

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Anna Chudzik
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 i 9 sierpnia 2016 r. w Warszawie:

- A) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2016 r.
przez wykonawcę **Qumak S.A w Warszawie** (sygn. akt KIO 1352/16),
B) odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2016 r.
przez wykonawcę **Efematic sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1355/16)

w postępowaniu prowadzonym przez **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**,
działający w imieniu własnym oraz **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej**
Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie

przy udziale wykonawcy **GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu**, zgłaszającego swoje
przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1352/16 i KIO
1355/16 po stronie zamawiającego,
przy udziale **Efematic sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do
postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1352/16 po stronie odwołującego,
przy udziale **Qumak S.A w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do
postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1355/16 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki,
2. kosztami postępowania obciąża **Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**, działający w imieniu własnym oraz **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

1

-
- Qumak S.A w Warszawie** oraz wykonawcę **Efematic sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania, po 15.000 zł 00 gr przez każdego z wykonawców,
- 2.2. zasądza od **Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie**, działającego w imieniu własnym oraz **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie** na rzecz **Qumak S.A w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. zasądza od **Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie**, działającego w imieniu własnym oraz **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie** na rzecz **Efematic sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

3

Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1356/16

Uzasadnienie

Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie działający w imieniu własnym oraz Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, wszczął i prowadzi w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wdrożenie produkcyjne systemu ISOK”.

13 lipca 2016 r. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 133-240721 ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w dniu 22 lipca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioskodawcy Qumak S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Qumak”, a także wykonawca Efematic sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Efematic”. Postępowania odwoławcze zainicjowane wniesieniem ww. odwołań zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 1352/16 oraz sygn. akt KIO 1355/16. Zarządzeniem Prezesa KIO z 27 lipca 2016 r. odwołania zostały połączone celem łącznego rozpoznania.

Odwołujący Qumak zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z uwagi na to, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, podczas gdy zamówienie może być wykonane również przez innych wykonawców i nie zachodzą żadne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, a nadto wykonawca, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia - GISPartner - nie zamierza wykonywać zamówienia samodzielnie, lecz posiłkować się wsparciem innego podmiotu, co potwierdza brak zdolności GISPartner do wykonania zamówienia oraz możliwość jego realizacji przez inne podmioty na rynku;
- b) art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z uwagi na to, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, podczas gdy zamówienie może być wykonane również przez innych wykonawców i nie zachodzi przesłanka przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych,
- c) art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie

4

można zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia, podczas, gdy nie zachodzi żadna z powyższych przesłanek,

- d) art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że zachodzi podstawa do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy stan faktyczny nie uprawnia do zastosowania tego trybu postępowania;
- e) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, art. 67 ust. 1 pkt 3 oraz art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, pomimo niespełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania tego trybu,
- f) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez podjęcie przez zamawiającego decyzji o udzieleniu

zamówienia wykonawcy, który nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w szczególności jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej niepozwalającej na należyłą realizację zamówienia, jak również nie posiada odpowiednich zasobów wiedzy i doświadczenia, technicznych i kadrowych do jego wykonania,

- g) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez podjęcie przez zamawiającego decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie jest zdolny do wykonania zamówienia, w szczególności jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej niepozwalającej na należyłą realizację zamówienia, jak również nie posiada odpowiednich zasobów wiedzy i doświadczenia, technicznych i kadrowych do jego wykonania.

Odwołujący Qumak wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania i udzielenia zamówienia zgodnie z ustawą Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Qumak podniósł, że 29 sierpnia 2013 r. zawarł z zamawiającym umowę nr KZGW-kw/ISOK/3/2013 dotyczącą projektu, budowy i wdrożenia informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenia usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu (dalej: „umowa ISOK 1”). W celu wykonania umowy ISOK 1 odwołujący Qumak 15 grudnia 2013 r. zawarł z GISPartner umowę podwykonawczą nr 284/2013/PRK/ZKI/1289. Przedmiot umowy został szczegółowo określony w §2 umowy podwykonawczej oraz w załączniku nr 10 - szczegółowym opisie zakresu przedmiotu umowy. W szczególności na podstawie umowy podwykonawczej odwołujący Qumak oraz zamawiający uzyskali od GISPartner majątkowe prawa autorskie do utworów, które powstały w związku z realizacją umowy podwykonawczej oraz licencje na wykorzystane oprogramowanie - w tym oprogramowanie iMap.

5

Odwołujący argumentował, że GISPartner wadliwie realizował umowę podwykonawczą. W szczególności dostarczony przez GISPartner program komputerowy, który był modulem systemu ISOK, wykonany został wadliwie, co utrudniło wykonawcy przeprowadzenie czynności odbiorowych w ramach etapu 4 realizacji umowy ISOK 1. Ponadto, dostarczony przez GISPartner program komputerowy był niestabilny i pomimo tego, że wysiłkiem wykonawcy został odebrany przez zamawiającego w etapie 4, z pewnością nie pozwoliłby na wykonanie etapu 5 umowy ISOK 1, a w konsekwencji prawidłowe zrealizowanie całej umowy ISOK 1 (dostarczenie wersji produkcyjnej systemu ISOK). Testy przeprowadzone przez zamawiającego i odwołującego Qumak w ramach etapu 4 wykazały, że technologia stosowana przez GISPartner do wykonania programu komputerowego, stanowiącego fragment systemu ISOK, uniemożliwi wykonanie i dostarczenie zamawiającemu produkcyjnej wersji systemu ISOK. W odpowiedzi na wnioski zamawiającego z etapu 4, odwołujący Qumak zmuszony był całkowicie zmienić technologię wykonania systemu ISOK i porzucić rozwiązania dostarczone przez GISPartner po zakończeniu realizacji etapu 4 umowy ISOK 1. W obliczu nienależytego wykonywania umowy podwykonawczej przez GISPartner, odwołujący Qumak 19 stycznia 2016 r. odstąpił od umowy podwykonawczej. W konsekwencji, z winy GISPartner wykonawca musiał poczynić istotne nakłady finansowe, w celu ponownego wykonania modułów systemu ISOK, za które pierwotnie odpowiadał GISPartner, tym razem w innej spośród technologii dostarczonych zamawiającemu w etapie 4. Odwołujący wywodził, że po odstąpieniu od umowy podwykonawczej wykonał system ISOK z wykorzystaniem technologii mapowej ESRI. Oprogramowanie ESRI, zgodnie z wymaganiami zamawiającego w ramach umowy ISOK 1, zostało dostarczone przez odwołującego Qumak w etapie 4 realizacji umowy ISOK 1, równoległe z oprogramowaniem iMap. Oprogramowanie ESRI umożliwia zastąpienie oprogramowania iMap w zakresie funkcjonalności zamówionych na podstawie umowy ISOK 1. Co więcej, oprogramowanie ESRI jako technologia bardziej zaawansowana pozwoliło na implementację uwag zamawiającego z etapu 4 (wprowadzonych do systemu Redmine), co nie byłoby możliwe przy wykorzystaniu wyłącznie oprogramowania iMap.

Odwołujący argumentował, że w toku wymienianej pomiędzy nim a zamawiającym korespondencji w trakcie realizacji etapu 5 Umowy ISOK 1 uzgodniono, że etap 5 zostanie wykonany w terminie do 30.09.2016 r. Data ta została potwierdzona przez zamawiającego również na posiedzeniu komitetu sterującego. Podczas realizacji wdrożenia produkcyjnego - etapu 5, zamawiający nie zapewnił odwołującemu Qumak współdziałania koniecznego do

realizacji umowy ISOK 1, które polegało m. in. na zapewnieniu dostępu do infrastruktury, na której miał działać system ISOK oraz udostępnieniu danych mających być przedmiotem migracji. Brak tego współdziałania uniemożliwiał odwołującemu Qumak rozpoczęcie procedury odbiorowej gotowego systemu ISOK, wykonanego na bazie oprogramowania

6

ESRI. Następnie zamawiający w dniu 28 czerwca 2016 r. doręczył odwołującemu Qumak pismo pt. „oświadczenie o odstąpieniu od umowy”. W piśmie tym zamawiający oświadczył, że odstępuje od umowy ISOK 1 w części dotyczącej realizacji etapu 5 z powodu opóźnienia w realizacji umowy ISOK 1. Jednocześnie z uwagi na odroczenie przez zamawiającego terminu na spełnienie świadczenia (wykonania etapu 5), takie opóźnienie nie zachodziło. W dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante - udzielanie zamówienia bez uprzedniej publikacji, z którego wynika zamiar zawarcia przez zamawiającego umowy, która swoim zakresem ma obejmować wdrożenie produkcyjnego systemu ISOK (etap 5 umowy ISOK), rozwój i modyfikację systemu ISOK, które nie były objęte zakresem umowy ISOK 1 oraz świadczenie usług gwarancji (dalej: „umowa ISOK 2”). Stroną umowy ISOK 2 - zgodnie z treścią ogłoszenia - będzie GISPartner.

Odwołujący Qumak podniósł, że z treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante wynika, że zamawiający zamierza udzielić GISPartner zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie zamówienia o szerszym zakresie niż zakres etapu 5 umowy ISOK 1, czy wręcz szerszy niż zakres całej umowy ISOK 1. Zamawiający w treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante wskazał, że wybór szczególnego trybu udzielenia zamówienia podyktowany jest koniecznością rozliczenia dotacji otrzymanej od Unii Europejskiej. Rozliczenie dotacji warunkowane jest - jak wskazuje zamawiający - zakończeniem wykonywania systemu ISOK. Zakończenie systemu ISOK i rozliczenie dotacji byłoby możliwe gdyby Qumak wykonał etap 5 umowy ISOK 1, tj. etap od którego zamawiający rzekomo odstąpił. W konsekwencji, zakres zamówienia jaki jest niezbędny do rozliczenia dotacji - przesłanki, która zdaniem zamawiającego uzasadnia zastosowanie szczególnego trybu udzielenia zamówienia - nie może być szerszy niż zakres, który umożliwia rozliczenie dotacji. Tym samym, nie może być szerszy niż zakres etapu 5 umowy ISOK 1.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy ISOK 1 „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy” wykonawca w ramach etapu 5 umowy ISOK 1 zobowiązany był do dostarczenia następujących produktów:

- 1) wersji produkcyjnej systemu ISOK;
- 2) zainstalowanej i skonfigurowanej u zamawiającego wersji produkcyjnej systemu ISOK w środowisku podstawowym;
- 3) zainstalowanej i skonfigurowanej u zamawiającego wersji produkcyjnej systemu ISOK w środowisku zapasowym;
- 4) wersji produkcyjnej systemu ISOK zasilonej inicjalnie danymi;
- 5) uruchomionych mechanizmów synchronizacji środowiska podstawowego i zapasowego;

7

- 6) przetestowanej wersji produkcyjnej systemu ISOK;
- 7) systemu ISOK (testów akceptacyjnych i wydajnościowych)
- 8) szkoleń;
- 9) dokumentacji powykonawczej;
- 10) dokumentacji użytkownika;
- 11) dokumentacji administratora;
- 12) zaktualizowanego projektu technicznego;
- 13) kodu źródłowego systemu.

Szczegółowa regulacja opisu przedmiotu zamówienia umowy ISOK 1, zawarta w wymogu W 941 załącznika nr 1 do umowy ISOK 1 wskazuje, że dostawa i wdrożenie produkcyjnego systemu ISOK obejmuje swoim zakresem poprawę błędów oraz implementację możliwych modyfikacji zrealizowanych zgodnie z procedurą zarządzania zmianą, powtórne wykonanie odpowiednich testów, inicjalne zasilenie systemu ISOK w dane, integrację systemu ISOK z systemami zewnętrznymi, administrację systemu ISOK w zakresie

niezbędnym do przeprowadzenia testów. Po odbiorze wersji produkcyjnej systemu ISOK miał rozpocząć się okres świadczenia usług gwarancyjnych. Usługi te były świadczone jako kolejny etap umowy ISOK 1 - poza zakresem etapu 5.

Zdaniem odwołującego Qumak w opozycji do tak opisanego zakresu stoi opis zakresu zawarty w ogłoszeniu. Opis ten zawiera następujące odniesienie do zakresu zamówienia, tj. zakresu przyszłej umowy ISOK 2:

- 1) dokończenie realizacji podprojektu ISOK;
- 2) wprowadzenie do systemu modyfikacji wynikających ze zgłoszonych i do uwag, które zostały chwili obecnej wprowadzone przez niezrealizowanych zamawiającego do systemu Redmine (w etapie 4 poprzedniego projektu);
- 3) wdrożenie produkcyjnej wersji systemu ISOK (w etapie 1) oraz
- 4) rozwój systemu po wdrożeniu wersji produkcyjnej;
- 5) modyfikacje systemu po wdrożeniu wersji produkcyjnej;
- 6) prowadzenie usługi serwisu i administracji systemem w okresie gwarancji (w okresie utrzymania).

Spośród wyliczonych powyżej elementów opisu zakresu wskazanego w ogłoszeniu o połowa wykracza poza zakres, jaki na podstawie umowy ISOK 1 był wystarczający do zakończenia wykonywania umowy ISOK 1 (tj. wykonania etapu 5). Zakres umowy ISOK 1 nie obejmował:

- 1) wprowadzenia do systemu modyfikacji wynikających ze zgłoszonych i do uwag, które zostały niezrealizowanych chwili obecnej wprowadzone przez zamawiającego do systemu Redmine (w etapie 4 poprzedniego projektu) - umowa ISOK 1 nie przewiduje wykonywania prac określonych jednostronnie przez zamawiającego w

8

systemie Redmine. W praktyce, zamawiający może w Redmine umieścić dowolną uwagę, dowolne oczekiwanie w zakresie rozszerzenia zakresu realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający czynił tak w trakcie realizacji umowy ISOK 1;

- 2) rozwoju systemu po wdrożeniu wersji produkcyjnej;
- 3) modyfikacji systemu po wdrożeniu wersji produkcyjnej - wskazane prace nie były częścią umowy ISOK 1. W praktyce, prace kryjące się pod enigmatycznymi pojęciami wskazanymi przez zamawiającego w ogłoszeniu mogą kryć za sobą każde dodatkowe zamówienie, dowolny zakres prac, który nie jest konieczny do dokończenia wykonywania systemu ISOK - łącznie z modyfikacją lub rozwojem systemu ISOK w związku z planowaną przez Rząd RP nowelizacją ustawy prawo wodne, która będzie mieć istotny wpływ na kształt systemu ISOK;
- 4) prowadzenie usługi serwisu i administracji systemem w okresie gwarancji (w okresie utrzymania) - zamawiający, wskazując na konieczność dochowania terminu realizacji do końca 2016 r., powołuje się na termin zakończenia etapu 5. W ramach etapu 5 nie mieszczą się nie tylko prace wymienione w pkt 1-3 powyżej, ale także prowadzenie usługi serwisu i administracji systemem w okresie gwarancji (w okresie utrzymania), co zostało wymienione w pkt 11.1.4 ogłoszenia.

Odwołujący Qumak, szacując na podstawie własnego doświadczenia i znajomości dokumentacji systemu ISOK, utrzymywał, że nawet 50% zakresu zamówienia umowy ISOK 2 może wykraczać poza zakres umowy ISOK 1 - w zależności od zakresu zamówionych modyfikacji i rozwoju. Zamawiający w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante w opisie zamówienia (pkt II. 1.4) zamieścił informacje o przedmiocie zamówienia ISOK 2, który wychodzi poza przedmiot umowy ISOK 1, jednocześnie twierdząc (pkt VI.2 ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante), że konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki wynika stąd, że zamawiający będzie zobowiązany do zwrotu przyznanego przez Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego dofinansowania w przypadku „zaniechania realizacji projektu”. Przesłanka ta mogłaby zatem ewentualnie dotyczyć jedynie niezbędnego zakresu, który dotyczy realizacji projektu, którego oddanie z opóźnieniem będzie skutkowało zwrotem przyznanego zamawiającemu dofinansowania. Zamawiający nie może zwiększyć zakresu zamówienia z wolnej ręki dodając dodatkowe usługi, które mogą zostać udzielone w trybie konkurencyjnym.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odwołujący Qumak podniósł, że niezbędne jest obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je potencjalnie wykonać. Z uzasadnienia wyboru trybu można

podwykonawca odwołującego Qumak, posiada odpowiednie kompetencje, doświadczenie, jest gotowy do natychmiastowego rozpoczęcia prac, które wynikają z tego, że GISPartner wykonywał prace analityczne, wytwórcze, integracyjne i wdrożeniowe we wszystkich odebranych przez zamawiającego etapach systemu ISOK i tym samym nabył niezbędną wiedzę merytoryczną i biznesową na temat przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje także, że w realizacji umowy ISOK 1 uczestniczyła grupa 29 specjalistów GISPartner. Odwołujący Qumak uważał, że ww. założenie jest błędne, gdyż:

- 1) odwołujący Qumak odstąpił od umowy zawartej z GISPartner, na mocy której GISPartner jako podwykonawca realizował część umowy ISOK 1. Odstąpienie nastąpiło na skutek nienależytej realizacji zamówienia przez GISPartner;
- 2) GISPartner od stycznia 2016 r. jest wyłączony z realizacji umowy ISOK 1, przez co nie posiada informacji na temat tego, na jakim etapie realizacji jest w chwili obecnej umowa ISOK 1, zatem argument o grupie 29 specjalistów dotyczy stanu sprzed stycznia 2016 r.;
- 3) umowa ISOK 2 może zostać zrealizowana na innej platformie niż iMap, np. na platformie ESRI, która: (i) została dostarczona przez wykonawcę do zamawiającego w etapie 4 umowy ISOK 1 (tj. zamawiający ma do niej licencje) oraz (ii) jest korzystniejsza dla zamawiającego;
- 4) GISPartner nie zamierza wykonywać zamówienia samodzielnie, lecz posiłkować się wsparciem innego podmiotu (powyższe wynika z publicznych wypowiedzi GISPartner), co potwierdza brak zdolności GISPartner do wykonania zamówienia oraz możliwość jego realizacji przez inne podmioty na rynku.

Odwołujący Qumak argumentował także, że założenia te opierają się wyłącznie na subiektywnej ocenie zamawiającego, a nie faktycznych realiach realizacji zamówienia rozpoznanych przez zamawiającego w wyniku rozeznania rynku. Ponadto, możliwa jest realizacja umowy ISOK 2 na platformie iMap przez innych wykonawców. Zamawiający posiada prawa do udzielania sublicencji podmiotom trzecim. Odwołujący Qumak wywodził, że posiada zarówno personel, własną grupę specjalistów oraz doświadczenie, ponieważ realizował całą umowę, w tym odebrany przez zamawiającego etap 4. Odwołujący Qumak jest organizacyjnie przygotowany do realizacji umowy ISOK 2, zarówno na platformie iMap jak i ESRI. Ponadto, na rynku istnieją także inne podmioty, będące w stanie zrealizować umowę ISOK 2, na co wskazuje między innymi fakt, że w postępowaniu na umowę ISOK 1, przeprowadzonym w trybie konkurencyjnym startowało aż ośmiu wykonawców, w tym część w ramach konsorcjów.

Odwołujący Qumak argumentował, że technologia iMap oferowana przez GISPartner nie pozwalała na implementację funkcjonalności wymaganych przez zamawiającego. Technologia iMap przeszła testy w etapie 4 i spełniła wymogi wobec systemu pilotażowego. Niemniej jednak doświadczenia wyniesione z realizacji etapu 4 wykazały, że technologia

GISPartner nie umożliwił spełnienia wymagań umowy zastrzeżonych dla systemu ISOK w wersji produkcyjnej (produkt etapu 5 umowy), co spowodowało konieczność zmiany technologii. Na rynku informatycznym istnieje wiele rozwiązań konkurencyjnych w stosunku do iMap, które pozwalają na jej zastąpienie - np. ESRI ArcGIS, Intergraph GeoMedia lub QGIS. Podczas realizacji etapu 5 umowy ISOK 1 Qumak wykorzystał do realizacji systemu ISOK technologię ESRI. Zmiana technologii wykonania systemu ISOK była warunkiem koniecznym dla realizacji wdrożenia produkcyjnego systemu ISOK oraz prawidłowego funkcjonowania systemu ISOK w okresie utrzymania i w latach późniejszych. Zdaniem odwołującego Qumak zmiana technologii była niezbędna, aby uwzględnić postulowane przez zamawiającego po zakończeniu etapu 4 zmiany, których wykonanie nie było możliwe w ramach iMap. W szczególności iMap nie byłaby wystarczająca do przyjęcia danych w jakości przekazywanej przez zamawiającego, nie umożliwiłaby odzwierciedlenia niejednorodnej struktury organizacyjnej oraz ról i uprawnień poszczególnych RZGW (Regionalnych Zarządów Gospodarki Wodnej), które miały korzystać z systemu ISOK. Odwołujący Qumak podniósł, że jako podmiot wykonujący do tej pory zamówienie posiada najlepszą wiedzę, że oprogramowanie to nie pozwala na implementację wszystkich rozwiązań wskazanych przez

zamawiającego w Redmine, a zarazem ujętych w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Ponadto sytuacja podmiotowa w tym finansowa, jak i dotycząca wiedzy i doświadczenia nie pozwala na przyjęcie, że GISPartner w ogóle ma rzeczywiste zdolności do wykonania zamówienia. Znacznie szerszą wiedzę i zaplecze biznesowym dysponuje odwołujący Qumak. Ponadto jest wiele podmiotów na rynku, których możliwości techniczne, organizacyjne, finansowe wielokrotnie przewyższają potencjał GISPartner. Potwierdzeniem braku rzeczywistej możliwości realizacji zamówienia przez GISPartner jest to, że nie zamierza on wykonywać zamówienia samodzielnie, lecz posiłkować się wsparciem innego podmiotu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, odwołujący Qumak podniósł, że GISPartner nie posiada żadnych praw wyłącznych na podstawie odrębnych przepisów (tu: prawa autorskiego), których ochrona warunkowałaby udzielenie zamówienia wyłącznie GISPartner w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Wszystkie prawa autorskie w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia posiada zamawiający i może nimi dysponować na rzecz potencjalnych wykonawców zamówienia. Na podstawie umowy podwykonawczej oraz umowy ISOK 1 doszło do przeniesienia na zamawiającego praw autorskich do wszystkich utworów (w tym dokumentacji, interfejsów, oprogramowania komputerowego oraz jego modyfikacji) stworzonych przez GISPartner w związku z realizacją umowy podwykonawczej. Zakres przeniesionych majątkowych praw autorskich na podstawie umowy podwykonawczej opisany jest w §13 ust. 13.4. umowy podwykonawczej oraz umowy ISOK 1. Ze względu na tożsamość postanowień w zakresie

11

majątkowych praw autorskich umowa podwykonawcza zapewnia przeniesienie takiego samego zakresu praw z GISPartner na zamawiającego, jaki został wskazany w umowie ISOK 1 dla przeniesienia praw z wykonawcy na zamawiającego. Zamawiający na podstawie umowy ISOK1 w związku z umową podwykonawczą uzyskał licencję na dostarczone przez GISPartner oprogramowanie wykorzystywane w systemie ISOK, który powstał w etapie 4, w tym na oprogramowanie iMap (iMapClient, iMapServer, iMapCatalog). W szczególności licencja udzielona zamawiającemu na podstawie umowy podwykonawczej i umowy ISOK 1 (w §13 ust. 13.10 obu umów) uprawnia zamawiającego do korzystania z oprogramowania dostarczonego przez GISPartner (w tym do oprogramowania iMap) na polach eksploatacji wskazanych w §13 ust. 13.6 ww. umów oraz do dalszego udzielania licencji do oprogramowania podmiotom wskazanym przez zamawiającego. Umowa podwykonawcza zapewniła uzyskanie analogicznego zakresu licencji, jaki uzyskał zamawiający od Qumak na podstawie umowy ISOK 1.

W szczególności zgodnie z umową ISOK 1 zamawiający jest uprawniony do korzystania z oprogramowania wchodzącego w skład systemu ISOK m. in. na następujących polach eksploatacji:

- 1) wykorzystanie na potrzeby działalności prowadzonej przez zamawiającego oraz użytkowników systemu i innych użytkowników, zgodnie z przeznaczeniem systemu i innych użytkowników, zgodnie z przeznaczeniem systemu opisanym w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do umowy ISOK 1);
- 2) trwałe lub czasowe zwielokrotnianie w całości lub w części jakąkolwiek techniką, na jakichkolwiek nośnikach, w szczególności za pomocą druku, technik reprograficznych, filmu, na taśmie magnetycznej, dysku komputerowym, w formie zapisu magnetycznego, na nośnikach cyfrowych, w szczególności jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie w celu wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania;
- 3) udostępnianie i rozpowszechnianie za pośrednictwem sieci komputerowych, w tym sieci Internet (portale, witryny, strony www);
- 4) zwielokrotnianie, zmiana, uzupełnianie, łączenie (z innymi) kodów oprogramowania (z wyjątkiem oprogramowania osób trzecich) lub tłumaczenie ich formy, dekompilacja bez ograniczeń;
- 5) tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu, tworzenie nowych wersji, opracowań i adaptacji, lub jakiejkolwiek inne zmiany w oprogramowaniu (z wyjątkiem oprogramowania osób trzecich) na potrzeby zamawiającego lub użytkowników systemu, łączenie całości lub fragmentów oprogramowania z innymi programami;
- 6) rozpowszechnianie, w tym najem, dzierżawę, wniesienie jako aport oraz każde odpłatne i nieodpłatne oddanie do używania i pobierania pożytków (tj. m. in. prawo do udzielenia sublicencji) oprogramowania lub jego kopii.

Dodatkowo, zamawiający na podstawie §13 ust. 13.8 umowy ISOK 1 uzyskał wyłączne prawo do korzystania i rozporządzania opracowaniami oprogramowania (wykonywanie praw zależnych) oraz wyłączne prawo do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich do opracowań oprogramowania na polach eksploatacji określonych w umowie ISOK 1. Zamawiający wraz z podpisaniem protokołu odbioru etapu 4 realizacji umowy ISOK 1 uzyskał zatem od GISPartner wszelkie wymagane w treści umowy ISOK 1 uprawnienia związane z przedmiotem praw własności intelektualnej. W konsekwencji przy GISPartner nie pozostały żadne prawa wyłączne, które miałyby zostać nabyte przez zamawiającego na podstawie umowy ISOK 1 lub których istnienie wyłącza możliwość udzielenia zamówienia jakiegokolwiek innemu podmiotowi z uwagi na konieczność ich ochrony. Zamawiający posiada wszystkie prawa do produktów GISPartner w zakresie wymaganym dla wykonania zamówienia, co oznacza, że nie zachodzi przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Odwolujący Qumak wywiódł ponadto, że okoliczność, iż zamawiający nie uzyskał praw majątkowych na skutek własnych zaniechań nie może stanowić przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Zamawiający nie może powoływać się na przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp w sytuacji, gdy okoliczność, że zamówienie może realizować tylko jeden wykonawca z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynika z faktu, że zamawiający zawierając umowę z wykonawcą nie zabezpieczył odpowiednio swoich praw. Niezależnie od powyższego, przesłanka ta nie zachodzi w przedmiotowej sprawie także ze względu na to, że zamawiający otrzymał od GISPartner licencje wraz z prawem do sublicencjonowania, zatem GISPartner nie jest jedynym podmiotem mogącym realizować zamówienie z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, ponieważ zamawiający także nabył prawa do iMap i posiada prawo udzielania licencji dalszym podmiotom. Ponadto istnieją rozwiązania równoważne odpowiadające potrzebom zamawiającego a nawet zdecydowanie lepsze.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący Qumak podniósł, że zamawiający w pkt VI. 2) ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante stwierdził, że nie jest w stanie zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, ponieważ termin realizacji systemu ISOK („projekt ISOK”) zgodnie z aneksem 8 do porozumienia o dofinansowanie upływa w dniu 30.09.2016 r. W dalszej części ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante twierdzi, że prace muszą być zakończone w 2016 roku. Ponadto, zamawiający twierdzi, że częściowo odstąpił od umowy ISOK 1 ze względu na niekompetencję odwołującego Qumak oraz nieakceptowane ograniczenie zakresu zamówienia. Odwołujący Qumak wskazał, że zarzuty pod jego adresem są bezpodstawne i nie uzasadniają zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. „Niekompetencja”, o której wspomina zamawiający dotyczy części realizowanej przez

GISPartner, zatem absurdalne jest powoływanie się na niekompetencję wykonawcy (de facto GISPartner) a następnie twierdzenie, że ta niekompetencja finalnie doprowadziła do konieczności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki temu wykonawcy - GISPartner. Zamawiający nie przedstawił żadnej analizy, która prowadziłaby do wniosku, że nie istnieje inny tryb, pozwalający na realizację zamówienia we wskazanym terminie. Zamawiający jedynie stwierdza, że nie jest w stanie przeprowadzić zamówienia w trybie konkurencyjnym ze względu na konieczność zakończenia prac w 2016 r. Odwołujący Qumak argumentował, że był w stanie wykonać zamówienie w terminie do 30.09.2016 r., a do końca roku byłoby w stanie je wykonać także inni wykonawcy. Istnieją alternatywne rozwiązania spełniające wymogi umowy ISOK 1, których realizacja, tak jak realizacja iMap, jest możliwa do końca 2016 r. GISPartner nie realizował umowy ISOK 1 od stycznia 2016 r., zatem musiałby tak jak inne podmioty zapoznać się z dokumentacją i aktualnym stanem zaawansowania systemu ISOK, będąc tym samym w takiej samej sytuacji jak inne podmioty, które zostały przez zamawiającego pozbawione możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie wskazał przy tym konkretnego terminu, po upływie którego będzie zobowiązany do zwrotu dofinansowania. W jednym miejscu ogłoszenia zamawiający wspomina o 30.09.2016 r., w innym o „końcu 2016 r.”, natomiast w informacji na stronie Ministerstwa Cyfryzacji widnieje data 31.03.2017 r.

Odwołujący Qumak argumentował, że zamawiający zawarł umowę o dofinansowanie, która była następnie zmieniana aneksami. Zamawiający zatem od samego początku projektu ISOK zdawał sobie sprawę z terminów realizacji zamówienia a także znał przebieg realizacji umowy ISOK 1. Strony umowy ISOK 1 spotykały się na komitetach sterujących, dzięki czemu zamawiający miał bieżące informacje o postępie realizacji umowy ISOK 1. Ponadto, sam proces dofinansowania zamówienia ze środków unijnych a także ryzyko ich utraty są praktykowane na rynku i znane zamawiającemu. Należy przy tym podkreślić, że nie zaistniała żadna wyjątkowa sytuacja wymuszająca odstąpienie zamawiającego od umowy ISOK 1 uzasadniająca zastosowanie trybu z wolnej ręki na wskazanej podstawie prawnej. Zamawiający groził odwołującemu Qumak odstąpieniem już w styczniu 2016 r., zatem jeżeli w jego ocenie istniały obiektywne przesłanki do odstąpienia od umowy ISOK 1, to zamawiający powziął o nich informacje w styczniu 2016 r., kiedy zagroził odwołującemu Qumak odstąpieniem. Ponadto odstąpienie od umowy będące wyłącznie decyzją zamawiającego, podjętą pomimo woli odwołującego Qumak dalszej realizacji zamówienia oraz faktycznym wykonywaniu przezeń prac, nie może być w żadnym razie kwalifikowane jako przykład zaistnienia sytuacji wyjątkowej. Samo odstąpienie było działaniem i decyzją zamawiającego i wynikało między innymi z braku współdziałania zamawiającego z odwołującym Qumak na etapie realizacji umowy ISOK 1. Ponadto, zamawiający pomimo tego, że groził odwołującemu Qumak odstąpieniem już w styczniu 2016 r., faktycznie odstąpił

14

dopiero 28 czerwca 2016 r., to jest ponad 6 miesięcy później. Zatem, nawet hipotetyczne przyjęcie, że samo odstąpienie nie jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego, to zwłoka z odstąpieniem jest taką przyczyną. Okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp są głównie zjawiska losowe, niezależne od zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna okoliczność, której zamawiający nie mógłby przewidzieć. Zamawiający przez cały okres realizacji umowy ISOK 1 znał termin, którego upływ będzie skutkował zwrotem dofinansowania. Zamawiający powinien się także liczyć z ryzykiem kontraktowym. Zamawiający w pkt IV. 1 ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante wskazał wystąpienie pilnej konieczności, a nie konieczności natychmiastowego wykonania, zgodnie z obligatoryjną przesłanką art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Sama pilna konieczność nie uprawnia do skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający nie wskazał także w sposób wyraźny i jednoznaczny, w jakim terminie zamówienie musi zostać zrealizowane i z czego wynika wiążący termin. Posługuje się dwiema rozbieżnymi datami: 30.09.2016 r. oraz końcem roku 2016 r. Natomiast zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie Ministerstwa Cyfryzacji końcowym terminem zakończenia projektu ISOK jest 31.03.2017 r. Zamawiający nie udowodnił zatem, że istnieje rzeczywista konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, skoro termin realizacji może wynosić 6 lub nawet 9 miesięcy. Zamawiający nie przedstawił żadnej analizy, z której wynikałoby, że nie jest możliwe zachowywanie terminów dla innych trybów zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący Qumak podniósł, że tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, który może być stosowany wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach zgodnie ze ścisłą wykładnią przesłanek określonych w art. 67 ustawy Pzp. Zastosowanie trybu niekonkurencyjnego i udzielenie na tej podstawie wykonawcy zamówienia w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki określone w ustawie upoważniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi naruszenie art. 10 ust. 1 i 2 Ustawy. Zamawiający nie udowodnił, że zachodzą wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a zgodnie z orzecznictwem ETS to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia wystąpienia przesłanek pozwalających na odstąpienie od procedur otwartych, a stosowanie procedur negocjacyjnych powinno być ściśle ograniczone do sytuacji przewidzianych w dyrektywie.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przepis ten ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy, który zapewni jego należytą realizację, zarówno ze względu na posiadaną wiedzę i doświadczenie, odpowiednie kadry i zaplecze techniczne, ale także posiadane środki na realizację zamówienia. GISPartner kompetencji takich w wystarczającym stopniu do wykonania przedmiotowego zamówienia

15

nie posiada. Odwołujący Qumak podniósł, że jest wierzycielem GISPartner i posiada wobec niego zatwierdzone przez Sąd (prawomocnymi nakazami zapłaty) wierzytelności oraz zastawy rejestrowe na kwotę 1.213.878,62 zł. Z uwagi na fakt, że zadłużenie GISPartner przekracza ponad 20-krotnie jego kapitał zakładowy, odwołujący Qumak złożył wniosek o ogłoszenie upadłości GISPartner. Aktualna kondycja finansowa GISPartner nie zapewnia należytej realizacji zamówienia, a zamawiający musi wziąć pod uwagę fakt, że jeżeli w trakcie realizacji zamówienia GISPartner ogłosi upadłości likwidacyjną, wyznaczony syndyk będzie mógł odstąpić od zawartych przez GISPartner umów, w tym umowy ISOK 2. Ponadto GISPartner nie zamierza wykonywać zamówienia samodzielnie, lecz posilkować się wsparciem innego podmiotu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zamierza udzielić zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a nadto nie posiada zdolności do wykonania zamówienia. Przeprowadzenie postępowania w trybie niekonkurencyjnym pomimo tego, że nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom, które są w stanie wykonać zamówienie. W postępowaniu, którego przedmiotem była umowa ISOK 1, udział wzięło aż ośmiu wykonawców, zatem potencjalnie co najmniej tych ośmiu wykonawców jest w stanie dokończyć system ISOK. Ponadto naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest zamiar udzielenia zamówienia podmiotowi, który nie posiada wystarczających zdolności do wykonania zamówienia, z pominięciem podmiotów, które takie zdolności posiadają.

Odwołujący Efematic zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b oraz pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez wybór trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki oraz udzielenie zamówienia w tym trybie wykonawcy GISPartner pomimo, iż nie spełniła się żadna z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b oraz pkt 3 ustawy Pzp wskazanych przez zamawiającego jako uzasadnienie zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w niniejszym postępowaniu, co w konsekwencji spowodowało naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, w tym odwołującemu Efematic.

Odwołujący Efematic wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i ogłoszenie nowego postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych.

16

W uzasadnieniu odwołujący Efematic podniósł, że przesłanki zastosowania trybów niekonkurencyjnych powinny być interpretowane ściśle jako wyjątki od zasady udzielania zamówień w trybie przetargu ograniczonego i nieograniczonego. Szczególnie rygorystycznie powinny być interpretowane przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki jako trybu eliminującego jakąkolwiek konkurencję. Wywiódł, że ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek upoważniających do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odwołujący Efematic podniósł, że przyczyny techniczne uzasadniające zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki powinny być zobiektywizowane. Takie przyczyny nie mogą więc być wyrazem przekonania zamawiającego, lecz powinny zostać uzasadnione na podstawie obiektywnych kryteriów technicznych. Zdaniem odwołującego Efematic uzasadnienie zastosowania trybu znajdujące się w ogłoszeniu ex ante nie zawierają żadnych argumentów, które uzasadniałyby powierzenie zamówienia GISPartner ze względu na możliwość wykonania zamówienia jedynie przez ten podmiot z powodu posiadanych wyłącznie przez niego kwalifikacji technicznych. Kompetencje, doświadczenie czy posiadanie zespołu specjalistów są właściwościami, które posiada bardzo wielu wykonawców działających na rynku związanym z usługą objętą przedmiotem zamówienia. Również wykonywanie wcześniej pewnych prac przez GIS Partner samo w sobie nie przesądza o tym, iż tylko ten podmiot jest w stanie zrealizować zamówienie. Zamawiający nie wykazał żadnych przesłanek stricte technicznych, które uniemożliwiałyby realizację zamówienia przez inne

podmioty poza GISPartner.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp odwołujący Efematic podniósł, że w świetle wiedzy posiadanej przez odwołującego Efematic, nie ma przeszkód do realizacji przedmiotu zamówienia przez inny podmiot niż GISPartner, ze względu na ochronę praw wyłącznych tego podmiotu. Odwołujący przywołał treść §13 pkt 13.14-13.17 wzoru umowy, której przedmiotem był: „projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”. Wywiódł, że zamawiający posiada prawo do modyfikacji systemu i powierzania jej dokonania innym podmiotom. Zamawiający nie odstąpił od umowy z odwołującym Qumak w całości lecz w części jaka miała zostać jeszcze wykonana. Postanowienia dotyczące praw autorskich przewidziane w umowie pozostają więc w mocy. Należy również przyjąć, iż skoro taki wzór umowy łączył zamawiającego z głównym wykonawcą nie było możliwości, żeby inaczej brzmiały postanowienia umowy z podwykonawcą, w szczególności, żeby podwykonawca nie przekazał na rzecz zamawiającego autorskich praw majątkowych w zakresie wskazanym w postanowieniach umowy.

17

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący Efematic podniósł, że z powszechnie dostępnych informacji (ogłoszenia o zamówieniu „ex ante”, informacje zamieszczane na internetowych portalach branżowych) wynika, że w ciągu trzech lat trwania realizacji zamówienia wykonywanego przez odwołującego Qumak, którego przedmiotem był: „projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu” występowały trudności w realizacji umowy. Skutkowały one koniecznością zmian umowy o udzielenie zamówienia oraz opóźnieniami w terminie realizacji zamówienia. Nie można więc stwierdzić, że zaistniała wyjątkowa sytuacja, która uzasadniałaby udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Nie jest nią w szczególności odstąpienie od umowy z odwołującym Qumak. Zamawiający zdawał sobie bowiem sprawę z problemów wynikających z realizacji umowy i mógł równie dobrze wcześniej odstąpić od umowy z Qumak oraz zastosować jeden z trybów konkurencyjnych w celu dalszej realizacji projektu. Odstąpienie od umowy było działaniem zamawiającego i wynikało z relacji w trakcie realizacji umowy pomiędzy Qumak a zamawiającym. Aby zastosować ww. przepis nie jest wystarczające wykazanie, iż zamawiający nie ponosi winy w odstąpieniu od umowy. W sytuacji, w której zamawiający zwleka z odstąpieniem od umowy, a później odstępuje od niej i udziela innemu wykonawcy, udzielenie zamówienia z wolnej ręki z pewnością należy zakwalifikować jako przyczynę leżącą po stronie zamawiającego. odstąpienie od umowy w niniejszej sprawie nie jest również sytuacją której zamawiający nie mógł przewidzieć. Zamawiający znał bowiem termin realizacji projektu wymagany przez instytucje współfinansujące zamówienie. Zamawiający znał również harmonogram prac oraz zakres postępu prac na poszczególnych etapach zamówienia w stosunku do harmonogramu. Zamawiający mógł więc przewidzieć, iż ze względu na opóźnienia prac i chęć zachowania terminu wymaganego przez podmioty współfinansujące będzie chciał odstąpić od umowy z dotychczasowym wykonawcą Qumak. Fakt, iż tego nie zrobił oraz konsekwencje niefrasobliwości zamawiającego w tej kwestii nie mogą obciążać pozostałych wykonawców.

Odwołujący Efematic argumentował, że pilna konieczność udzielenia zamówienia, na którą w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia powołał się zamawiający, jest przesłanką do zastosowania skróconych terminów w trybach konkurencyjnych, a nie zastosowania trybu niekonkurencyjnego takiego jak udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Nie stanowi bowiem o konieczności „natychmiastowego wykonania zamówienia”. Ponadto dla udzielenia zamówienia w trybie pilnym zamawiający miał możliwość skorzystania z trybów negocjacyjnych, które są bardziej konkurencyjne, niż tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, którego zastosowanie powinno być ostatecznością, gdy nie można już zastosować żadnego z pozostałych trybów. Ponadto konieczność wykonania zamówienia do końca 2016 roku nie jest tożsama z koniecznością natychmiastowego udzielenia zamówienia. Istnieją

18

bowiem również podstawy do stwierdzenia, że inni wykonawcy byłiby w stanie wykonać zamówienie w czasie nie dłuższym niż wykonawca GISPartner. Zamawiający nie udowodnił

również w żaden sposób, iż nie jest możliwe zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zamawiający nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji w tym względzie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1352/16 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Efematic sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1355/16 po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Qumak S.A. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, zaproszenie do negocjacji wraz z załącznikami, protokół z negocjacji z 8 lipca 2016 r., odwołanie, zgłoszenia przystąpień, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe przystępującego GIS Partner i odwołującego Qumak, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowań złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

19

W pierwszej kolejności stwierdzono, że zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki 7 lipca 2016 r., kiedy to przekazał przystępującemu GISPartner zaproszenie do negocjacji (pkt 5 protokołu postępowania). Wobec takiej daty wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, do postępowania znajdowały zastosowanie przepisy ustawy Pzp sprzed wejście w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), co nastąpiło dopiero 28 lipca 2016 r. Powyższe wynikało z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej, nakazującego stosowanie do postępowań wszczętych i niezakończonych przed wejściem w życie noweli, przepisów dotychczasowych.

Jednocześnie jednak dostrzeżenia wymagało, że postępowanie zostało wszczęte po upływie terminu na implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, a który przypadał na dzień 18 kwietnia 2016 r. W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że podstawą wyrokowania będą przepisy ustawy Pzp sprzed wejście w życie ustawy nowelizującej, z uwzględnieniem jednak konieczności prounijnej wykładni przepisów ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni

prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

20

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, *sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy*. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. so far as possible). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie*. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

W dalszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę GISPartner sp. z o.o. we Wrocławiu, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1352/16 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Efematic sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1355/16 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Qumak S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne

21

zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Izba, na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, postanowiła oddalić opozycję zamawiającego wobec przystąpienia wykonawcy Qumak do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1355/16, gdyż zamawiający nie uprawdopodobnił, że wykonawca Qumak nie ma interesu w uzyskaniu

rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego Efematic. Zgłaszający opozycję podniósł, że w razie unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki i ewentualnego wszczęcia ponownego postępowania w trybie konkurencyjnym wykonawca Qumak S.A. podlegałby wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw). Zamawiający oświadczył także, że w razie wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym wprowadzi do postępowania fakultatywne przesłanki wykluczenia wynikające z ww. przepisów.

Stosownie do przepisów przywołanych przez zamawiającego, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, *który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.) oraz który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.)*.

Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego zostało oparte na całym ciągu hipotetycznych założeń, a także niczym nieopartych stwierdzeń. Pierwszym założeniem, jakie należałoby poczynić jest to, że zamawiający musiałby w przyszłym postępowaniu w trybie konkurencyjnym wprowadzić fakultatywne przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Powyższe nie jest okolicznością pewną. Po drugie zaś, nawet gdyby przyjąć, że odwołujący Qumak faktycznie nie wykonał bądź nienależycie wykonał zamówienie, to i tak powyższe nie jest wystarczające dla wykluczenia wykonawcy z postępowania. Uszło uwadze zamawiającego, iż w świetle art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.) wykonawca ma prawo do przedstawienia dowodów, iż dokonał tzw. „samooczyszczenia”. Stosownie do przywoływanego przepisu, *wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie (...) ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności*

22

udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Jak wynika zaś z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp (w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.), dopiero negatywna ocena przedstawianych przez wykonawcę dowodów może uzasadniać wykluczenie go z udziału w postępowaniu. Wobec powyższego zgłoszona opozycja podlegała oddaleniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Obaj odwołujący domagali się unieważnienia postępowania i przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, uważając, że są zdolni do jego wykonania. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki prowadziłoby do konieczności jego unieważnienia. Skutkiem tego może być wszczęcie postępowania w trybie konkurencyjnym, w którym odwołujący mogliby uczestniczyć i uzyskać zamówienie. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie podzielono stanowiska przystępującego GISPartner jakoby odwołujący Qumak nie miał możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym. Przystępujący GISPartner podniósł, że odwołujący Qumak podlegałby wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym od 28 lipca 2016 r. W tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko Izby wyrażone w rozstrzygnięciu opozycji zgłoszonej przez zamawiającego. Zaś okoliczność, że odwołujący Qumak w odrębnym trybie zamierza kwestionować zasadność odstąpienia przez zamawiającego od umowy ISOK 1, nie może stanowić podstawy do odmówienia mu prawa do wniesienia odwołania w aktualnie rozpatrywanej sprawie.

Nie podzielono stanowiska przystępującego GISPartner, jakoby odwołujący Efematic nie posiadał legitymacji do wniesienia odwołania, gdyż – jak utrzymywał przystępujący – nie

23

wykonuje on działalności zbliżonej do przedmiotu zamówienia i jedynie pozornie zainteresowany jest złożeniem oferty w postępowaniu konkurencyjnym. Przystępujący powołał się w tym zakresie na informacje znajdujące się na stronach internetowych Efematic. Izba wzięła pod uwagę, że informacje na stronie internetowej odwołującego Efematic nie muszą prezentować wyczerpującego katalogu działalności, jaką zajmuje się wykonawca. Na obecnym etapie nie wiadomo, czy, a jeżeli tak – to w jaki sposób zamawiający opíše warunki udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym. Nie można także wykluczyć, iż w tym postępowaniu wykonawca polegał będzie na zasobach podmiotów trzecich, względnie korzystał z udziału podwykonawców lub złoży ofertę wspólnie z innym jeszcze wykonawcą.

Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „wdrożenie produkcyjne systemu ISOK”. Postępowanie to zostało zaś wszczęte w trybie zamówienia z wolnej ręki. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 10 ust. 1 ustawy Pzp *podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony*. Jak stanowi zaś art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w pozostałych trybach (w tym m.in. w trybie zamówienia z wolnej ręki) tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Nie ulegało także wątpliwości, że ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki obciążał zamawiającego (por. m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 4 czerwca 2009 sygn. akt C - 250/07 oraz wyrok TS UE z 2 czerwca 2005 r. sygn. akt C – 394/02).

Za zasadne uznano zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na *wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia*.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie udowodnił aby niemożliwe było zachowanie terminów określonych dla innych trybów postępowania. Nie było sporne pomiędzy stronami, że przedmiot zamówienia jest realizowany w ramach projektu współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka Oś priorytetowa VII - Społeczeństwo informacyjne ~ budowa elektronicznej administracji (umowa o dofinansowanie nr POIG.07.01.00-00-025/09-00 w ramach 7 osi priorytetowej „Społeczeństwo informacyjne -budowa elektronicznej administracji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013 zawarta w

24

Warszawie w dniu 30 lipca 2010 r. wraz z aneksami, a aktach sprawy). Z aneksu nr 8 wynikało, że termin realizacji projektu ma przypadać na dzień 30.09 2016 r. (§ 5a ust. 5b) Jednakże zamawiający pismami z dnia 4 lipca 2016 r. i 19 lipca 2016 r. wystąpił do Centrum Projektów Polska Cyfrowa o przesunięcie terminu zakończenia projektu ISOK do 31 marca 2017 r. Jednocześnie zamawiający nie wykazał, aby otrzymał od Centrum Projektów Polska Cyfrowa odpowiedź odmowną. Natomiast z załącznika do decyzji Komisji Europejskiej zmieniającej decyzję C(2013) 1573 w sprawie zatwierdzenia wytycznych dotyczących

zamknięcia programów operacyjnych przyjętych do celów pomocy z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności [2007-2013] wynikało, że złożenie ostatecznego wniosku o płatność konieczne jest do 31 marca 2017 roku. Ponadto w dokumencie tym zaleca się jedynie, aby dokumenty te zostały przedłożone instytucji audytowej co najmniej na trzy miesiące przed terminem upływającym w dniu 31 marca 2017 r. W tej sytuacji stwierdzono, że nie można utrzymywać, jakoby odbiór systemu ISOK w wersji produkcyjnej musiał nastąpić bezwzględnie do końca 2016 r., ani tym bardziej do końca września 2016 r., tak jak to wskazano w ogłoszeniu dobrowolnej przejrzystości (ex ante).

Przeszkody w dokonaniu części płatności w 2017 r. nie stanowi przywoływana przez zamawiającego okoliczność, zgodnie z którą zamawiający nie ma zabezpieczonych na przyszły rok środków finansowych na realizację zamówienia. Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie wskazał na tę okoliczność uzasadniając tryb zamówienia w ogłoszeniu ex ante, a zatem nie miał prawa się na nią powoływać. Jak słusznie wskazywał w trakcie rozprawy odwołujący Efematic, wykonawcy, którzy decydują się kwestionować zgodność z prawem czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki mają prawo podejmować decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania w oparciu o treść uzasadniania zamieszczonego w ogłoszeniu. Wobec zasady związania odwołującego zarzutami wskazanymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), za sprzeczne z naczelną zasadą równouprawnienia stron postępowania cywilnego byłoby pozwolenie zamawiającemu na rozszerzanie podstaw zastosowania trybu dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Niezależnie jednak od powyższego, o ile rzeczywiście zasadą w finansach publicznych jest to, że niezrealizowane kwoty wydatków budżetu państwa wygasają z upływem roku budżetowego (art. 181 ust. 1 ustawy o finansach publicznych), to jednak od zasady tej właściwe przepisy przewidują wyjątki. Przykładowo, jak wynika z art. 181 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, Rada Ministrów może ustalić wykaz oraz plan finansowy wydatków, do których nie stosuje się tej zasady i określić ostateczny termin ich dokonania. Zamawiający nie wykazał dlaczego w tym konkretnym przypadku część środków na finansowanie zamówienia nie mogła być przeniesiona na kolejny rok.

25

Analogicznie, w treści ogłoszenia ex ante próżno było szukać argumentacji zamawiającego, jakoby po produkcyjnym wdrożeniu ISOK, lecz przed 31 marca 2017 r., zamawiający musiał przeprowadzić jeszcze szkolenia w trybie elektronicznym (e-learning) i wykonać działania promocyjne. Przyjmując jednak, iż zamawiający rzeczywiście będzie musiał wykonać owe działania w ww. terminie, to jednak nie zostało wykazane iż działania te – co najmniej w znaczącej części – nie mogą być prowadzone w trakcie produkcyjnego wdrażania ISOK. W piśmie z 19 lipca 2016 r. skierowanym do Centrum Projektów Polska Cyfrowa zamawiający sam wskazywał, że prace związane z e-learningiem i promocją projektu mogą być „równoległe tak, aby ich odbiór nie wpływał na termin zakończenia i rozliczenia całego projektu”. Zamawiający przyznawał przy tym, że umowę na szkolenia elektroniczne ma już podpisaną, a także, że niektóre działania promocyjne są już wykonywane. Przyjmując zaś nawet założenie, że część tych działań będzie musiała nastąpić po wdrożeniu, to nie wykazano Izbie w sposób niebudzący wątpliwości, aby czas tych działań wynosił minimum 3 miesiące, jak utrzymywał zamawiający. Nic nie stało na przeszkodzie zatem, aby działania, w zakresie kolidującym z wdrożeniem, były realizowane dopiero od końca stycznia czy początku lutego 2017 r.

Niezasadne jest powoływanie się na argumenty związane z koniecznością pilnego wywiązania się przez Polskę z obowiązków wynikających z dyrektywy 2007/2/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 marca 2007 r. ustanawiającej infrastrukturę informacji przestrzennej we Wspólnocie Europejskiej (INSPIRE). Terminy wdrożenia dyrektywy i terminy działań, jakie państwa członkowskie powinny wykonać, a wynikające z rozdziału VII tej dyrektywy, znane były od dawna.

Jeżeli chodzi o termin wykonania wdrożenia produkcyjnego ISOK to przyjęto go na poziomie 4 miesięcy. Jak wynikało z treści aneksu nr 2 do umowy ISOK 1, taki okres miał poświęcić wykonawca Qumak aby wykonać wdrożenie produkcyjne ISOK w etapie 5 (od 28 lutego 2015 r. do 30 czerwca 2015 r.). Nie wykazano Izbie aby na wykonanie zamówienia należało poświęcić większą ilość czasu. Nie można z góry zakładać, że tylko GISPartner

byłby zdolny do wykonania zamówienia w tym czasie. O braku realności tego terminu dla innych – aniżeli GISPartner – wykonawców, nie może świadczyć sama przez się okoliczność, że odwołujący Qumak nie zdołał wykonać etapu 5 w umówionym terminie. Niepowodzenie to mogło być bowiem wynikiem okoliczności, które nie będą dotyczyły innych wykonawców. Możliwości wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia w zakładanym czasie mogły i powinny być zweryfikowane w konkurencyjnej procedurze, zaś – zamawiający mógł spróbować zdecydować się na wprowadzenie – jako kryterium oceny ofert – terminu realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę 4 miesięczny okres realizacji wdrożenia i

26

oszacowany wcześniej termin zakończenia projektu, należało dojść do wniosku, że podpisanie umowy w sprawie zamówienia powinno nastąpić około 1 października 2016 r.

Ponieważ zamawiający odstąpił od umowy z odwołującym Qumak w dniu 28 czerwca 2016 r., zatem zobowiązany był udowodnić, że już w tym dniu nie mógł zachować terminów dla innych trybów postępowania celem zapewnienia sobie zawarcia umowy do 1 października 2016 r. W ocenie Izby zamawiający nie sprostował temu obowiązki.

Na wstępie należało wskazać, że Izba przyjęła najbardziej korzystne dla zamawiającego założenie, zgodnie z którym rozpoczęcie procedury następuje 28 czerwca 2016 r. tj., w dniu odstąpienia od umowy z Qumak. Jak bowiem wynikało z całokształtu dokumentów, obrazujących współpracę zamawiającego z Qumak, zamawiający dostrzegał poważne problemy z realizacją etapu 5 zamówienia, które nie pojawiły się 28 czerwca 2016 r. ale znacznie wcześniej, to jest już od stycznia 2016 r. (zgłoszenia ryzyk załączone do odpowiedzi na odwołanie). Jednakże nawet zakładając, że początkowy termin wszczęcia procedury przypadał 28 czerwca 2016 r., to zamawiający dysponował 4 miesiącami umożliwiającymi przeprowadzenie procedury w trybie konkurencyjnym i zawarcie umowy.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby nie można było zachować terminów dla innych trybów postępowania, w tym zwłaszcza trybu negocjacji bez ogłoszenia, o którym mowa w art. 61 i n. ustawy Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca dla poszczególnych etapów tego trybu postępowania nie przewiduje żadnych minimalnych terminów. Długość terminów dla zaproszenia do negocjacji, etapu negocjacji, sporządzenia SIWZ, składania ofert i ich weryfikacji, a nawet zawarcia umowy wyznacza sam zamawiający (por. art. 61 - 65 i art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Ponadto terminy te są o wiele krótsze, gdyż w postępowaniu bierze udziału mniej wykonawców (przy uznaniu, że zamówienie ma charakter specjalistyczny - nawet jedynie 2). Jedyne terminy, jaki narzuca ustawa Pzp, to terminy wynikające z ewentualnego postępowania odwoławczego, jednakże w tym zakresie, w razie konieczności, można wnioskować o uchylenie zakazu zawarcia umowy w trybie art. 183 ustawy Pzp. Z ww. powodów założenia dotyczące czasochłonności trwania procedury negocjacji bez ogłoszenia poczynione w odpowiedzi na odwołanie okazały się nad wyraz przesadzone i oparte na dowolnie obranych terminach.

Za nietrafne należało uznać argumenty zamawiającego natury historycznej odnoszące się do długości postępowania. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na długość trwania procedury konkurencyjnej w postępowaniu na zawarcie umowy ISOK 1. Nie można uznać za porównywalną czasochłonności postępowania na całość projektu ISOK 1 prowadzonego w trybie podstawowym i otwartym, o znacznie większej wartości, w którym uczestniczy znaczna liczba zainteresowanych wykonawców z postępowaniem prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na dokończenie projektu

27

ISOK. W tym ostatnim do negocjacji należałoby zaprosić jedynie wybranych wykonawców (przy uznaniu, że zamówienie ma charakter specjalistyczny - nawet jedynie 2), zaś wartość przedmiotu zamówienia byłaby o wiele mniejsza. Również nakład pracy polegającej na zbadaniu 2 ofert (i to przy założeniu, że obaj negocjujący zdecydowałiby się złożyć ofertę), również byłby zdecydowanie mniejszy. Mniejsza konkurencja zaś przełożyć się mogła na znacznie mniejszą liczbę odwołań lub ich całkowity brak.

Zamawiający nie zdołał wykazać, jakoby wszczęciu postępowania w tym trybie stał na przeszkodzie brak możliwości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia wynikający z nieudostępnienia mu przez odwołującego Qumak haseł i loginów do wykonywanego

systemu. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że zamawiający w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante nie wskazał na tę okoliczność. Niezależnie jednak od powyższego dostrzec należy, że na pierwszym etapie postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia ustawodawca nie wymaga, aby zamawiający posiadał opis przedmiotu zamówienia. Jak wynika z art. 63 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia musi zawierać jedynie m.in. „określenie przedmiotu zamówienia”. Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie jest to zupełnie inny element aniżeli „opis przedmiotu zamówienia” w rozumieniu art. 29 i n. ustawy Pzp. Postanowienia przyszłej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia mogły i powinny być zaś przedmiotem negocjacji. Ponadto, jeżeli założyć – jak utrzymywał zamawiający – że nie odebrał od odwołującego Qumak żadnych produktów wytworzonych w ramach etapu 5 – to punktem wyjścia do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia powinien być rezultat odebranego etapu 4 i sporządzona na tamtym etapie dokumentacja. Ponadto skoro owe loginy i hasła są tak niezbędne, to niezrozumiałe jest że zamawiający, który w dniu 28 czerwca 2016 r. odstąpił od umowy z Qumak zwlekał z wnioskiem o przekazanie haseł i loginów aż do 1 sierpnia 2016 r. (pismo zamawiającego do odwołującego Qumak, przy odpowiedzi na odwołanie). Wreszcie brak tych loginów nie uniemożliwił zamawiającemu zaproszenia wykonawcy GISPartner do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki i przekazania temu wykonawcy przy zaproszeniu z 7 lipca 2016 r. załącznika określającego zakres prac do wykonania (załącznik, w aktach sprawy przekazanych przez zamawiającego). Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że brak loginów i haseł nie uniemożliwił zamawiającemu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, a przynajmniej wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W dalszej kolejności należało się odnieść do następnych przesłanek wynikających z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odnoszących się do wyjątkowości sytuacji a także przyczyn zdarzenia, które miały leć u podstaw konieczności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

28

Izba stwierdziła, że nie zostały wykazane twierdzenia odwołującego Qumak, jakoby to zamawiający miał nie współdziałać z odwołującym Qumak przy realizacji umowy ISOK 1. Odwołujący Qumak nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż zamawiający w ramach etapu 5 miał nie zapewnić mu dostępu do infrastruktury, na której miał działać system ISOK oraz nie udostępnić danych mających być przedmiotem migracji. Zamawiający przekazał odwołującemu Qumak dane mające być przedmiotem migracji; domagał się także aktualizacji przekazanych wcześniej danych i pobrania przez Qumak zaktualizowanych plików; wreszcie zobowiązał Qumak do pilnego przekazania procedur migracji do weryfikacji przez zamawiającego (notatki ze spotkania z Qumak z 27 kwietnia 2016 roku i 1 czerwca 2016 roku).

Za niedowodzące tezy, jakoby odwołujący Qumak dysponował w wyniku prac wykonanych w etapie 5 działającym i w pełni funkcjonalnym systemem ISOK uznano dowody powoływane na tę okoliczność przez odwołującego Qumak. Nie mogła dowodzić tej tezy treść aktu notarialnego z czynności prezentacji systemu ISOK w dniu 7 lipca 2016 r. (załącznik do pisma procesowego odwołującego Qumak z 9 sierpnia 2016 r.). Z dokumentu tego wynikało jedynie, że odwołujący Qumak zaprezentował notariuszowi system ISOK, co wynika ze str. 5 pkt 2, jednakże należy wziąć pod uwagę, że notariusz, przed którym prowadzono prezentację, nie znał treści projektu technicznego, nie miał możliwości oceny, czy oświadczenie odwołującego Qumak o wykonaniu etapu 5 są prawdziwe, nie zostały przeprowadzone żadne testy akceptacyjne przewidziane umową ISOK 1 w sposób w niej określony. Nie dowodzi tej tezy także mapowanie wymagań OPZ umowy ISOK 1, jakie odwołujący przesłał zamawiającemu w dniu 22 czerwca 2016 r. (załącznik do pisma procesowego odwołującego z 9 sierpnia 2016 r.). Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający w piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r. (KZGW/DPIZW-ISOK/2300/2016 s. 11-14, załącznik do odpowiedzi na odwołanie) odnosząc się do tego mapowania wskazał, iż „jest zaprzeczeniem dotychczasowego zakresu i trybu prac prowadzonych w odniesieniu do oprogramowania COTS w etapie 4”. Zamawiający wskazywał w tym piśmie także na szereg wątpliwości związanych z możliwością spełniania wskazywanych przez siebie wymagań przez oprogramowanie. Wreszcie tezy tej nie dowodzi oświadczenie odwołującego Qumak z 29 czerwca 2016 r., stanowiące wezwanie do odbioru systemu ISOK (załącznik nr 3 do pisma

procesowego z 9 sierpnia 2016 r.). Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w odpowiedzi na wniosek odwołującego Qumak, pomimo odstąpienia od umowy 28 czerwca 2016 r., pismem z dnia 4 lipca 2016 r. zwrócił się do Qumak o pilne zaprezentowanie tego systemu w terminie kilkudniowym, jednakże prośba zamawiającego nie została zrealizowana.

Natomiast zamawiający zdołał co najmniej uprawdopodobnić, że to odwołujący Qumak nie realizował w sposób należyty swych obowiązków wynikających z umowy ISOK 1. Na powyższe wskazywała treść listu intencyjnego z 8 grudnia 2015 r., jaki podpisał

29

odwołujący Qumak (załącznik do odpowiedzi na odwołanie). Wykonawca ten w pkt 43 przywoływanego listu zobowiązał się do uwzględnienia wszystkich uwag zgłoszonych przez użytkowników w toku realizacji etapu 4. Identyczne oświadczenie wynikało ze zdania pierwszego listu, w którym odwołujący Qumak zobowiązywał się do uwzględnienia i zrealizowania uwag zgłoszonych i uzgodnionych z końcowymi użytkownikami. Z powyższego należało wnioskować, że odwołujący Qumak jeszcze w grudniu 2015 r. uważał, iż uwzględnienie omawianych uwag należy do jego obowiązków umownych. Tymczasem we wniesionym odwołaniu i w trakcie rozprawy utrzymywał, że powyższe zobowiązania nie były objęte przedmiotem umowy. Zdaniem Izby, jeżeliby rzeczywiście uwzględnienie uwag nie było objęte obowiązkami umownymi to odwołujący Qumak nie składałby przeciwnych oświadczeń w liście intencyjnym. O rzeczywistym stanie prac, możliwościach i zamiarach odwołującego Qumak w zakresie realizacji etapu 5 świadczyła najdobitniej treść projektu aneksu nr 3 do umowy ISOK 1 (przy odpowiedzi na odwołanie), którego podpisanie odwołujący Qumak zaproponował zamawiającemu. Jak wynikało z treści projektu aneksu nr 3 odwołujący Qumak m.in. próbował przeforsować przeniesienie obowiązku konfiguracji systemu ISOK z platformą ePUAP na etap po wdrożeniu produkcyjnym systemu ISOK. (pkt 4.6 projektu aneksu). Ponadto w projekcie aneksu odwołujący usiłował m.in. zmienić termin realizacji etapu 5 z 30 czerwca 2015 na 30 września 2016 r., wreszcie zamierzał nie zrealizować aż 34 wymagań umowy ISOK 1 (por. pkt 4.2.2. projektu aneksu).

Odwołujący Qumak nie przedstawił także Izbie wiarygodnych dowodów na poparcie stanowiska, iż to podwykonawca GISPartner ponosił winę za niepowodzenie we wdrożeniu etapu 5 umowy ISOK 1. Stwierdzono, że odwołujący Qumak odebrał od swego podwykonawcy GISPartner prace wykonane w ramach etapu 4 w procedurze odbioru wewnętrznego. Co istotne odbiór ten został dokonany w trybie pkt 10.4 umowy podwykonawczej zawartej przez odwołującego Qumak z GIS Partner (umowa z 15 grudnia 2013 r. jako załącznik nr 1 przy piśmie procesowym przystępującego GISPartner z 8 sierpnia 2016 r.). Jak wynikało zaś z tego postanowienia umownego, miał on zastosowanie do odbioru przez odwołującego Qumak od podwykonawcy prac nieodebranych jeszcze przez zamawiającego, z przyczyn, za które podwykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Protokół ten podpisano zaś 23 listopada 2015 r. Tryb, w jakim podpisano protokół, a także jego treść świadczyła o tym, że przynajmniej na dzień 23 listopada 2015 r., zdaniem odwołującego Qumak, GISPartner nie pozostawał w zwłoce z realizacją co najmniej etapu 4 projektu ISOK 1. Tymczasem odwołujący Qumak już 19 stycznia 2016 r. odstąpił od umowy powykonawczej wskazując na zwłokę GISPartner w wykonaniu prac (oświadczenie o odstąpieniu – załącznik nr 3 do pisma procesowego przystępującego GISPartner). Nie przedstawiono Izbie jednak żadnych dowodów, z których wynikałoby czy, a jeżeli tak to jakie

30

okoliczności sprawiły, że GIS Partner niebędący w listopadzie 2015 r. w zwłoce z realizacją etapu 4, jednak popadł w zwłokę w realizacji etapu 5 już w styczniu 2016 r., w sytuacji gdy zgodnie umową ISOK 1 etap 5 miał być realizowany przez 4 miesiące. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że w świetle oświadczenia Qumak o odstąpieniu od umowy podwykonawczej, jedynym powodem odstąpienia miała być zwłoka GISPartner z wykonaniem etapu 5 przedmiotu umowy ISOK 1. W szczególności powodem odstąpienia nie było wadliwe działanie oprogramowania iMap wykonywanego przez przystępującego GISPartner, tak jak to wskazano w odwołaniu. Nie można uznać zatem za wiarygodne gołosłownego stanowiska odwołującego Qumak, jakoby to z winy przystępującego GISPartner i dostarczenia przez niego wadliwego oprogramowania musiał ponownie samodzielnie wykonać elementy systemu ISOK.

Niezależnie jednak od negatywnej oceny realizacji przez odwołującego Qumak jego obowiązków wynikających z umowy ISOK 1, wątpliwa jest możliwość kwalifikowania tej sytuacji jako niemożliwej do przewidzenia. Niewywiązanie się jednej ze stron umowy z zobowiązań umownych jest ryzykiem kontraktowym towarzyszącym każdej umowie i jego prawdopodobieństwo w większym lub mniejszym stopniu powinno być brane pod uwagę. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że odstąpienie od umowy z Qumak z 28 czerwca 2016 r., nie było okolicznością nagłą, która zaskoczyła zamawiającego. Opóźnienia i problemy w realizacji umowy ISOK 1 narastały. Ze zwłoką odbierano już etap 2 (131 dni) i etap 4 systemu (122 dni), problemy z realizacją etapu 5 narastały od samego początku tej fazy, to jest od stycznia 2016 r. (protokół odbioru etapu 4, zgłoszenia ryzyka z 2016 r., notatki ze spotkań, załączone do odpowiedzi na odwołanie). Dostrzeżenia wymaga, że za okoliczności nieprzewidywalne w rozumieniu tego przepisu w orzecznictwie TS UE uznaje się przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki, których nagłe zaistnienie powoduje konieczność natychmiastowego odwrócenia skutków takiego wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia w sposób, który wyłącza jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu. Tymczasem odstąpienie od umowy dokonane przez samego zamawiającego, u którego źródeł leżały wielomiesięczne opóźnienia i problemy z realizacją etapu 5, nie może być uznane za okoliczność nieprzewidywalną.

Za zasadne uznano zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, *jeżeli dostawy, usługi lub roboty techniczne mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze*. Z omówionych wcześniej względów, przepis ten należało interpretować zgodnie z celem i brzmieniem przywoływanej wcześniej dyrektywy 2014/24, zgodnie z którą ww. wyjątek

31

dotatkowo ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, *gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia*. Biorąc powyższe pod uwagę, zamawiający zobowiązany był udowodnić istnienie zarówno przesłanek pozytywnych wynikających wprost z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, jak i przesłanek negatywnych, będących skutkiem konieczności prounijnej wykładni tego przepisu.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że nie przedstawiono łącznie żadnego dowodu, na podstawie którego można byłoby ustalić, że nie istnieje *inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia*.

W ocenie łączy nie można stanowić podstawy do ustalenia, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne sam fakt, że odwołujący Qumak, który podjął się wykonania etapu 5 bez wykorzystania oprogramowania iMap przystępującego GIS Partner, nie podołał temu zadaniu. Nie można bowiem wykluczyć, że niepowodzenie to było bowiem wynikiem okoliczności leżących po stronie samego odwołującego Qumak, obranego przez niego sposobu realizacji etapu 5, które to błędy nie muszą dotyczyć wszystkich wykonawców, jacy potencjalnie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Nieistnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego nie dowodzi także fakt, że przedmiotem zamówienia w postępowaniu z wolnej ręki miało być produkcyjne dokończenie systemu, który odebrano w etapie 4. Owszem, jak się wydaje sprzeczne z zasadami racjonalnego gospodarowania, byłoby porzucenie rezultatów odebranego etapu 4. Przedmiotem zamówienia było bowiem wdrożenie produkcyjnych produktów odebranych w wersji pilotażowej w etapie 4. Jednakże przystępujący GISPartner przyznawał w trakcie rozprawy, że od strony technicznej możliwe są do zastosowania różne rozwiązania, dodając jednak, że nie pozwalają na to ograniczenia czasowe. Na ograniczenia te wskazał także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Uszło jednak uwadze zamawiającego i przystępującego GISPartner, że czynnik czasu pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. W przepisie tym jest bowiem mowa o monopolu o charakterze technicznym, który ma charakter obiektywny i nie może być przewyższony z powodów natury technicznej. Na możliwość istnienia różnych rozwiązań technicznych mogło wskazywać pismo formy ESRI Polska sp. z o.o. z 5 sierpnia 2016 r. (załącznik nr 12 do pisma procesowego przystępującego GIS Partner), w którym podmiot ten

oświadczał, że „...odnosząc się do posiadanego przez ESRI doświadczenia we wdrażaniu złożonych systemów informatycznych zawierających elementy systemu GIS, Esri Polska zaznacza, że najczęściej w celu zbudowania takich systemów implementujących obsługę unikalnych procesów biznesowych odbiorcy wymagane jest hybrydowe zastosowanie oprogramowania standardowego Esri Inc oraz dedykowanego oprogramowania

32

specjalistycznego firm trzecich”. Jak wynikało z powyższego, wskazywano na wielość oprogramowań osób trzecich, które mogły być zastosowane.

Zamawiający powinien dysponować dowodem odnośnie braku technicznej możliwości w sposób, aniżeli z wykonania zamówienia inny wykorzystaniem oprogramowania iMap, którego jednak nie przedstawił. Dostrzeżenia wymagało, że obaj odwołujący złożyli wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne, aniżeli wykonanie etapu 5 z użyciem oprogramowania iMap. Jednakże zamawiający, na którym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności wnioskowi takiemu oponował, domagając się jego oddalenia. Niezależnie jednak od tego, podkreślenia wymaga okoliczność, że celem postępowania odwoławczego jest zbadania zgodności z prawem czynności zamawiającego. W analizowanej sprawie celem Izby było zbadanie, czy zamawiający w dacie wszczęcia postępowania miał podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Badanie to zaś obejmowało również przeanalizowanie, czy, a jeżeli tak – to w jaki sposób zamawiający ustalił, że nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne. Powyższe ustalenie zaś powinno nastąpić zdecydowanie wcześniej niż na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, które służy jedynie zweryfikowaniu prawidłowości czynności zamawiającego. Tymczasem zamawiający, na którym spoczywał ciężar wykazania, iż na etapie wszczęcia postępowania miał podstawy do stwierdzenia, że nie istnieją rozsądne rozwiązania alternatywne, temu ciężarowi nie sprostał. Co więcej, nawet na etapie postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie wniosku, który mógłby służyć wykazaniu omawianej okoliczności. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek dowodowy.

Niezależnie jednak od powyższego, nawet gdyby uznać, że zamawiający udowodnił brak możliwości zastosowania rozwiązania alternatywnego, nieopartego o oprogramowanie iMap firmy GISPartner, to z pewnością nie zostało wykazane, iż w tej sytuacji to jedynie przystępujący GISPartner, jako jedyny na świecie, jest zdolny do wykonania zamówienia, z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym.

Izba stwierdziła, że twierdzenia zamawiającego w tym zakresie opierały się na jego subiektywnym przeświadczeniu o unikalnej wiedzy, doświadczeniu przystępującego GISPartner wyniesionym z realizacji etapów 1- 4 i potencjale osobowym tego wykonawcy. Zamawiający nie podjął żadnej próby celem ustalenia, jaki jest krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Okoliczność, że przystępujący GISPartner, który z racji uczestniczenia w okresie do stycznia 2016 r. w pracach nad systemem jako podwykonawca odwołującego Qumak, jest dobrze zorientowany w projekcie, nie oznacza jeszcze, że jest on jedynym, który może zrealizować zamówienie z przyczyn technicznych. Zamawiający nie powinien a priori zakładać, że tylko GISPartner ma potencjał, wiedzę i doświadczenie we

33

wdrażaniu systemów informatycznych zawierających elementy systemu GIS, opartych o oprogramowanie iMap. Ponadto z pewnością przeświadczenia zamawiającego nie można uznać za obiektywne. Wzięto pod uwagę, że w etapie 4 systemu ISOK wykorzystano nie tylko produkty GISPartner, ale także produkty innych producentów. Rozwiązanie dostarczone zamawiającemu oparte było nie tylko o oprogramowanie iMap, ale również o ESRI. Zatem kompetencje techniczne GISPartner nie są unikalne ani wyłączne. O tym, że rynek jest konkurencyjny może świadczyć fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na umowę ISOK 1, przeprowadzonym w trybie konkurencyjnym wzięło udział ośmiu wykonawców (załącznik nr 4 do odwołania Qumak). Natomiast decydującego znaczenia nie miał fakt, że przystępujący GISPartner zamierzał przy realizacji zamówienia korzystać ze współpracy wykonawcy Asseco, jako swojego podwykonawcy. Jak wynika z oferty podwykonawczej z 7 lipca 2016 r. (złożona przez przystępującego GISPartner w trakcie rozprawy), zakres projektowanego podwykonawstwa nie jest znaczny i ogranicza się do

udostępnienia kilku osób.

Za zasadne uznano zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, *jeżeli dostawy, usługi lub roboty techniczne mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów*. Z omówionych wcześniej względów, przepis ten należało interpretować zgodnie z celem i brzmieniem przywoływanej wcześniej dyrektywy 2014/24, zgodnie z którą ww. wyjątek ma zastosowanie dodatkowo wyłącznie w przypadku, *gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia*. Biorąc powyższe pod uwagę, zamawiający zobowiązany był udowodnić istnienie zarówno przesłanek pozytywnych wynikających wprost z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, jak i przesłanek negatywnych, będących skutkiem konieczności prounijnej wykładni tego przepisu.

W zakresie tej przesłanki pozostają aktualnie rozważania Izby co do niewykazania przez zamawiającego negatywnej przesłanki odnoszącej się do braku istnienia rozsądnego rozwiązania alternatywnego.

Jak wynikało z pkt 13.6 k umowy ISOK 1 zamawiający zapewnił sobie korzystanie z oprogramowania m.in. na polu: *tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu, tworzenie nowych wersji, opracowań i adaptacji lub jakiegokolwiek inne zmiany w Oprogramowaniu (z wyjątkiem oprogramowania osób trzecich) na potrzeby Zamawiającego lub Użytkowników Systemu, łączenie całości lub fragmentów Oprogramowania z innymi programami*. W świetle zaś pkt 13.14 f umowy ISOK 1 zamawiający zapewnił sobie nabycie autorskich praw majątkowych do elementów autorskich i modyfikacji m.in. na polu *zwielokrotnianie, zmiana,*

34

uzupełnienie, łączenie (z innymi) kodów programu komputerowego (z wyjątkiem oprogramowania osób trzecich) lub tłumaczenie ich formy, dekompilacja bez ograniczeń).

Z kolei z pkt 13.6 lit. k umowy podwykonawczej zawartej przez odwołującego Qumak z przystępującym GISPartner wynikało, że odwołujący Qumak zapewnił sobie korzystanie z oprogramowania na m.in. na polu: *tłumaczenie, przystosowywanie, zmiana układu, tworzenie nowych wersji, opracowań i adaptacji lub jakiegokolwiek inne zmiany w Oprogramowaniu (z wyjątkiem oprogramowania osób trzecich oraz oprogramowania standardowego podwykonawcy) na potrzeby Zamawiającego lub Użytkowników Systemu, łączenie całości lub fragmentów Oprogramowania z innymi programami*.

Dostrzeżenia wymagało, że oprogramowanie iMap należące go przystępującego GISPartner było w rozumieniu umowy ISOK 1 „oprogramowaniem osób trzecich”. Stronami umowy ISOK 1 byli bowiem jedynie zamawiający i odwołujący Qumak. W świetle przywołanych postanowień umowy ISOK 1 zamawiający nie nabył zatem autorskich praw majątkowych do kodu źródłowego do oprogramowania iMap, w szczególności prawa do modyfikacji kodu źródłowego tego programu. Praw tych nie nabył też odwołujący Qumak od przystępującego GISPartner. Oprogramowanie iMap było bowiem w rozumieniu umowy podwykonawczej „oprogramowaniem standardowym podwykonawcy”.

Nawet gdyby przyjąć, co nie zostało udowodnione, że istnieje konieczność użycia oprogramowania iMap w realizacji umowy, to nie zostało wykazane, że przy takim założeniu niemożliwie będzie wykonanie zamówienia bez pozyskania owych praw. Zamawiający i przystępujący GISPartner wywodzili, że wykonanie etapu 5 wymagać będzie posiadania praw do kodów źródłowych do iMap, gdyż bez znacznej dekompilacji i zmiany kodu źródłowego tego programu nie będzie można wykonać niektórych wymogów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Szeroki wywód co do wymogów, które będą musiały być poprzedzone zmianami w oprogramowaniu iMap, zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie, zaś przystępujący GISPartner w swym piśmie procesowym.

Jednakże odwołujący Qumak i Efematic zaprzeczyli temu stanowisku wskazując, że istnieją techniczne możliwości dodania nowych funkcjonalności współpracujących z iMap przez stworzenie dedykowanej aplikacji. Jeżeli zatem zamawiający i przystępujący GISPartner, na których spoczywał ciężar wykazania tej okoliczności uważali, że koniecznym będzie wykorzystanie do dalszych prac kodów źródłowych do iMap, to tę okoliczność powinni udowodnić, czego jednak nie uczynili. Powinni to uczynić w sytuacji, gdy strona przeciwna twierdzeniom tym zaprzeczała, a nawet podjęła próbę wykazania okoliczności przeciwnej składając prywatną ekspertyzę inż. Andrzeja Zalewskiego z 8 sierpnia 2016 r. (złożona przez

odwołującego Qumak w trakcie posiedzenia Izby). Z opinii tej wynikało, że *modyfikacja oprogramowania standardowego nie może być niezbędna dla realizacji systemu ISOK, podobnie jak nie może warunkować realizacji dowolnego innego przedsięwzięcia.*

35

Niezależnie jednak od tego podkreślenia wymaga okoliczność, że sytuacja w której zamawiający nie zapewnił sobie prawa do zmiany kodu źródłowego iMap na potrzeby realizacji zamówienia, wynikała wyłącznie z jego winy. To zamawiający na etapie przygotowania SIWZ w postępowaniu na wyłonienie wykonawcy umowy ISOK 1 nie zapewnił sobie praw do oprogramowania podwykonawcy, ograniczając się jedynie do pozyskania praw do oprogramowania wykonawcy. W tej sytuacji zamawiający nie może powoływać się na istnienie ewentualnego monopolu prawnoautorskiego, za którego powstanie odpowiada. Zamawiający powinien wiedzieć, że nie tylko oprogramowanie wykonawcy, ale i oprogramowanie podwykonawców może być wykorzystywane w szerokim zakresie. Wszak celem umowy ISOK 1 było stworzenie systemu dedykowanego dla zamawiającego.

Nie podzielono argumentacji odwołującego Qumak, jakoby część przedmiotu zamówienia miała wykraczać poza zakres przedmiotowy etapu 5 projektu ISOK 1.

Odnosnie elementu przedmiotu zamówienia, jakim było wprowadzanie do systemu uwag zgłoszonych w etapie 4, to konieczność objęcia tego zakresu prac przedmiotem zamówienia w postępowaniu z wolnej ręki była logiczną konsekwencją tego, iż etap 5 miał być kontynuacją etapu 4. Przedmiotem odbioru w etapie 4 był system ISOK w wersji pilotażowej. Z kolei etap 5 miał obejmować wykonanie systemu ISOK w wersji produkcyjnej. Ponadto odwołujący Qumak podpisał 8 grudnia 2015 r. list intencyjny. W pkt 43 listu odwołujący Qumak zobowiązał się do uwzględnienia wszystkich uwag zgłoszonych przez użytkowników w toku realizacji etapu 4. Identyczne oświadczenie wynikało ze zdania pierwszego listu, w którym odwołujący Qumak zobowiązywał się do uwzględnienia i zrealizowania uwag zgłoszonych i uzgodnionych z końcowymi użytkownikami. Powyższe oznaczało, że odwołujący uznawał te obowiązki za wchodzące w zakres przedmiotowy umowy ISOK 1. Nie może zatem obecnie twierdzić, że zakres ten znajdował się poza tą umową.

Odnosnie elementu w postaci utrzymania i administracji systemem, to jego połączenie z wdrożeniem systemu ISOK wynika z konieczności zapewnienia sobie przez zamawiającego działania systemu w sposób zgodny z jego przeznaczeniem. Celem zamawiającego nie jest jedynie pozyskanie systemu formalnie działającego. Należy wziąć pod uwagę, że w przypadku nowego systemu istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia „wad wieku dziecięcego”. W skrajnym przypadku brak utrzymania systemu mógłby skutkować tym, iż zamawiający odebrałby system, który w krótkim czasie mógłby przestać działać. Nie byłoby zaś podmiotu, który usunąłby wady systemu w newralgicznym momencie jego funkcjonowania.

Jeżeli chodzi zaś o rozwój i modyfikację systemu po wdrożeniu wersji produkcyjnej, to dostrzeżenia wymagało, że ten element przedmiotu zamówienia został usunięty z

36

projektowanego opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe wynikało z projektu opisu przedmiotu zamówienia, jaki zamawiający złożył w trakcie rozprawy w dniu 9 sierpnia 2016 r.

Nie podzielono argumentacji odwołującego związanej z rzekomym brakiem zdolności ekonomicznej przystępującego GISPartner, mającej uniemożliwiać mu wykonanie zamówienia. Uszło uwadze odwołującego Qumak, że zamawiający nie może naruszyć przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis przywoływany przez odwołującego Qumak ma charakter blankietowy. Upoważnia on jedynie podmioty zamawiające do wypełnienia go treścią, co następuje poprzez instytucję opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 22 ust. 3 ustawy Pzp. W analizowanej sprawie zamawiający nie opisał warunków udziału w postępowaniu, więc nie można twierdzić, że przystępujący GISPartner ich nie spełnia. Ponadto sam fakt złożenia wniosku przez odwołującego Qumak wniosku o upadłość przystępującego GISPartner nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Literalna wykładnia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że dla wykluczenia wykonawcy z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest ogłoszenie upadłości wykonawcy. Podstawy do wykluczenia z postępowania nie stanowi także istnienie w obrocie nieprawomocnych nakazów zapłaty skierowanych wobec wykonawcy. Mija się z prawdą odwołujący Qumak gdy twierdzi, że posiada wobec GISPartner prawomocne nakazy zapłaty. Z załączników nr 5 i 6 do pisma procesowego przystępującego GISPartner wynikało, że wobec nakazów zapłaty zostały wniesione właściwe środki zaskarżenia.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę stwierdzono, że zamawiający naruszył przepisy art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż wszczął postępowanie w trybie niekonkurencyjnym bez spełnienia ustawowych przesłanek. Postępowanie zamawiającego naruszało także zasadę równego traktowania wykonawców, wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający bezpodstawnie faworyzował przystępującego GISPartner.

Za chybiony uznano natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez odwołującego Qumak i odwołującego Efematic, *zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazali, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia. Zatem zarzut należało uznać za chybiony.

37

Reasumując, choć nie wszystkie zarzuty odwołań znalazły potwierdzenie, to jednak odwołania podlegały uwzględnieniu, gdyż stwierdzono takie naruszenia ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nakazała zamawiającego unieważnienie postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdyż w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie zostały wykazane przesłanki uprawniające

do o w tym trybie. zamawiającego przeprowadzenia postępowania zamówienie Unieważnienie powinno nastąpić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta polega na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu i nie może usunięta w inny sposób.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

38

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowań odwoławczych ponosił w całości zamawiający, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tych postępowań.

39

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących, każdy w wysokości 3.600 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

40