

**Sygn. akt: KIO 1256/12**

**WYROK**

**z dnia 26 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**  
**Ewa Sikorska**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Zeto Świdnica Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Grodzka 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, al. Ujazdowskie 11**

przy udziale wykonawcy **Currenda Sp. z o.o., 81-853 Sopot, al. Niepodległości 703a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zeto Świdnica Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Grodzka 15** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zeto Świdnica Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Grodzka 15** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Zeto Świdnica Sp. z o.o., 58-100 Świdnica, ul. Grodzka 15** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, 00-950 Warszawa, al. Ujazdowskie 11** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1256/12**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki o nazwie „Modyfikacja budowanego Systemu Informatycznego Wspomagającego Procesy Merytoryczne SAWA -SIWPM”, które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2012 r. pod numerem ogłoszenia 176194-2012 jako „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante”.

Odwołujący: ZETO Świdnica Sp. z o.o., Świdnica 58-100, ul. Grodzka 15 nie zgadzając się dokonany przez Zamawiającego wyborem trybu zamówienia z wolnej ręki w dniu 15 czerwca 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

W swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 67 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez wybór trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku braku jakiegokolwiek przesłanki do zastosowania takiego trybu;

2) art. 7 ust.1 ustawy Pzp, gdyż dokonując w sposób nieuprawniony wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że w dniu 26.02.2009 r. zostało zawarte Porozumienie intencyjne pomiędzy Ministerstwem Sprawiedliwości a firmą Currenda Sp. z o.o., a na jego podstawie zawarte zostały dotychczas dwie umowy: umowa nr 50 z dnia 27.11.2009 r. oraz umowa nr 3 z 16.2.2011r.

Nie zgodził się z uzasadnieniem wyboru trybu, według którego wykonawcą niniejszego zamówienia może być jedynie firma Currenda Sp. z o.o., która wykonała oprogramowanie mające być przedmiotem modyfikacji i jest w posiadaniu 15 % praw autorskich majątkowych. Zauważył przy tym, że po zakończeniu umowy nastąpi przeniesienie autorskich praw majątkowych do każdej wytworzonej w danym etapie dokumentacji na wszystkich polach eksploatacji wskazanych w przepisie art. 50 i art. 74 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Zdaniem Odwołującego udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego w powyżej opisanym trybie jest całkowicie bezzasadne. Wskazał, że modernizacja polega wyłącznie na modyfikacji już istniejących modułów, a we wspomnianym ogłoszeniu podaje się wykonanie kolejnych rozwiązań (modułów) OSA oraz obsługujących kuratorów i upadłości, co stanowi budowę nowego systemu, a nie modernizację już istniejącego.

Zwrócił uwagę, że system SAWA nigdy nie zawierał modułu do obsługi kuratorów, natomiast w ofercie wybranego wykonawcy firmy Currenda jest to osobny system (KURATELA). Dodatkowo zauważył, że za jego argumentacją przemawia sam tytuł zamówienia, w którym wskazane zostało, że zamówienie dotyczy modernizacji „budowanego” systemu informatycznego. Według Odwołującego system SAWA-SIWPM jest dopiero w budowie i tym samym jego modernizacja jest niemożliwa. Podkreślił przy tym, iż identyczny model sprzedaży stosuje Odwołujący, gdzie system KURATOR - 2 sprzedawany jest niezależnie od systemu SĘDZIA-2 (odpowiednik systemu SAWA).

Podniósł, że w zarządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 6 kwietnia 2005 r. w Dziale II w rozdziale 8 jest mowa o spełnieniu wymagań minimalnych dla systemów informatycznych Ministerstwa Sprawiedliwości, co gwarantuje każdemu producentowi (po spełnieniu warunków w/w wymagań) prawo użytkowania jego autorskiego rozwiązania w sądach powszechnych.

Ponadto zauważył, że w trakcie realizacji obu ww. umów (nr 50 i nr 3) pojawiły się bliżej nieokreślone okoliczności (niewyjaśnione również w opisie wyboru trybu z wolnej ręki), z których wynikać miałyby konieczność dokonania prac modernizacyjnych w następującym zakresie: modernizacji modułów systemu SAWA-SIWPM w celu dostosowania ich do wymagania „jednego repertorium” funkcjonującego w centralnym systemie zarządzania informacją (zgodnie ze Strategią Informatyzacji) połączone z wdrożeniem, modernizacji podsystemu SIWPM-WKar w zakresie rozszerzenia jego funkcjonalności o możliwość współpracy z KRK, Noe.NET, CEPIK oraz z systemem cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych (e-protokół) połączone z wdrożeniem, modernizacji modułu OSA (służącego do publikacji orzeczeń) oraz modułów obsługujących kuratorów i upadłości, będących częścią systemu SAWA stanowiącego współwłasność Stron, poprzez dostosowanie ich do współpracy z systemem SAWA-SIWPM połączone z wdrożeniem, integracji wszystkich modułów systemu SAWA-SIWPM z systemami Ministerstwa Sprawiedliwości (KRS, RZ, NKW) połączone z wdrożeniem.

W ocenie Odwołującego opisane nowe moduły/modyfikacje powinny zostać objęte normalnym postępowaniem o zamówieniach publicznych, tak jest to realizowane w innych

systemach informatycznych. Podniósł dodatkowo, że wyposażenie systemu wykorzystywanego przez Zamawiającego może nastąpić nie tylko poprzez rozbudowę istniejącego systemu przez firmę Currenda sp. z o.o., lecz także poprzez integrację z systemami innych autorów, w tym m.in. innymi z systemem KURATOR - 2, który co istotne współpracuje już z systemami repertoryjnymi SAWA, SĘDZIA 2.

Wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia czy zakres przedmiotu zamówienia dotyczy modyfikacji Systemu Informatycznego Wspomagającego Procesy Merytoryczne SAWA-SIWPM, czy też zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie nowego systemu oraz na okoliczność oceny czy zamówione rozwiązania programowe mogą zostać zrealizowane przez integrację z innymi systemami, niż z systemem SAWA.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający nie miał prawa do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający błędnie uznał wystąpienie przesłanki z powyższego przepisu z tezą uzasadnienia do trybu wskazującą, że wykonawcą niniejszego zamówienia może być jedynie firma Currenda Sp. z o.o., która wykonała oprogramowanie mające być przedmiotem modyfikacji i jest w posiadaniu 15 % praw autorskich majątkowych.

Zatem wywodził, że Zamawiający nie wykazał, że przedmiot zamówienia może wykonać tylko jeden wykonawca, bowiem wykonanie zamówienia było możliwe także przez innych wykonawców, w tym przez Odwołującego.

Ponadto wątpliwości Odwołującego budził fakt nieprzekazania Zamawiającemu przez wybranego wykonawcę firmę Currenda Sp. z o.o. 100 % praw autorskich majątkowych.

Powołał się na własny przypadek, gdzie w analogicznej sprawie realizował centralny system dla prokuratur (na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości), w którym przed przystąpieniem do realizacji przekazane zostało 100 % praw autorskich Zamawiającemu.

Poza tym zarzucił, że w Ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante nie sprecyzowano rodzaju przeniesionych praw autorskich majątkowych czy to w postaci prawa do licencji na oprogramowanie, czy też prawa do kodów źródłowych, co świadczy o braku konsekwencji zamawiającego w obszarze zapewnienia dla siebie pełni praw autorskich

majątkowych realizacji zamówień na dostawę oprogramowania.

Ponadto podniósł, iż wykazany powyżej brak konsekwencji Zamawiającego w kwestii obejmowania pełni praw majątkowych, skutkuje w niniejszej sprawie monopolem jednej firmy na dokonywanie modyfikacji w systemie i uniemożliwia zdrową konkurencję.

Zaznaczył również, że po zakończeniu umowy nastąpi przeniesienie autorskich praw majątkowych do każdej wytworzonej w danym etapie dokumentacji na wszystkich polach eksploatacji wskazanych w przepisie art. 50 i art. 74 ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Podkreślił, że z powodu braku wzmianki o przeniesieniu praw autorskich, co do licencji na program czy kodów źródłowych Zamawiający w konsekwencji sankcjonuje dalszy monopol wybranego wykonawcy, który będzie skutkować wykonaniem kolejnych prac modyfikacyjnych przez tę samą firmę.

Odwołujący stoi na stanowisku, że powyższe fakty dowodzą naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokonując w sposób nieuprawniony wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Według zapatrywania Odwołującego postępowanie Zamawiającego skutkuje brakiem możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o zamówieniach publicznych przez inne podmioty.

Uzasadniając swój interes Odwołujący wskazał, iż w oparciu o zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z kwietnia 2005 r. Dział II rozdział 8 dotyczący wymogów minimalnych dla systemów informatycznych Ministerstwa Sprawiedliwości, stworzył od podstaw zintegrowany system informatyczny SĘDZIA - 2 i KURATOR - 2 spełniający wszystkie wymogi homologacyjne i oparte na nowoczesnej architekturze oraz najnowszej technologii informatycznej o funkcjonalności porównywalnej z systemem SAWA, a systemy te wdrożono kompleksowo w ponad 80 sądach rejonowych i okręgowych (KURATOR - 2 - w około 170).

Wywodził, że wybór trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki przez Zamawiającego spowodował, iż interes odwołującego doznał uszczerbku i ogranicza możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Przekonywał, że posiada odpowiednie doświadczenie, zasoby ludzkie, technologiczne, żeby wykonać odpowiednie nowe moduły czy modernizację już istniejących.

W swoim odwołaniu wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W dniu 20 czerwca 2012 r. wykonawca: Currenda sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości, umowę nr KUWS/03/99 z dnia 22.06.1999 r., umowę nr 50 z dnia 27.11.2009 r. oraz umowę nr 3 z 16.2.2011r. wraz załącznikami i aneksami do tych umów, treść zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26.06.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający zastosował tryb zamówienia publicznego z wolnej ręki z pominięciem ustawowej przesłanki i czy przez to działanie nie naruszył zasady równości i konkurencyjności.

Zdaniem Izby przyjęta do udzielenia przedmiotowego zamówienia przez Zamawiającego przesłanka wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na zasadzie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, została zastosowana prawidłowo.

Powołany wyżej przepis ustawy daje Zamawiającemu prawo do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w warunkach możliwości spełnienia świadczenia tylko przez

jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Uzasadnienie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości sporządzone przez Zamawiającego w całej rozciągłości potwierdza występowanie okoliczności opisanych w cytowanym przepisie.

Należy wskazać, że informatyczny system SAWA w ramach prowadzonego postępowania będzie podlegał odpowiedniej modernizacji w wyniku, której powstaną funkcjonalne moduły pozwalające na realizację ustawowych zadań Zamawiającego na podstawie umów nr 3 i 50.

Z § 1 ust. 1 załącznika nr 3 do umowy nr KUWS/03/99 z dnia 22.06.1999 r. zawartej pomiędzy Currenda Sp. z o.o. a ATM S.A. wynika, że autorskie prawa majątkowe do oprogramowania wytworzonego przez podwykonawcę (tj. firmę Currenda Sp. z o.o.) na podstawie umowy (w tym jego kolejnych wersji tworzonych w wyniku realizacji zobowiązań gwarancyjnych i pogwarancyjnych) oraz do projektów zastosowanych rozwiązań koncepcyjnych i funkcjonalnych będą stanowiły współwłasność: Ministerstwa Sprawiedliwości w 85% i wykonawcy Currenda w 15%. Jednocześnie w myśl § 2 ust. 1 tegoż załącznika na podstawie ustalonej w § 1 współwłasności, firma Currenda będzie otrzymywała tantiemy w wysokości odpowiedniej części (15 %) ceny modułów instalowanych poza Sądem Apelacyjnym w Warszawie. Ten stan rzeczy potwierdza również oświadczenie Zamawiającego znajdujące się w zaskarżonym ogłoszeniu o posiadaniu przez firmę Currenda Sp. z o.o. praw autorskich do wskazanego systemu informatycznego. Okoliczności tej także w żaden sposób nie zaprzeczył Odwołujący ani w treści odwołania, ani też w toku rozprawy.

Natomiast stosownie do § 1 pkt 1 aneksu nr 3 do umowy nr 50 z dnia 27 listopada 2009 r. na modernizację i modyfikację istniejącego systemu SAWA zawartej pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym postanowienie § 1 ust. 2 tej umowy uległo zmianie w ten sposób, że wykonawca w dniu odbioru danego etapu przeniesie na Zamawiającego prawa autorskie majątkowe do przedmiotu poszczególnych etapów umowy oraz wszelkiej dokumentacji powstałej w ramach jego realizacji, jako utworu w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych na wszystkich polach eksploatacji, wymienionych w art. 50 oraz art. 74 ust. 4 ww. ustawy, zaś postanowienie § 1 ust. 5 otrzymało brzmienie, zgodnie, z którym wykonawca wyda Zamawiającemu kody źródłowe oprogramowania będącego przedmiotem poszczególnych etapów Umowy, a także wszystkie elementy umożliwiające instalację i uruchomienie systemu, dokumentację techniczną i wykonawczą, w dniu ich odbioru.



Analogiczne uregulowania umowne znalazły się w § 8 ust. 1 umowy nr 3 z dnia 16 lutego 2011 r. zawartej pomiędzy tymi samymi stronami, na podstawie, których przeniesienie praw autorskich majątkowych do poszczególnych modułów systemu SAWA, na Zamawiającego, nastąpi osobno w odniesieniu do każdego z tych zmodernizowanych modułów, w dniu odbioru wykonanego przez wykonawcę wdrożenia każdego z nich.

W chwili obecnej nie zostały odebrane wszystkie moduły, co wskazuje, że Przystępujący nadal posiada część praw autorskich, które mają związek z modyfikowanym systemem.

Wobec konieczności ochrony praw autorskich do systemu SAWA należy, zatem przyjąć, że wykonanie w nim stosownych modyfikacji może być dokonane jedynie przez Przystępującego.

Zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu.

Jednocześnie wymaga wskazania, że stosownie do art. 2 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy rozporządzenie i korzystanie z opracowania zależy od zezwolenia twórcy utworu pierwotnego (prawo zależne), chyba, że autorskie prawa majątkowe do utworu pierwotnego wygasły. W przypadku baz danych spełniających cechy utworu zezwolenie twórcy jest konieczne także na sporządzenie opracowania.

Izba również uznała, że dla wykazania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, uzasadniającej wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, nie ma znaczenia czy w istocie pożądanym przez Zamawiającego system informatyczny jest modernizowany czy też jest budowany w oparciu o już istniejący system SAWA. Ważne w tym zakresie jest to, czy w tym zakresie zostały zastrzeżone w odniesieniu do konkretnego wykonawcy tych usług prawa wyłączne, o których mowa w tym przepisie, tj. prawa autorskie.

Nie zostało natomiast w odwołaniu skutecznie zakwestionowane, że według koncepcji Zamawiającego modernizacja czy budowa systemu informatycznego dokonywana jest na bazie systemu SAWA, do którego Przystępującemu przysługują prawa autorskie. Izba przy tym nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający ma obowiązek stworzenia oczekiwanego systemu informatycznego od podstaw, bowiem argumentacja ta nie ma żadnego związku z podniesionym zarzutem odwołania, wskazuje raczej na ocenę celowości działań Zamawiającego, a nie ich legalności zaś decyzja Zamawiającego w tym zakresie nie podlega kontroli Izby.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....