

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 listopada 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Anna Gałas (spr.)
Sędziowie:	SO Bolesław Wadowski SO Alicja Dziekańska
Protokolant:	Prot. sąd. Rafał Artymiuk

po rozpoznaniu w dniu 26 listopada 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego Skarbu Państwa - Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji

z udziałem przeciwnika skargi Konsorcjum: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

z udziałem (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w L. oraz (...) spółki akcyjnej w W.

o zamówienie publiczne

na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1712/15

I. oddala skargę,

II. zasądza od Skarbu Państwa - Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na rzecz Konsorcjum: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO Bolesław Wadowski	SSO Anna Gałas	SSO Alicja Dziekańska
-----------------------	----------------	-----------------------

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2015 r. po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. w W. oraz (...) sp. z o.o. sp. k. w W. (dalej łącznie: odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Wewnętrznych w W. (dalej: zamawiający, skarżący) przy udziale wykonawcy (...) S.A. w W., zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) sp. z o.o. sp. k. w W. oraz (...) sp. z o.o. w L., zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego (pkt 1) oraz kosztami postępowania obciążyła zamawiającego i: zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania, zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołujących kwotę 18.600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2).

KIO ustaliła, że zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej też: pzp), którego przedmiotem jest dostawa nowych, nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, drukarek, skanerów oraz licencji na oprogramowanie antywirusowe w ramach projektu (...) W dniu 31 lipca 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części I zamówienia, a także o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę (...) S.A. w W..

Izba uznała, że oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert mogła być wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Izba wskazała, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia był m. in. system operacyjny. Licencja na oprogramowanie miała upoważniać zamawiającego i urzędy do korzystania m. in. na następująco opisanym polu eksploatacji: Instalacja na stacji roboczej (stacjach roboczych) innych niż te, na których pierwotnie zainstalowano, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji ich z tej stacji roboczej (stacji roboczych). Izba ustaliła również, że odwołujący zaoferował zamawiającemu system operacyjny (...) W. (...)1. P. (...) (...)bit z możliwością downgrade do (...) W. (...), producenta (...). Izba ustaliła także, że zamawiający wystąpił do (...) z prośbą o informację, czy (...) W. (...)1. P. (...) (...) z możliwością downgrade do (...) W. (...) P. umożliwi instalację na stacji roboczej (stacjach roboczych) innych niż te, na których pierwotnie zainstalowano, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji ich ze stacji roboczej (stacji roboczych). W odpowiedzi (...) sp. z o.o. w W. wyjaśniło, że licencje w wersji O. zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej nie mogą być przenoszone na inne komputery.

Izba ustaliła dalej, że zamawiający poinformował odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art 89 ust. 1 pkt pzp, uznając, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający wywiódł, że zaoferowano mu system operacyjny z typem licencji, która nie umożliwia ponownej instalacji oferowanego oprogramowania na innym komputerze (po uprzedniej deinstalacji) bez naruszania praw autorskich.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie bowiem zamawiający nie wykazał, aby treść oferty odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazywanym w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia. Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał, aby licencja na zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie zabraniała przeniesienia licencji na inną stację roboczą po uprzedniej deinstalacji z pierwotnej stacji roboczej. Izba stwierdziła, że zamawiający nie powołał dowodu z dokumentu w postaci licencji oprogramowania W. (...)1. P. (...) (...) z możliwością downgrade do (...) W. (...) P. na okoliczność, że jej treść rzeczywiście zabrania przenoszenia oprogramowania w sposób wymagany przez zamawiającego, a obowiązek złożenia takiego dowodu w niniejszej sprawie spoczywał na zamawiającym. Wskutek powyższego Izba podkreśliła, że nie mogła przeanalizować konkretnych postanowień licencyjnych, które rzekomo miały świadczyć o niezgodności treści oferty odwołującego z

postanowieniem § 12 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy. Jedyń dowód w tym zakresie, jaki Izba przeprowadziła na wniosek zamawiającego to dowód z dokumentu w postaci korespondencji, jaką zamawiający prowadził z (...) sp. z o.o. w W.. W ocenie Izby, do oświadczenia (...) sp. z o.o. należało podchodzić z dużą ostrożnością, bowiem pochodziło ono od podmiotu żywotnie zainteresowanego uznaniem, że tańsze licencje w wersji O. nie upoważniają do korzystania w sposób wymagany przez zamawiającego.

Izba w dalszej kolejności stwierdziła, że nawet gdyby zamawiający zdołał udowodnić, że rzeczywiście postanowienia umowy licencyjnej oferowanego przez odwołującego oprogramowania zabraniają przenoszenia oprogramowania na inną stację roboczą po uprzedniej deinstalacji z pierwotnej stacji, to nie musiałoby to oznaczać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Izba wywiodła, że prawo do zezwalania na dalszy obrót zostaje „wyczerpane”, a więc już nie służy uprawnionemu, jeżeli doszło do wprowadzenia do obrotu tego egzemplarza przez uprawnionego lub za jego zgodą na obszar (...). W ocenie Izby, wobec spełnienia wszystkich znamion przepisu art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych z momentem wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu na terytorium (...) utraci prawo do zezwalania na dalszy obrót z mocy tego przepisu. Przeciwnie postanowienia umów licencyjnych - jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy - musiałyby zostać uznane za nieważne. W ocenie KIO skoro zamawiający miałby prawo do dalszego wprowadzania egzemplarza utworu do obrotu, a więc do jego sprzedaży czy darowizny, to tym bardziej ma prawo do przeniesienia oprogramowania na swój inny komputer, po uprzedniej deinstalacji z poprzedniej stacji roboczej. Zdaniem Izby, umowne uzgodnienia sprzeczne z celem instytucji wyczerpania wyrażającym się w zapewnieniu „obiegowości” dóbr w gospodarce należy uznać za nieważne.

W podsumowaniu Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp niezasadnie odrzucając ofertę odwołującego w sytuacji, gdy nie wykazano aby treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.

Skargę na powyższy wyrok wniósł zamawiający i zaskarżył wyrok w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- 1) sprzeczność ustaleń faktycznych i prawnych, na których oparto rozstrzygnięcie poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oferta odwołującego odpowiada treści SIWZ, a w związku z tym błędną wykładnię przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp,
- 2) błędną wykładnię przepisu art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Wskazując na powyższe, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości, poprzez oddalenie odwołania odwołującego w całości i obciążenie kosztami odwołującego oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, przed Sądem Okręgowym, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę odwołujący wnieśli o oddalenie skargi oraz zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest niezasadna. Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła stan faktyczny w niniejszej sprawie, który to Sąd Okręgowy akceptuje i uznaje za własny. Na aprobatę zasługuje również ocena prawna dokonana przez KIO.

W sprawie najistotniejsze okazały się dwie kwestie, a mianowicie ocena zgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wobec braku przedstawienia przez zamawiającego postanowień licencji na oprogramowanie oraz kwestia wtórna – interpretacja art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Niezasadny okazał się zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych i ocen prawnych, na których KIO oparła zaskarżone orzeczenie. Przede wszystkim dla dokonania oceny czy postanowienia licencji na opisane oprogramowanie w wersji O. zezwalają czy też nie na zainstalowanie oprogramowania na kolejnym urządzeniu, po uprzednim ich odinstalowaniu z urządzenia, na którym to kopia oprogramowania została pierwotnie zainstalowana, konieczna jest analiza postanowień danej umowy licencyjnej. W niniejszym postępowaniu dokument ten nie został przedstawiony ani w postępowaniu przed KIO, ani też w postępowaniu na skutek skargi od wyroku KIO, co za tym idzie oczywiście niemożliwa stała się ocena czy rzeczywiście postanowienia przedmiotowej licencji dla oprogramowania w wersji O. nie zezwalały na zainstalowanie oprogramowania na kolejnym sprzęcie. W konsekwencji nie mogło się potwierdzić stanowisko zamawiającego, że licencje w wersji O. zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej nie mogą być przenoszone na inne komputery a zatem oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i podlegała odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp). Z całą pewnością ciężar wykazania, że oferta odwołującego nie jest zgodna ze SIWZ spoczywał na zamawiającym, który na tę okoliczność się powołał (art. 190 ust. 1 pzp oraz art. 6 k.c.). W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający zakwestionował zgodność oferty ze specyfikacją, na uzasadnienie swojego stanowiska przedstawił de facto jeden dokument – pismo podmiotu trzeciego (...) sp. z o.o. datowane na 13 lipca 2015 r. (k. 180), w którym to w sposób lakoniczny wskazano, że licencje w wersji O. zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej nie mogą być przenoszone na inne komputery. Pismo to nawet w sposób pośredni nie odwoływało się do konkretnych postanowień licencji, również umowa licencyjna nie została do niego załączona, przez co stanowisko autora pisma jest co najmniej nieprecyzyjne. Z wyjaśnień zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego również nie można odczytać takiej informacji. (k. 157 v.), a stanowią one jedynie powtórzenie wymienionego pisma (...) sp. z o.o. Niesłuszne są twierdzenia skargi, że KIO całkowicie pominęła tezy zawarte w tym piśmie, bowiem z pewnością odniosła się do treści tego pisma i dokonała jego oceny, mając na uwadze całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Warto zatem podkreślić, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, oparł się jedynie na tym piśmie. Wobec zdecydowanie nieprecyzyjnej treści pisma i jego dość ogólnym wydźwięku, to odrzucenie oferty przez zamawiającego miało charakter abstrakcyjny. Do dnia zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym umowa licencyjna nie została przedstawiona. Podsumowując, zamawiający bezpodstawnie zakwestionował zgodność oferty odwołującego ze specyfikacją i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego nie miało oparcia w stanie faktycznym i prawie. Zauważyć w tym miejscu należy, że przedmiotowe pismo zostało sporządzone przez podmiot z oczywistych względów zainteresowany wynikiem niniejszego postępowania i w związku z tym należało podchodzić do niego z dużą ostrożnością, na co słusznie zwróciła uwagę KIO. Ponadto pismo to należało zakwalifikować jedynie jako dokument prywatny (art. 245 k.p.c.) i co za tym idzie ów dokument nie korzystał z domniemań zawartych w treści art. 244 k.p.c. (domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych), jak ma to miejsce w przypadku dokumentów urzędowych, a jedynie - poza domniemaniem autentyczności - korzystają z domniemania wyłączającego potrzebę dowodu, że osoba, która dokument podpisała, złożyła zawarte w nim oświadczenie (por. postanowienie Sąd Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1982 roku, sygn. akt III CKN 65/82). Samo twierdzenie strony, jak słusznie zwraca uwagę Sąd Najwyższy, nie jest dowodem, a twierdzenie dotyczące istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności (art. 227 k.p.c.) powinno być udowodnione przez stronę to twierdzenie zgłaszającą (art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c.) (por. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 listopada 2001 r., I PKN 660/00). Innymi słowy, skoro zamawiający twierdził, że oferta odwołujących jest niezgodna ze specyfikacją, powinien tę okoliczność udowodnić i koniecznym zdaje się było przedstawienie umowy licencyjnej jako dowodu dla stwierdzenia faktu z którego zamawiający wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Na podstawie powyższych rozważań, również w ocenie Sądu Okręgowego słusznie KIO odmówiła przyznania waloru dowodu temu oświadczeniu (...) sp. z o.o. i uznał za niewykazane, że licencja typu O. zabraniała przenoszenia oprogramowania, zgodnie z wymaganiami SIWZ. W konsekwencji KIO dokonała prawidłowej wykładni art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp i słusznie zważyła, że w niej zachodziła niezgodność oferty odwołującego z SIWZ i nieprawidłowe było odrzucenie tej oferty. Pierwszy zarzut skargi okazał się zatem niezasadny.

Już tylko z tego powodu należało uwzględnić odwołanie, co słusznie uczyniła KIO. Mimo tego Izba podjęła się dalszej **hipotetycznej** analizy zgodności tak przedstawionych postanowień umowy licencyjnej z obowiązującymi przepisami prawa. W świetle przeprowadzonych rozważań w ocenie Sądu Okręgowego słusznie KIO wywiodła, że zgodnie z art. 51

ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 58 k.c. zakaz „przenoszalności” oprogramowania jaki rzekomo wynika z postanowień licencji na oprogramowanie typu O. jest niezgodny z prawem i postanowienia takie byłyby bezwzględnie nieważne. Zarzut naruszenia art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych okazał się zatem niezasadny, Izba dokonała prawidłowej interpretacji tego przepisu i słusznie wywiodła, że w świetle postanowień tego przepisu prawa prawo do zezwalania na dalszy obrót kopii oprogramowania ulega wyczerpaniu, tj. nie służy już uprawnionemu, jeżeli doszło do wprowadzenia do obrotu takiego egzemplarza przez podmiot uprawniony lub za jego zgodą na obszar Wspólnoty. Nie zostało z pewnością w niniejszym postępowaniu dowiedzione, że przedmiotowe oprogramowanie zostało wprowadzone do obrotu przez podmiot nieuprawniony, niezasadne zatem byłoby wyciąganie takich wniosków. W przypadku zatem wprowadzenia oprogramowania typu O. do obrotu wraz ze sprzętem komputerowym przez uprawnionego, nabywcę takiego sprzętu wraz z oprogramowaniem nie wiąże obowiązek uzyskania zgody na obrót – a tym bardziej na przeniesienie oprogramowania na swój inny komputer, po uprzedniej deinstalacji z poprzedniego sprzętu (argumentum ad maiori ad minus) – od uprawnionego, bowiem uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych z chwilą m.in. otrzymania wynagrodzenia traci uprawnienie do wyrażania zgody na obrót danym dobrem. Postanowienia licencji sprzeczne z tym powszechnie obowiązującym przepisem prawa byłyby zatem nieważne na mocy art. 58 k.c. Podsumowując tę część rozważań, również w ocenie Sądu Okręgowego niezgodne z prawem byłoby ograniczanie obrotu oprogramowaniem poprzez zakaz jego zainstalowania na kolejnej jednostce, po uprzednim odinstalowaniu z pierwotnej. Użycie słowa „byłoby” jest zabiegiem celowym, bowiem zamawiający nie przedstawił umowy licencyjnej, z której to wynikałyby takie zapisy, zatem rozważania te mają jedynie charakter jedynie czysto hipotetyczny i są oparte na informacjach wynikających m.in. z oświadczenia M. oraz treści skargi, a nie na analizie postanowień przedmiotowej umowy.

Odnosząc się następnie do kwestii czy w niniejszym postępowaniu wystąpiłoby zwielokrotnienie oprogramowania typu O. czy też jego obrót (dystrybucja), w ocenie Sądu Okręgowego z pewnością rację należy przyznać odwołującemu, że w przypadku przeniesienia oprogramowania na swój inny komputer, po uprzedniej deinstalacji z poprzedniego sprzętu dochodzi do obrotu oprogramowaniem, a nie jego zwielokrotnienia, chociażby z uwagi na obowiązek odinstalowania oprogramowania z urządzenia, na którym oprogramowanie było pierwotnie zainstalowane. Zauważyć w tym miejscu należy, że sądu orzekającego nie wiążą orzeczenia wydane w innych postępowaniach, wyjątkiem nie są tu orzeczenia wydane przez sądy w innych państwach europejskich. Niezasadne są przy tym twierdzenia skargi, że zaskarżony wyrok został oparty na analizie danego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który to nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem Izby nie wiązały ustalenia i zważania Trybunału, a jedynie mogły stanowić uzasadnienie przyjętej przez Izbę wykładni przepisów. Nie bez znaczenia pozostaje bowiem fakt, że art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest wynikiem implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy z dnia 23 kwietnia 2009 r. Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych. W tym kontekście twierdzenia skargi, jakoby przywołane przez Izbę orzeczenie niemieckiego Sądu Najwyższego nie dotyczyło licencji typu O. (...) ale odrębnych licencji dystrybucyjnych dla producentów sprzętu czy też orzeczenie Trybunału opierało się o stan faktyczny, gdzie przeniesienie oprogramowania miało miejsce między dwoma niezależnymi podmiotami, a nie w ramach struktury organizacyjnej tego samego podmiotu oraz przywołanie przepisów prawa karnego, są niezasadne i pozostają poza meritem niniejszej sprawy. Podsumowując drugą część rozważań, w ocenie Sądu Okręgowego Izba prawidłowo zastosowała art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych i wywiodła, że zgodnie z SIWZ zamawiający miał dokonać obrotu oprogramowaniem i umowa licencyjna nie może tego zakazać.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 198f ust. 2 pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 pzp, zgodnie z wynikiem postępowania wywołanego skargą. Odnośnie wysokości zasądzonych na rzecz przeciwnika skargi kosztów, Sąd Okręgowy zastosował odpowiednio treść § 10 ust. 1 pkt. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

SSO Bolesław Wadowski	SSO Anna Gałas	SSO Alicja Dziekańska
-----------------------	----------------	-----------------------