akt KIO/KD 69/10 na okoliczność wiążącego dla zamawiającego uwzględnienia zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa UZP w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., a tym samym uznania za uzasadnione i prawidłowe udzielenie zamówienia z wolnej ręki Comarch S.A. 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 P.z.p. - w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy Pzp. dokonanej ustawą 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016, poz. 1020)
 - 2) wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2012r. (sygn. KIO 2033/12) na okoliczność wiążącego dla zamawiającego uznania za zgodne z Ustawą Pzp. udzielenie zamówienia z wolnej ręki Comarch S.A. 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 P.z.p. - w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy P.z.p.;
 - 3) wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11.06.2013r., sygn. akt V Ca 3101/12 na okoliczność oddalenia skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 2033/12, wskazanego w ppkt. 2 powyżej, a zatem i na okoliczność prawomocności tego wyroku KIO;
 - 4) Innych dowodów wskazanych na rozprawie - na okoliczności tam powołane.

Przystępujący podniósł, że na tle stanu faktycznego dotyczącego zlecenia opieki serwisowej nad ZSI ARR (obejmującego utrzymanie oraz modyfikacje ZSI) wydano już liczne orzeczenia, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądu Okręgowego. Odwołujący już w przeszłości (dokładnie przy postępowaniu poprzedzającym udzielenie aktualnie wiążącej umowy) odwoływał się od decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w tym przedmiocie i braku podziału zamówienia na części, a korzystne dla zamawiającego rozstrzygnięcia, potwierdzające prawidłowość działania Zamawiającego, były również weryfikowane przez Sąd w trybie skargowym - za skargą Prezesa UZP (wyrok KIO 2033/12 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2013-06-11, V Ca 3101/12). Co więcej - przedmiot niniejszego postępowania i wybór trybu zamówienia z wolnej ręki był też uprzednio przedmiotem kontroli Prezesa UZP z 2010 roku (KZ/1446/09), zakończonej - skutkiem wniesienia przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyniku tej kontroli - korzystną dla zamawiającego uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej - sygn. akt KIO/KD 69/10.

Przystępujący stwierdził, że stan faktyczny sprawy był już zatem wielokrotnie analizowany przez różne instancje sądowe - zawsze ze skutkiem pozytywnym dla zamawiającego zarówno co do zasadności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, jak i braku podziału zamówienia na części - a przedmiot tamtych zamówień (opieka serwisowa zintegrowanego systemu informatycznego wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UB), był tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania, z tym że odnosił się do wcześniejszego okresu.

Postępowanie z poprzedniego odwołania odwołującego, zakończonego wyrokiem sygn. KIO 2033/12, należy uznać za postępowanie, którego przedmiot jest tożsamy z odwołaniem rozpoznawanym w niniejszej sprawie, albowiem zachodzi jednakowa podstawa faktyczna rozstrzygnięcia, a przede wszystkim wskazane postępowania toczyły się między tymi samymi stronami. Podobnie jak obecnie, odwołujący kwestionował również brak podziału zamówienia na części - również ze skutkiem dla siebie negatywnym. Gdyby nie ostatnia nowelizacja ustawy P.z.p., która wprowadziła do przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 dodatkowe wymaganie - zasadny byłby wniosek o odrzucenie odwołania na mocy art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. Przystępujący zwrócił uwagę, że z normy określonej w art. 171 ust 2 i ust. 5 P.z.p. wynika związanie zamawiającego zaleceniami, potwierdzonymi uchwałą KIO (tu: uchwałą akt KIO/KD 69/10), która również wydana była na tym samym stanie faktycznym.

Przystępujący stwierdził, że wszystkie powyższe orzeczenia i uchwały zapadły na tle tego samego stanu faktycznego jak w niniejszym postępowaniu: przedmiot zamówienia jest ten sam, co obecnie, tj. opieka serwisowa nad ZSI, ten sam jest również sam system ZSI.

Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2010 roku sygn. akt KIO/KD 69/10 uznała za uzasadnione i prawidłowe udzielenie zamówienia z wolnej ręki 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 P.z.p. oraz jednoznacznie zanegowała pogląd o "istnieniu wielu możliwości podziału tego zamówienia na mniejsze i wyłonienia ich wykonawców w warunkach konkurencji", stwierdzono też, iż sam biegły powołany w sprawie we wnioskach końcowych przyznał, że zamówienie jako całość może zostać zrealizowane jedynie przez firmę Comarch S.A".

W wyroku KIO 2033/12 wskazano: 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 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 modyfikacje kodów źródłowych systemu EGERIA, przedmiot zamówienia może być wykonany tylko przez jednego wykonawcę - Comarch S.A. (...) 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".

W związku z ww. wymienionym stanem faktycznym, mając w szczególności na względzie analizowaną uprzednio i potwierdzoną w/w orzeczeniami integrację systemów składających się na ZSI (która jest zresztą procesem postępującym) oraz fakt, iż stan ten na dzień wyrokowania w niniejszej sprawie nie uległ zmianie, przystępujący wniósł o uznanie przez ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej podjętych w wyroku 2033/12 oraz w

uchwale KIO/KD 69/10 za aktualne oraz o podzielenie tez z tych orzeczeń wynikających w zakresie zasadności udzielenia zamówienia z wolnej ręki przystępującemu (o dodatkowej przesłance w zakresie art.67 ust. 1 pkt 1 P.z.p. dodanej nowelizacją ustawy P.z.p.

Przystępujący stwierdził, że zarzuty i argumentacja odwołania prowadzą się do prezentowania przez odwołującego własnej, korzystnej dla niego, a konkurencyjnej wobec dotychczasowych orzeczeń i uchwał Krajowej Izby Odwoławczej oceny prawnej i faktycznej stanu sprawy. Tego rodzaju polemika nosi cechy dowolności i nie może wywołać oczekiwanych przez odwołującego rezultatów. Odwołujący pomija w odwołaniu dotychczasowe ustalenia instytucji sądowych (nie obala ich). Nie wnosi też do sprawy żadnej przekonującej, nowej argumentacji, zarówno w zakresie przesłanki technicznej, jak i praw wyłącznych. Przystępujący podkreślił, że odwołanie nie poddaje racjonalnych argumentów obalających przesłankę przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze w oparciu o głęboką integrację systemów składających na ZSI. Odwołujący nie jest też w żaden sposób zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia, z uwagi przede wszystkim na fakt, iż nie dysponuje systemem analogicznym do ZSI, który nie ma swego odpowiednika, nie dysponuje też ani dokumentacją ani wiedzą na temat funkcjonowania ZSI, a przede wszystkim nie ma możliwości prawnych dokonywania jakichkolwiek zmian (czynności koniecznych do świadczenia opieki serwisowej) w systemie Egeria i w oprogramowaniu integrującym Egerię z systemem CAPS, bez których nie będzie zdolne do usuwania błędów ani ich konsekwencji w systemie CAPS (i na odwrót). Podana przez odwołującego argumentacja w zakresie jego doświadczenia w integracji z systemem Egeria jest nie na temat, pomijając już jest to doświadczenie jednostkowe, to przede wszystkim Egeria występująca na rynku (w szczególności ta wersja systemu, z którą odwołujący dokonał integracji podanej w odwołaniu) nie istnieje u zamawiającego. System Egeria na potrzeby ZSI został znacząco, już u swego zarania w wyniku realizacji umowy wdrożeniowej z 2003 roku, zmodyfikowany pod kątem wymagań Agencji, które są unikalne, bowiem nie występuje w Polsce podmiot realizujący zadania przypisane ARR. Istniejący w obrębie ZSI system F-K (Egeria) zawiera w sobie ponadto oprogramowanie niewystępujące w typowym systemie F-K (m.in. zawiera rozwiązania w zakresie administrowania środkami EFOGR i mechanizmami WPR). Specyfika techniczna tego rozwiązania została szerzej omówiona w opinii biegłego sądowego.

Odnosząc się do dodanej ostatnią nowelizacją P.z.p. do dotychczasowej treści art. 67 ust. 1 pkt 1 przesłanką: „jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia”, przystępujący stwierdził, że podstawowym kryterium przy analizie powyższej przesłanki jest cel niniejszego zamówienia, którym jest zapewnienie ciągłej opieki

serwisowej nad ZSI, systemem który istnieje i który jest niezbędny do zapewnienia bieżącej działalności ustawowej Agencji. Jest oczywiste, iż dzień po wygaśnięciu dotychczasowej umowy na opiekę serwisową System ZSI nie może pozostać bez takowej opieki - konsekwencje braku zapewnienia bieżącego utrzymania Systemu, w tym braku usuwania powstałych błędów czy awarii, a także brak możliwości dostosowywania Systemu do aktualnej sytuacji prawnej spowodowałyby paraliż działania Agencji, a co za tym idzie niewydolność obszarów polityki krajowej i wspólnotowej Państwa, zarządzanych za przez ARR za pośrednictwem tego Systemu.

Teoretyczne, potencjalne rozwiązania alternatywne czy zastępcze należy rozważyć w powyższym kontekście. Sformułowanie tylko o ich teoretycznym istnieniu jest pochodną faktu, iż co do zasady każdy system informatyczny może być zastąpiony innym, jednak pod pewnymi warunkami, które właśnie sprowadzając się do oceny racjonalności takiego działania (zamówienia). Zdaniem przystępującego, w oparciu o jego wiedzę i doświadczenie, a także w oparciu o ocenę biegłego sądowego wyrażoną w sporządzonej w tym zakresie opinii, teoretyczne rozwiązania alternatywne nie mogą być uznane za rozwiązania racjonalne w myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. *in fine*.

Pierwsza przychodząca na myśl alternatywa to „podmienienie” systemu ZSI na nowy wraz z jego bieżącym utrzymaniem, które jest istotą zamówienia. Uznaniu takiego rozwiązania za racjonalne sprzeciwiają się przede wszystkim względy: 1) kosztowe, 2) czasowe, 3) wymogu stabilności działania Systemu. Co do kwestii kosztowej - wdrożenie nowego ZSI wraz ze zleceniem jego utrzymania musiałby uwzględniać koszt jego wykonania, który musiałby zostać poniesiony przez zamawiającego. Należy zdecydowanie w tym miejscu odrzucić założenie, że jakkolwiek wykonawca byłby w stanie zaoferować taki przedmiot zamówienia za cenę na poziomie wyłącznie kosztów bieżącego utrzymania ZSI - oznaczałoby to cenę nierealistyczną i dumpingową: wdrożenie, zaprojektowanie i wykonanie unikalnego zastępczego systemu, realizującego te same funkcje co istniejący, nie może być kosztem zerowym, ani nie może być kosztem niższym niż koszt wykonania jego pierwowzoru. Przystępujący stwierdził, iż koszt ten musiałby oscylować na poziomie co najmniej takim jak całościowy koszt wytworzenia ZSI od początku jego powstania. Wydatku tego rodzaju nie można uznać za wydatek celowy i uzasadniony, oznaczałby bowiem konieczność wydania ponownego środków już raz poniesionych. Co więcej - mielibyśmy tu do czynienia z marnotrawstwem wyrażającym się w konieczności wyłączenia istniejącego, dedykowanego specjalnie dla potrzeb Agencji Systemu, spełniającego swe funkcje i w najwyższym stopniu wystabilizowanego po latach użytkowania. Naturalnie tego typu zamówienie wymagałoby też czasu na wdrożenie nowego rozwiązania, ostrożnościowe szacunki przystępującego są w zasadzie zbieżne z czasem kontraktacji na bieżące

utrzymanie ZSI. W tym przypadku brak też racjonalnej odpowiedzi na pytanie jaki system i przez kogo utrzymywany bieżąco do czasu wdrożenia „dublera” zapewniałby ciągłe funkcjonowanie Agencji. Wreszcie istotna jest też kwestia stabilności Systemu - jak wskazano wyżej osiągnięta w stopniu najwyższym z możliwych po kilkunastu latach funkcjonowania. Z tych względów, zdaniem przystępującego, taką alternatywę należałoby odrzucić jak skrajnie nieracjonalna i niegospodarna.

Teoretyczne rozłączenie systemów pierwotnie składających się na ZSI również wymagałoby zaangażowania wyłącznie przystępującego, z uwagi na fakt, iż przesądzona w pierwszej, zawartej w trybie konkurencyjnym, umowie wdrożeniowej systemu F~K, architektura i koncepcja ZSI wymusiły głęboką integrację obydwu systemów, w konsekwencji czego wykonane w ramach tej umowy oprogramowanie integracyjne jest oprogramowaniem do którego prawa autorskie posiada przystępujący, który jako jedyny podmiot jest uprawniony do dokonywania zmian w tym oprogramowaniu. Wskutek takiego „podziału” zostałyby utracone obecne funkcjonalności systemu ZSI: głębokie zależności pomiędzy systemami powodują bowiem, iż jednej z nich nie działa bez drugiego, a ingerencja w którykolwiek z nich skutkuje zmianami w drugim z pierwotnych systemów i na odwrót. W takim przypadku konkurencyjne zlecenie - po rozdzieleniu - do utrzymania tego systemu do którego zamawiający posiada prawa autorskie oznaczałoby *de facto* brak przedmiotu utrzymania, bowiem system CAPS, odłączony od Systemu Egeria, realizującego istotną część procesów na potrzeby CAPS, po prostu nie funkcjonuje (znacząca część jego funkcji realizowana jest w systemie Egeria). Inna teoretyczna koncepcja zachowania dotychczasowej funkcjonalności i zależności obydwu systemów w postaci ich połączenia niezależnym oprogramowaniem (tzw. szyna danych) również wymagałaby uprzedniego „rozszywania” systemów, możliwego do zlecenia z przyczyn wyżej wskazanych tylko przystępującemu. Obydwa warianty pociągałby za sobą analogiczne konsekwencje jak wskazane dla alternatywy w postaci podmiiany systemu: ich realizacja wiązałaby się z dodatkowym kosztem, przy czym z uwagi na szynę danych byłby to koszt jeszcze większy z uwagi na konieczność zakupu oprogramowania szyny, wymagałaby też czasu zbieżnego z czasem kontraktacji obecnie procedowanego zamówienia. Ponadto również i w tym przypadku uznaniu takiego rozwiązania (i jego wariantów) za racjonalne sprzeciwiałby się wymóg zapewnienia bieżącej/ciągłej obsługi zadań Agencji (odpowiedź na pytanie za pomocą jakiego systemu i przez kogo utrzymywanego sprowadza się do istniejącego ZSI i przedmiotu niniejszego postępowania odwoławczego) oraz wymóg stabilności działania Systemu - żaden nowy system nie osiągnie stabilności na poziomie takim, jaką dysponuje system po kilkunastu latach użytkowania.

Przystępujący wskazał, iż brak konkurencji nie jest wynikiem zawężania parametrów zamówienia, tym bardziej celowego. Parametry zamówienia, będące w tym przypadku konsekwencją konieczności bieżącego utrzymywania istniejącego ZSI (opieka serwisowa) są pochodną stanu faktycznego zastanego niejako przez nowelizację. Zamawiający w żaden sposób nie wprowadza do opisu przedmiotu zamówienia wymogów czy parametrów ograniczających konkurencję. Jedyne jego działanie to potrzeba zapewnienia kontynuacji opieki nad ZSI z uwzględnieniem dotychczasowych, istniejących powiązań i struktury tego systemu i obowiązujących w jego obrębie regulacji prawnautorskich.

Przystępujący podkreślił istotną z omawianego punktu widzenia okoliczność. Otóż pogłębiona integracja obydwu pierwotnych systemów nie jest i nigdy była pochodną działań wykonawcy, nie nastąpiła ona przykładowo dopiero w wyniku realizacji zamówienia z wolnej ręki. Kształt systemu ZSI, jego architekturę i głęboką, obustronną integrację z systemem CAPS przesądził w 2003 roku opis przedmiotu zamówienia (na wdrożenie systemu F-K wraz z integracją z systemem CPAS) w ramach umowy 171/2003, które zostało udzielone w trybie konkurencyjnym. Wówczas głównym konkurentem Comarch była firma Computerland. Równie dobrze na miejscu przystępującego mógł znaleźć się odwołujący (ówczesny Procom). Umowa 171/2003 na wdrożenie F-K i integrację z CAPS wymogła i zakładała wzajemne powiązanie i zintegrowanie systemów, oraz ich wzajemne zależności. Z kolei postępująca integracja w ramach następnych umów utrzymaniowych wykorzystywała zaprojektowane u zarania mechanizmy integracyjne i istniejącą od początku architekturę systemów jako jednego ZSI.

Przystępujący zauważył, że wskazywane w odwołaniu „Rekomendacje” są dokumentem o kilka lat późniejszym niż stworzenie ZSI - zatem wywodzenie z nich skutków prawnych przeciwko zamawiającemu jest ahistoryczne, nie uwzględnia też zasady niedziałania prawa (a tym bardziej zaleceń) wstecz. Za wspomnianą architekturą systemu F-K, czyli wymogiem jego ścisłego zintegrowania z systemem CAPS, zdaniem przystępującego, mogły stać m.in. względy pragmatyczne i oszczędnościowe: tym sposobem zamawiający unikał prowadzenia odrębnych ksiąg, osobno na potrzeby WPR i osobno na potrzeby wewnętrzne, wykorzystywał też racjonalnie istniejące zasoby i unikał groźby dublowania funkcjonalności przez dwa różne systemy.

W ocenie przystępującego, jest też oczywiste, iż wykorzystywanie już istniejących mechanizmów systemu CAPS oraz integracja z systemem F-K znacząco zwiększyła możliwości samego systemu CAPS, nie powodując zbędnego dublowania funkcji. Z kolei co do koncepcji prawnautorskiej, zawartej w umowie na wdrożenie systemu F-K, tj. pozostawiającej prawa autorskie przy wykonawcy - była to (i nadal zresztą jest) praktyka

poprawna, uwzględniająca okoliczność, iż zamawiano system standardowy F-K (podlegający rozbudowie i specyficznemu dostosowaniu), co do którego prawdopodobieństwo wyzbycia się przez wykonawców praw autorskich było znikome, na pewno zaś wielokrotnie, o ile nie kilkunastokrotnie podrażałoby koszt zamówienia. Żaden wykonawca bowiem nie wyzbywa się praw autorskich do produktów standardowych, będących podstawą jego działalności handlowej i biznesowej (Comarch zaoferował wówczas swój flagowy system F-K pn. Egeria, wdrożony w licznych innych instytucjach i podmiotach).

Izba ustaliła, co następuje:

Umowami z dnia 30 października 2002 r. oraz 7 listopada 2003 r. wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie wdrożył w Agencji Rynku Rolnego zintegrowany system informatyczny wspierający realizację zadań ARR (zwany dalej: „ZSI ARR” lub „System”). Budowę systemu zakończono w 2004 roku. W następnych latach system ten był rozwijany i utrzymywany przez wykonawcę Comarch i w oparciu o kolejne umowy. Funkcjonalność ZSI ARR była dostosowywana do zmieniającego się otoczenia prawnego oraz bieżących potrzeb ARR. W chwili obecnej, ZSI ARR jest utrzymywany i rozwijany przez Comarch w oparciu o umowę z dnia 7 stycznia 2014 r., obowiązującą do dnia 31 grudnia 2016 r.

Majątkowe prawa autorskie do oprogramowania EGERIA oraz do dokonywanych modyfikacji tego oprogramowania przysługują wykonawcy Comarch. Zamawiający posiada natomiast autorskie prawa majątkowe do systemu CAPS.

Zamawiający w dniu 20 lutego 2015 roku zwrócił się do Comarch z zapytaniem, czy możliwe jest przekazanie Asseco Poland S.A. przedmiotowej dokumentacji systemu. W odpowiedzi, pismem z dnia 27 lutego 2015 r. wykonawca Comarch stwierdził, że nie wyraża na takie udostępnienie zgody, ponieważ mogłoby to narazić Comarch S.A. na znaczącą szkodę oraz oznaczałoby naruszenie majątkowych praw autorskich do elementów ZSI ARR przysługujących temu wykonawcy.

W dniu 11 października 2016 roku zamawiający ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawiadomienie o decyzji o udzieleniu zamówienia spółce ComArch S.A. w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p.

Przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa nad Zintegrowanym Systemem Informatycznym wspierającym realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE. W sekcji II.1.4) Zamawiający zamieścił krótki opis:

„i. Przedmiotem zamówienia jest opieka serwisowa nad zintegrowanym systemem informatycznym wspierającym realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE.

Zamawiający przewiduje prowadzenie negocjacji w celu ustalenia warunków kontynuacji świadczenia usług serwisowych dla ZSI ARR, realizowanych dotychczas przez Comarch na podstawie umowy z 7 stycznia 2014 r., w tym:

- Dostosowanie zasad współpracy Stron do aktualnych warunków i standardów rynkowych,

- Optymalizację warunków współpracy poprzez uwzględnienie w postanowieniach umowy wniosków i obserwacji Stron wynikających z dotychczasowej współpracy,

- Uwzględnienie w postanowieniach umowy planowanego przekształcenia ARR w Agencję Rozwoju Obszarów Wiejskich (dalej: „AROW”) oraz przejęcia części zadań ARR przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej: „ARiMR”),

- Ustalenie możliwości oraz zasad obsługi przez Comarch procesu instalacji modyfikacji i poprawek ZSI ARR w środowisku testowym i produkcyjnym.”

Ponadto w sekcji II. 1.6) Informacje o częściach zamawiający poinformował, że to zamówienie nie jest dzielone na części, a szacunkowa wartość zamówienia bez VAT wynosi 13 300 000.00 PLN.

Zamawiający wskazał opis przedmiotu zamówienia:

„Objęcie opieką serwisową z zachowaniem skróconych czasów reakcji i naprawy, zintegrowanego systemu informatycznego CAPS - Egeria, wspierającego realizację zadań ARR jako agencji płatniczej UE w zakresie zapewnienia należytej pracy oprogramowania oraz realizacji potrzeb informatycznych zamawiającego:

- CAPS w podziale na zadania ARR.

- Egeria (w zakresie 240 licencji Egeria) w podziale na podsystemy: Egeria - WPR, Egeria - Administracja, Egeria - Fundusze promocji, Egeria - Program Operacyjny Pomoc Żywnościowa.”

Zamawiający w ogłoszeniu wskazał w sekcji IV. 1.1) Rodzaj procedury uzasadnienie dla zastosowania trybu z wolnej ręki:

„Uzasadnieniem prawnym dla zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazując na ochronę praw wyłącznych, łącznie z prawami własności intelektualnej

Podstawą prawną udzielenia zamówienia z wolnej ręki na opiekę serwisową dla zintegrowanego systemu informatycznego AJRR są przepisy art. 67 ust. 1 pkti lit. a i b ustawy prawo zamówień publicznych, natomiast podstawą faktyczną jest brak możliwości udzielenia zamówienia innemu podmiotowi, z uwagi na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, a także ze względu na ochronę praw wyłącznych (majątkowych praw autorskich) wykonawcy Comarch S.A., przy jednoczesnym braku możliwości zastosowania rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia, parametrów zamówienia. Zamówienie może być realizowane tylko przez Comarch S.A. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, ponieważ Comarch S. A. jest jedynym podmiotem, który posiada kody źródłowe oraz autorskie prawa majątkowe do systemu EGERIA, przez co jako jedyny jest w stanie objąć opieką serwisową ZSIARR. System ten składa się ze ściśle zintegrowanych ze sobą modułów, tj. CAPS oraz EGERIA. Moduły te od 2003 r. były dostosowywane do zmian prawnych oraz bieżących potrzeb Zamawiającego, a proces ich integracji zaszedł tak daleko, że modyfikacja jednego z modułów w przeważającej większości przypadków pociąga za sobą konieczność modyfikacji pozostałych, a podczas usuwania błędów zdiagnozowanych w modułach CAPS wymagana jest ingerencja w struktury systemu EGERIA.

Nie jest możliwe wydzielenie części modułów systemu i udzielenie ich w ramach odrębnych zamówień, o czym przesądzała już KIO w wyroku z g. 10.2012 r., sygn. akt: KIO 2033/12 (podtrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 11.06.2013 r., sygn. akt: V Ca 3101/12) orzekając o możliwości udzielenia Comarch S.A. zamówienia na aktualnie świadczoną opieką serwisową ZSI ARR, stwierdzając między innymi, że: „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.” Zamówienie może być realizowane wyłącznie przez Comarch S.A. także z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (autorskich praw majątkowych). Jedynie Comarch S.A. posiada autorskie prawa majątkowe do oprogramowania....”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów przedstawionych przez odwołującego, tj.

- 1) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 października 2016 roku 2016/S nr 196-353779,

- 2) uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do ogłoszenia z dnia 11 października 2016 roku Dz. U. 2016/S nr 196-353779

na okoliczność zamiaru i przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania odwoławczego

- 3) opinii A. Z. dla UZP z dnia 18 kwietnia 2010 roku na okoliczność ustalenia, czy istnieje możliwość podziału przedmiotowego zamówienia na części.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów przedstawionych przez zamawiającego, tj.

- 1) pisma ARR z 20 lutego 2015 r. do Comarch S.A. w Krakowie dotyczącego udzielenia zgody na udostępnienie zrzutu systemu z repozytorium designera oraz kompletu dokumentacji użytkownika oraz

- 2) pismo Comarch S.A. w Krakowie do ARR z dnia 27 lutego 2015 r. na okoliczność wykazania, że Comarch S.A. nie wyraża zgody na takie udostępnienie.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych przez odwołującego:

- 1) pisma Asseco Poland SA do ARR z dnia 12 października 2016 roku o dostęp do informacji publicznej oraz

- 2) pisma ARR z dnia 19 października 2016 roku o tym, że udostępni informację nie później niż 13 grudnia 2016 roku oraz

- 3) pisma Asseco Poland SA do ARR z dnia 9 stycznia 2015 roku o dostęp do informacji publicznej oraz

- 4) decyzji ARR z dnia 10 marca 2016 roku nr 0173.1.10.2015.194 w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej,

jako że okoliczności, które miałyby być udowodnione wskazanymi dokumentami nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,

- 5) umowy opieki serwisowej nr 1/BT/1/2014 z dnia 7 stycznia 2014 roku, z uwagi na fakt, że okoliczności, które miałyby być wykazane tym dokumentem, nie są pomiędzy stronami sporne,

6) materiału poglądowego oraz

7) opracowania, które wskazuje, że mimo integracji systemów jest możliwe świadczenie usług,

z uwagi na fakt, że dowody te miały jedynie wykazać możliwość podziału zamówienia na części, bez wskazania racjonalności takiego podziału z gospodarczego punktu widzenia,

8) oferty standardowej Comarch, z uwagi na fakt, że oferta ta jest aktualna na rok 2008 (informacja na ostatniej stronie oferty PL-2008.05), a przystępujący zaprzeczył, iż posiada taką ofertę,

9) ogłoszeń ZUS o zamówieniu:

- z dnia 01 marca 2013 roku Dz. U. 2013/ S nr 043-068798,

- z dnia 30 stycznia 2013 roku Dz. U. 2013/S nr 021-032780,

- z dnia 31 marca 2013 roku Dz. U. 2013/S nr 022-034108,

ponieważ dotyczą one innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i nie mają związku z przedmiotowym postępowaniem.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów złożonych przez przystępującego:

1) umowy nr 171/2003 na wdrożenie zintegrowanego systemu finansowo-księgowego dla ARR, z uwagi na fakt, że okoliczności, które miały być wykazane przedłożonym dowodem, nie są sporne pomiędzy stronami

2) opinii biegłego M. G., z uwagi na fakt, iż jest to opinia prywatna przystępującego, w związku z czym należy ją traktować jako stanowisko przystępującego w sprawie.

Izba wskazuje, że do przedmiotowego postępowania znajdują zastosowanie przepisy ustawy P.z.p. w brzmieniu uchwalonym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 1020).

Przystępując do rozważań dotyczących zarzutów odwołania podnieść należy, że zgodnie z wyrażoną w art. 10 ust. 1 ustawy P.z.p., zasadą prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg ograniczony i nieograniczony. Zasada ta koreluje z inną zasadą udzielania zamówień publicznych, a mianowicie z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oczywistym jest, że zapewnienie przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. urzeczywistnia się najlepiej poprzez zastosowanie takiego trybu o udzielenie zamówienia publicznego, który zapewni pełną konkurencyjność tego postępowania.

Wyrażona w art. 10 ust. 1 zasada nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Zamawiający może odstąpić od zastosowania trybów konkurencyjnych na rzecz któregośkolwiek z innych trybów przewidzianych w ustawie, jednakże wyłącznie w przypadkach w ustawie tej określonych. Uprawnia go do tego art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 z przyczyn:
 - a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów,

jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

O możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, decyduje obiektywna niemożność wykonania zamówienia przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, niż wykonawcę wskazanego przez zamawiającego. Przyczyny takie występują, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie tego typu usług, np. na niektóre usługi telekomunikacyjne. Przyczyną techniczną może być konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów. Zamówienie z wolnej ręki, udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., musi mieć charakter jednoznacznie wypływający z uprzednich norm, parametrów, standardów, a ich jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Sytuacja ta może występować z uwagi na unikatowe, niepowtarzalne cechy uprzednich prac wykonanych w następstwie wcześniejszego zamówienia (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2010 r., sygn. akt KIO/KD 31/10)

Z kolei przepis zawarty w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b zezwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie z mocy norm ustawowych. Ma to miejsce w szczególności w przypadku objęcia ochroną prawnoautorską lub patentową.

W rozpoznawanym przypadku możliwość udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p. wyłącznie przystępującemu wynikała z postanowień umowy 30 października 2002 roku zawartej pomiędzy zamawiającym a przystępującym.

Skład orzekający Izby podziela w tym zakresie ustalenia i wnioski dokonane przez Izbę i zawarte w wyroku z dnia 9 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2033/12, gdzie Izba wskazała, 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. 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 Personalem - ZP. 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.

Odnosząc się do zarzutu, iż zamawiający nie nabył autorskich praw majątkowych ani licencji na użytkowanie systemu EGERIA, Izba wskazuje, iż umowa na wdrożenie systemu została zawarta pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku (Dz. U. z 2002 roku, Nr 72, poz. 664 ze zm.). Kolejne umowy podlegały aktualnie obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych.

System EGERIA podlega reżimowi ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2016 roku, poz. 666 ze zm.), a zatem przystępującemu przysługuje ochrona wynikająca z przepisów tej ustawy. Podkreślić należy, że przyznawanie ochrony prawnej ze względu na twórczość jest podstawową zasadą prawa autorskiego.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Podobnie jak właściciel rzeczy, twórca może z wyłączeniem innych osób korzystać z utworu, upoważniać inne osoby do takiego korzystania oraz dokonywać czynności rozporządzania prawem do korzystania z utworu. Cechą prawa własności jest sposób kształtowania jego treści: właścicielowi wolno wszystko, co nie zostało mu wyraźnie zabronione. Z takim kształtowaniem treści prawa łączymy domniemanie na rzecz jego podmiotu, że dane uprawnienie czy dany sposób korzystania z rzeczy przysługuje temu podmiotowi. Własnościowa koncepcja monopolu autorskiego rodzi podobne domniemanie. Oznacza to, że twórca utworu może przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, przy czym umowa przenosząca te prawa obejmuje wyłącznie te pola eksploatacji, które są w

niej wyraźnie wymienione. Przeniesienie w drodze umowy autorskiego prawa majątkowego na danym polu eksploatacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem twórcy.

Zawarcie umowy mającej za przedmiot autorskie prawa majątkowe może nastąpić w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku zawarta umowa musi odpowiadać wymogom zawartym zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i przepisom Kodeksu cywilnego. Ustawa P.z.p. statuuje warunki, jakim winny odpowiadać zawierane na jej podstawie umowy, jak – przykładowo – forma umowy, zakres świadczenia w stosunku do zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie, czas obowiązywania itp. Żaden z przepisów ustawy P.z.p. (ani wcześniejszej ustawy o zamówieniach publicznych) nie nakłada jednak na podmiot zamawiający obowiązku nabywania w drodze umowy uprawnienia do wykonywania zależnego prawa autorskiego. Obowiązku takiego nie da się również wywieść z żadnego przepisu Kodeksu cywilnego. Wręcz przeciwnie – zawarta w art. 353¹ K.c. zasada swobody umów umożliwiła stronom zawierającym umowę ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest, że zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, nie może być w pełni realizowana, niemniej jednak ograniczenie jej stosowania może wynikać wyłącznie z ustawy. Jak już wyżej wskazano – żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie statuuje obowiązku przenoszenia przez twórcę utworu na jego nabywcę zależnego prawa autorskiego.

Podkreślić należy, że zamawiający podjął kroki w celu przekazania odwołującemu dokumentacji systemu. W tym celu zwrócił się do ComArch Polska SA o wyrażenie zgody na to udostępnienie, jednak wykonawca ComArch takiej zgody nie wyraził. Zamawiający nie dysponuje zaś żadnymi instrumentami prawnymi pozwalającymi na skuteczne domaganie się umożliwienia przekazania przedmiotowej dokumentacji.

Odnosząc się do zarzutu braku podzielenia zamówienia na części, Izba podziela pogląd wyrażony uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2010 roku, sygn. akt KIO/KD 69/10, zgodnie z którym zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb oraz wymagań, dlatego też niewystarczające jest twierdzenie biegłego dr. inż. A. Z., wyrażone w opinii z dnia 18 kwietnia 2010 roku (na którą to opinię powołał się odwołujący również w niniejszym postępowaniu), że *Istnieje wiele możliwości podziału tego zamówienia na mniejsze i wyłonienie ich wykonawców w warunkach konkurencji*. Zdaniem Izby, opinia nie wyraża jednoznacznego poglądu, że w zaistniałym stanie faktycznym zamawiający nie był uprawniony do opisanego przedmiotu

zamówienia jako opieki serwisowej zintegrowanego systemu CAPS oraz EGERIA. Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 11 czerwca 2013 roku, sygn. akt V Ca 3101/12, rozpoznając skargę na wskazany wyżej wyrok Izby z dnia 9 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2033/12, stwierdził, iż - aby przyjąć wariant dopuszczalności podziału zamówienia na mniejsze, niezbędne byłoby wykazanie, że podział jest racjonalny z gospodarczego punktu widzenia.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał racjonalności podziału zamówienia z gospodarczego punktu widzenia. Wnioski dowodowe odwołującego dotyczyły jedynie wykazania, iż podział taki jest możliwy, co jest niewystarczające dla stwierdzenia zasadności zarzutu.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie istnieją rozwiązania alternatywne lub zastępcze, stanowiące negatywną przesłankę zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. System ZSI ARR jest systemem wyjątkowym, zbudowanym specjalnie dla potrzeb zamawiającego. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż ewentualne rozwiązanie zastępcze lub alternatywne w sensie ścisłym nie istnieje więc z definicji, bowiem każde inne zadanie nie będzie polegało na utrzymaniu istniejącego ZSI ARR jako całości. Jeżeli sformułowanie „rozwiązanie zastępcze lub alternatywne” należałoby rozumieć w sensie szerokim, to trzeba by stwierdzić, że rozwiązaniem takim w stosunku do utrzymania ZSI ARR byłoby wdrożenie innego systemu, który przejąłby zadania ZSI ARR. Tylko wówczas możliwe byłoby osiągnięcie „rozwiązania zastępczego lub alternatywnego”, które polega na wykonaniu prac zupełnie innych, niż te, które chce nabyć zamawiający, lecz którego efektem byłoby zapewnienie osiągnięcia tych samych celów, czyli informatycznej obsługi realizacji zadań ARR. W miejsce świadczenia usług utrzymaniowych dla istniejącego rozwiązania należałoby w takim wypadku nabyć produkt w postaci nowego systemu informatycznego, wraz z jego utrzymaniem.

W rozpoznawanej sprawie nie ma również podstaw do uznania, że brak konkurencji jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Brak ten wynika bowiem z treści umowy na budowę i wdrożenie systemu ZSI ARR, czego zasadność wykazano powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

.....

.....