

Sygn. akt KIO 1410/11

**POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2011 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 roku przez wykonawcę – Instytut Monitorowania Mediów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Instytut Monitorowania Mediów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy), uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „całodobowy, elektroniczny monitoring mediów dla Biura Prasowego Kancelarii Prezydenta RP”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 27 czerwca 2011 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 173500; tego samego dnia zamieszczono na stronie Zamawiającego specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r., zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i ust. 2, art. 29 ust. 2, art. 91 ust. 2 i ust. 3 Ustawy, w tym:

1. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia (m.in. pkt. 5.3. SIWZ) w przeważający sposób preferujący spółkę Newton Media sp. z o.o. oraz Wydawnictwo „JaR” -eprasa.com Sp. z o.o. w Warszawie (Spółka e-prasa), które zawarły umowy ze Stowarzyszeniem Wydawców Repropol (SW Repropol) oraz spółką Repropol sp. z o.o. oraz wydawcami, z pokrzywdzeniem podmiotów działających w oparciu o licencję ustawową na podstawie art. 30 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych i odprowadzających wymagane przepisami wynagrodzenie do odpowiedniej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i pokrewnymi („OZZ”) tj. Stowarzyszenia Zbiorowego Zarządzania Prawami Autorskimi Twórców Dzieł Naukowych i Technicznych KOPIPOL z siedzibą w Kielcach (KOPIPOL), co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy,

związane z tym naruszenie:

2. art. 29 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 Ustawy w związku z wymogiem SIWZ dostarczenia Zamawiającemu przez podmioty uczestniczące w przetargu tytułów prasowych wymienionych w części A opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ, stanowiących ilość tytułów objętych monitoringiem, co do których Wykonawca musi posiadać umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowy licencyjne potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tych publikacji materiałów prasowych mających cechy utworów (powyższy wymóg zawarty w pkt. 5.2. ppkt. 4. oraz pkt. 5.3.ppkt. 1. SIWZ z 27 czerwca 2011 roku);

3. dyspozycji § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być

składane w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy w zakresie niezgodności SIWZ z dyspozycją powołanego w niniejszym punkcie § 1 Rozporządzenia;

4. polegające na opisanu przedmiotu zamówienia, w szczególności w pkt. 5.2. ppkt. 11 SIWZ (§ 4 ust. 3 lit. c), d) e) i h) Umowy - Załącznik 7) oraz pkt. 5.3. ppkt. 1 lit. c) SIWZ w zw. z § 3 ppkt. 4 Umowy - Załącznik nr 7), w § 4 ust. 4 Umowy - Załącznik 7 do SIWZ w sposób niedokładny i niejednoznaczny, wywołujący rozbieżności interpretacyjne, co w świetle art. 29 ust. 1 i 2 ustawy stanowi istotne naruszenie przepisów Ustawy.

5. art. 91 ust. 2 i ust. 3 ustawy - w szczególności, poprzez przyznanie dodatkowych punktów za każdy dodatkowy tytuł wymieniony w części B załącznika nr 2 do SIWZ, do którego Wykonawca posiada umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowę licencyjną potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tej publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu, jako naruszające zasadę równości oraz uczciwej konkurencji, a także sprzeczne z powołanym wyżej przepisem.

W oparciu o powyższe warunki Odwołujący wniósł o:

- zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści SIWZ przez ograniczenie punktu 5.3 SIWZ (oraz odpowiednio pozostałych punktów SIWZ w wyniku takiego ograniczenia) do listy przeszukiwanych mediów i wykreślenie obowiązku dostarczenia wraz z ofertą kopii umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu, zmianę kryteriów oceny przez zastosowanie kryterium ceny w 100% oraz zmianę zapisów umownych przez wykreślenie w § 4 ust. 3 litery d), e) oraz h),

- zobowiązanie Zamawiającego dokonania pozostałych modyfikacji odpowiednich postanowień SIWZ zgodnie z obowiązującymi przepisami przy uwzględnieniu wskazanych w niniejszym odwołaniu zarzutów, poprzez usunięcie nieprawidłowości i zastąpienie ich odpowiednimi zapisami niezawierającymi naruszeń, o których mowa w petitum;

ewentualnie

w przypadku dokonania oceny ofert i wyboru oferty, według zakwestionowanych zapisów SIWZ Odwołujący – o ich unieważnienie i powtórzenie ww. czynności przez Zamawiającego, względnie

o unieważnienie postępowania z przyczyn wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt. 7) ustawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje, iż:

- przetarg dotyczy usług monitoringu mediów, który może być wykonywany zgodnie z prawem według dwóch sposobów, na podstawie: (a) zgody dysponenta majątkowych praw autorskich (umowa licencyjna lub przeniesienie majątkowych praw autorskich) bądź (b) na mocy licencji ustawowej (dozwolony użytek). Odwołujący funkcjonuje jako ośrodek dokumentacji i informacji w rozumieniu art. 30 Pr. aut., a jego działalność mieści się w ramach tzw. dozwolonego użytku

publicznego i oparta jest o licencję ustawową z której korzystanie nie wymaga zgody podmiotu praw autorskich. Licencja ustawowa jest tak samo zgodna z prawem jak uprawnienia wynikające z umów cywilnoprawnych, zatem niezasadne są zarzuty, że Odwołujący nie zawierając umów cywilnoprawnych działa niezgodnie z prawem. Zamawiający nie ma prawa rozstrzygać o legalności licencji ustawowych. Zamawiający określił w punkcie 5.3. 2 SIWZ w wymaganiach przedmiotowych obowiązek Wykonawcy dostarczenia wraz z ofertą kopii umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu w odniesieniu do wybranych tytułów prasowych tj. ujętych w części A opisu przedmiotu zamówienia z Załącznika nr 2. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza objęcie monitoringiem tytułów prasowych zawartych w części B, co do których Wykonawca nie posiada umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych - pkt 5.3.1 c). Jednakże, w przypadku gdy Wykonawca wykaże posiadanie umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych w odniesieniu do poszczególnych tytułów prasowych zawartych tylko w części B, to uzyska przy ocenie ofert dodatkowe punkty.

- Jako opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, podane są cena w 79% oraz dodatkowe tytuły 21%, w rozumieniu punktu 15.3 SIWZ, czyli za każdy dodatkowy tytuł wymieniony w części B załącznika nr 2 do SIWZ, do którego Wykonawca posiada umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowę licencyjną potwierdzającą prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tej publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu, komisja przetargowa przyzna 3 pkt (gdzie 1 pkt = 1 %). Postanowienia SIWZ są niezgodne z przepisami Ustawy i w obecnym brzmieniu są niedopuszczalne. Obecne postępowanie nr 26/2011 obejmujące SIWZ z 27 czerwca 2011 roku jest kolejnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na Całodobowy, Elektroniczny Monitoring Mediów dla Biura Prasowego Kancelarii Prezydenta RP. Wszczęte poprzednio postępowanie (sygn. postępowania 2/2011) obejmowało SIWZ z dnia 31 stycznia 2011 roku. Postępowanie to zakończyło się zawarciem w dniu 30 marca 2011 r. umowy ze spółką Newton Media. Zamawiający jednocześnie bezzasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania przetargowego.

- Zakres obecnego postępowania jest identyczny jak zakres postępowania 2/2011, które nie doszło do skutku. Zamawiający w SIWZ z 27 czerwca 2011 roku - pkt. 5.3. zawarł w tzw. „Wymaganiach przedmiotowych” obowiązek dostarczenia przez Wykonawcę (wraz z ofertą) listy przeszukiwanych mediów składającą się z tytułów objętych monitoringiem zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ, które to tytuły podzielono na trzy kategorie: 1. tytuły obligatoryjne stanowiące niezbędne minimum - tytuły prasowe wymienione w części A opisu przedmiotu zamówienia (zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ) stanowiących ilość tytułów objętych

monitoringiem, co do których Wykonawca musi posiadać umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowy licencyjne potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tych publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu; 2 tytuły dodatkowe, za które Zamawiający przyzna dodatkową punktację – tytuły prasowe zawarte w części B opisu przedmiotu zamówienia (zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ) stanowiące ilość tytułów ponad minimum wskazane w części A powołanego załącznika, co do których Wykonawca posiada umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowy licencyjne potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tych publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu; 3. tytuły prasowe zawarte w części B opisu przedmiotu zamówienia (zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ), co do których Wykonawca nie posiada umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych potwierdzających prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tych publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu.

W tym ostatnim przypadku, wartość tytułów, o których mowa w pkt. c) powyżej z punktu oceny oferty wykonawcy nie jest jasna. Brak w tym zakresie jakiegokolwiek doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ. Ponadto, zgodnie z SIWZ z 27 czerwca 2011 roku Zamawiający pozostawił w niezmienionej formie (w porównaniu do zapisów SIWZ z 31 stycznia 2011 roku) wymóg posiadania uprawnień do przeniesienia praw majątkowych do utworów na następujących polach eksploatacji: (i) wielokrotne wprowadzenie do pamięci komputera, sieci komputerowej, w tym w szczególności Internetu, baz danych oraz (ii) eksploatację w internecie, na stronie www - (pkt. 5.2. ppkt. 11 SIWZ (§ 4 ust. 3 lit. c) i lit. e) Umowy - Załącznik 7)

Zamawiający pozostawił również w niezmienionej formie wymóg zawarty w § 4 ust. 4 Umowy - Załącznik 7 do SIWZ dotyczący obowiązku przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do stworzonej bazy wyszukanych przekazów medialnych, do czego Newton Media nie miał uprawnień.

- co do naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ustawy i związane z tym naruszenie art. 29 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy oraz naruszenia dyspozycji §1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane - Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie wskazanych wyżej przepisów poprzez opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w przeważający sposób preferujący spółki Newton Media, a także e-prasę, poprzez wprowadzenie specjalnej kategorii umów jakie musi posiadać wykonawca, aby mógł brać udział w postępowaniu i z pominięciem podmiotów, które działają na podstawie tzw. licencji ustawowej na podstawie art. 30 Pr. aut. W przeciwieństwie do obecnie obowiązującego pkt.

5.3. SIWZ, pkt. 5.3. SIWZ z 31 stycznia 2011 roku nie wprowadzał wymogu posiadania „*umów o przeniesienie praw autorskich lub umów licencyjnych*”. Zgodnie z uprzednio obowiązującym pkt. 5.3. SIWZ wymóg Zamawiającego obejmował: „*Oświadczenie Wykonawcy o prawie do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych wymienionych w załączniku nr 2 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ)*”. Zgodnie z ówczesnym Załącznikiem nr 7 do SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania bliżej niesprecyzowanych „*umów cywilnoprawnych*” z wyraźnym wskazaniem podmiotów, z którymi wykonawca winien mieć zawarte umowy tj. z: a) organizacjami zbiorowego zarządzania, b) z wydawcami. Nie dojdzie do skutku umowy z Newton Media wynikało z faktu, iż spółka ta nie posiadała umów ze wszystkimi wykonawcami, których tytuły wchodziły w zakres ówczesnej listy tytułów objętych monitoringiem, do których Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania niezbędnych uprawnień. Zamawiający nie odniósł się przy tym do faktu, że ReproPol z którym Newton Media zawarła umowę nie był OZZ, więc nie był spełniony warunek posiadania umowy z OZZ wskazany w pkt. a) powyżej. Obecnie z lektury skróconej znacznie Listy obligatoryjnych tytułów objętych monitoringiem zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ z 27 czerwca 2011 roku wynika, iż spółka Newton Media czy e-prasa - w porównaniu do Listy stanowiącej Załącznik do SIWZ z 31 stycznia 2011 roku - będą posiadać umowy z wydawcami, których tytuły składają się na obecną Listę zawartą w Załączniku nr 2 do SIWZ. Newton Media nie posiadał umów z niektórymi wydawcami i z tego powodu musiał odstąpić od umowy z tą spółką. Z wypowiedzi Prezesa Newton Media (zamieszczonej na stronach internetowych wskazanych w załączeniu) wprost wynika, jakie postanowienia SIWZ musiałyby być obecnie zmienione przez Zamawiającego, aby Newton Media mogło w pełni spełniać wymogi wskazane w SIWZ. Prezes Newton Media wskazał bowiem, iż cyt. „*W przetargu Kancelaria chciała, by poza największymi tytułami monitorowano również "Gazetę Podatkową", "Gazetę Polską" i "Głos - Tygodnik Katolicko-Narodowy"*”. Jak tłumaczy autor wypowiedzi, wydawcy tych ostatnich tytułów nie chcą nawet rozmawiać o nawiązaniu współpracy” (Dowód: PRINT SCREENS: Wypowiedź Prezesa Newton Media zawarta na następujących stronach internetowych: <http://www.press.pl/newsy/pokaz.php?id:=26066&rss:>=1>). Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, iż Zamawiający zmienił listę tytułów umożliwiając tym samym spełnienie przez Newton Media (ale też e-prasa) pozostałych warunków, których nie mógł on spełnić w poprzednim postępowaniu nr 2/2011. Wskazane wyżej tytuły tj. "Gazeta Podatkowa", "Gazeta Polska" i "Głos - Tygodnik Katolicko-Narodowy" zostały usunięte z obecnie obowiązującej Listy tytułów objętych monitoringiem stanowiącej Załącznik nr 2 do SIWZ z 27 czerwca 2011 roku. Powyższe – zdaniem Odwołującego - stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego zasady obiektywizmu w świetle przesłanki art. 7 ustawy. Zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ jest

wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 ustawy została naruszona. W świetle powyższego, w wyniku nieobiektywnych działań Zamawiającego, SIWZ w obecnym brzmieniu stanowi ewidentne naruszenie art. 7 ustawy, co wiąże się z naruszeniem jednej z naczelných zasad ustawy tj. ochrony uczciwej konkurencji, prowadzi do nierównowagi stron, co skutkuje dyskryminacją uczestników postępowania a limine. W przypadku niniejszego postępowania nie jest zatem możliwe spełnienie dyspozycji art. 7 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy. Wskazane zachowanie Zamawiającego może budzić uzasadnione wątpliwości, co do legalności prowadzenia przez niego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

- Zamawiający mimo braku ustosunkowania się do kwestii nie posiadania przez Repropol statusu OZZ zmienił brzmienie pkt. 5.3. SIWZ, który to punkt nie zawiera obecnie wymogu posiadania umów z OZZ czy wydawcami. Obecnie obowiązujący pkt. 5.3. SIWZ wprowadza też wymóg posiadania przez wykonawcę „*umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych*”. Jednak brak skonkretyzowania w obecnej SIWZ podmiotów, z jakimi wykonawca ma mieć zawarte umowy jest w tym przypadku bez znaczenia. Podmiotami, z którymi zawrzeć bowiem można ww. umowy są obecnie, obok wydawców, jedynie SW Repopol i spółka Repopol, z tym jednak zastrzeżeniem, że podmioty te mogą zawierać praktycznie jedynie umowy licencyjne (sublicencje). W praktyce natomiast, co do zasady, ani wydawcy ani SW Repopol czy spółka Repopol z całą pewnością nie mogą zawierać z podmiotami monitorującymi prasę umów przenoszących autorskie prawa majątkowe. W związku z tym, postanowienia SIWZ w tej części poprzez zastosowanie takiego sformułowania są nie tylko niejasne ale przez to wadliwe. Zapis ten wpływa na brak możliwości oceny przez Odwołującego tego wymogu, a jego wadliwość wyklucza możliwość przeprowadzenia transparentnego postępowania bez naruszenia przesłanek zawartych w art. 7, art. 29 ust. 2 i art. 25 ust. 1 Ustawy, o czym mowa poniżej. Z kolei podmiotami, które mają zawarte umowy licencyjne z SW Repopol i Repopol są Newton i e-prasa. Odwołujący nie posiada umowy z SW Repopol i Repopol. Zawarcie umowy z ww. podmiotami jest jednak po pierwsze niepotrzebne z uwagi na licencję ustawową a po drugie istnieją uzasadnione wątpliwości firm monitorujących prasę co do działalności tych podmiotów. Jeżeli chodzi o SW Repopol, prowadzone jest obecnie postępowanie administracyjne przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w celu wyjaśnienia, czy uprawnienia OZZ nadane SW Repopol powinny zostać odebrane. Natomiast spółka Repopol jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do firm monitorujących prasę. Dodatkowo władze Repopol SA powiązane z kolejnym, konkurentem tj. Wydawnictwem Jar sp. z o.o. (e-prasa.com). Proponowane przez Repopol warunki umów z podmiotami monitorującymi prasę, w tym dowolność w ustalaniu przez tę spółkę cen, nakaz udostępniania informacji handlowych oraz praktycznie niemożliwy obowiązek nakładany na

firmy monitorujące (stronę takiej umowy) umożliwienia przeprowadzania przez Repropol audytów u klientów tych firm. Wiąże się to z nierównym traktowaniem kontrahentów. Te wszystkie czynniki powodują, że mimo pozytywnego nastawienia wielu firm monitorujących prasę, podpisanie umowy z Repropolem jest z biznesowego punktu widzenia niemożliwe (Dowód: Wniosek z dnia 14 lutego 2011 roku IMM o stwierdzenie nieważności Decyzji Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 28 maja 2009 roku DP/926/09/JB; Opinia dr Wojciecha M. z dnia 24 lutego 2011 roku).

- Zamawiający wprowadzając wymóg zawarcia konkretnego rodzaju umów tj. umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych (a nie jak w poprzednio obowiązujących SIWZ - wymóg zawierania umów cywilnoprawnych) zawęził krąg podmiotów do tych, które mają zawarte umowy z SW Repropol i Repropol tj. Newton i e-prasa (niezależnie od umów z wydawcami). Obok wydawców, wyłącznie SW Repropol i Repropol mogą zawierać wskazane wyżej kategorie umów. Tym samym Zamawiający bezpodstawnie rozstrzygnął, że wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia są podmioty działające w ramach tzw. licencji ustawowej zgodnie z art. 30 Pr. aut., w oparciu o który to przepis podmioty nie mają obowiązku zawierać umów licencyjnych, ale mają obowiązek uiszczania wynagrodzenia za korzystanie z licencji ustawowej. Licencje ustawowe nie wchodzą jednak w zakres kategorii umów obowiązujących w ramach SIWZ z 27 czerwca 2011 roku, więc będą stanowiły powód do wykluczenia takich wykonawców z postępowania. Odwołujący podkreślił że, jak wielokrotnie wypowiadała się KIO, na gruncie ustawy zamawiający nie ma instrumentu prawnego, który pozwalałby mu na rozstrzygnięcie pomiędzy wykonawcami sporów dotyczących praw autorskich. Takich uprawnień nie ma również Izba (zob. m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 r. KIO 453/11). Działania Zamawiającego nie mają zatem podstaw w przepisach ustawy, jeśli chodzi o arbitralne dokonywanie przez Zamawiającego interpretacji przepisów dotyczących licencji ustawowej, na podstawie art. 30 Pr. aut., o czym mowa poniżej. Takie sformułowanie SIWZ wymaga zatem kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. Arbitralny wybór przez Zamawiającego grupy podmiotów z pominięciem innych podmiotów spełniających te same warunki na podstawie licencji ustawowej, co „wybrana grupa podmiotów” jest niezgodny z dyspozycją art. 7 oraz art. 29 ust. 2 ustawy. Takie rozstrzygnięcia w ramach postępowania w trybie ustawy - Prawo zamówień publicznych są niedopuszczalne. Do zgodnego z prawem korzystania z jakichkolwiek utworów konieczna jest albo zgoda dysponenta praw autorskich albo podstawa prawna. Prawo autorskie przewiduje, co do zasady, trzy podstawy prawne uprawniające do korzystania z prawa autorskiego: dziedziczenie, czynności prawne, o których mówi art. 41 Pr. aut. oraz przepisy ustawy dotyczące tzw. dozwolonego użytku, które zostały szczegółowo określone w art. 23 -35 Pr. aut. Do typowych czynności prawnych należą umowy przenoszące majątkowe prawa autorskie oraz umowy o korzystaniu z utworu zwane umowami licencyjnymi. Z kolei przepisy ustawy

dające podstawę do korzystania z utworów to tzw. licencje ustawowe. Zamawiający arbitralnie i bezpodstawnie zawęził katalog podstaw prawnych, z których wykonawcy mogą wywodzić zgodne z prawem prowadzenie monitoringu prasy przewidując w pkt. 5.2 i 5.3. SIWZ (§ 3 ust. 4 Umowy) wyłącznie umowy przenoszące prawa autorskie oraz umowy licencyjne. Należy zaznaczyć, że Zamawiający nie posiada jakichkolwiek kompetencji do rozstrzygania o pierwszeństwie umów cywilnoprawnych nad licencjami ustawowymi.

Odwołujący korzysta z licencji ustawowej, uregulowanej w art. 30 Pr. aut. Tę kwestię jednoznacznie rozstrzyga opinia dr Wojciecha M. z dnia 14 czerwca 2006 roku. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w cyt. Wyroku KIO z dnia z dnia 18 marca 2011 r. KIO 453/11 *stwierdzenie naruszenia praw autorskich majątkowych należy do kognicji sądów powszechnych - sądów okręgowych, co wynika bezpośrednio z artykułu 17 ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Jak wskazano, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie ma instrumentu prawnego, który pozwalałby mu na rozstrzygnięcie pomiędzy wykonawcami sporów dotyczących praw autorskich. Takich uprawnień nie ma również Krajowa Izba Odwoławcza.* O tym, że Odwołujący korzystając z licencji ustawowej nie narusza prawa świadczy chociażby jedyny do tej pory proces, w którym Parkiet Media S.A. pozwało Odwołującego o zapłatę odszkodowania z tytułu niezgodnego z prawem korzystania z materiałów prasowych. Proces ten zakończył się oddaleniem powództwa wydawcy. Za tym, że Odwołujący działa w oparciu o licencję ustawową przemawia także fakt, że był to jedyny proces w tym przedmiocie przeciwko IMM. W świetle tych okoliczności, że Zamawiający nie jest instytucją władną rozstrzygać o tym, komu przysługuje licencja ustawowa przewidziana w art. 30 Pr. aut. ani nie jest on uprawniony do przyznawania pierwszeństwa umowom o przeniesienie praw autorskich i licencyjnym przed innymi tytułami prawnymi do korzystania z utworów - takim jak dziedziczenie i licencja ustawowa.

- W odniesieniu do faktycznego eliminowania przez Zamawiającego z kręgu wykonawców określonych podmiotów (tj. podmiotów korzystających z licencji ustawowej) także w zakresie rodzaju wymaganych przez Zamawiającego dokumentów (w zw. z art. 25 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy) wskazano, iż Zamawiający narusza uczciwą konkurencję i dyskryminuje innych wykonawców, co jest niezgodne z przytoczonymi wyżej przepisami ustawy (w szczególności art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 Ustawy) i również z tych względów wymaga kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy). Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto, Rozporządzenie, o którym mowa w zarzucie nr 3, w § 1, wskazuje m.in., iż w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, których opis sposobu oceny spełniania

został dokonany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 12 ustawy (tj. w przedmiotowym postępowaniu) zamawiający może żądać (fakultatywnie), następujących dokumentów: 1) koncesji, zezwolenia lub licencji. W tym przypadku IMM może legitymować się licencją ustawową i umową o wynagrodzenie z OZZ, więc spełniać warunki niezbędne do wykonania zamówienia. W związku z SIWZ nie jest zatem uzasadnione wymaganie przez Zamawiającego m.in. umów od podmiotów zajmujących się monitoringiem prasy przenoszących autorskie prawa majątkowe, gdyż w obrocie przeniesienie takich praw z udziałem takich podmiotów będzie zasadniczo niemożliwie, co wynika z istoty i zakresu monitoringu prasy. Nie jest zasadne i ekonomicznie nieopłacalne przenoszenie (udzielanie) autorskich praw majątkowych na podmioty, które tylko monitorują prasę. Nawet wydawcy nie są zasadniczo dysponentami takich praw, gdyż są to zbyt daleko idące czynności rozporządzające, co nie jest uzasadnione tego typu działalnością jak monitoring. Nie jest też uzasadnione żądanie przez Zamawiającego - obok wskazanych wyżej umów przenoszących prawa - wyłącznie umów licencyjnych, z pominięciem podmiotów działających w oparciu o dozwolony użytek (licencja ustawowa). Zgodnie z ustawą, wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia (zob. wyrok KIO 2011.04.06 KIO 617/11 LEX nr 794819). W niniejszej sytuacji ewidentnie wynika, iż IMM - podmiot działający w oparciu o licencję ustawową nie będzie mógł złożyć oferty na zasadach uczciwej konkurencji.

- Występuje tu zarazem brak proporcjonalności postawionego warunku do przedmiotu zamówienia (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2011 r. KIO 617/11).

- zwrócono uwagę na niezgodną z prawem istotną zmianę przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W poprzednim postępowaniu przetargowym 2/2011 lista tytułów prasowych obejmowała 71 tytułów, zaś w obecnym zmniejszono ich liczbę do 57, podczas gdy stacje radiowe, telewizyjne oraz portale internetowe pozostają bez zmian. Tytuły prasowe zawarte w załączniku nr 2 do SIWZ odpowiadają tytułom prasowym, do których prawo wykorzystania posiada spółka Newton Media. Pozostałe tytuły zostały wyłączone z przedmiotowego postępowania. Działania Zamawiającego sposób jednoznaczny faworyzują tylko jednego wykonawcę i mają na celu wykluczenie pozostałych oferentów. Na potwierdzenie załączono wypowiedź Prezesa Newton Media udzieloną po odstąpieniu przez Kancelarię Prezydenta od umowy, z której wprost wynika sugestia wyłączenia poszczególnych tytułów. Toczy się postępowanie o przeprowadzenie kontroli w związku z naruszeniami Zamawiającego w postępowaniu 2/2011, do których Zamawiający się dopuścił.

- co do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny i niejednoznaczny, wywołujący rozbieżności interpretacyjne. Tak opisany przedmiot zamówienia (również w zakresie wymogu załączenia umów przenoszących autorskie prawa majątkowe) naruszać będzie art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy. Przepis ten wymaga aby przedmiot zamówienia opisany był w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika z czynności Zamawiającego dokonywanych w ramach poprzedniego postępowania nr 2/2011, związanych z interpretacją i egzekwowaniem wymogów określonych w SIWZ z 31 stycznia 2011 roku, należy mieć uzasadnioną obawę, iż obecne zapisy SIWZ będą interpretowane na niekorzyść Odwołującego, przez co Odwołujący poniesienie szkodę z tytułu bezzasadnego - ponieważ nie opartego na merytorycznych podstawach, a jedynie na błędnej interpretacji przez Zamawiającego przepisów Pr. aut. - wykluczenia go z postępowania 26/2011. Zgodnie z SIWZ z 27 czerwca 2011 roku Zamawiający pozostawił w niezmienionej formie (w porównaniu do zapisów SIWZ z 31 stycznia 2011 roku) wymóg posiadania uprawnień do przeniesienia praw majątkowych do utworów na następujących polach eksploatacji: (i) wielokrotne wprowadzenie do pamięci komputera, sieci komputerowej, w tym w szczególności Internetu, baz danych oraz (ii) eksploatację w Internecie, na stronie www (tak w pkt. 5.2. ppkt. 11 SIWZ (§4 ust. 3 lit. c) i lit. e) Umowy - Załącznik 7). Zgodnie z obecnymi zapisami projektu umowy - załącznik nr 7 do SIWZ, w §4 ust. 3 litery d), e) oraz h) Wykonawca zobowiązuje się do przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do utworów wykonanych na podstawie Umowy w zakresie ich wprowadzania do sieci multimedialnych, Internetu oraz rozpowszechniania w inny sposób. Zgodnie z interpretacją takich samych zapisów na gruncie poprzednio obowiązujących SIWZ zawartą w piśmie załączonym do Odwołania z dnia 12 maja 2011 roku (pkt. b), Zamawiający uznał, iż: *„postanowienia umowy odnoszą się jedynie do udostępniania materiałów przez Wykonawcę Zamawiającemu, nie zaś sposobu eksploatacji materiałów przez Zamawiającego. Innymi słowy Zamawiający powinien mieć dostęp przez Internet do materiałów przetwarzanych przez Wykonawcę, natomiast postanowienia te nie odnoszą się do możliwości udostępniania (publikowania) materiałów w sieci internetowej przez Zamawiającego. Otrzymane materiały Zamawiający wykorzystuje na potrzeby wewnętrzne oraz zawodowe, nie rozpowszechnia ich natomiast na stronie WWW Zamawiającego”*.

- Zamawiający pozostawił również w niezmienionej formie wymóg zawarty obecnie w §4 ust. 4 Umowy - Załącznik 7) dotyczący obowiązku przeniesienia na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do stworzonej bazy wyszukanych przekazów medialnych, do czego jak wskazał IMM w piśmie z dnia 26 maja 2011 roku Newton Media nie miał uprawnień, a z argumentami którego nie zgodził się Zamawiający. Na gruncie obowiązującej SIWZ, Zamawiający uzna Newton Media czy e-prasa za posiadających uprawnienia do przenoszenia ww. praw mimo

tego, iż podmioty te nie będą mieć do niej uprawnień. Zamawiający w piśmie z dnia 12 maja 2011 roku uznał bowiem za bezzasadny zarzut IMM dotyczący braku praw Newton Media do rozporządzania bazą danych zawierającą wyszukane przekazy medialne. Tymczasem, w świetle przepisów prawa baza danych poza tym, że jest chroniona tzw. prawem sui generis na podstawie Ustawy o bazach danych, to może także stanowić utwór w rozumieniu Pr. aut. Najważniejszym elementem bazy danych Newton Media są wyszukane przekazy medialne, które stanowią przedmiot prawa autorskiego. Baza danych jako utwór stanowi opracowanie (kompilację) utworów składowych czyli przekazów medialnych. Zgodnie z art. 2 Pr. aut. opracowanie jest przedmiotem prawa autorskiego bez uszczerbku dla praw do utworów pierwotnych a w analizowanym przypadku utworów składowych. Rozporządzanie i korzystanie z opracowania (bazy danych) wymaga zezwolenia od twórcy utworu pierwotnego (utworów składowych). Z uwagi na konieczność uzyskania wspomnianego zezwolenia prawa do opracowań nazywane są także prawami zależnymi. Pismo spółki Repropol z dnia 20 lutego 2010 roku nie zawiera zezwolenia na tworzenie, rozporządzanie lub korzystanie z baz danych. Newton Media nie wykazał także innych dokumentów potwierdzających, że posiada prawo do wykonywania praw zależnych do przekazów medialnych. Uzasadnienie Zamawiającego w zakresie uznania bazy danych Newton Media za utwór jest lakoniczne. Zamawiający nie wskazuje podstaw prawnych na których opiera twierdzenie, że Newton Media jako twórca bazy danych jest uprawniony do przenoszenia praw autorskich bez zgody twórców utworów składowych. W związku z powyższym trudno jest polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego, które stanowi wykładnię contra legem obowiązujących przepisów.

Wobec powyższego, w wyniku przyjętej wcześniej interpretacji zapisów SIWZ przez Zamawiającego, w odniesieniu do sformułowań zapisów obecnie obowiązujących SIWZ, istnieje podstawa do przedstawienia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy. W takiej bowiem sytuacji utrzymanie błędnej interpretacji przez Zamawiającego zapisów SIWZ prowadzić będzie do utrudnienia uczciwej konkurencji i w konsekwencji do jej naruszenia, względem podmiotów które takie uprawnienia (czy to związane z bazą wyszukanych przekazów medialnych czy przenoszeniem praw na danym polu eksploatacji) będą posiadać.

Należy w tym miejscu wskazać, iż Newton Media z przekroczeniem przysługującego jej zezwolenia przeniósł autorskie prawa majątkowe do stworzonej bazy wyszukanych przekazów medialnych na polu eksploatacyjnym obejmującym Internet, do którego nie ma uprawnień. W związku z tym umowa z takim podmiotem skutkowałaby brakiem podstawy prawnej do korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego oraz ryzykiem wystąpienia przez podmioty uprawnione do publikacji periodycznych (twórcy, wydawcy) z roszczeniami odszkodowawczymi.

- z punktu widzenia zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ustawy tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, związanych z przyjętym w SIWZ zakresem tytułów

objętych monitoringiem, istnieje rozbieżność pomiędzy pkt. 5.3. ppkt. 1 lit. c) SIWZ a § 3 ppkt.4 Umowy - Załącznik nr 7). Rozbieżność ta polega na braku odzwierciedlenia w Umowie trzech kategorii tytułów objętych monitoringiem, a które zostały wyodrębnione w Załączniku nr 2 do SIWZ. Z konkretną kategorią tytułów związana jest punktacja - a zatem ocena ofert. Z uwagi na niezgodne z prawem „dostosowywanie” przez Zamawiającego warunków SIWZ pod konkretnego wykonawcę (jak Newton lub e-prasa) dodatkowe niejasności w samym opisie SIWZ wskazują na celowe ukształtowanie warunków SIWZ, które Zamawiający będzie mógł interpretować na korzyść wskazanych wyżej podmiotów. Niezależnie od rozbieżności pomiędzy SIWZ a pozostałymi ich wymogami - Umową, należy też zaznaczyć, iż w samych SIWZ trzecia kategoria tytułów (pkt. 5.3. ppkt. 1 lit. c) SIWZ) tj. odnosząca się do Wykonawców nie posiadających umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych jest niejasna. Brak jest jakichkolwiek dalszych zapisów co do wartości tych tytułów z punktu oceny oferty (brak w tym zakresie jakiegokolwiek doprecyzowania SIWZ).

Wymogi przedmiotowe z punktu 5.3 dotyczą posiadania umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych jedynie w odniesieniu do tytułów prasowych. Zamawiający pominął pozostałe media tj. serwisy agencyjne, stacje radiowe i telewizyjne oraz portale internetowe, przyjmując w tym względzie za wystarczające oświadczenie wykonawcy o zgodnym z prawem wykorzystaniu utworów w ramach świadczenia usługi, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ o następującej treści: *„Oświadczamy, że mamy możliwość korzystania zgodnie z prawem z mających cechy utworu w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006r. Nr 90, poz. 631 z późn. zmian.) materiałów wyselekcjonowanych w całości lub w znacznej części podczas przeprowadzanego monitoringu w zakresie umożliwiającym wykonanie przedmiotu umowy.”* Brak jest podstawy prawnej w takim określeniu wymagań przedmiotowych i domaganiu się przez Zamawiającego posiadania przez Wykonawcę kopii umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych w części świadczonej usługi, w pozostałej części bazując na oświadczeniu. Wymóg posiadania przez Wykonawcę umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych do poszczególnych tytułów prasowych nie jest wymogiem przedmiotowym w rozumieniu przepisów Ustawy. Dokumenty, jakich może żądać Zamawiający są ściśle określone w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wobec braku określenia przez Zamawiającego dodatkowych warunków udziału w postępowaniu w punkcie VIII SIWZ, niezrozumiałą jest wymóg określony jako przedmiotowy w postaci posiadania umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych do wybranych tytułów - tych z części A i niekoniecznie z części B. Nie wiadomo też jakimi kryteriami Zamawiający się kierował przy wyborze tytułów prasowych, co do których trzeba mieć stosowne umowy. Wymóg posiadania umów w odniesieniu tylko do

części tytułów prasowych, subiektywnie wybranych przez Zamawiającego (co oznacza, że w tej części świadczona usługa spełnia dodatkowe wymogi), pozbawia opis przedmiotu zamówienia cech obiektywnych, a taki co do zasady zawsze będzie utrudniał uczciwą konkurencję. W projekcie umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) Zamawiający w § 3 ust. 4 litery a i c wymaga udostępnienia całości lub fragmentów materiałów prasowych pochodzących z tytułów wymienionych w części A i B. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w punkcie 5.3 Siwzu w części mówiącej o posiadaniu przez Wykonawcę umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu, stosując rygorystyczne wymagania, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego. Tak określone wymogi powodują ich niemożliwość spełnienia przez niektórych wykonawców jak np. Instytutu Monitorowania Mediów sp. z o.o., który działa w ramach licencji ustawowej. Warunkiem licencji jest uiszczanie wynagrodzenia. IMM, zgodnie z ww. przepisem uiszcza wynagrodzenie za pośrednictwem właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, jaką jest Stowarzyszenie KOPIPOL. Decyzją Ministra Kultury z dnia 30 listopada 2003 r. (Decyzja DP.WPA.024/521/03/mp) przyznane zostało KOPIPOLowi uprawnienie do „*pobierania od ośrodków informacji lub dokumentacji wynagrodzenia za odpłatne udostępnianie egzemplarzy fragmentów utworów*”. W związku z powyższym prowadzenie działalności przez IMM jako ośrodka informacji i dokumentacji nie wymaga dodatkowo posiadania podpisanych umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu. Brak uwzględnienia w wymogach przedmiotowych licencji ustawowych pozbawia Instytut, a także innych wykonawców możliwości złożenia skutecznej oferty. W związku z powyższym lista tytułów wszystkich mediów zawarta w załączniku nr 2 oraz powyższe oświadczenie, złożone przez Wykonawcę powinny stanowić wystarczające wymogi przedmiotowe.

- Niezrozumiały jest także zapis pkt 5.3.2 w części mówiącej o świadczeniu usługi poza zakres określony w ppkt 15 pkt 5.2, bowiem brak jest takiego punktu w SIWZ.

- Zamawiający w sposób niezgodny z prawem opisał kryteria ocen: zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 i 3 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przyznanie dodatkowych punktów za każdy dodatkowy tytuł wymieniony w części B załącznika nr 2 do SIWZ, do którego Wykonawca posiada umowę o

przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowę licencyjną potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tej publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu, jest zapisem naruszającym zasady równości oraz uczciwej konkurencji, a także jest sprzeczny z powołanym wyżej przepisem.

Skoro Zamawiający dopuszcza możliwość nieposiadania umów do tytułów wymienionych w części B (punkt 5.3 c SIWZ), niezrozumiałe jest dlaczego ich posiadanie ma być dodatkowo punktowane. Tym bardziej, że Zamawiający generalnie w punkcie 5.3 a) jako zasadę przyjął posiadanie umów do aż 50 tytułów prasowych (część A), co pozostaje bez wpływu na dodatkowe punkty. Nie wiadomo też jakimi kryteriami Zamawiający kierował się przy wyborze tytułów prasowych (część B), którym przyznane będą dodatkowe punkty. W doktrynie podkreśla się, że kryteria ustalane przez zamawiającego winny być jednoznaczne i precyzyjne oraz że zabronione jest stosowanie kryteriów podmiotowych. Posiadanie umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu nie może stanowić kryterium oceny, bowiem nie odnosi się do świadczonego przedmiotu zamówienia. Nie wpływa na jakość, funkcjonalność czy terminowość świadczonej usługi, a odnosi się wyłącznie do cech podmiotowych wykonawcy. Te podmioty, które świadczą swą usługę na innych podstawach prawnych niż umowy o przeniesienie praw czy licencyjne zostały w ogóle pozbawione możliwości uzyskania dodatkowych punktów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”.

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie w niniejszej sprawie złożone zostało wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w tym

opisanych w pkt 5.2 i 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków przedmiotowych potwierdzających, że oferowane usługi są zgodne z oczekiwaniem Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu, na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdzono, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 180 ust. 2 powołanej ustawy.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano natomiast, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Analiza treści odwołania wyraźnie wskazuje, iż dotyczy ono czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. W zakresie odwołania, którego przedmiotem jest brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub treść ogłoszenia może być zatem brana pod uwagę wyłącznie podstawa wynikająca z art. 180 ust. 2 ustawy pkt 1 lub 2, to jest *wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę* lub *opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, tylko do tej kategorii zagadnień ustawodawca ograniczył bowiem możliwość wnoszenia odwołania w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Odwołanie dotyczy natomiast opisu zamówienia, jego przedmiotu i w związku z tym przedmiotem wymaganych dokumentów.

Poza sporem jest, że Odwołujący nie kwestionuje trybu zamówienia. Analiza treści odwołania także prowadzi do konkluzji, iż nie odnosi się ono do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu to dokonana przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub

ogłoszeniu konkretyzacja warunków wymienionych w sposób ogólny w treści art. 22 ust. 1 ustawy (posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadanie wiedzy i doświadczenia, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacja ekonomiczna i finansowa). Dotyczy to zatem sfery wyraźnie związanej z kwestią badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie sposób uznać, by za opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu można było potraktować kwestionowane w odwołaniu wymagania dostarczenia wraz z ofertą kopii umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu w odniesieniu do wybranych tytułów prasowych tj. ujętych w części A opisu przedmiotu zamówienia z Załącznika nr 2. Także przewidziane w specyfikacji a kwestionowane w odwołaniu postanowienia dotyczące przyznawania dodatkowych punktów za każdy dodatkowy tytuł wymieniony w części B załącznika nr 2 do SIWZ, do którego Wykonawca posiada umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowę licencyjną potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tej publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu, nie spełniają tego kryterium, podobnie jak ta argumentacja odwołania, która sięga do historycznego już postępowania o zamówienie dotyczącego analogicznego przedmiotu zamówienia (argumentacja odwołania zawarta na str. 4-7). Okoliczności dotyczące poprzednio prowadzonego postępowania, które jakkolwiek nie mają bezpośredniego znaczenia dla tego postępowania, uczynione zostały przez Odwołującego integralną częścią zarzutów i twierdzeń odwołania (vide: str. 7 odwołania), także nie nawiązują do *opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy, a dotyczą przedmiotu zamówienia, co wynika nadto ze wskazania w odwołaniu kwestionowanych postanowień specyfikacji. Z całą pewnością nie można uznać, by do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnosiły się zarzuty dotyczące niewłaściwego dokonania opisu zamówienia, to jest wskazujące na naruszenie *art. 29 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy w związku z wymogiem SIWZ dostarczenia zamawiającemu przez podmioty uczestniczące w przetargu tytułów prasowych wymienionych w części A opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ stanowiących ilość tytułów objętych monitoringiem, co do których Wykonawca musi posiadać umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowy licencyjne potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tych publikacji materiałów*

prasowych mających cechy utworów (powyższy wymóg zawarty w pkt. 5.2. ppkt. 4. oraz pkt. 5.3.ppkt. 1. SIWZ z 27 czerwca 2011 roku); jak również dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w pkt. 5.2. ppkt. 11 SIWZ (§ 4 ust. 3 lit. c), d) e) i h) Umowy - Załącznik 7) oraz pkt. 5.3. ppkt. 1 lit. c) SIWZ w zw. z § 3 ppkt.4 Umowy - Załącznik nr 7), w § 4 ust. 4 Umowy - Załącznik 7 do SIWZ w sposób niedokładny i niejednoznaczny, wywołujący rozbieżności interpretacyjne, co w świetle art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy stanowi istotne naruszenie przepisów Ustawy. Również podnoszony zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 i ust. 3 ustawy - w szczególności, poprzez przyznanie dodatkowych punktów za każdy dodatkowy tytuł wymieniony w części B załącznika nr 2 do SIWZ, do którego Wykonawca posiada umowę o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowę licencyjną potwierdzające prawo do zwielokrotniania i rozpowszechniania w całości pochodzących z tej publikacji materiałów prasowych mających cechy utworu, jako naruszające zasadę równości oraz uczciwej konkurencji, a także sprzeczne z powołanym wyżej przepisem.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

W myśl rozporządzenia § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2010 Nr 48, poz. 280), odwołanie zawiera min. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; przedstawienie zarzutów; żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Krajowa Izba Odwoławcza jest zatem związana określeniem przez Odwołującego, w ramach dyspozytywnej czynności odwołania, jego zakresu: czynności kwestionowanej, zarzutów wobec niej postawionych oraz będących ich wynikiem żądań.

Analiza treści odwołania (zarówno brzmienia postawionych zarzutów jak i uzasadnienia odwołania) wskazuje, że zakwestionowano następujące postanowienia specyfikacji: pkt 5.2, pkt 5.3, a także postanowienia projektu umowy: § 3 ust. 4 i § 4 ust. 3 lit c, d, e oraz h, § 4 ust. 4 wzoru umowy. Postanowienia pkt 5.2 i 5.3 specyfikacji (podobnie jak przywołane wyżej postanowienia projektu umowy) odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia: zakresu usług będących przedmiotem zamówienia oraz wymagań przedmiotowych. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia specyfikacji (zamieszczone w jej pkt 5.2 i 5.3) mają za przedmiot regulacji sposób wykonywania usługi – sposób przekazywania i prezentacji Zamawiającemu wyników monitoringu przekazów

medialnych. Wymaganie dotyczące złożenia wraz z ofertą kopii umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu – w świetle kształtu specyfikacji istotnych warunków zamówienia – postawione zostało w związku ze sposobem świadczenia usługi. Zamawiający wymaga bowiem, by wykonawca miał możliwość korzystania zgodnie z prawem, z mających cechy utworu w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych materiałów wyselekcjonowanych w całości lub w znacznej części podczas przeprowadzanego monitoringu w zakresie umożliwiającym wykonanie przedmiotu umowy a w konsekwencji - wykazaniu tytułu prawnego do zasobów objętych prawami autorskimi osób trzecich zdaje się służyć postawione wymaganie złożenia odpowiednich umów. Powyższe wymaganie, sprzężone z odpowiadającymi postanowieniami projektu umowy (§ 4 projektu umowy) wyraźnie wiąże się z wykazaniem spełnienia przez przedmiot zamówienia, opisaną w nim usługę stawianych jej wymagań, to jest by świadczenie usługi wykonywane było na podstawie odpowiedniego tytułu prawnego do zasobów należących do osób trzecich. W tym kontekście, kwestionowane w odwołaniu postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszą się bezspornie do wymagań przedmiotowych i jako takie nie mieszczą się w kategorii dotyczących *opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Odwołujący nie kwestionuje zatem tych postanowień, które dotyczą – po myśli art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawartych w specyfikacji opracowanej na użytek tego postępowania w jej ppkt VII i VIII. O charakterze dokumentów żądanych przez Zamawiającego, które kwestionuje Odwołujący jako tzw. dokumentów przedmiotowych przekonuje także treść odwołania – Odwołujący także bowiem uznaje, że kwestionowane postanowienia nie odnoszą się do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy nawet ogólnie: warunków udziału w postępowaniu jako takich: *Wobec braku określenia przez Zamawiającego dodatkowych warunków udziału w postępowaniu w punkcie VIII SIWZ, niezrozumiały jest wymóg określony jako przedmiotowy w postaci posiadania umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych do wybranych tytułów - tych z części A i niekoniecznie z części B.*

Powyższą konkluzję potwierdza również treść wniosku odwoławczego: *żądanie zobowiązania Zamawiającego do zmiany treści SIWZ przez ograniczenie punktu 5.3 SIWZ (oraz odpowiednio pozostałych punktów SIWZ w wyniku takiego ograniczenia) do listy przeszukiwanych mediów i wykreślenie obowiązku dostarczenia wraz z ofertą kopii umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa monitoringu w zakresie zwielokrotniania i*

rozpowszechniania w całości materiałów prasowych mających cechy utworu, zmianę kryteriów oceny przez zastosowanie kryterium ceny w 100% oraz zmianę zapisów umownych przez wykreślenie w § 4 ust. 3 litery d), e) oraz h), oraz zobowiązania Zamawiającego dokonania pozostałych modyfikacji odpowiednich postanowień SIWZ zgodnie z obowiązującymi przepisami przy uwzględnieniu wskazanych w niniejszym odwołaniu zarzutów, poprzez usunięcie nieprawidłowości i zastąpienie ich odpowiednimi zapisami niezawierającymi naruszeń, o których mowa w petitum.

Tak wyznaczony przez Odwołującego zakres odwołania jest wiążący w postępowaniu odwoławczym. Treść odwołania nie pozwala uznać, by dotyczyło ono którejkolwiek z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie przesądzając zatem o zasadności bądź nietrafności przedstawionych w tym zakresie w odwołaniu zarzutów i argumentacji Odwołującego, należało stwierdzić, że odwołanie dotyczące opisanych w nim kwestii nie może podlegać, z mocy brzmienia przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, rozpatrzeniu.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku kwestionowanych czynności i zaniechań w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należało, iż ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących innych kwestii aniżeli wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę albo opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 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), tj. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: