

POSTANOWENIE
z dnia 8 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 8 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 253/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja SI JWODA wraz z aplikacją mobilną*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 grudnia 2022 r. pod nr 2022/S 243-701327.

W dniu 30 stycznia 2023 r. wykonawca GISPartner Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

- 1) postanowień SWZ w zakresie, w jakim Zamawiający narzuca przeniesienie autorskich praw majątkowych do oprogramowania wykorzystanego do realizacji zamówienia, bez przewidzenia w treści SWZ możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych, co stoi w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w wyjaśnieniach specyfikacji warunków zamówienia z 16 stycznia 2023 r., gdzie Zamawiający stwierdził, że nie wyklucza możliwości użycia standardowego oprogramowania w tym przede wszystkim narzędziowego, nie opisując jednocześnie tych możliwości i warunków użycia standardowego oprogramowania;
- 2) odmowy udzielenia odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie SWZ, w którym Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, dla jakich elementów i na jakich warunkach możliwe jest wykorzystanie do realizacji zamówienia oprogramowania standardowego, w tym przede wszystkim narzędziowego oraz na jakich warunkach oprogramowanie standardowe/narzędziowe będzie licencjonowane, ponieważ dokumentacja postępowania, w tym Specyfikacja Warunków Zamówienia ani projekt umowy:
 - a) nie określają warunków licencjonowania oprogramowania standardowego/narzędziowego;
 - b) Zamawiający nie określa, jak definiuje „Oprogramowanie dedykowane”, do którego konieczne jest przeniesienie autorskich praw majątkowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- modyfikacji Wzoru Umowy i Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób dopuszczający wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego (tzw. COTS) licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych, w sposób dopuszczający realizację przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych;
- opisanie w SWZ definicji „Oprogramowania dedykowanego”, do którego konieczne jest przeniesienie autorskich praw majątkowych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający narzuca wykonawcom wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania, do którego wykonawca przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe, udostępni kody źródłowe, bez możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu oprogramowania standardowego, licencjonowanego na standardowych zasadach określonych przez producentów tego oprogramowania, lub opisanych przez zamawiającego jednak bez obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych. Powyższe w sposób istotny utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców, którzy dysponują odpowiednim doświadczeniem i zasobami w postaci oprogramowania standardowego, pozwalającego na należyte wykonanie zobowiązań, jednak bez obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych. Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego (w szczególności nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia powodujące ryzyko niemożliwe do oszacowania) oraz wyłączenie możliwości zastosowania oprogramowania standardowego narusza przepisy ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podniósł zarzuty, które oparł na udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach do SWZ, które zostały zamieszczone na platformie zakupowej 17 stycznia 2023 r. Powyższe potwierdza również przekazana przez Zamawiającego informacja, zgodnie z którą: *Wykonawca został poinformowany przez Zamawiającego o czynnościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 17.01.2023r., (Pismo 01_Odpowiedzi na pytania do_SWZ_64_16.01.2022w załączeniu.), natomiast SWZ wraz z załącznikami został opublikowany na platformie Zamawiającego <https://zamowienia-gios.ezamawiajacy.pl>, w dniu 16.12.2022 r. (potwierdzenie umieszczenia SWZ na stronie w załączeniu).* Zamawiający na tę okoliczność przedstawił wydruk z platformy zakupowej.

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Jeżeli zatem zarzuty odnoszą się do treści dokumentów zamówienia nadanej wyjaśnieniami, których publikacja nastąpiła 17 stycznia 2023 r., termin na wniesienie odwołania upłynął 27 stycznia 2023 r. (piątek). Tymczasem odwołanie zostało wniesione 30 stycznia 2023 r., tj. po upływie tak określonego terminu.

Niezależnie od powyższego – w ocenie Izby – trudno uznać za początkowy dzień biegu terminu na wniesienie odwołania 17 stycznia 2023 r. (dzień udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień). Zauważenia wymaga bowiem, że w ww. wyjaśnieniach Zamawiający – w zakresie objętym zarzutami odwołania – nie dokonał zmiany SWZ, nie wprowadził do niej żadnej nowej treści, a jedynie potwierdził utrzymanie SWZ w pierwotnym brzmieniu. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 1:

Mając na uwadze sposób uregulowania kwestii dotyczących praw autorskich Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje możliwość wykorzystania przez Wykonawcę przy realizacji zamówienia elementów standardowego oprogramowania gotowego ogólnodostępnego na rynku, na które to oprogramowanie udzielona zostanie Zamawiającemu standardowa licencja producenta oprogramowania? Nie bez znaczenia przy uwzględnieniu przez Zamawiającego możliwości zastosowania oprogramowania standardowego, są znacznie wyższe koszty realizacji w całości zamówienia, poprzez wytworzenie przez Wykonawcę oprogramowania dedykowanego, o charakterze autorskim.

Możliwość zastosowania oprogramowania standardowego winna wpłynąć na obniżenie proponowanych przez Wykonawców cen ofertowych.

Wykonawca sygnalizuje, iż w razie braku zmiany postanowień projektu Umowy, zgodnej z wyżej opisanym wnioskiem, żadne oprogramowanie gotowe, w tym oprogramowanie typu open source nie może być dostarczone w ramach realizacji przedmiotu Zamówienia, albowiem również wskazane oprogramowanie open source jest licencjonowane przez producenta na zasadach ogólnych (licencji GNU GPL).

Wykonanie przedmiotu zamówienia, w oparciu o oprogramowanie dedykowane, zbudowane od podstaw, nie leży w interesie publicznym, albowiem z pewnością będzie to utwór niższej jakości, niż oprogramowanie standardowe, opracowywane przez producentów niejednokrotnie od wielu lat, ciągle ulepszane i poprawiane, będące niezmiennie przedmiotem prac rozwojowych i serwisowych – jednocześnie wątpliwe jest ciągłe aktualizowanie oprogramowania dedykowanego przez jego producenta (Wykonawcę) – opracowywanie przez Wykonawcę aktualizacji w zakresie oprogramowania, które nie stanowi już przedmiotu praw autorskich Wykonawcy, uznać należy za wątpliwe, albowiem poza wykorzystaniem tego oprogramowania w środowisku Zamawiającego Wykonawca nie będzie go eksploatował z uwagi na przeniesienie autorskich praw majątkowych.

Jednocześnie za niemożliwe w praktyce uznać należy wykonanie zamówienia w oparciu o komercyjne oprogramowania standardowe, do którego prawa autorskie przysługują w pełni Wykonawcy, a które to prawa w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia miałyby zostać przeniesione w całości na Zamawiającego. Wariant ten uznać należy za niemożliwy do realizacji w praktyce z uwagi na okoliczność, że przeniesienie majątkowych praw autorskich powoduje ich definitywną utratę przez zbywcę i zarazem ich uzyskanie przez nabywcę, tym samym Wykonawca, który przeniesie autorskie prawa majątkowe do oprogramowania na Zamawiającego, nie będzie miał możliwości dalszej sprzedaży takiego produktu. Wykonawca, który posiada własne gotowe rozwiązania (oprogramowanie standardowe) możliwe do zaimplementowania w ramach realizacji niniejszego zamówienia publicznego, z uwagi na przyjęty model regulacji autorskich praw majątkowych nie będzie miał możliwości ich wykorzystania, gdyż będzie się to wiązało z koniecznością wyzbycia się kluczowych, z punktu widzenia przedsięwzięcia z branży informatycznej, składników majątkowych – w postaci autorskich praw majątkowych do oprogramowania standardowego – często będących efektem wieloletnich prac Wykonawcy. (...)

Odpowiedź nr 1:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ. SI JWODA jest dedykowanym rozwiązaniem stworzonym na potrzeby realizacji statutowych zadań Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska w zakresie państwowego monitoringu środowiska. Zamawiający nie tylko nie wyklucza zastosowania elementów standardowego oprogramowania, ale wręcz wskazuje w SWZ możliwość użycia standardowego oprogramowania, w tym przede wszystkim narzędziowego. W zakresie funkcjonalnym Zamawiający pragnie zachować jednak możliwość samodzielnego rozwoju aplikacji SI JWODA i nie chce być w tym uzależniony od innego podmiotu.

Należy więc stwierdzić, że jeśli Odwołujący chciał kwestionować SWZ w powyższym zakresie, to powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od publikacji SWZ (16 grudnia 2022 r.). Zarówno bowiem kwestia przeniesienia autorskich praw majątkowych do oprogramowania, jak i podnoszone nieokreślenie warunków licencjonowania oprogramowania standardowego/narzędziowego oraz definicji oprogramowania dedykowanego, nie są okolicznościami, które ujawniły się dopiero w wyjaśnieniach z 17 stycznia 2023 r.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać, że termin na wniesienie odwołania mógł być liczony od opublikowania wyjaśnień do SWZ (17 stycznia 2023 r.), to i tak – jak już wyżej wskazano – odwołanie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu, termin ten upłynął bowiem 27 stycznia 2023 r. W związku z tym odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodniczący:.....