Sygn. akt: KIO 2279/17

WYROK
z dnia 15 listopada 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2017 roku przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa, w imieniu którego działa Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:

……..

Członkowie:

……..

……..

---

sygn. akt KIO 2279/17

UZASADNIENIE

W dniu 30 października 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp"), odwołanie złożył wykonawca **ASSECO Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (dalej: „Asseco" lub „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, budowę, dostarczenie i wdrożenie Systemu informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji, oraz świadczenie usług gwarancyjnych, wsparcia i rozwoju" prowadzi Zamawiający: **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE) w Warszawie.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 października 2017 r. pod numerem 2017/S 203-418642. Strona internetowa, na której Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ: http://www.uke.gov.pl.

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, poprzez takie zapisy SIWZ, które uniemożliwiają dostarczenie komercyjnego oprogramowania standardowego, a jedynie
a) nakazują wykorzystanie oprogramowania wskazanego przez Zamawiającego z nazwy, nie dopuszczając dostarczenia oprogramowania równoważnego,
b) nie dopuszczają wykorzystania komercyjnego oprogramowania standardowego wskazując na konieczność wykorzystania oprogramowania typu open source, co przy tak skomplikowanym przedmiocie zamówienia powoduje, że większość systemu musi być wytworzona w oparciu o Oprogramowanie Dedykowane czyli oprogramowanie tworzone na potrzeby i w ramach wykonania Umowy,
co ogranicza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także jest nieuzasadnione ekonomicznie i znacząco zwiększa ryzyko niepowodzenia realizacji Umowy.

Z powyższych względów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w sposób określony w treści uzasadnienia odwołania.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 20.09.2017 r., kiedy Zamawiający opublikował treść SIWZ wraz z załącznikami, tym samym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie tym samym nie zawierało braków formalnych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wyrażającą się w takim sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, które utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, przez co może negatywnie wpłynąć na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

W uzasadnieniu zaznaczono, że przedmiotem zamówienia jest budowa nowego systemu pod nazwą Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Przedmiotem umowy jest zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Systemu zgodnego z wymogami Zamawiającego określonymi w OPZ, Umowie i Analizie Przedwdrożeniowej, z użyciem Oprogramowania Zamawiającego, Oprogramowania Open Source oraz Oprogramowania Dedykowanego, przeniesienie Praw Własności Intelektualnej oraz świadczenie Usług Gwarancyjnych, Usług Wsparcia i Usług Rozwoju w zamian za Wynagrodzenie. Zamawiający w SIWZ, w tym we Wzorze umowy, który stanowi Załącznik nr 7 do SIWZ, wskazał zakres oprogramowania, które musi zostać użyte do budowy systemu (pkt 2.1 Wzoru umowy):
1. Oprogramowanie Zamawiającego
2. Oprogramowanie Open Source
3. Oprogramowanie Dedykowane
Zamawiający nie dopuścił zaoferowania komercyjnego oprogramowania standardowego, co narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także jest nieuzasadnione ekonomicznie i zwiększa ryzyko niepowodzenia realizacji Umowy. Zamawiający dopuścił w ramach realizacji przedmiotu zamówienia użycie jedynie wskazanych typów komponentów: 1. Oprogramowanie Zamawiającego zdefiniowane w Załączniku nr 8 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w Rozdziale 9 Infrastruktura sprzętowa i oprogramowanie udostępniane przez Zamawiającego w pkt 3
„3. Zamawiający udostępni na potrzeby realizacji umowy następujące oprogramowanie:
a. WSO 2 Identity Server,
b. Oprogramowanie VMware vSphere ESXi 6,

---

c. Bazy danych PostgreSQL,

d. System operacyjny Linux Debían lub Windows Server,
e. Oracle Standard Edition One oraz Oracie Business Intelligence 12c SE1 - w zakresie budowy modelu danych."
Należy w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający w pkt 4 nakazał wykorzystanie wylistowanego oprogramowanie, co narusza przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie dopuścił dostarczenia oprogramowania równoważnego w stosunku do wylistowanego w pkt 3, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i znacząco utrudnia uczciwą konkurencję.
„4. Wykonawca jest zobowiązany do wykorzystania powyższego oprogramowania oraz infrastruktury sprzętowej."

Oprogramowanie Open Source 2. zdefiniowane w pkt 8.6 Wzoru umowy następująco:
„8.6 Wykonawca oświadcza, że zastosowane przez niego do realizacji Systemu oprogramowanie jest oprogramowaniem o otwartej licencji (Open Source), która pozwala na legalne oraz nieodpłatne kopiowanie oraz zapewnia swoim użytkownikom prawo do samodzielnego modyfikowania, analizowania i rozbudowy jego kodu, a także spełnia poniższe warunki:
(a) kod źródłowy musi być powszechnie dostępny do pobrania;
(b) musi być dozwolona redystrybucja modyfikacji;
(c) prawa związane z oprogramowaniem muszą się odnosić do wszystkich odbiorców programu, bez konieczności uzyskiwania dodatkowych licencji;
(d) program nie może być licencjonowany tylko jako część szerszej dystrybucji;
(e) licencja musi być technicznie neutralna tzn. że nie może pociągać za sobą zastrzeżeń dotyczących konkretnego rozwiązania technologicznego, stylu lub interfejsu;
(f) oprogramowanie jest okresowo aktualizowane przez producenta."
3. Oprogramowanie Dedykowane - zdefiniowane przez Zamawiającego jako oprogramowanie tworzone na potrzeby i w ramach wykonania Umowy.

Zamawiający nie dopuścił użycie oprogramowania standardowego, które jest dostępne na rynku i w sposób optymalny adresuje funkcjonalności opisane przez Zamawiającego. Dopuszczenie zastosowania takiego oprogramowania spowoduje doprowadzenie SIWZ do zgodności z przepisami ustawy Pzp, zapewni równe traktowanie wykonawców i umożliwi Odwołującemu złożenie atrakcyjnej cenowo oferty. Ponadto dopuszczenie takiego oprogramowania zminimalizuje ryzyko niezrealizowania umowy, wyraźnie skróci czas realizacji, obniży wysokie koszty wytworzenia i utrzymania Oprogramowania Dedykowanego, którego wytworzenie jest niezbędne z uwagi na fakt, że

istniejące Oprogramowanie typu Open Source nie spełnia większości wymogów Zamawiającego.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że dostarczenie w ramach wykonania Umowy rozwiązania realizującego wszystkie wymagania SIWZ wiąże się z koniecznością wytworzenia skomplikowanego rozszerzenia oprogramowania Open Source jako Oprogramowania Dedykowanego (w zakresie jaki spełnia oprogramowanie komercyjne już dostępne na rynku) rozwiązanie takie jest nieuzasadnione ekonomicznie i niesie za sobą duże ryzyko niepowodzenia projektu ze względu na fakt, iż:
1) Wytworzenie takiego oprogramowania wymaga wyspecjalizowanej kadry dziedzinowej zarówno po stronie Wykonawcy jak i Zamawiającego, przeprowadzenia analizy i zaprojektowania nowego rozwiązania (pomimo istniejących analogicznych rozwiązań komercyjnych). Jest to istotny koszt, jaki Wykonawca zmuszony do wykorzystania oprogramowania Open Source musi dodać do oferty oraz istotny koszt zespołu projektowego Zamawiającego. Wszystkimi tymi kosztami będzie ostatecznie obciążony Zamawiający pomimo, że koszt ten nie jest uzasadniony z punktu widzenia celu projektu. Istniejące na rynku oprogramowanie komercyjne pozwala znacząco zmniejszyć koszt niezbędny do poniesienia przez Zamawiającego, gdyż koszt producentów tych rozwiązań jest finansowany z wielu wdrożeń takiego oprogramowania;
2) Jest to rozwiązanie wymagające znacznej ilości dodatkowych testów z racji dużą ilością błędów wynikających w wdrożenia nowego, nigdy obarczania nie zweryfikowanego w użyciu produkcyjnym rozwiązania. Jest to kolejny zestaw zadań do realizacji przez Wykonawcę oraz zespół projektowy Zamawiającego. Kosztami tych zadań

ponownie będzie obciążony w całości Zamawiający a koszty te są nieuzasadnione z punktu widzenia celu projektu. Istniejące na rynku oprogramowanie komercyjne zostało już zweryfikowane w wielu wdrożeniach;
3) Jako element systemu mający wpływ na kluczowe jego mechanizmy znacznie zwiększa ryzyko niepowodzenia projektu m.in. ze względu na potencjalny brak odpowiedniej specjalistycznej wiedzy merytorycznej np. w zakresie GIS po stronie Zamawiającego oraz opóźnień związanych z koniecznością wytworzenia, przetestowania i wdrożenia rozwiązania dedykowanego zamiast Oprogramowania Standardowego;
4) Koszami utrzymania takiego rozwiązania w 100% musi zostać obarczony Zamawiający, gdyż ze względu na charakter oprogramowania Dedykowanego nie ma możliwości wdrożenia go w ramach innych projektów, a co za tym idzie podziału tych kosztów. Koszty utrzymania istniejącego na rynku oprogramowania komercyjnego są rozłożone na utrzymanie wielu wdrożeń, zatem koszt pojedynczego wdrożenia jest znacząco niższy niż w przypadku gdy utrzymanie w całości musi być sfinansowane z jednego wdrożenia.

W chwili obecnej nie istnieje oprogramowanie open source spełniające wszystkie wymagania SIWZ w zakresie funkcjonalności GIS. Zakładając zatem, że koszt wytworzenia oprogramowania GIS spełniającego wszystkie wymagania SIWZ, to kwota X; Koszt Zamawiającego w zakresie utrzymania Oprogramowania Dedykowanego do poniesienia na rzecz Wykonawcy = 20% X rocznie. Koszt ten Zamawiający będzie również ponosił w latach po wygaśnięciu obowiązku utrzymania systemu informatycznego przez Wykonawcę, który go w ramach bieżącej Umowy dostarczy.
Rozpatrując zatem użytkowanie systemu informatycznego przez okres 5 lat Zamawiający poniesie koszt jego wytworzenia i utrzymania w wysokości: X + 5 * (20% X) = 2 X.
Uwzględniając następnie, że koszt licencji oprogramowania komercyjnego musi zwrócić producentowi takiego oprogramowania koszt jego wytworzenia, to przyjmując odpowiednie liczby wdrożeń oprogramowania komercyjnego otrzymujemy:
10 wdrożeń: koszt licencji = 10% X 20 wdrożeń: koszt licencji = 5% X 50 wdrożeń: koszt licencji = 2% X 100 wdrożeń: koszt licencji = 1 % X
Oprogramowania komercyjne realizujące wymagania SIWZ, uznanych producentów tego specjalistycznego oprogramowania, mają za sobą dziesiątki jeśli nie setki wdrożeń. Przyjmując jednakże nawet 10 wdrożeń takiego oprogramowania Odwołujący przedstawił tabelaryczne wyliczenie kosztów Zamawiającego do poniesienia w okresie 10 lat sięgające 1 000 000 zł.

Odwołujący podkreślił również, że:
• producenci oprogramowania komercyjnego wraz z partnerami praktycznie zawsze udzielają rabatów handlowych względem cen list price,
• koszt realizacji poprzez Oprogramowanie Dedykowane wymagań SIWZ w zakresie GIS znacząco przekracza koszt wytworzenia pozostałego Oprogramowania Dedykowanego wynikającego z wymagań SIWZ.

Zważywszy na przedstawioną kalkulację oraz przedstawione ryzyka, w tym nieuwzględnione a również istotne koszty zespołu projektowego Zamawiającego związane z wytworzeniem nowego oprogramowania GIS, wymóg SIWZ nakazujący wykorzystać wyłącznie oprogramowanie open source jest ekonomicznie nieuzasadniony.

Odwołujący wnosił zatem o:
1) wykreślenie wymogu zastosowania Oprogramowania Zamawiającego lub dopuszczę w to miejsce rozwiązania równoważnego,
2) dopuszczenie zastosowania oprogramowania standardowego, poprzez
a. wprowadzenie definicji Oprogramowania Standardowego
„Oprogramowanie Standardowe" jest rozumiane jako oprogramowanie z półki (COTS akronim od angielskiego Commercial Off-The-Shelf Software) dostępne w publicznej ofercie

---

sprzedażowej firmy oferującej to oprogramowanie. Oprogramowanie standardowe charakteryzuje się następującymi właściwościami:
• stanowi gotowy produkt dostępny na rynku w publicznej ofercie danego producenta,

• powinno w szczególności być identyfikowane jednoznacznie przez nazwę własną, numer wersji,
• jest dostarczane klientom w identycznej postaci (charakteryzujący się jednakową wersją kodu źródłowego, obrazu wykonywalnego),
• informacje o oprogramowaniu (nazwa własna, numer wersji, koszt jednostkowy, ogólne zasady licencjonowania) są dostępne publicznie na stronach www producenta tego oprogramowania."
b. uwzględnienie Oprogramowania Standardowego w zakresie warunków licencyjnych w załączniku nr 7 do SIWZ będącym wzorem umowy poprzez wprowadzenia zapisów:
„Zamawiający, w ramach wynagrodzenia wskazanego w pkt 21 Umowy, nabędzie licencje upoważniające do nieograniczonego w czasie korzystania z dostarczonego przez Wykonawcę Oprogramowania Standardowego oraz Dokumentacji Oprogramowania Standardowego na następujących zasadach:
Wykonawca na podstawie Umowy dostarczy Zamawiającemu dokumenty licencyjne potwierdzające uzyskanie licencji upoważniającej do korzystania z Oprogramowania Standardowego oraz do korzystania z Dokumentacji Oprogramowania Standardowego.
W ramach licencji Zamawiający jest upoważniony do
• korzystania z Oprogramowania Standardowego oraz Dokumentacji Oprogramowania Standardowego,
• trwałego lub czasowego zwielokrotniania Oprogramowania Standardowego oraz Dokumentacji Oprogramowania Standardowego w całości lub części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, jak i zwielokrotniania również w zakresie, w którym jest to niezbędne dla wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przystosowania, przechowywania Oprogramowania Standardowego oraz Dokumentacji Oprogramowania Standardowego zgodnie z ich charakterem i przeznaczeniem oraz z innymi ogólnymi warunkami licencyjnymi producenta Oprogramowania Standardowego.
Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że warunki korzystania z Oprogramowania Standardowego nie wymagają ponoszenia dodatkowych opłat na rzecz Wykonawcy lub producentów takiego Oprogramowania Standardowego."

Z tych względów Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania nadesłanej przez Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę stanowiska ustne i pisemne Stron postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp,
a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp 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 ustawy.
Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.
Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przywołał zapisy SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień umownych istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że: „(…) *zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem wykonawców a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest*

wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Warto dodać także, że *„ (…) Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Przechodząc od zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Jak wynika z treści SIWZ przedmiot zamówienia został opisany w sposób precyzyjny, uwzględniając uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Podano dane, którymi strona zamawiająca dysponuje, a które uwzględnić należało przy wycenie zamówienia.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, opisując przedmiot zamówienia czy określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej usługi, co pozwoli na stworzenie sprawnie działającego systemu, istotnego z punktu widzenia Zamawiającego wykonującego istotne funkcje publiczne.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Tezy, iż nie jest możliwe zaoferowanie takiego oprogramowania, gdzie w ramach realizacji wykonawca nie będzie mógł przekazać Zamawiającemu takie prawa umożliwiające bezproblemowe korzystanie z systemu i jego dalszy rozwój, Odwołujący nie udowodnił.

Dla Izby znaczący jest również fakt, iż żaden z podmiotów działających na rynku IT nie przystąpił po stronie Odwołującego do sporu.

Odnosząc się do istoty zasady proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich

wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji. Takiej argumentacji Odwołujący w ocenie składu orzekającego Izby nie przedstawił. Niezmiennie, zarówno w odwołaniu, jak też na rozprawie, Odwołujący wskazywał na praktykę własnej firmy, odwoływał się do specyfiki swoich relacji między producentem oprogramowania standardowego a jego dystrybutorem. Zamawiający podkreślał, iż jego celem jest zbudowanie systemu, którym w przyszłości swobodnie, bez uzależnienia od monopolu jednego wykonawcy będzie mógł dysponować, dokonywać jego modyfikacji, ulepszeń. Odwołujący nie podał w jaki sposób cel ten może być osiągnięty przy przyjęciu założeń strony odwołującej.

Nie można nie zauważyć, iż Odwołujący w odwołaniu koncentruje się na dowodzeniu, że przeniesienie praw autorskich do oprogramowania standardowego będzie bardzo kosztowne bądź wręcz niemożliwe. Tym samym Odwołujący nieproporcjonalności upatruje w okoliczności, iż nie będzie mógł złożyć konkurencyjnej cenowo oferty, ponieważ nie chce pozbywać się autorskich praw majątkowych do produktu, którego jest autorem i dla jego przygotowania poczynił istotne nakłady finansowe . Dowodzi to, iż Zamawiający swym postępowaniem nie narusza przepisów ustawy Pzp wymienionych w odwołaniu, samo zaś ustalenie warunków opisu przedmiotu zamówienia na wysokim poziomie wymagań nie stanowi jeszcze przekroczenia uprawnień strony zamawiającej.

W ocenie Izby dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia z podziałem na trzy rodzaje oprogramowania, z których można korzystać przy budowie systemu jest racjonalny i prawidłowy.

Zamawiający po pierwsze zakłada możliwość wykorzystania posiadanego, wylistowanego w SIWZ programowania, co skrócić może zarówno budowę całego systemu, a jednocześnie pozwala na efektywne wykorzystanie programów, na zakup których poczyniono istotne nakłady finansowe. Jest to zatem racjonalizacja wydatków, których dokonał podmiot publiczny. Jednocześnie też zrównuje to szanse wykonawców zainteresowanych postępowaniem, ponieważ poruszają się oni w tożsamej bazie danych. Wymienione bowiem programy są powszechnie znane i używane. Taki opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który nakazuje w przypadku posługiwania się nazwami, znakami towarowymi dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Zamawiający nie opisuje bowiem przedmiotu za pomocą wymienionych elementów, ale wskazuje jak zasób programów posiada i dozwala na ich wykorzystanie przy realizacji projektu. W takim przypadku dopuszczenie równoważności nie ma zastosowania. To od wykonawcy zależy, w jaki sposób skorzysta z danego elementu. Ponadto taki opis, jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, zredukuje koszty szkoleń jego personelu, który nabył już wiedzę na temat posiadanych programów, ich możliwości, funkcjonalności i sposobów wykorzystania do pracy. Nie można także zapominać, iż wprowadzenie w tym elemencie zasad równoważności spowodowałoby na etapie oceny ofert ich nieporównywalność. Jeżeli każdy z wykonawców przyjąłby inną koncepcję realizacji, przy wykorzystaniu różnych narzędzi, to spodziewać należałoby się znacznych różnic cenowych. Także sama ocena zastosowanej koncepcji, przy założeniu że jest to elementem oceny Zamawiającego (jako kryterium oceny ofert) byłaby znacznie utrudniona, o ile w ogóle możliwa.

W zakresie konieczności wykorzystania oprogramowania typu open source oraz braku możliwości realizacji projektu przy pomocy komercyjnego oprogramowania standardowego, działanie Zamawiającego Izba uważa za odpowiadające przepisom ustawy Pzp. Przede wszystkim zauważyć należy, iż Odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że istnieje oprogramowanie komercyjne, które wypełnia wszystkie wymogi Zamawiającego w zakresie opisanych funkcjonalności, a także że użycie takiego rozwiązania będzie tańsze. Nawet jeżeli strona, na której spoczywa ciężar dowodu

zobowiązana jest jedynie do uprawdopodobnienia określonej tezy, to nie może ona pozostawać w całkowitej bierności. Ponadto zbudowanie systemu w oparciu o oprogramowanie open source pozwala Zamawiającemu na rozwój i modyfikacje tego systemu w przyszłości, bez ponoszenia dodatkowych kosztów, bez konieczności korzystania

12

---

z usług jednego wykonawcy. Co więcej, takie rozwiązanie przy opisie przedmiotu zamówienia jest w pełni zgodne z Rekomendacjami UZP „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne" (UZP, 2009 r.), uwzględnia opis przedmiotu zamówienia w przypadku systemów informatycznych w oparciu o architekturę otwartą. Zamawiający posiadając pełnię praw autorskich do takiego oprogramowania może w przyszłości samodzielnie realizować i rozwijać takie rozwiązanie systemowe. Wydaje się, że problemem Odwołującego jest właśnie konieczność przekazania pełni praw autorskich i kodów źródłowych do oprogramowania standardowego, które chce on przy realizacji projektu wykorzystać, nie zaś sam zapis o korzystaniu z oprogramowania open source. Tymczasem Zamawiający uzasadnił swoje potrzeby koniecznością modyfikacji i rozwoju systemu w przyszłości, dla których to udzielenie licencji (nawet w nieograniczonym zakresie), co jako rozwiązanie zdaje się wskazywać Odwołujący, nie jest wystarczające.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie jest bowiem ich naruszeniem opis przedmiotu zamówienia uwzględniający obiektywne potrzeby Zamawiającego. Niedopuszczenie użycia do realizacji zamówienia oprogramowania standardowego w żaden sposób nie narusza równego traktowania Wykonawców, a jedynie realizuje założenia i wymagania Zamawiającego. Wszyscy wykonawcy mają taki sam dostęp do oprogramowania open source, a elementy przedmiotu zamówienia specyficzne dla danego Zamawiającego można wykonać w oparciu o dopuszczony trzeci rodzaj oprogramowania, mianowicie oprogramowanie dedykowane, gdzie Zamawiający przewidział odrębne zasady przekazania autorskich praw majątkowych i możliwość korzystania z takiego oprogramowania w przyszłości.

13

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

……..

Członkowie:

……

……

14