

WYROK
z dnia 26 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (lider konsorcjum), GLOBEMA Sp. z o.o.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., Zakład Główny, ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów** protestu z dnia 27 sierpnia 2008 roku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (lider konsorcjum), GLOBEMA Sp. z o.o.** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (lider konsorcjum), GLOBEMA Sp. z o.o.**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (lider konsorcjum), GLOBEMA Sp. z o.o.**, na rzecz **Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., Zakład Główny, ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (lider konsorcjum), GLOBEMA Sp. z o.o.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonanie projektu, budowę, dostawę i wdrożenie Systemu Zarządzania Infrastrukturą*”, w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2005 roku pod numerem 2005/S 215-212575 oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 listopada 2005 roku, Nr 262, pozycja 60770.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została przekazana Wykonawcom

pismem z dnia 23 czerwca 2008 roku.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2008 roku (przekazanym Wykonawcom w dniu 20 sierpnia 2008 r.) Zamawiający doręczył odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2008 roku Wykonawca Konsorcjum firm: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. i GLOBEMA Sp. z o.o. (zwane dalej Odwołujący) wniosło protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny i uniemożliwiający wykonawcom prawidłowe sporządzenie oferty;
- art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp – poprzez przyjęcie, iż Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za szkodę Wykonawcy związaną z zawinionym przez Zamawiającego uchYLENIEM się od zawarcia umowy realizacyjnej;
- art. 36 ust. 1 pkt 7 i art. 38 ust. 4 ustawy Pzp – w zakresie braku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pkt XVI.4 części głównej s.i.w.z., pomimo, że Zamawiający dokonał zmiany w zakresie wskazania (rozszerzenia) sposobu komunikowania się ze wskazanym do zadawania pytań i uzyskiwania wyjaśnień ze strony Zamawiającego (do kontaktów z Wykonawcami) Kierownikiem Biura Zamówień Zamawiającego Pana Grzegorza Padło – poprzez podanie jego numeru telefonu komórkowego;
- art. 74 ust. 4 w związku z art. 41 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych [Dz. U. Z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.] – poprzez brak opisu w zał. 1 pkt B.2.7 – B.2.9 wymagalnych przez ww. przepisy Prawa Autorskiego pól eksploatacji na jakich Wykonawca ma udzielić 15 licencji do

3

korzystania z oprogramowania wspierającego proces zarządzania, które winno być udostępnione przez Wykonawcę wybranym przedstawicielom Zamawiającego na okres realizacji przedsięwzięcia (umowy), oraz po jego zakończeniu dla celów archiwizacji oraz art. 43 ust. 1 i art. 65 – 67 Prawa Autorskiego w związku z art. 74 ust. 1 Prawa Autorskiego i art. 29 ust. 1 oraz 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez nieokreślenie wartości ww. oprogramowania i jej oceny w przedmiocie zamówienia, pomimo określenia bezwzględnego warunku jego dostarczenia i udzielenia na nie praw do „jego udostępnienia” dla 15 użytkowników i poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, albowiem Zamawiający w ogóle pominął konieczność nabycia przez Niego majątkowych praw autorskich, albo licencji do korzystania z ww. oprogramowania, nie będącego elementem Systemu;

- art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez nie dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zał. 6), pomimo wprowadzenia dodatkowego warunku (tj. zgody Zamawiającego) na zmianę minimalnych warunków PODGiK, w sytuacji braku zgody Starosty na ich przyjęcie i pozyskania przez Wykonawcę danych PODGiK w trybie udzielania informacji poprzez udostępnienie map w formie kopii lub w trybie udzielenia informacji poprzez udostępnienie danych kartograficznych w postaci cyfrowej;
- art. 5 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp – poprzez przyjęcie, iż Wykonawca już na etapie składania oferty i zawierania po jej wyborze umowy musi się nieodwołalnie zadeklarować, iż po zakończeniu Trzeciej Umowy Realizacyjnej (tj. po upływie 36 miesięcy od rozpoczęcia przedsięwzięcia) podpisze umowę o świadczenie usług serwisowych do systemu, pod rygorem naliczenia i dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania w kwocie stanowiącej do 10 % wartości wynagrodzenia za poprzednie etapy.

Na skutek powyższych czynności Zamawiającego, interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku bowiem prawidłowego działania Zamawiającego, Odwołujący miałby możliwość złożenia prawidłowej oferty w postępowaniu.

W tym jednak przypadku swoim postępowaniem Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości ewentualnego uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Wskazując powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania w całości, jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

4

W uzasadnieniu wskazał, iż:

- odnośnie zarzutu Nr 1 – Zamawiający dokonał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt IV opisu przedmiotu zamówienia, ale w załączniku Nr 5 do s.i.w.z. odnoszącym się do Koncepcji Wdrożenia Systemu u Zamawiającego, Zamawiający faktycznie – pomimo, że zastrzega, iż nie stanowi ona opisu przedmiotu zamówienia – dokonuje szczegółowego opisu wymagań dotyczących budowy i wdrożenia systemu. Deklaracje Zamawiającego zawarte w zał. 5 do s.i.w.z. stoją w sprzeczności ze sformułowaniem pkt V.5 s.i.w.z., gdyż wbrew oczywistej treści załącznika Nr 5 do s.i.w.z. – załącznik ten nie przedstawia stanu faktycznego, w którym będzie realizowane zamówienie, lecz przedstawia koncepcję (wizję) Zamawiającego odnoszącą się do budowy i wdrożenia systemu (cyt.: „*Jest to wizja zarówno docelowego rozwiązania informatycznego, jak i metody przeprowadzenia samego procesu jego budowy i wdrożenia w Spółce*”). A zatem w załączniku Nr 5 Zamawiający stawia przed Wykonawcami jednoznaczne wymagania m.in. związane również z przygotowaniem oferty. Powyższe znajduje swoje potwierdzenia w szczególności w odpowiedzi na pytania Odwołującego udzielone przez Zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2008 roku, tj. w odpowiedzi 4 w części IV Zamawiający wprowadza zmianę do zał. 5 s.i.w.z. wprost wpływającą na kalkulację ceny oferty związanej z wyceną przedmiotu zamówienia, oraz w odpowiedziach w części X (por. nr 3, 11, 23-29, 31, 32) Zamawiający wprost odsyła do załącznika Nr 5 w sposób stanowiący zaprzeczenie jego deklaracji z pkt V.5 s.i.w.z. (cyt.: „*Dodatkowe informacje dotyczące intencji i założeń Zamawiającego w rozważanej kwestii zawiera załącznik Nr 5*”). Dodatkowym potwierdzeniem powyższego zarzutu są również odpowiedzi na pytania z dnia 31 lipca 2008 roku, m.in. odpowiedź na pytanie Nr 1, część I – Zamawiający informuje, że: „*Zawarte w załączniku Nr 5 informacje nie stanowią obligatoryjnych wymagań dla Wykonawców na etapie składania oferty (...). Informacje zawarte w załączniku Nr 5 powinny zostać uwzględnione w ramach prac projektowych na etapie Projektu Technicznego*”. Tym niemniej Zamawiający żąda w Załączniku Nr 2 do s.i.w.z. wyceny tych prac już na etapie składania ofert i nie dopuszcza składania wycen i ofert cenowych na etapie Projektu Technicznego. Jednocześnie Zamawiający z powołaniem się na przepis art. 144 ustawy Pzp, na etapie Projektu Technicznego dopuszcza możliwość przyjęcia rozwiązań innych niż zaproponowane w Koncepcji (załączniku Nr 5). Co oznacza, że zmiany w stosunku do załącznika Nr 5 zaproponowane przez Wykonawcę mogą być przyjęte ale tylko wtedy, gdy zmiany te są korzystne dla Zamawiającego. Powyższe w sposób jednoznaczny (co zostało również potwierdzone w odpowiedziach Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2008 r.) przesądza, że załącznik

5

Nr 5 musi być traktowany jako opis przedmiotu zamówienia, zaś oferty Wykonawców muszą uwzględniać wymagania Zamawiającego zawarte w tym załączniku, w przeciwnym razie jeżeli Wykonawca proponuje w Projekcie Technicznym rozwiązania inne niż „*w niewiążących go*” postanowieniach koncepcji (zał. Nr 5) będzie je mógł wprowadzić do umowy i do wykonania, jedynie wtedy, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla Zamawiającego, pod rygorem nieważności wprowadzenia takich zmian, jeżeli nie spełniałyby one powyższych warunków;

- odnośnie zarzutu Nr 2 – Zamawiający przyjął, w odpowiedzi Nr 1 w części I pisma z dnia 18 sierpnia 2008 roku zmianę w § 5 pkt 16 umowy (załącznik Nr 3 do s.i.w.z.), polegająca na określeniu odpowiedzialności jedynie Wykonawcy za szkodę

- Zamawiającego związaną z zawinionym przez Wykonawcę nie podpisaniem umowy realizacyjnej lub umowy o świadczenie serwisu pogwarancyjnego. Wprawdzie Zamawiający ograniczył odszkodowanie w takim wypadku do kwoty 10% wynagrodzenia za wykonane etapy, tym nie mniej Zamawiający pominął swoją odpowiedzialność z tego tytułu, tzn. w sytuacji, gdy z jego winy nie dochodzi do zawarcia ww. umów odpowiedzialność Zamawiającego z tego tytułu jest jedynie iluzoryczna, z uwagi m.in. na postanowienie § 5 ust. 7 umowy. Ponadto, Zamawiający w odpowiedzi Nr 7 w części XI pisma z dnia 18 sierpnia 2008 roku dokonał zmiany w § 9 umowy (zał. Nr 3 do s.i.w.z.) i ustalił, iż wykonawca jest zobowiązany do przyjęcia na siebie obowiązku świadczenia usług serwisowych przez 3 lata po zakończeniu Trzeciej Umowy realizacyjnej na warunkach ustalonych już obecnie w Ofercie i Umowie (par. 9 ust. 10 zał. Nr 3 do s.i.w.z.), pod rygorem naliczenia i dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania określonego w § 5 ust. 16. Zmianą tą Zamawiający nałożył na Wykonawcę sankcję w postaci możliwości dochodzenia od niego odszkodowania do kwoty 10% wynagrodzenia za wykonane etapy. Zamawiający nie przewiduje jakiegokolwiek możliwości dochodzenia takiego odszkodowania lub kary umownej od siebie przez Wykonawcę, w przypadku odmowy przez niego zawarcia umowy o świadczenie usług serwisowych przez 3 lata po zakończeniu Trzeciej Umowy realizacyjnej na warunkach ustalonych już obecnie w Ofercie i Umowie. Powyższe, zdaniem Odwołującego stanowi przejaw rażącego naruszenia równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz stanowi znaczne przekroczenie zasady swobody umów;
- odnośnie zarzutu Nr 3 – Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Nr 7 w części IV i odpowiedzi Nr 5 w części VI pisma z dnia 18 sierpnia 2008 roku wskazał, że Oprogramowanie wspierające proces zarządzania: (a) nie stanowi elementu Systemu, (b) zostanie udostępnione wybranym przedstawicielom Zamawiającego na okres

- realizacji przedsięwzięcia, a po zakończeniu prac zostanie przekazane Zamawiającemu dla celów archiwizacji. Zamawiający przewidział, że z powyższego oprogramowania będzie korzystało 15 użytkowników. Ponadto, w § 8 umowy i załączniku Nr 3 do umowy ramowej Zamawiający określił warunki udzielenia mu licencji na oprogramowanie składające się na System. Brak jest natomiast określenia warunków udzielenia takiej licencji na Oprogramowanie wspierające proces zarządzania, które winien dostarczyć Wykonawca. Brak jest również możliwości jego wyceny i przedstawienia jej jako elementu oferty, gdyż Zamawiający nie przewidział tego elementu w Załączniku Nr 2 do s.i.w.z. Powyższe stanowi naruszenie przepisów Prawa Autorskiego zgodnie, z którym konieczne jest i niezbędne określenie tzw. pól eksploatacji dla skutecznego udzielenia prawa do korzystania z oprogramowania (licencji), na jakich Wykonawca ma udzielić 15 licencji Zamawiającemu do korzystania z Oprogramowania, a które powinno być udostępnione przez Wykonawcę wybranym przedstawicielom Zamawiającego, a ponadto nieokreślenie wartości ww. oprogramowania i jej oceny w przedmiocie zamówienia, pomimo określenia bezwzględnego warunku jego dostarczenia i udzielenia na nie praw do „jego udostępniania” dla 15 użytkowników stanowi naruszenie art. 43 ust. 1 i art. 65 – 67 Prawa Autorskiego w związku z art. 74 ust. 1 Prawa Autorskiego i art. 29 ust. 1 oraz 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyboru przez Zamawiającego praw do korzystania (licencji) z ww. oprogramowania nie można, zdaniem Odwołującego domniemywać, m.in. ze względu na konsekwencje wynikające z art. 142 ust. 1 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 65 – 67 w związku z art. 74 ust. 1 i 4 oraz art. 43 ust. 1 i art. 44 ust. 1 i 4 Prawa autorskiego. Bez kwestii określenia ww. pól eksploatacji w s.i.w.z. nie jest możliwa prawidłowa realizacja zamówienia, tym bardziej, że dostawa ww. oprogramowania jest warunkiem koniecznym do spełnienia przez wykonawcę wg. s.i.w.z.;
- odnośnie zarzutu Nr 4 – Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Nr 14 w części I pisma z dnia 18 sierpnia 2008 roku wskazał numer telefonu komórkowego swojego przedstawiciela uprawnionego do kontaktu z Wykonawcami, tj. Grzegorza P. (Kierownika Biura Zamówień), bez dokonania odpowiedniej zmiany w pkt XVI.4 s.i.w.z., polegającej na rozszerzeniu możliwości kontaktowania się z tym przedstawicielem. Ponadto w odpowiedzi Nr 1 na pytania w części III pisma z dnia 18 sierpnia 2008 roku

Zamawiający bez stosownej zmiany zał. Nr 6 do s.i.w.z. (Minimalne warunki umowy z PODGiK) wprowadził dodatkowy warunek w postaci zgody Zamawiającego na zmianę minimalnych warunków PODGiK, w sytuacji braku zgody Starosty na ich przyjęcie i pozyskania przez Wykonawcę danych PODGiK w trybie udzielania informacji poprzez udostępnienie map w formie kopii lub w trybie udzielenia informacji poprzez

7

udostępnienie danych kartograficznych w postaci cyfrowej. Powyższe działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z postanowieniami ww. przepisów ustawy, zgodnie z którymi takie zmiany winny być odzwierciedlone poprzez stosowne zmiany (modyfikację) warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie w formie „jedynie” odpowiedzi na pytania.

Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2008 roku (przesłanym Wykonawcom w tym samym dniu) wezwał Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, pismem z dnia 28 sierpnia 2008 roku przystąpiło Konsorcjum firm: ComArch S.A i Megabit Sp. z o.o. oraz pismem z dnia 29 sierpnia 2008 roku Konsorcjum firm: Sygnity S.A., MGGP S.A. i Intergraph Polska Sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 1 września 2008 roku:

- 1) odrzucił protest w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do załącznika Nr 5 i jego charakteru, naruszenia przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego w zakresie określenia zasad odpowiedzialności stron umowy oraz obowiązku świadczenia usług serwisowych przez 3 lata po zakończeniu Trzeciej Umowy realizacyjnej z uwagi na wniesienie tych zarzutów po terminie ustawowym przewidzianym w ustawie Pzp w art. 180 ust. 2;
- 2) zaś w pozostałej części protest oddalił jako niezasadny i niezasługujący na uwzględnienie.

Uzasadniając oddalenie protestu w zakresie zarzutu dotyczącego wskazania nowego sposobu (rozszerzenia) komunikowania się z osobą po stronie Zamawiającego, Zamawiający wskazał, że art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje wskazanie w s.i.w.z. informacji o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. Zamawiający spełnił warunki określone w tymże przepisie. Natomiast informacja zawarta w odpowiedzi Nr 14 w części I z dnia 18 sierpnia 2008 roku nie stanowiła zmiany s.i.w.z., a była to tylko i wyłącznie informacja dodatkowa o charakterze tymczasowym.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie dokonania zmiany s.i.w.z. pomimo wprowadzenia nowego warunku (tj. zgody Zamawiającego) Zamawiający wskazał, że nie dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie wyjaśnił wątpliwości Odwołującego dotyczące rozumienia zapisu postanowienia s.i.w.z. w załączniku Nr 6 do

8

s.i.w.z. i w § 6 załącznika Nr 3 do s.i.w.z. Zapisy s.i.w.z., w tym zakresie nie uległy zmianie, gdyż nie został określony dodatkowy warunek. Wątpliwość Odwołującego dotyczy sytuacji, dla której mają zastosowanie zapisy § 6 ust. 4 załącznika Nr 3.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 5 września 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, żądając uwzględnienia odwołania, unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na oddaleniu protestu i zaniechania unieważnienia postępowania w całości oraz zasądzenia od Zamawiającego poniesionych przez Odwołującego się kosztów postępowania.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przetargowej, po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie rozpoznawać zarzutów dotyczących naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny i uniemożliwiający wykonawcom prawidłowe sporządzenie oferty;
- 2) art. 5 Kodeksu cywilnego, art. 353 i Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp – poprzez przyjęcie, iż Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za szkodę Wykonawcy związaną z zawinionym przez Zamawiającego uchyleniem się od zawarcia umowy realizacyjnej;
- 3) art. 74 ust. 4 w związku z art. 41 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych [Dz. U. Z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.] – poprzez brak opisu w zał. 1 pkt B.2.7 – B.2.9 wymagalnych przez ww. przepisy Prawa Autorskiego pól eksploatacji na jakich Wykonawca ma udzielić 15 licencji do korzystania z oprogramowania wspierającego proces zarządzania, które winno być udostępnione przez Wykonawcę wybranym przedstawicielom Zamawiającego na okres realizacji przedsięwzięcia (umowy), oraz po jego zakończeniu dla celów archiwizacji oraz art. 43 ust. 1 i art. 65 – 67 Prawa Autorskiego w związku z art. 74 ust. 1 Prawa Autorskiego i art. 29 ust. 1 oraz 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez nieokreślenie wartości ww. oprogramowania i jej oceny w przedmiocie

9

zamówienia, pomimo określenia bezwzględnego warunku jego dostarczenia i udzielenia na nie praw do „jego udostępnienia” dla 15 użytkowników i poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, albowiem Zamawiający w ogóle pominął konieczność nabycia przez Niego majątkowych praw autorskich, albo licencji do korzystania z ww. oprogramowania, nie będącego elementem Systemu;

- 4) art. 5 i art. 353 i Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp – poprzez przyjęcie, iż Wykonawca już na etapie składania oferty i zawierania po jej wyborze umowy musi się nieodwołalnie zadeklarować, iż po zakończeniu Trzeciej Umowy Realizacyjnej (tj. po upływie 36 miesięcy od rozpoczęcia przedsięwzięcia) podpisze umowę o świadczenie usług serwisowych do systemu, pod rygorem naliczenia i dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania w kwocie stanowiącej do 10 % wartości wynagrodzenia za poprzednie etapy.

z uwagi na fakt, iż zarzuty te zostały podniesione na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została przekazana Odwołującemu w dniu 25 czerwca 2008 roku (pismem z dnia 23 czerwca 2008 roku). Treść wyjaśnień – odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 18 sierpnia 2008 roku (przesłane Odwołującemu w dniu 20 sierpnia 2008 roku) nie spowodowała zmiany pierwotnego brzmienia s.i.w.z. Powoływanie się przez Odwołującego na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 lipca 2007 roku sygn. akt. UZP/ZO-0842/07 właściwym byłoby w przypadku, gdyby Odwołujący powziął uzasadnione wątpliwości, co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwracając się z prośbą do Zamawiającego o ich wyjaśnienie. W przypadku, gdy Odwołujący od momentu powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu, czyli od momentu otrzymania specyfikacji istotnych warunków zamówienia zadawał pytania na te elementy s.i.w.z., które w jego mniemaniu stanowiły o błędnym, niezgodnym z prawem bądź niezgodnym z jego interesem, prowadzić musi do konkluzji, iż protest złożony w przedmiotowym postępowaniu dotyczący ww. zarzutów musi zostać odrzucony z uwagi na fakt, iż zarzuty w nim zgłoszone, zgłoszone zostały po terminie na jego wniesienie. Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.] „Protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, z zastrzeżeniem ust. 3. [...]”. Tym samym Odwołujący nie dochował terminu na skuteczne wniesienie protestu w zakresie jw., co zdaniem Izby, stanowi przesłankę do rozpoznawania

tych zarzutów. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, decyzja Zamawiającego w tym zakresie była słuszna i prawidłowa.

10

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, tj. naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez nie dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zał. 6), pomimo wprowadzenia dodatkowego warunku (tj. zgody Zamawiającego) na zmianę minimalnych warunków PODGiK, w sytuacji braku zgody Starosty na ich przyjęcie i pozyskania przez Wykonawcę danych PODGiK w trybie udzielania informacji poprzez udostępnienie map w formie kopii lub w trybie udzielenia informacji poprzez udostępnienie danych kartograficznych w postaci cyfrowej;
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 7 i art. 38 ust. 4 ustawy Pzp – w zakresie braku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pkt XVI.4 części głównej s.i.w.z., pomimo, że Zamawiający dokonał zmiany w zakresie wskazania (rozszerzenia) sposobu komunikowania się ze wskazanym do zadawania pytań i uzyskiwania wyjaśnień ze strony Zamawiającego (do kontaktów z Wykonawcami) Kierownika Biura Zamówień Zamawiającego Pana Grzegorza P. – poprzez podanie jego numeru telefonu komórkowego,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty te są bezzasadne.

Odnosząc się szczegółowo, do zarzutu Nr 1 Izba stwierdziła, że Zamawiający odpowiadając na pytanie Nr 14 w części I pisma z dnia 18 sierpnia 2008 roku: *„Informujemy, iż Pan Grzegorz P. jest dostępny pod numerem telefonu 0 600 xxx xxx”* nie dokonał odpowiedniej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt XVI.4, gdyż modyfikacja taka nie była konieczna. Zamawiający w odpowiedzi na ww. pytanie nie zmienił treści s.i.w.z., a jedynie wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców, mimo, że Pan Grzegorz P. przebywał w tym czasie na urlopie, podał Wykonawcom dodatkowy numer telefonu (komórkowego), pod którym dostępny był Pan G. P. w celu usprawnienia i zapewnienia ciągłości w kontaktach z Wykonawcami. Wywodzenie przez Odwołującego z faktu powyższego okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania wydaje się być żądaniem ponad miarę, tym bardziej, że z faktu tego nie wynikają żadne negatywne skutki prawne np. uniemożliwiające złożenie oferty, czy też ograniczające równy dostęp do zamówienia uczestnikom postępowania.

Odnosnie zarzutu Nr 2 Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Zamawiającego w zakresie stwierdzenia faktu, iż wszystkie warianty zachowania dotyczące uzyskiwania map kartograficznych od Starosty zostały szczegółowo wymienione w załączniku Nr 1 do s.i.w.z. w dziale F pkt 2.1 *„Pozyskiwanie map, danych kartograficznych oraz danych KSIT odbywać się będzie w następujący sposób”*. Zarzut Odwołującego, iż Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie dodatkowego warunku, tj. *„zgody Zamawiającego”* pozostaje w sprzeczności ze stanem faktycznym sprawy. Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2008 roku,

11

odpowiadając na pytanie Nr 1 w części III odpowiedział, cyt.: *„Tak, za uprzednią zgodą Zamawiającego”*. Odpowiedź Zamawiającego nie zmieniła treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, potwierdziła jedynie wymóg konieczności posiadania zgody Zamawiającego w przypadku, gdy Starosta nie zaakceptuje *„minimalnych warunków umów”*. Wykonawca zmuszony będzie do odstąpienia od zawarcia umowy ze Starostą i ma uzyskać dane z PODGiK w trybie *„udzielania informacji poprzez udostępnienie map w formie kopii”* – tabela III, lub w trybie *„udzielania informacji poprzez udostępnianie danych kartograficznych w postaci cyfrowej”* – tabela IV załącznika 4 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 19 lutego 2004 roku w sprawie wysokości opłat za czynności geodezyjne. Potwierdzenie powyższego stanu faktycznego znajduje swoje odzwierciedlenie w załączniku Nr 1 do s.i.w.z. w dziale F pkt 2.1 ppk 2, w którym Zamawiający stawia warunek: *„Gdy mapy będą w postaci wektorowej, ale nie będą danymi KSIT (zakup bez prawa do aktualizacji) Zamawiający oceni i zadecyduje, która metodę działania wybiera ...”*. Tak, więc jest to wprost wykazany wymóg uzyskania zgody od Zamawiającego na wykonanie czynności, o których wyjaśnienie zwracał

się Odwołujący w pytaniach do Zamawiającego, i które to odpowiedzi uzyskał w dniu 20 sierpnia 2008 roku.

W tym stanie faktycznym i prawnym nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3, art. 38 ust. 4 oraz art. 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła również podstaw do zastosowania w przedmiotowej sprawie przepisu art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

12

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

13