Sygn. akt: KIO 624/25

WYROK

Warszawa, 18 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 lutego 2025 r. przez wykonawcę:
Scanlaser Pracownia Badań i Technik Pomiarowych spółka z o.o. Tarnów (KRS 0000451463)
ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Województwo Warmińsko – Mazurskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:
Manbroker sp. z o.o. Gdańsk (KRS 0000432092)

orzeka:

1.**Uwzględnia** odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy Scanlaser Pracownia Badań i Technik Pomiarowych spółka z o.o. Tarnów ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego i powtórzyć czynność badania i oceny ofert;
2.Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;
2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…...……..

U z a s a d n i e n i e

Województwo Warmińsko – Mazurskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie (ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o art. 132 Ustawy pn: „Przeprowadzenie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2025 bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego na odcinkach pomiarowych dróg wojewódzkich administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Nidzicy z podziałem na części (3).''; zamówienie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 18/12/2024 roku pod numerem 777422-2024 9 Dz.U. S. 246/2024. (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

20 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Scanlaser Pracownia Badań i Technik Pomiarowych spółka z o.o. Tarnów (ul. Lwowska 199 a/113 33 - 100 Tarnów KRS 0000451463) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (dalej odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności zamawiającego: odrzucenia oferty odwołującego w stosunku do wszystkich części, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Manbroker sp. z o.o. w Gdańsku we wszystkich częściach.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy w zw. z art. 94 ust. 2, 3 ,4 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U.2025 poz 24) (dalej Prawo autorskie) i 65 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2024 poz. 1061) (dalej kc) w zw. z § 4 umowy nr 70/Ł/2020 i pkt. 13.5. SWZ poprzez bezpodstawne stwierdzenie, że odwołującemu nie przysługuje prawo własności złożonych do oferty próbek z nagrań pomiarów w sytuacji, gdy umowa nr 70/Ł/2020 zawarta pomiędzy odwołującym a Województwem Łódzkim - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Łodzi nie uregulowała przeniesienia praw do rozporządzania i korzystania z videogramu, poza prawem własności egzemplarza videorejestracji na płycie CD i obowiązku archiwizacji kopii zapasowej przez okres obowiązywania umowy i 3 miesiące później i w konsekwencji odrzucenie oferty, choć odwołujący jest producentem nagrania i nie przeniósł na zamawiającego z umowy nr 70/Ł/2020 wideogramu, który stanowił podstawę do zwielokrotnienia nagania, a zamawiający w Postępowaniu w pkt. 13.5 SIWZ nie określił, że wymogiem jest

aby próbka była własnością wykonawcy oraz nie określił rygoru odrzucenia oferty w sytuacji, gdy próbka nie będzie własnością wykonawcy.

W związku z zarzutami odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania wyboru oferty odwołującego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, wskazywał, że próbki nie są własnością odwołującego, który złożył w tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie, bo w rozumieniu Prawa autorskiego producentem jest zamawiający z umowy 70/Ł/2020 i jednocześnie zgodnie z umową 70/Ł/2020 (par 4 i 5) prawo własności do wyników pomiarów i materiałów źródłowych w postaci nagrań wideo przysługuje zamawiającemu z umowy 70/Ł/2020 a wymóg, by próbki stanowiły własność wykonawcy wynika z SWZ tj. oświadczenia wykonawcy dotyczącego przedmiotowych środków dowodowych z załącznika nr 3 do SWZ „że przekazywane próbki nagrań stanowią jego własność, (...)".

25 lutego 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Manbroker sp. z o.o. Gdańsk (ul. Macierzy Szkolnej 4, 80-308 Gdańsk, KRS: 0000432092) (dalej przystępujący), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przystąpienie zostało złożone w związku udostępnieniem wykonawcom przez zamawiającego kopii odwołania i wezwania do przyłączenia się do postępowania odwoławczego 24 lutego 2025 r. za pośrednictwem platformy zamówieniowej. Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty składające się na dokumentację Postępowania, w szczególności SWZ, ofertę odwołującego, w tym w szczególności oświadczenie o spełnieniu wymagań przez próbki nagrań złożone wraz z Ofertą z załącznika do SWZ, decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, a także umowę nr 70/Ł/2020 z 22 maja 2020 r. (i jej tożsame projektowane brzmienie z SWZ) z aneksem nr 1 zawartą przez odwołującego z Województwem Łódzkim – Zarządem Dróg Wojewódzkich w Łodzi oraz oświadczenie zamawiającego z umowy 70/Ł/2020 z marca 2025 r. wydane na rzecz odwołującego, że „złożenie przez firmę Scanlaser – Pracownia Badań i Technik Pomiarowych sp. z o.o. wyników pomiarów (wideo rejestracji) wykonanych przez tę Spółkę w ramach zadania „Generalny Pomiar Ruchu 2020 w ciągu dróg administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich z podziałem na zadania" jako próbki w innym postępowaniu przetargowym nie narusza prawa własności do wyników pomiarów (wideo rejestracji) przekazanych przez Wykonawcę w 2020 roku, w ramach umowy nr 70/Ł/2020 z dnia 22 maja 2020r.".

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika izba uwzględniła odwołanie. Izba podzieliła stanowisko odwołującego w zakresie oceny zakwestionowanej odwołaniem oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny w sprawie, co do zasady nie był sporny. Odmienna była interpretacja treści SWZ, jako kreującej obowiązek złożenia próbki nagrań wideo stanowiących własność wykonawcy, co przesądzało wg zamawiającego o zgodności lub nie treści oferty z warunkami zamówienia oraz ocena zakresu praw przysługujących wykonawcy do nagrań wideo wytworzonych w związku z wykonaniem przez odwołującego umowy 70/Ł/2020 stanowiących wideogram na rzecz innego zamawiającego, który w ocenie zamawiającego wykluczał możliwość uznania, że próbka nagrania wideo stanowi własność wykonawcy.

Ustalając stan faktyczny izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony. Oparła się na dokumentach Postępowania i dowodach złożonych przez strony. Uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że:

1.zgodnie z SWZ (pkt. 13.5) zamawiający żądał złożenia wraz ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

- oświadczenia własnego wykonawcy o spełnieniu przez próbki nagrań wideo wymagań określonych SWZ („przedstawione w Ofercie próbki nagrań wideo, stanowiące przedmiotowe środki dowodowe, spełniają wymagania w zakresie jakości obrazu określone w „Wytycznych organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2025 roku na drogach wojewódzkich GPR 2025" (dalej „Wytyczne GPR 2025") oraz stanowią moją własność i zostały zarejestrowane z wykorzystaniem urządzeń o porównywalnej jakości i parametrach jakie będą stosowane przeze mnie w pomiarze, w całym okresie realizacji umowy");
- próbek nagrań, spełniających wymagania jakości obrazu określone w załączniku nr 3 do Wytycznych organizacji i przeprowadzenia GPR 2025 na drogach wojewódzkich "Wymagania dla próbek nagrań składanych wraz z ofertą" stanowiących załącznik do SWZ

Jednocześnie zamawiający rozróżniając wagę przewidzianych środków dowodowych wskazał, że niespełnienie przez próbki nagrań wideo wymagań jakościowych stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art 107 ust. 3 Pzp bez możliwości wzywania do uzupełnień, podczas gdy przedmiotowy

środek dowodowy w postaci oświadczenia wykonawcy podlegać będzie poprawieniu lub, w przypadku jego nie złożenia, uzupełnieniu w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

2.zgodnie z SWZ pkt 13.6.3. przedmiotowe środki dowodowe wykonawca zobowiązany był przekazać w postaci elektronicznej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

3.odwołujący przedłożył ofertę wraz z oświadczeniem własnym zgodnym ze wzorem z SWZ oraz próbki nagrań wideo wykonanych w ramach zawartej z innym zamawiającym umowy 70/Ł/2020 na Generalny pomiar ruchu 2020 (oferta wraz z załącznikami, umowa 70/Ł/2020, zgodne stanowiska stron i uczestnika)

4.próbki nagrań wideo odwołującego spełniały wszystkie wymagania jakościowe (ocena jakości próbek);

5.pismem z 5 lutego 2025 r. przystępujący zażądał od zamawiającego sprawdzenia oferty odwołującego; wskazywał m.in., że na wideo nagraniu uwidoczniony jest napis „GPR ZDW 2020" i data „2020-07-05" oraz, że nagrania wykonane zostały w ramach umów realizowanych na rzecz innych zamawiających a odwołujący zobowiązany był do przekazania nagrań tamtemu zamawiającemu i usunąć powinien nagrania wobec tego, że z umowy, które w ramach których wykonał próbki przewidywały obowiązek przechowywania nagrań wideo jedynie przez krótki o kreślony w nich czas, który upłynął, przywoływał tutaj §4 ust. 1 i 5 umowy 70/Ł/2020;

6.pismem z 10 lutego 2025 r. odwołujący wskazał, że przystępujący dokonał nadinterpretacji zapisów wzoru umowy 70/Ł/2020, bo „Zgodnie z wiążącymi obie Strony zapisami umowy które przywołał uczestnik, tj. §4 punkt 1 umowy w brzmieniu: (...) Wykonawca z chwilą przekazania wyników pomiaru, utracił do nich prawa własności. Kluczowym aspektem w tej sprawie znaczenie ma intencjonalne zastosowanie przez zamawiającego (RDW Łowicz) pojęcie i jego znaczenie. Dla oceny zaistniałej sytuacji należy rozważyć czy Wykonawca przeniósł na Wykonawcę własność egzemplarza utworu czy też prawa autorskie do utworu. 3. Celem kampanii GPR 2020 było zgromadzenie rzetelnych danych o natężeniu ruchu drogowego jaki występował w tamtym okresie na sieci dróg krajowych i wojewódzkich. Dane w postaci liczb i zestawień były jedynym przedmiotem kontraktowym, a co się z tym wiąże - nabyciem praw do tych danych. Wykonawcy w kampanii GPR 2020 mieli możliwość samodzielnego wyboru metody gromadzenia danych tj. albo metodą ręczną przez obserwatorów ruchu będących fizycznie w terenie w terminach pomiarowych, albo skorzystanie z narzędzia jakim były wideo-rejestratory wykonujące nagrania ruchu drogowego. Przedmiotem umowy były bazy danych o natężeniu ruchu drogowego. Potwierdza to zapis OPZ str. 2, który stanowi, że : „Wynikiem końcowym GPR 2020 będzie baza danych zawierająca wszystkie wymagane wielkości opisujące ruch drogowy połączona z wykazem odcinków pomiarowych oraz opracowania statystyczne, zestawienia, tabele, mapy i zbiory informatyczne." 4. Wykonawca GPR 2020 w dalszym ciągu stosuje się do Wytycznych GPR 2020, które zgodnie z punktem 9.18 obligują go do archiwizacji nagrań przez okres 10 lat. Bez znaczenia dla sprawy pozostaje kwestia archiwizacji nagrań, ponieważ nie są one wynikami pomiarów. Rozbieżności pomiędzy zapisami o konieczności archiwizacji nagrań lub ich usunięciem dotyczą ustaleń pomiędzy stronami umowy zawartej pomiędzy wykonawcą GPR 2020 a ówczesnym zamawiającym. 5. Zgodnie z art. 52 § 1 Prawa autorskiego „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, przeniesienie własności egzemplarza utworu nie powoduje przejścia autorskich praw majątkowych do utworu." 6. Umowa nr 70/Ł/2020 nie reguluje kwestii przeniesienia praw autorskich do przedmiotu umowy w szczególności do wykonanych w ramach nich baz danych i pomiarów a jedynie w § 4 umowy reguluje kwestię przeniesienia egzemplarza utworu (wyników pomiaru) w postaci formularza lub płyty CD. 7. Z tych względów, Zamawiający nie polega na prawdzie, aby przekazana w niniejszym postępowania próbka nie stanowiła własności oferenta, gdyż nie jest tożsama z przekazanym Zamawiającemu egzemplarzem utworu będącego przedmiotem umowy z ZDW w Łodzi – Rejon Dróg Wojewódzkich. Mając na uwadze powyższe, mam nadzieję iż przedstawiona argumentacja będzie dla państwa wystarczająca."

7.zamawiający, w związku z pismem przystępującego z 5 lutego 2025r. kwestionującym prawdziwość oświadczenia odwołującego, co do własności próbek nagrań wideo powziął wątpliwości a po zapoznaniu się z wyjaśnieniami w tym zakresie odwołującego oraz treścią umowy 70/Ł/2020 odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy jako, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; zamawiający wskazał, że : „na podstawie informacji powziętej z pozostałych oddziałów ZDW Olsztyn, że próbki przedstawione w ofercie Wykonawcy nie są jego własnością, przeprowadził procedurę wyjaśniającą w przedmiotowej kwestii i w jej wyniku podjął decyzję o odrzuceniu przedmiotowej oferty. Z uwagi na to, iż Zamawiający porównał próbki złożone przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu z próbkami złożonymi w postępowaniach prowadzonych przez pozostałe oddziały Zamawiającego (tj. Rejony Dróg Wojewódzkich w Elblągu, Kętrzynie oraz Olecku) w wyniku czego stwierdził, iż złożone próbki we wszystkich oddziałach są tożsame oraz wziął pod uwagę wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie prawa własności do złożonych próbek, uzyskane przez RDW w Kętrzynie, Zamawiający nie występował do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty tylko przyjął stanowisko ogólne Zamawiającego co do złożonych próbek. Zamawiający, w świetle & 4 umowy zawartej między Zarządem Dróg Wojewódzkich w Łodzi Rejonem Dróg Wojewódzkich w Łowiczu na wykonanie „Generalnego Pomiaru ruchu w 2020 r. na drogach wojewódzkich

województwa łódzkiego", gdzie wskazuje się, iż na własność Zamawiającego przechodzą wyniki pomiarów, przy jednoczesnym wymienieniu materiałów źródłowych tj. formularzy (przy pomiarze ręcznym) lub płyty CD (przy videorejestracji), oraz w świetle & 5 niniejszej umowy, gdzie Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu między innymi umieszczonych na nośnikach CD nagrań z przeprowadzonych pomiarów – videorejestracja, Zamawiający uznał, iż na własność ZDW Łódź RDW Łowicz, przekazane zostały wyniki pomiarów jak i materiały źródłowe w postaci nagrań video. W związku z powyższym Zamawiający, po analizie wyjaśnień, które Wykonawca SCANLASER – Pracownia Badań i technik Pomiarowych Spz o.o. z siedzibą w Tarnowie złożył w toku badania przedmiotowych próbek złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Kętrzynie, przyjął iż Wykonawca ten w wyniku błędnej interpretacji zapisów umowy, zawartej między nim a ZDW Łódź, w szczególności & 4 ust. 1 oraz & 5 (które należy czytać łącznie), w mniejszym postępowaniu złożył oświadczenie (zał. Nr 12 do SWZ) nie odpowiadające rzeczywistości.Zamawiający nie kwestionuje możliwości dysponowania próbkami na podstawie praw autorskich przez Wykonawcę jednak podkreśla, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) jak i w oświadczeniu składanym przez Wykonawcę (zał. nr 12do SWZ) Zamawiający wymagał, aby Wykonawca był właścicielem złożonych wraz z ofertą próbek. Błędy w interpretacji Wykonawcy SCANLASER, co do rodzajów materiałów, których dotyczy przekazanie na własność ZDW Łódź RDW Łowicz, potwierdza zapis w na stronie 12 OPZ do postępowania prowadzonego przez ZDW Łódź RDW Łowicz, w którym wskazano iż „Wykonawca pomiarów powinien przechowywać kopię zapasową zarejestrowanych nagrań wideo ze wszystkich numerów pomiarów przez okres obowiązywania umowy i do 3 miesięcy po jej zakończeniu oraz udostępniać ją niezwłocznie na wniosek ZDW w Łodzi, np. w przypadku braku możliwości odczytu nagrań na skutek uszkodzenia dysku", co wskazuje jasno, iż właścicielem tych materiałów jest ZDW w Łodzi, gdyż tylko właściciel ma prawo do dysponowania materiałami w taki sposób, że określa czas ich przechowywania i udostępniania osobom trzecim. W związku z powyższym Zamawiający uznaje, że oferta Wykonawcy - SCANLASER – Pracownia Badań i technik Pomiarowych Sp.z o.o. z siedzibą w Tarnowie, jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy p.z.p. „

8. zgodnie z umowa 70/Ł/2020 §4 ust. 1 „Wyniki pomiarów przekazane zamawiającemu przez Wykonawcę na formularzach (przy pomiarze ręcznym) lub płytach CD (przy videorejestracji) stanowią własność Zamawiającego.: zgodnie z §5 ust. 1 terminach wskazanych w tabelach 2 i 3 OPZ na GPR 2020 Wykonawca pomiaru zobowiązany jest do przekazania do Zamawiającego następujących dokumentów:

   1) Kart pomiaru (jeśli były stosowane) ze wszystkich punktów pomiarowych, w których był prowadzony pomiar ruchu,

   2) oryginalnych formularzy pomiarowych z zapisanymi wynikami pomiaru podstawowego i dodatkowego (jeżeli był wykonywany) ze wszystkich punktów pomiarowych – pomiar ręczny lub umieszczonych na nośnikach CD nagrań z przeprowadzonych pomiarów – wideorejestracja"; umowa 70/Ł/2020 nie zawiera zapisów regulujących kwestie jakichkolwiek praw autorskich lub pokrewnych.;

9. w marcu 2025 r. zamawiający z umowy 7/Ł/2020 złożył oświadczenie, z którego wynika, że złożenie przez odwołującego wykonanych przez niego w ramach umowy 70/Ł/2020 wyników pomiarów (wideo rejestracji) jako próbki w innym postępowaniu przetargowym nie narusza prawa własności do wyników pomiarów (wideo rejestracji) przekazanych przez niego w 2020 roku w ramach umowy 70/Ł/2020.

Izba wskazuje, że:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 Pzp obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie omyłek także tych polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty a także konieczność zwracania się o wyjaśnienia treści oferty w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w tym zakresie (art. 223 ust. 1 Pzp). Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia,

dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający uprawniony jest więc do odrzucenia oferty, wyłącznie jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który zgodnie z wolą zamawiającego lub z mocy prawa stosuje się do wykonawcy. Powszechnie przyjmuje się też, że niejednoznaczność zapisów SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców i co do zasady wątpliwości powinny być rozstrzygane na ich korzyść

Izba stwierdza, że zamawiający miał prawo powziąć wątpliwości, co do zakresu przysługujących wykonawcy praw do próbki nagrań wideo także w świetle umowy 70/Ł/2020, która nie reguluje jednoznacznie kwestii praw w tym między innymi własności rzeczy wytworzonych w jej wykonaniu poza własnością nośników przekazanych tamtemu zamawiającemu. Zamawiający, nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień ani nie stwierdził żadnej niezgodności technicznej ani merytorycznej próbek nagrań wideo z wymaganiami określonymi w SWZ, w tym także opisie przedmiotu zamówienia, wątpliwość sprowadzała się do oceny złożonego przez wykonawcę oświadczenia o treści w brzmieniu nadanym SWZ w zakresie potwierdzenia, że próbki nagrań wideo stanowią własność wykonawcy.

Ocena wątpliwości i ich ewentualnego wpływu na ocenę oferty – w szczególności wobec analizowanego skutku odrzucenia oferty - dokonywana jednak powinna być z uwzględnieniem powszechnie uznawanej już zasady wykładania niejasnych zapisów SWZ na korzyść wykonawcy.

Izba w oparciu o dokumenty Postępowania, w szczególności SWZ stwierdza, że treść oświadczenia z załącznika nr 12 do SWZ wskazująca na oczekiwanie zamawiającego złożenia przez wykonawców oświadczenia, że próbki nagrań wideo stanowią własność wykonawcy nie jest jednoznaczna. Jest wątpliwe bowiem czy chodzi tutaj o własność w rozumieniu kc czy samodzielne / własne wytworzenie nagrania wideo bez naruszenia praw osób trzecich w tym prawa własności lub inną własność.

Zamawiający, na co wskazuje uzasadnienie odrzucenia oferty oraz dodatkowo stanowisko procesowe, wyłożył zapis oświadczenia jako wyłącznie dozwalający na przedłożenie próbek nagrań wideo będących własnością wykonawcy (nie precyzując, co pod tym pojęciem rozumie) w sposób dowolny przyjmując, że próbki przedłożone przez odwołującego tej własności w rozumieniu SWZ nie stanowią. Stanowisko oparł na własnej interpretacji zapisów umowy 70/Ł/2020, której nie był stroną oraz wybranego punktu opisu przedmiotu zamówienia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego zawarciem umowy 70/Ł/2020 a także fakcie złożenia tożsamych próbek przez odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówień u innych zamawiających w analogicznych postępowaniach w stosunku do Postępowania. Zamawiający wskazał również, że brak przymiotu własności próbki nagrania wideo pozostaje bez wpływu na uprawnienia odwołującego z tytułu praw autorskich.

Izba stwierdza, że celem złożenia przedmiotowego środka dowodowego, zgodnie z art. 7 pkt 20 Ustawy i dalej art. 106 w zw. z art. 104 i 105 Ustawy - tutaj próbki, jest potwierdzenie zgodności oferowanego produktu z cechami, wymaganiami czy kryteriami opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia lub sposobem wykonania. **Przedłożenie przedmiotowego środka dowodowego, jakim jest próbka potwierdzać może także pośrednio zdolność wykonawcy zaoferowania produktu lub usługi zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia**.

W tej sprawie cecha własności próbki ani nagrania wideo, którego wykonania zamawiający oczekuje w ramach zamówienia publicznego nie jest objęta żadnym z wymagań, cech czy kryteriów produktu z opisu przedmiotu zamówienia. Cecha własności nie należy do cech ocenianych zgodnie z SWZ (pkt 13.5) jako:
- dotyczące jakości obrazu z załącznika nr 3 do Wytycznych organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2025 roku na drogach wojewódzkich GPR 2025, wymaganych także od przedmiotu zamówienia ani
- wymaganych specyficznie od próbek (np. dookreślenie pory dnia, z którego pochodzi próbka nagrania, pogody, czasu trwania próbki lub niweczących możliwość jej odtworzenia)
i stanowiących zgodnie z SWZ podstawę odrzucenia oferty wobec niepotwierdzenia przez próbki zgodności usługi z SWZ.
SWZ w żaden sposób nie reguluje także sposobu pozyskania / wytworzenia próbki nagrania wideo (samodzielnie na potrzeby Postępowania, na potrzeby innych zamówień tego rodzaju lub na inne potrzeby), co mogłoby przesądzać o posiadaniu lub nie przez wykonawcę przymiotu producenta w rozumieniu prawa autorskiego, pozostawiając te kwestię wykonawcom.

W ocenie izby rozróżnić należy przedmiotowy środek dowodowy sensu stricte w postaci próbki nagrania wideo od oświadczenia wiedzy wykonawcy (co do cech i wymagań lub sposobu wykonania), że:
- próbka spełnienia wymagania określone opisem przedmiotu zamówienia w tym jakości obrazu określonych w „Wytycznych organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2025 roku na drogach wojewódzkich GPR

2025", lub, że
- próbka wykonana została w wykorzystaniem urządzeń o porównywalnej jakości i parametrach jakie będą stosowane w wykonaniu zamówienia w pomiarze, w całym okresie realizacji umowy
- i przede wszystkim dodatkowego o tym, że próbka stanowi własność wykonawcy.

Kwestia stanowienia przez próbkę nagrania wideo własności wykonawcy także w rozumieniu kodeksu cywilnego nie jest cechą potwierdzającą zgodność próbki z wymaganiami merytorycznymi, technicznymi opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym celem tego zapisu, w takim rozumieniu, nie jest potwierdzenie zgodności oferowanych usług – treści oferty – z warunkami zamówienia. Próbka prezentuje parametry nagrania i ocenie podlega zgodność parametrów próbki nagrań wideo z parametrami i wymaganiami technicznymi określonymi opisem przedmiotu zamówienia. Próbka służy ocenie możliwości wykonania nagrania wideo zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego w celu pomiaru natężenia ruchu.

Złożenie oświadczenia wiedzy przez wykonawcę, że próbka nagrania wideo stanowi jego własność służyć może także potwierdzeniu własności rozumianej jako samodzielne własne wykonanie próbki przez danego wykonawcę. Takie rozumienie tego pojęcia SWZ zgodne jest z celem, jakiemu służy przedłożenie przedmiotowego środka dowodowego w postaci próbki (potwierdzenie umiejętności wykonania zamówienia o danych parametrach) i uwzględnia przedmiot próbki, co do której zamawiający nie wprowadził wymogu przedłożenia na nośniku materialnym (płyta CD, DVD etc) lecz postać elektroniczną kopii wideogramu.

Izba stwierdza, że:

- wobec brzmienia SWZ i oczekiwania od wykonawców złożenia oświadczenia własnego stanowiącego przedmiotowy środek dowodowy o własności próbki nagrania wideo, która nie stanowi rzeczy w rozumieniu kodeksu cywilnego (art. 140 i n. kc) a więc nie można wprost stosować doń przepisów kc regulujących prawo własności i która to cecha nie jest wymaganiem odnoszącym się do samego przedmiotu zamówienia lecz wyłącznie próbki a także
- braku zdefiniowania, co zamawiający ma na myśli oczekując takiego oświadczenia, również wobec braku obowiązku z SWZ przekazania nośnika nagrania dla próbki nagrania wideo – nie ma tutaj płyty, lecz odtworzenie pośrednie a także
- **w świetle przedłożonego oświadczenia zamawiającego z umowy 70/Ł/2020, potwierdzającego, że złożenie próbki nagrania wideo w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie narusza praw własności do wyników pomiarów (wideo rejestracji) przekazanych mu przez odwołującego w wykonaniu umowy 70/Ł/2020**;

uznała że zamawiający stwierdzając niezgodność treści oferty z SWZ naruszył Ustawę.

Izba wskazuje także dodatkowo, że przywołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego Prawo autorskie (w stanowisku procesowym dookreślone jako wynikające z art. 94) faktu bycia producentem nie łączy automatycznie z prawem własności nośnika wideogramu lecz z pokrewnymi prawami wyłącznymi. Prawa wyłączne pokrewne stanowią odrębną kategorię praw od prawa własności rzeczy regulowanej kodeksem cywilnym (tak samo jeśli chodzi o prawa autorskie majątkowe). Prawo własności, o którym mowa w kodeksie cywilnym to prawo korzystania i rozporządzania rzeczą. Prawa pokrewne do wideogramu (tutaj nagrania wideo natężenia ruchu celem przeprowadzenia pomiarów) określa zaś Prawo autorskie w art. 94 i n.

W odniesieniu do wideogramu zastosowanie mieć może prawo własności wyłącznie do nośnika, na którym utrwalono wideogram lub jego kopię - zwielokrotnienie. W tej sprawie zamawiający nie oczekiwał jednak przestawienia próbki w postaci rzeczy – nośnika wideogramu np. na płycie cd lub płycie dvd, co do których określić można podmiot, któremu przysługuje własność tej rzeczy. Zgodnie z SWZ oczekiwał przedłożenia nagrania w postaci elektronicznej- przesyłu danych.

Fakt bycia producentem nie przesądza sam w sobie prawa własności nośników, na których utrwalono lub zwielokrotniono wideogram – nagranie. Kwestie te określać mogą strony umowy 70/Ł/2020 tj. wytwórcą wideogramu i zamawiającym jego wykonanie.

Skoro w SWZ zamawiający posłużył się pojęciem „własność":
- którego zastosowanie w rozumieniu kodeksu cywilnego do próbki rozumianej jako prawo do wideonagrania lub jego zwielokrotnienia (nie nośnika tychże) jest wątpliwe,
- SWZ nie definiuje tego pojęcia,
- brak celowościowego uzasadnienia dla oczekiwania przymiotu własności wykonawcy do próbek nagrań wideo (próbki nie stanowią przedmiotu zamówienia i zamawiający nie jest uprawniony do ich wykorzystania w celu innym niż ocena zgodności próbki z SWZ),
- umowa 70/Ł/2020 reguluje kwestie praw do pomiarów i nagrań na nośnikach przekazanych temu zamawiającemu (tylko prawa własności do nośników przekazanych), nie określa praw do wideogramu ani pierwotnego nośnika wideogramu.
- a jednocześnie zamawiający z umowy 70/Ł/2020, któremu przysługuje wg zamawiającego przymiot bycia producentem wideonagrania w rozumieniu Prawa autorskiego oświadczył i potwierdził, że przedłożenie przez odwołującego jako próbki w Postępowaniu wyników pomiarów (wideo rejestracji) wykonanych w ramach umowy 70/Ł/2020 nie narusza praw

własności tamtego zamawiającego do wyników pomiarów (wideo rejestracji) przekazanych tamtemu zamawiającemu w ramach umowy 7/Ł/2020

to odrzucenie oferty oparte na ocenie, że oświadczenie wykonawcy w zakresie przymiotu próbki w postaci przysługującej wykonawcy własności do próbki jest nieprawdziwe i przesądza o sprzeczności treści oferty z SWZ a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego nie znajduje oparcia w Ustawie.

Wobec powyższego izba orzekła jak w sentencji wyroku na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku w oparciu o art. 575 i art. 574 Ustawy oraz § 7 ust. 1 pkt. 1 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :……