

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021r. przez wykonawcę CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy Advanced Business Services sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze dotyczące naruszenia art. art. 99 ust. 2 i ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie żądania:

- dodania do dokumentacji postępowania pełnej dokumentacji systemu na którą wybiórczo i skrótowo powołuje się Zamawiający w Załączniku nr 1 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy.

- dookreślenia przez Zamawiającego, czy w celu realizacji Zamówienia będzie konieczne odtworzenie istniejących modułów/algoritmów czy też będzie istniała możliwość wykorzystania obecnie istniejących.

- wprowadzenia do dokumentacji postępowania opisu wymogów biznesowych dla przedmiotu zamówienia.

2. uwzględnia odwołanie dotyczące naruszenia art. art. 99 ust. 2 i ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie żądania dodania do dokumentacji postępowania pełnego kodu źródłowego systemu i nakazuje Zamawiającemu umożliwienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zapoznania się z pełnym kodem źródłowym systemu w sposób umożliwiający wykonawcom sporządzenie oferty;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Advanced Business Services sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego sprzeciw i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy Advanced Business Services sp. z o.o. z siedzibą w

Kielcach na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący : .....

#### UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modyfikacja modelu kosztowo-popytowego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00193998 z dnia 28 września 2021r.

W dniu 4 października 2021r. wykonawca - CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 2 i ust. 4-6 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób znacznie utrudniający konkurencję oraz ograniczający dostęp do realizacji zamówienia. W szczególności poprzez nieudostępnienie wszystkich informacji o systemie w tym brak dostępu do kodów źródłowych lub dokumentacji Systemu, który ma być modyfikowany - co może doprowadzić do ograniczenia liczby wykonawców, w tym uniemożliwienie złożenia oferty przez Odwołującego i umożliwienie złożenia oferty tylko temu wykonawcy który uprzednio wykonał system.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie następujących zmian do SWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu:

1. dodanie do dokumentacji postępowania pełnej dokumentacji systemu na którą wybiórczo i skrótowo powołuje się Zamawiający w Załączniku nr 1 - Szczegółowy Opis

Przedmiotu Umowy.

2. dodanie do dokumentacji postępowania pełnego kodu źródłowego systemu.
3. dookreślenie przez Zamawiającego, czy w celu realizacji Zamówienia będzie konieczne odtworzenie istniejących modułów/algoritmów czy też będzie istniała możliwość wykorzystania obecnie istniejących.
4. wprowadzenie do dokumentacji postępowania opisu wymagań biznesowych dla przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekuje, że w wyniku postępowania dojdzie do wytworzenia modyfikacji istniejącego systemu, w tym

jego dokumentacji. W Załączniku nr 1 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy Zamawiający wskazał szereg zapisów, zgodnie z którymi można wnioskować, że Zamawiający oczekuje stworzenia dokumentacji całego systemu a nie tylko dokumentacji tego co zostanie wytworzone na podstawie postępowania. Zaś w odniesieniu do samego rozwoju systemu, przedstawione zostało zbyt mało informacji, aby móc ocenić zakres prac do wykonania. Z uwagi na fakt, że nie jest dostępna ani kompletna dokumentacja systemu ani kody źródłowe, wykonawca inny niż ten który wytworzył lub obsługuje obecnie system, nie jest w stanie ocenić jaki jest zakres prac do wykonania, zwłaszcza biorąc pod uwagę tak krótki termin realizacji całego Zamówienia. W konsekwencji, bez podania przez Zamawiającego szczegółowych informacji na temat systemu nie ma możliwości prawidłowego oszacowania zakresu prac, czasochłonności a co za tym idzie złożenia kompleksowej oferty w sposób prawidłowy i zgodny ze sztuką.

Odwołujący podkreślił, że zapisy SWZ powinny być wyczerpujące i jednoznaczne, nie tworzyć obszaru do jakichkolwiek domysłów lub zostawiać niepewności. Natomiast bez podania dodatkowych informacji i materiałów, jedynie inny wykonawca, który zna system, ilość danych, procesów, zawartość modułów etc. jest w stanie oszacować prawidłowo zakres prac do wykonania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że w całości uwzględni zarzuty odwołania.

Odnosząc się do żądania nr 1 wskazał, że udostępnił w formie załącznika do dokumentacji przetargowej Opis modyfikacji Modelu Kosztowo Popytowego (MKP) do wersji

4 (Załącznik nr 7 do Umowy). W zakresie żądania nr 2 wyjaśnił, że z uwagi na fakt, iż do analizy kodu źródłowego w zakresie elementów zaimplementowanych w bazie danych (postgres 9.5 z rozszerzeniem postgis) wymagana jest konfiguracja środowiska, Zamawiający zapewnił wykonawcom możliwość zapoznania się w siedzibie Zamawiającego lub w Delegaturach z kodem źródłowym, po wcześniejszym zadeklarowaniu potrzeby analizy kodu przez Wykonawcę. Ponadto wskazał, odnosząc się do żądania nr 3, że uzupełnił przedmiotowe zapisy SWZ (rozdział III SWZ pkt 2), aczkolwiek przedmiot zamówienia czyli „Modyfikacja Modelu Popytowo-Kosztowego”, wskazuje iż przedmiotem jest zmiana, uzupełnienie istniejących funkcjonalności. Jednocześnie Zamawiający nie wyklucza odtworzenia istniejących modułów/algoritmów. W zakresie natomiast żądania nr 4 wyjaśnił, że uzupełnił wymagania biznesowe (Załączniki nr 1 do Umowy - Szczegółowy opis przedmiotu Umowy) na „Modyfikację Modelu Popytowo-Kosztowego” w szczególności o aspekty na które zwrócili Wykonawcy w zadanych pytaniach.

Na posiedzeniu z udziałem stron postępowania wykonawca Advanced Business Services sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Przystępujący”) zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w zakresie żądania zawartego w punkcie drugim odwołania, a dotyczącego dodania do dokumentacji postępowania pełnego kodu źródłowego systemu.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 8 października 2021r. wskazał, że zgodnie z wypracowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie musi, a wręcz nie powinna, zawierać kodu źródłowego (por. wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. sygn. akt KIO 700/16; wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 973/16; wyrok KIO z dnia 15 maja 2017 r. sygn. akt KIO 714/17). Zamawiający nie może opublikować kodu źródłowego bez zobowiązania wykonawcy do zachowania poufności, a w szczególności w ramach dokumentacji postępowania. Ponadto nie może opublikować kodu źródłowego ze względu na nieposiadanie majątkowych praw autorskich lub licencji umożliwiającej taką publikację. Jak

wynika z uprzednio zawartych umów przez Zamawiającego, nie posiada on odpowiednich praw umożliwiających opublikowanie całości kodu źródłowego o istotnej wartości gospodarczej i udostępnienie go w ramach postępowania wykonawcom, gdyż część z niego jest udostępniona na zasadzie licencji bez możliwości publikacji i udostępniania. Znajomość kodu źródłowego w zakresie modułu trasowania sieci FTTH, nie stanowiącego części oprogramowania dedykowanego MKP, nie jest wymagana dla realizacji zamówienia tak samo jak nie jest konieczna znajomość kodu źródłowego bibliotek wykorzystywanych do programowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o

udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego wyrażone w pismach procesowych

oraz na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Na wstępie poczynionych rozważań Izba wskazuje, że opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony

uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem Zamawiającego, który musi pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania, z drugiej uczynić to z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Doniosły charakter tej czynności wynika z tego, że dokonywany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 99 do 103 Pzp.

Zgodnie z art. 99 ust. 2 Pzp Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Stosownie do treści ust. 4 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Zgodnie z ust. 5 przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Ponadto jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności (ust. 6).

Dostrzeżenia wymaga, że prawidłowy opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny nie tylko dla ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia ale przede wszystkim odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby Zamawiającego a także umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że rację miał Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 99 ust. 2, 4-6 Pzp, ponieważ opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przez Zamawiającego w sposób niepełny, który uniemożliwia wykonawcy przygotowanie i złożenie ważnej oferty, a ponadto preferował wykonawcę dotychczas realizującego zamówienie.

Izba wskazuje, że z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w całości

zarzutów odwołania i zgłoszenia sprzeciwu jedynie co do uwzględnienia zarzutu w zakresie w zakresie żądania zawartego w punkcie drugim odwołania, a dotyczącego dodania do dokumentacji postępowania pełnego kodu źródłowego systemu, postępowanie odwoławcze w pozostałym zakresie podlegało umorzeniu. Rozpoznaniu przez Izbę podlegał więc zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 2, 4-6 Pzp, w zakresie którego dotyczył sprzeciw Przystępującego.

Izba uwzględniając zaprezentowane przez strony postępowania oraz Przystępującego stanowiska, a także złożony przez Zamawiającego dowód w postaci umowy nr BA.WZP.26.1.28.2020.1 zawartej pomiędzy Zamawiającym a NetModeller Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działał Prezes Zarządu p. Mariusz Wójcik stwierdziła, że zarzut podlegał uwzględnieniu.

Wskazać należy, że jak wynika, ze stanowiska Zamawiającego oraz Odwołującego do analizy kodu źródłowego w zakresie elementów zaimplementowanych w bazie danych (postgres 9.5 z rozszerzeniem postgis) wymagana jest konfiguracja środowiska, a więc związana z tym konieczność analizy kodu źródłowego systemu. Zauważyć należy, że w udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach na pytania do SWZ Zamawiający oświadczył, że zapewnia wykonawcom możliwość zapoznania się w siedzibie Zamawiającego lub w Delegaturach z kodem źródłowym, po wcześniejszym zadeklarowaniu potrzeby analizy kodu przez Wykonawcę, a Odwołujący oświadczył, że powyższe w pełni umożliwia mu złożenie oferty w postępowaniu.

Izba uznała, że skoro jak wynika z § 12 wskazanej wyżej przywołanej umowy Zamawiającemu przysługują autorskie prawa majątkowe do Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego w tym możliwość dysponowania kodem źródłowym to obowiązkiem Zamawiającego jest umożliwienie wykonawcom zapoznania się z powyższymi informacjami w celu zapewnienia wszystkim potencjalnym wykonawcom porównywalnych możliwości złożenia oferty. Izba uznała, że Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu potwierdzającego, że Zamawiający nie ma prawnych możliwości udostępnienia kodu źródłowego do modułu prasowania, co powoduje, że powyższe twierdzenia Izba uznała za gołosłowne, a w konsekwencji nie zasługujące na uwzględnienie.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....