

Sygn. akt: KIO/339/11

**WYROK**  
**z dnia 3 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2011 r. przez **Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., ul. Dworcowa 56, 44-100 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Instytut Górnictwa, Plac Gwarków 1, 40-166 Katowice**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., ul. Dworcowa 56, 44-100 Gliwice, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., ul. Dworcowa 56, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., ul. Dworcowa 56, 44-100 Gliwice na rzecz Głównego Instytutu Górnictwa, Plac Gwarków 1, 40-166 Katowice, która to kwota stanowi koszty wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Główny Instytut Górnictwa w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Kontrakt nr 3 - Budowa systemu informatycznego OPI TPP” w ramach Projektu Ogólnodostępna Platforma Informacji „Tereny przemysłowe i zdegradowane” jako integralna część Regionalnego Systemu Informacji Przestrzennej (RSIP). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 9 lutego 2011 r., pod nr: 2011/S 27-044268.

W postępowaniu tym wykonawca Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 18 lutego 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Kopia odwołania w dniu 18 lutego 2011 r. została przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych przez obrazę przepisów: art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o modyfikację zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu na nienaruszające obowiązującego stanu prawnego, w tym zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców oraz uzasadnionego interesu prawnego odwołującego, w sposób zgodny z przedstawionym w uzasadnieniu odwołania. Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia powyższego żądania, Odwołujący wniósł także o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu swoich zarzutów i żądań Odwołujący wskazał na opis przedmiotu zamówienia, opis całego projektu oraz opis wymaganych funkcjonalności systemu, a także opis zadań wykonawcy, które zostały zawarte w SIWZ i jej załącznikach. Odwołujący wskazał też na opis warunków udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się dużym doświadczeniem (rozdział I punkt V SIWZ: dwie prace polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu GIS/SIP/SIT z wykorzystaniem serwera danych przestrzennych o wartości każdej min. 700 000,00 zł brutto, dwie prace polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu dostępnych publicznie geoportali wykorzystujących do publikacji danych serwer danych przestrzennych i system klasy CMS (ang. Content Management System) oraz posiadających zaimplementowaną usługę WMS (ang. Web Map Service) w zakresie polegającym na udostępnianiu obrazów map dla zewnętrznych aplikacji/serwisów internetowych, a także jedną pracę polegającą na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu metadanych zawierającego: edytor metadanych zgodny ze standardami geoinformacyjnymi oraz katalog metadanych lub zdalne repozytorium metadanych z interfejsem WWW do podglądu i prostego przeszukiwania zdalnego repozytorium metadanych, umożliwiające przeglądanie zbiorów danych przestrzennych opisanych przez dokumenty metadanych o zaprojektowanej uprzednio strukturze). W ramach wymaganego warunku doświadczenia co najmniej cztery ze wskazanych usług (choć według dalej wskazanego opisu w SIWZ także piąta) winne w jakiś sposób korzystać z serwera danych przestrzennych, a Zamawiający uzna, że powyższe warunki są spełnione, gdy wykonawca udokumentuje wdrożenie systemów na zaproponowanym do realizacji serwerze danych przestrzennych, który zostanie opisany przez wykonawcę (rozdział I punkt VI podpunkt 3.2, 3.3, 3.4 SIWZ) w ofercie.

Jednocześnie też Odwołujący wskazał na załącznik nr 7 do oferty (załącznik do SIWZ), który zawiera „oświadczenie w zakresie danych dotyczących oferowanego oprogramowania”. W jego treści wykonawca winien wskazać, że w ramach zamówienia dostarczy gotowe oprogramowanie: serwer danych przestrzennych, aplikację obsługi metadanych, aplikację prezentacji metadanych, aplikację administracji systemem i użytkownikami oraz oprogramowanie dodatkowe konieczne do realizacji zadania. Tym samym wedle odwołującego Zamawiający wymaga, aby serwer danych przestrzennych pochodził od wykonawcy, który narzędzie sprawdził w należyty sposób poprzez wykorzystanie go we wcześniejszych wdrożeniach, że dostarczy program gotowy, jedynie skonfigurowany dla potrzeb tego zamówienia. Warunek udziału – zdaniem Odwołującego - dotyczy także innego oprogramowania wskazanego w załączniku nr 7.

Odwołujący przywołał także postanowienia § 10 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), gdzie Zamawiający opisuje zasady dotyczące prawa własności intelektualnej. Zapis ten zawiera między innymi oświadczenie wykonawcy: że przysługujące mu autorskie prawa majątkowe do przedmiotu umowy nie są w żaden sposób ograniczone lub obciążone prawami osób trzecich oraz, że Dzieło to (rozumiane przez Odwołującego przedmiot umowy, w tym wszystkie jego części) nie narusza praw osób trzecich, że nie udzielił żadnej osobie licencji uprawniającej do korzystania z Dzieła, że posiada wyłączne prawo do udzielania zezwoleń na rozporządzanie i korzystanie z opracowań Dzieła, że prawa i zezwolenia, o których mowa wyżej, obejmują całość praw i zezwoleń, niezbędnych do eksploatacji Dzieła w zakresie określonym w niniejszej umowie. Dalej wykonawca w świetle wskazanych postanowień wzoru umowy zobowiązuje się do przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Dzieła, na wszystkich polach eksploatacji, a w szczególności: w zakresie utrwalania i zwielokrotniania Dzieła - wytwarzanie jakiegokolwiek techniką ich egzemplarzy, w tym techniką zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową, w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których Dzieło utrwalono w tym przekazanie na rzecz Marszałka Województwa Śląskiego, w zakresie rozpowszechniania Dzieła w sposób inny niż określony powyżej, a także publicznego udostępniania Dzieła w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym. Powyższe postanowienia zdaniem odwołującego wskazują na to, że Zamawiający chce nabyć system dedykowany i unikatowy (system jako całość i każdy z elementów osobno), do którego po jego stworzeniu będzie posiadał pełne i wyłączne prawa. Nie uwzględnia możliwości komponowania systemu z gotowych elementów, a co za tym idzie nie różnicuje nabywanych praw w zależności od rodzaju elementu (gotowy, wykonany indywidualnie i jednostkowo dla tego zamówienia). Dwóch elementów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, tj. warunku udziału w postępowaniu i postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Odwołującego, nie da się połączyć w jednym zamówieniu bez obrazy dla prawa. Zamawiający – w ocenie Odwołującego - uniemożliwia złożenie prawdziwych oświadczeń woli wykonawcom, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a tym samym wzięcia w nim udziału. Przekazanie tak szerokich praw, według Odwołującego, jest też niemożliwe ze względu na rodzaj oprogramowania, sposób i okres jego powstawania oraz konieczność dalszych prac rozwojowych (ze względu na wcześniejszych klientów), a także ze względu na uwarunkowania dotyczące ochrony własności intelektualnej.

Odwołujący wskazał też oprogramowanie tzw. otwarte (ang. open source software), gdzie sposób tworzenia i dystrybucji tego oprogramowania oparty na udostępnianiu go wraz z kodem źródłowym. Produkty Open Source nie podlegają patentom i nie są chronione odpłatnymi licencjami producentów, co uniemożliwia przekazanie Zamawiającemu praw wyłącznych, pełni praw, czy praw niczym nieograniczonych co do tego oprogramowania.

Programy i systemy dostępne w wersjach konfigurowalnych na rynku nie są oferowane w zakresie praw opisanych przez Zamawiającego i takie sformułowanie w zakresie przekazania praw wyłącza ich producentów i dostawców z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które w ocenie Odwołującego ograniczają konkurencję przy ubieganiu się o zamówienie w tym również samemu Odwołującemu wskazuje w sposób pośredni na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba biorąc pod uwagę przede wszystkim dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego ustaliła, że w rozdziale I punkt V SIWZ Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wskazał tam, że oczekuje co najmniej:

- dwóch prac polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu GIS/SIP/SIT z wykorzystaniem serwera danych przestrzennych o wartości każdej min. 700 000,00 zł brutto,

- dwóch prac polegających na zaprojektowaniu i wdrożeniu dostępnych publicznie geoportali wykorzystujących do publikacji danych serwer danych przestrzennych i system klasy CMS (ang. Content Management System) oraz posiadających zaimplementowaną usługę WMS (ang. Web Map Service) w zakresie polegającym na udostępnianiu obrazów map dla zewnętrznych aplikacji/serwisów internetowych,
- jedną pracę, polegającą na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu metadanych zawierającego: edytor metadanych zgodny ze standardami geoinformacyjnymi oraz katalog metadanych lub zdalne repozytorium metadanych z interfejsem WWW do podglądu i prostego przeszukiwania zdalnego repozytorium metadanych, umożliwiające przeglądanie zbiorów danych przestrzennych opisanych przez dokumenty metadanych o zaprojektowanej uprzednio strukturze).

W rozdziale VI pkt 3 ppkt 3.2, 3.3, 3.4 SIWZ Zamawiający wprowadził zastrzeżenie, że wskazane warunki zostaną spełnione, jeśli wykonawca udokumentuje wdrożenie systemów na zaproponowanym do realizacji zamówienia serwerze danych przestrzennych.

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ, w § 10 Zamawiający wprowadził treść oświadczeń wykonawców odnoszących się do praw autorskich. Oświadczenia w swej treści wskazywały na to, że m.in. przysługujące wykonawcy majątkowe prawa autorskie do przedmiotu umowy zwanego „Dziełem” nie są w żaden sposób ograniczone lub obciążone prawami osób trzecich, a Dzieło nie narusza praw osób trzecich, wykonawca nie udzielił żadnej osobie licencji uprawniającej do korzystania z Dzieła i posiada wyłączone prawo do udzielenia zezwoleń na rozporządzenie i korzystanie z opracowań Dzieła. Na podstawie wskazanych oświadczeń wykonawca miał przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Dzieła na wszystkich polach eksploatacji. Z datą przejścia na Zamawiającego praw autorskich wykonawca nie może udostępnić zrealizowanego przedmiotu umowy oraz dokumentacji technicznej innemu podmiotowi bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego pod rygorem nieważności.

W rozdziale II części III SIWZ pkt 2.4 (str. 43) Zamawiający opisał zasady dostarczenia wymaganych licencji na oprogramowanie, wskazując m.in., że wykonawca dostarczy niezbędne licencje na oprogramowanie, którego nie będzie twórcą, autorem lub właścicielem praw majątkowych lub autorskich, niezbędne dla funkcjonowania zamawianego systemu w pełnym zakresie.

Zamawiający określił też w załączniku nr 7 do SIWZ, opisanym jako załącznik do oferty, wzór oświadczenia w zakresie danych dotyczących oferowanego oprogramowania, wskazując, że wykonawca w ramach zamówienia dostarczy określone gotowe oprogramowanie, które należało wymienić we wskazanym załączniku.

W załączniku nr 8 do SIWZ, opisanym jako załącznik do oferty, Zamawiający określił wykaz kluczowych funkcjonalności podstawowych, posiadanych przez system w dniu złożenia oferty.

Odwołujący wskazując na przywołane postanowienia SIWZ podnosił, że opis warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia łącznie z wymogiem wykazania się pracami dotyczącymi wdrożonych systemów na serwerze danych przestrzennych, który zostanie zaproponowany do realizacji przedmiotowego zamówienia z jednoczesnym opisem przedmiotu zamówienia wskazującym na konieczność przekazania Zamawiającemu wszystkich praw autorskich, narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp (art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1).

Izba, rozpoznając przedmiotowe odwołanie nie stwierdziła wskazanego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Można by się oczywiście zastanawiać nad połączeniem w zapisach SIWZ wymogów co do warunków podmiotowych wymaganych od wykonawców w zakresie wiedzy i doświadczenia z wymogiem przedmiotowym – co do treści oferty, tj. aby zaoferowano wdrożony system w oparciu o serwer danych przestrzennych, którym to wdrożeniem jednocześnie wykonawca będzie wykazywał się w zakresie spełniania warunków podmiotowych. Jako takiej okoliczności, która naruszałaby jakieś prawa, czy interesy Odwołującego, wykonawca ten w odwołaniu jednak nie wskazywał. Nawet gdyby jednak przyjąć, że ta okoliczność jest również kwestionowana, to trudno odmówić Zamawiającemu prawa do żądania w ramach realizacji zamówienia dostarczenia systemu informatycznego, który opierałby się o wdrożone już działanie. Tak więc zapis dotyczący konieczności zaferowania systemu w oparciu o wdrożony serwer danych przestrzennych mógł być się znaleźć w zapisach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Techniczne umieszczenie go w postanowieniach dotyczących warunków podmiotowych nie wskazuje na naruszenie interesu wykonawcy. Powyższe nie może także wskazywać na naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do samego przedmiotu zarzutów Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ prowadziłyby jednocześnie do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał na naruszenie przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, tj. przede wszystkim na naruszenie art. 29 ustawy Pzp, dlatego Izba związana granicami zarzutów, tą kwestia nie może się zajmować.

Co do wykazywanego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wskazane zapisy SIWZ, Izba również w tym zakresie nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Odwołujący formułując zarzuty odwołania oraz jego



uzasadnienie faktyczne i prawne w sposób niejasny i mało spójny wskazywał na wątpliwości co do interpretacji określonych zapisów SIWZ, powołując się jednocześnie na taką ich wykładnię, której jednakowoż nie można wywieść z postanowień SIWZ. Jeśli chodzi o postanowienia wzoru umowy dotyczące praw autorskich, niewątpliwym było dla Izby, że wymagane na etapie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego od wykonawcy wybranego w postępowaniu oświadczenia, które określone są w § 10 wzoru umowy, odnoszą się do przedmiotu umowy – Dzieła, czyli oprogramowania systemu informatycznego, który powstanie w wyniku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie zatem chodzi o przekazanie praw autorskich do efektu prac, które zostaną wykonane w wyniku realizacji umowy. Nie chodzi w tym przypadku natomiast o przekazanie praw autorskich do gotowego oprogramowania, z którego wykonawca będzie dodatkowo korzystać przy opracowaniu zamawianego systemu. W tym zakresie Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie zabronił także wykonawcom korzystania z oprogramowania gotowego w postaci tzw. open source software. Na takie postanowienia SIWZ Odwołujący także nie wskazał. Jeśli więc Zamawiający nie zabronił korzystania przez wykonawców z open source software, nie można tego interpretować w inny sposób jak poprzez przyjęcie, że powyższe jest dozwolone w tym postępowaniu. Zamawiający pozostawił wykonawcom pewną dowolność zastosowania określonego oprogramowania dodatkowego (gotowego), wskazując jedynie na konieczność wymienienia tego oprogramowania w załączniku nr 7 do oferty. Zamawiającego zatem interesuje efekt, tj., aby zamawiany system był tworzony przy użyciu wdrożonego rozwiązania serwera danych przestrzennych i spełniał określone przez Zamawiającego funkcjonalności. Wykonawcy w tym celu mogą zastosować określone gotowe oprogramowania, a istotnym dla Zamawiającego w tym zakresie jest konieczność dostarczenia licencji na to oprogramowanie (zgodnie z pkt 2.4 rozdziału II części III SIWZ), a nie przekazywanie do niego praw autorskich.

Okoliczność, iż Zamawiający oczekuje w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zakupu określonego oprogramowania z przekazaniem majątkowych praw autorskich do tego oprogramowania, nie może stanowić o jakimś nieprawidłowym działaniu Zamawiającego z punktu widzenia oceny legalności takiego działania. Zamawiający ma bowiem prawo do zakupu określonych rzeczy, dóbr i praw, zgodnie z oceną swoich potrzeb, a wykonawca z drugiej strony ma prawo skalkulować swoją cenę ofertową za wymagany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Nie można natomiast wyłącznie w tym zakresie czynić zarzutów Zamawiającemu.

Zwrócić także należy uwagę, że formułując treść odwołania Odwołujący nie skonkretyzował swoich żądań. Określenie, iż domaga się on od Zamawiającego takiej modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, która w sposób nienaruszający

obowiązującego stanu prawnego w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz uzasadnionego interesu Odwołującego, przy nieprecyzyjnych zarzutach odwołania dotyczących tak szczegółowych i istotnych postanowień SIWZ, Izba uznała za niewystarczające. Dopiero w toku rozprawy, na skutek wskazania samej Izby, Odwołujący został zobowiązany do skonkretyzowania swoich żądań. Wskazane przez niego dopiero w toku rozprawy alternatywne żądania nie wyjaśniły jednak do końca oczekiwań Odwołującego, tym samym także nie mogły wpłynąć na uznanie zasadności zarzutów odwołana.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba też, działając w oparciu o przepisy 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądziła także - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunków - uzasadnione koszty Zamawiającego, wynagrodzenie pełnomocnika.

**Przewodniczący:**

.....