

WYROK

z dnia 21 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 7 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **„FI” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa systemu SZarP i wdrożenie systemu obsługującego procesy w Wideotece w Ośrodku Dokumentacji i Zbiorów Programowych* (nr postępowania ZP/TITT/80/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2.** Kosztami postępowania obciąża **„FI” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, w trybie zamówienia z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Rozbudowa systemu SZarP i wdrożenie systemu obsługującego procesy w Wideotece w Ośrodku Dokumentacji i Zbiorów Programowych* (nr postępowania ZP/TITT/80/2014).

4 listopada 2014 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S_212-376063 ogłoszenie o zamiarze zawarcia w tym przedmiocie umowy z Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółkę zwaną również dalej w skrócie „Oracle”}, czyli tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 listopada 2014 r. Odwołujący – „FI” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {spółka zwana również dalej w skrócie „FI”} wniósł – w formie pisemnej – odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, w związku z prawdopodobnym niespełnieniem któregośkolwiek z warunków wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany trybu postępowania i ponownego przeprowadzenia procedury przygotowania zamówienia.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zarzucił, że tryb zamówienia z wolnej ręki został wybrany przez Zamawiającego, pomimo istnienia szeregu rozwiązań i wykonawców, bez rzetelnej analizy ewentualnych ofert tych wykonawców. Zdaniem Odwołującego o ile tytuł zamówienia {*Rozbudowa systemu SZarP i wdrożenie systemu obsługującego procesy w Wideotece w Ośrodku Dokumentacji i Zbiorów Programowych*} implikuje w sposób jednoznaczny wybór tylko jednego wykonawcy – właściciela nieprzekazywalnych praw autorskich do kodu źródłowego, o tyle przedstawione w ogłoszeniu cele mogą być zrealizowane w różny sposób i za pomocą różnych systemów, czego dowodzi przedstawienie przez Zamawiającego w ogłoszeniu różnych, konkurencyjnych wariantów realizacji (warianty a, b oraz c). Według Odwołującego Zamawiający celowo tak nazwał przedmiot postępowania, aby zapewnić, że zamówienie trafi do określonego przez niego wykonawcy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał przeprowadzenia rzetelnej analizy,

wybierając rozwiązanie jednej firmy, bez informowania wszystkich zainteresowanych. Zamawiający nie zaprezentował również wszystkim zainteresowanym projektu rozwiązania, do którego można się odnieść, aby móc ocenić jego walory techniczne oraz rzetelnie wycenić w porównaniu z innymi propozycjami.

Odwołujący podniósł, że mimo przekazania przez niego informacji o istniejących proponowanych rozwiązaniach (pismo z 1 września 2014 r. załączone do odwołania), Zamawiający nie podjął żadnych prób kontaktów, wyjaśnienia czy analiz dotyczących tych rozwiązań, choć wszystkie (poza ZDP) wymienione w ogłoszeniu systemy służące do przechowywania informacji o audycjach eksploatowane w ODiZP TVP S.A. i w niektórych jej oddziałach, zostały zaprojektowane i wykonane przez FI.

Odwołujący stwierdził, że choć niezaproszenie go do udziału w postępowaniu jest suwerenną decyzją Zamawiającego, jednak prawdopodobnie stanowi zaprzeczenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w którym mowa jest o uczciwym i równym traktowaniu wykonawców, co skutkowało brakiem możliwości formalnego złożenia konkurencyjnej oferty w rozumieniu ustawy pzp.

Odnosząc się do wymienionych w ogłoszeniu problemów leżących u podstaw przedmiotowego zamówienia *{Rozproszony charakter przechowywanych danych powoduje szereg krytycznych problemów: brak możliwości dokładnego oszacowania części majątku posiadanego w postaci praw do audycji, informacje o audycji różnią się od siebie w zależności od tego z którego systemu pochodzą, brak możliwości wyszukania wszystkich materiałów według zadanego kryterium, duże prawdopodobieństwo przekazania błędnych danych o majątku będącym własnością Narodowego Archiwum Cyfrowego.}*, Odwołujący stwierdził, że istnieją inne ich rozwiązania, o które – jako wykonawca dotychczas eksploatowanych systemów – nie został zapytany przez Zamawiającego, co prawdopodobnie oznacza niedochowanie należytej staranności przy przygotowaniu zamówienia.

Odwołujący zarzucił ponadto, że proponowane przez Zamawiającego rozwiązanie, w związku z planowanym przejściem przez system SZarP jedynie jednego z kilku systemów wymienionych w ogłoszeniu, a wykonanych przez FI, a może naruszać art. 32 ust. 2 ustawy pzp, gdyż aby rozwiązać wszystkie wymienione powyżej problemy, należałoby przejąć dane i funkcjonalność pozostałych systemów, co zapewne zwiłokrotniłoby koszty. Natomiast przesłana Zamawiającemu informacja zawierała rozwiązanie dla wszystkich systemów, które są wymienione jako przyczyna udzielenia zamówienia.

Odwołujący podniósł, że mija się prawdą zawarta w informacjach dodatkowych ogłoszenia wycena dla wariantu „c” (system wideoteka zostanie rozbudowany o funkcjonalności związane z obsługą procesów planowania i przygotowania emisji) kosztów

wdrożenia i szkoleń na nie mniej niż 10,5 mln zł, kosztu modyfikacji istniejących interfejsów na nie mniej niż 1,1 mln zł oraz czasu wdrożenia na 3 lata wraz ze szkoleniami użytkowników, przy jednoczesnej ocenie ryzyka dla procesów jako bardzo wysokiego. Odwołujący zauważył, że wariant ten dotyczy rozwiązania, które mogłoby być zrealizowane jedynie przez FI jako właściciela kodu i wszelkich praw autorskich do systemu Wideoteka, a w informacji na temat proponowanego rozwiązania zawarł informacje zaprzeczające powyższym zapisom z ogłoszenia. W szczególności ocena ryzyka dla procesów nie znajduje podstaw w rzeczywistości, z uwagi na 20-letnią współpracę z TVP, podczas której nie zaistniały żadne niewykonane lub opóźnione przez FI zamówienia.

Tym samym według Odwołującego Zamawiający przedstawił zafałszowany obraz kosztów i warunków realizacji wariantu c, czym – nie dochowując należytej staranności – uzasadnił wybór systemu SZarP, a w jego następstwie jedyne wykonawcy. Dla Odwołującego stanowi to istotny powód, który uzasadnia konieczność ponownego przeprowadzenia procesu wyboru trybu zamówienia.

10 listopada 2014 r. Oracle Polska sp. z o.o. zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej – przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

19 listopada 2014 r. {pismem z tej daty} Zamawiający wniósł do Izby odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający wyjaśnił, że obecnie posiada dwa systemy, które uczestniczą w procesie planowania i realizacji emisji programów: system SZarP i system Wideoteka. Przy czym system SZarP jest znacznie bardziej rozbudowany i istotny dla funkcjonowania Zamawiającego. System SZarP powstał w 2003 r. jako modernizacja systemu SOBP (System Obsługi Biura Programowego), który powstał w 1997 roku. System SZarP był wielokrotnie modernizowany i dostosowywany do wymagań biznesowych TVP oraz zmian prawnych i *obligacji* Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. W systemie tym realizowane jest 7 podprocesów głównych i 17 podprocesów pomocniczych związanych z planowaniem emisji dla 29 programów TVP. W systemie SZarP pracują pracownicy Biura Koordynacji Programowej, Ośrodka Dokumentacji i Zbiorów Programowych, Biura Handlu, Agencji

Produkcji Telewizyjnej i Filmowej, a łączna liczba użytkowników przekracza 800 osób.

Natomiast system Wideoteka powstał w 1997 r. jako jeden z wielu elementów platformy Cuadra Star wykorzystywanej w TVP od 1995 r. W systemie Wideoteka realizowany jest zaledwie jeden podproces główny, składający się z 2 podprocesów pomocniczych, związany z zarządzaniem nośnikami wydawanymi do emisji. W systemie tym pracują pracownicy wyłącznie jednego biura – Ośrodka Dokumentacji i Zbiorów Programowych, a łączna liczba pracujących użytkowników wynosi tylko 60 osób.

W ocenie Zamawiającego z powyższego wynika, że w jego informatycznej strukturze zdecydowanie dominuje – jeżeli chodzi o stopień rozbudowania, liczbę użytkowników i wagę obsługiwanych procesów – system SZarP.

Według Zamawiającego dla oceny konieczność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki kluczowe znaczenie mają następujące cele zamówienia w obszarze najbardziej kluczowego i krytycznego dla TVP procesu planowania i przygotowania emisji: po pierwsze – wdrożenie korporacyjnego schematu metadanych, po drugie – wdrożenie jednolitej bazy danych o audycjach, po trzecie – usprawnienie procesów biznesowych, po czwarte – zwiększenie bezpieczeństwa emisji.

Zamawiający upatruje obiektywnego technicznego uzasadnienia drugiego z ww. celów w zaleceniach kontroli wewnętrznych i zewnętrznych, które wielokrotnie wskazywały na niespójności w informacjach o audycjach, które generuje obecny system. Na podstawie wykrytych nieprawidłowości zostały następnie sformułowane główne wymagania dotyczące nowego systemu: po pierwsze – informacja o audycji musi być przechowywana w jednolity sposób w fizycznie jednym środowisku bazodanowym, po drugie – dane o audycji mają być przechowywane w sposób gwarantujący ich całkowitą spójność, po trzecie – każda modyfikacja informacji o audycji musi być realizowana w projektowanym systemie.

Zamawiający stwierdził, że tylko spełnienie powyższych wymagań gwarantuje powstanie systemu, dzięki któremu zostanie zaspokojona jego obiektywna potrzeba, jaką jest *swobodne dysponowanie i zarządzanie wiedzą o posiadanych lub będących w jego dyspozycji audycjach, pozbawione trwale wpisanych w architekturę usterek technicznych*

Zamawiający wskazał, że obecnie posiada kilkanaście baz, w których przechowywane są informacje o audycjach. Do najważniejszych należą: Wideoteka – zarządzanie nośnikami w dziale wideoteka, ZDP – zbiór danych podstawowych o audycjach telewizyjnych w systemie SZarP. Przy czym powyższe systemy posiadają inne schematy opisów audycji i nie są obecnie połączone interfejsami pozwalającymi pozyskiwać jednolitą informację o przechowywanych audycjach. Ponadto Zamawiający posiada również inne, mniejsze systemy zawierające bazy przechowujące informacje o audycjach. Są to: NTVP – system dokumentowania archiwalnych audycji, Archiwum APAI i WOT – system obsługi

archiwum, FILMOTEKA – system do obsługi dokumentowania nośników filmowych, FONOTEKA – system do obsługi dokumentowania utworów muzycznych, system obsługi dokumentowania audycji sportowych, system obsługi rejestracji danych o teatrach, 16 baz danych o audycjach w oddziałach terenowych. Przy czym powyższe systemy, z wyłączeniem baz 15 oddziałów terenowych, zostały wyprodukowane przez FI.

Zamawiający podał, że w bazie ZDP systemu SZarP przechowywane są informacje o wyemitowanych lub zaplanowanych do emisji audycjach. Dodatkowo system ten jako jedyny przechowuje informacje o licencjach, prawach autorskich, skrócone opisy itp. System SZarP w bazie ZDP zawiera 766250 rekordów danych opisujących audycje, a zakres pól danych pokrywa się w 90% z korporacyjnym schematem metadanych (danych opisujących audycję) zatwierdzonych i planowanych do wdrożenia przez Zamawiającego. System Wideoteka zawiera 437762 rekordy danych opisujących audycje, rozproszonych w kilku bazach, i opiera się na danych opisujących nośniki, tj. taśmy magnetyczne. W związku z tym zakres pól danych w systemie Wideoteka w znacznym stopniu odbiega od korporacyjnego schematu metadanych. Ponadto system SZarP, poprzez interfejsy, jest źródłem informacji dla systemu korporacyjnego SAP ERP, systemów emisyjnych, hurtowni danych.

Zamawiający podniósł, że dokonał dogłębnej analizy wszystkich dostępnych rozwiązań, a jej wyniki podał w uzasadnieniu do wyboru trybu. Analizowane były następujące warianty: a) budowa od podstaw nowego systemu do realizacji procesów planowania i przygotowania emisji wraz z możliwością zarządzania nośnikami i dokumentowania archiwalnych audycji; b) rozbudowa systemu SZarP o moduł do zarządzania nośnikami i dokumentowania archiwalnych audycji; c) rozbudowa systemu Wideoteka o funkcjonalności związane z obsługą procesów planowania i przygotowania emisji. Przy rozpatrywaniu poszczególnych wariantów brane były pod uwagę czynniki ekonomiczne, technologiczne, organizacyjne, jak również to, czy można zastosować konkurencyjny tryb przetargowy. Zamawiający stwierdził, że realizacja zadania w wariantcie „b” jest rozwiązaniem najtańszym, czas wdrożenia jest najkrótszy i istnieje najmniejsze ryzyko zaburzenia kluczowych procesów biznesowych w Spółce.

W ocenie Zamawiającego propozycja wykonania systemu opisanego w załączniku nr 4 do odwołania różni się całkowicie z celem w postaci wdrożenia jednolitej bazy danych o audycjach, gdyż FI proponuje budowę systemu konsolidującego bazy w obrębie wyprodukowanych przez siebie systemów poprzez różnego rodzaju interfejsy. Komunikacja z systemem SZarP dalej odbywać się będzie poprzez istniejące interfejsy (również przez te jeszcze niewdrożone).

Nie spełnia to jednak celów Zamawiającego, gdyż nadal pozostaje baza danych ZDP systemu SZarP, która zawiera istotne dane o audycjach. Zamawiający nadal będzie posiadał

informacje o tej samej audycji w minimum dwóch systemach. Propozycja Odwołującego nie spełnia potrzeb Zamawiającego (konsolidacji wszystkich baz audycji w jedną całość zapewniającą posiadanie spójnej informacji o audycjach w jednej bazie), gdyż prowadzi do dublowania danych w obu systemach oraz nie gwarantuje zachowania całkowitej ich spójności. Taka sytuacja właśnie obecnie ma miejsce i celem Zamawiającego jest jej wyeliminowanie, gdyż zмага się z usterkami technicznymi. Natomiast propozycja FI utrwała istniejący, niekorzystny stan rzeczy, co jest nie do przyjęcia z technicznego punktu widzenia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewłaściwego oszacowania wariantu „c” i powołania się przez FI własną propozycję (opisaną w załączniku nr 4 do odwołania), Zamawiający zauważył, że nie są to warianty tożsame, gdyż FI proponuje pozostawić system SZarP w obecnym stanie, a zmodyfikować jedynie systemy, których jest producentem. Natomiast rozwiązanie rozważane w ramach wariantu „c” polega na rozbudowie systemu Wideoteka o procesy realizowane obecnie przez system SZarP, a nie na komunikacji poprzez interfejsy. Zamawiający wyjaśnił, że realizacja tego rozwiązania jest hipotetycznie możliwa, ale nadmiernie ryzykowna.

Według Zamawiającego przy rozpatrywaniu tego wariantu należy wziąć pod uwagę, że procesy realizowane poprzez system SZarP należą do najbardziej krytycznych i kluczowych, gdyż za pomocą tego systemu planowane są wszystkie ramówki, które następnie poprzez interfejsy są przekazywane do systemów emisyjnych. Ponadto System SZarP wymienia dane z systemem do planowania reklam SOBR, system SAP ERP i hurtownią danych. Jakikolwiek zaburzenie w działaniu tego systemu przekłada się na problemy w emisji programów, co w rezultacie może powodować straty rzędu milionów złotych za każdy dzień błędnej pracy. W związku z tym ewentualne zastąpienie tego systemu innym jest projektem wysokiego ryzyka.

Zamawiający wskazał, że szacowania kosztów wytworzenia systemu o określonej funkcjonalności można dokonać dwiema metodami: po pierwsze – przez porównanie do istniejącego rozwiązania lub wdrożenia, po drugie – przez analizę procesów. Ponieważ Zamawiający posiada system SZarP, który obecnie te procesy realizuje, na podstawie kosztów realizacji tego systemu można przyjąć, że realizacja nowego będzie kosztowała porównywalnie. Zamawiający dodał, że dysponuje ponadto szacunkami dotyczącymi zakupu podobnego systemu od uznanego dostawcy w tym obszarze, który wycenił koszt wdrożenia systemu pokrywającego funkcjonalnością system SZarP na kwotę porównywalną do oszacowania przez Zamawiającego wariantu „c”, tj. około 9 mln zł. Do czego należy dodać koszt modułu do zarządzania i ewidencji nośników.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zauważył, że Odwołujący, pomimo wieloletniej współpracy z TVP, nie ma doświadczenia w zakresie systemów do planowania

ramówki, gdyż specjalizuje się w systemach wspierających prace archiwów. Zamawiający wyjaśnił, że nie pozyskiwał od FI oszacowania dotyczącego ewentualnej rozbudowy systemu Wideoteka o procesy obsługiwane przez system SZarP, gdyż FI nie prowadziła analiz procesów związanych z planowaniem ramówek dla TVP. Zamawiającemu nie są też znane żadne systemy do planowania ramówek stworzone i wdrożone przez Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że wobec tego potwierdza prawidłowe oszacowanie kosztów wariantu „c”, gdyż oparł się w tym zakresie o metodologię powszechnie stosowaną w tego typu przypadkach. Wszelkie koszty poniesione na stworzenie systemu SZarP są udokumentowane i stanowią podstawę do sporządzenia szacunków.

Odnosnie zarzutu nieuwzględnienia przy szacowaniu kosztów poszczególnych wariantów kosztów migracji wszystkich baz, Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamierza nabyć moduł, do którego w następnych etapach będą migrowane dane z pozostałych systemów zawierających bazy danych. Dla Zamawiającego najważniejsza i najpilniejsza jest konsolidacja bazy danych ZDP systemu SZarP i bazy danych Wideoteka i prace te zostały uwzględnione w zakresie przedmiotowego zamówienia. Ewentualne dalsze prace migracyjne Zamawiający zamierza przeprowadzić we własnym zakresie lub organizując przetargi nieograniczone, gdyż nie będzie to wymagało modyfikacji systemów do których nie posiada praw autorskich. Zatem nie ma tutaj miejsca, zarzucane przez Odwołującego, niedozwolone dzielenie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego nie jest także prawdą twierdzenie, że kalkulacja opisana w załączniku nr 4 do Odwołania zawierała kompleksowe rozwiązanie, gdyż nie obejmowała kosztów dostosowania bazy danych ZDP systemu SZarP i migracji baz danych oddziałów terenowych. W związku z tym trudno mówić o kompleksowym traktowaniu przedsięwzięcia w sytuacji, kiedy większa część obszaru prac nie została ujęta.

Odnosnie braku prezentacji projektu rozwiązania, Zamawiający wskazał, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest projekt rozwiązania technicznego. Nie można zatem prezentować czegoś, co nie zostało jeszcze wykonane i co właśnie w ramach zamówienia Zamawiający chce nabyć.

Zamawiający podniósł, że wariant „c” – z uwagi na wyłączne prawa autorskie do kodu źródłowego przysługujące FI – również musiałby być realizowany w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przyjęcie tego wariantu nie spowoduje, że Zamawiający będzie mógł dokonać rozbudowy systemu w przetargu nieograniczonym. W ocenie Zamawiającego z tego samego powodu również wariant zaproponowany przez Odwołującego prowadzi do udzielenia jemu zamówienia w trybie z wolnej ręki. Tym samym proponowane przez Odwołującego rozwiązanie, nie dość że wadliwe z technicznego punktu widzenia, jest niekonkurencyjne.

W odniesieniu do informacji zawartych w uzupełnieniu do odwołania, Zamawiający

ponownie stwierdził, że przedmiot zamówienia opisany w załączniku nr 4 do odwołania i przedmiot zamówienia, który Zamawiający zamierza nabyć są czymś innym z uwagi na założony cel w postaci uzyskania jednej bazy zawierającej informację o audycjach, aby wyeliminować dublowanie i niespójność danych w zakresie informacji opisujących audycje. W sytuacji użytkowania dwóch systemów, do których Zamawiający nie posiada praw autorskich pozwalających na ich modyfikację, cel ten można zrealizować jedynie poprzez rezygnację z jednego systemu i rozbudowę drugiego.

Zdaniem Zamawiającego celu tego nie da się zrealizować w trybie konkurencyjnym, gdyż obie firmy musiałyby udzielić zgody dotyczącej dowolnej modyfikacji oprogramowania oraz przekazać udokumentowany kod źródłowy, co jest sytuacją nieprawdopodobną, ponieważ obie wyrażają w tym zakresie stanowisko jednoznacznie negatywne.

Zamawiający wskazał, że w chwili powstania obu systemów niemożliwe było przewidzenie przyszłych przepisów i ich interpretacji, szczególnie w zakresie pełnej swobody dysponowania kodem źródłowym. Zamawiający nie mógł dostosować postanowień zawartych wtedy umów do stanu prawnego i orzecznictwa, jakie istnieją prawie dwadzieścia lat później.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników przedmiotowego postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, dalszym piśmie Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, przeprowadzając dowody z tej dokumentacji w następującym zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex-ante opublikowane 4 listopada 2014 r., ogłoszenie o zmianie tego ogłoszenia opublikowane 11 listopada 2014 r., pismo FI

do Zamawiającego z 1 września 2014 r. pn. *Informacja o możliwej ofercie*, dokumenty Zamawiającego: pn. *Analiza przedwdrożeniowa systemu obsługującego procesy w Wideotece ODiZP*, oszacowanie wartości zamówienia z 15 października 2014 r., zaproszenie Oracle do negocjacji z 29 października 2014 r.

Izba odmówiła natomiast przeprowadzenia dowodów wnioskowanych w dalszym piśmie Odwołującego: po pierwsze – dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki (oprogramowania komputerowego), na okoliczność ustalenia faktycznego istnienia przesłanek z art. 67 lit. a i b ustawy pzp, po drugie – dowodu z przesłuchania stron na okoliczność ustalenia istnienia przesłanek wykonania zamówienia bez konieczności ochrony praw wyłącznych, w sposób im równoważny, przez więcej niż jednego Wykonawcę. Izba stwierdziła, że w pierwszym przypadku teza dowodowa nie została należycie sprecyzowana, gdyż nie może stanowić przedmiot opinii biegłego cały zakres rozpoznania w sprawie, a ewentualnie konkretne kwestie szczegółowe dotyczące ustalenia elementów stanu faktycznego, które wymagają wiadomości specjalnych. Również druga teza dowodowa jest nazbyt ogólna, a ponadto nie przystaje do zarzutu zawartego w odwołaniu.

Izba odmówiła również przeprowadzenia zawnioskowanych przez Odwołującego na rozprawie dowodów z zeznań stron i opinii biegłego na następująco sprecyzowane okoliczności: po pierwsze, czy Odwołujący posiada zaplecze technologiczne, aby móc rozbudować za pomocą systemu Wideoteka funkcjonalność systemu SZarP; po drugie – czy realizacja zamówienia w sposób określony w przedmiocie zamówienia prowadzi do rozbudowy systemu SZarP, czy w gruncie rzeczy do budowy nowego systemu od podstaw. Izba stwierdziła, że również w tym przypadku obie tezy pozostają bez związku z zarzutem zawartym w odwołaniu. W szczególności w odwołaniu brak jest zarzutu, że Zamawiający spośród wariantów opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu realizuje wariant „a”, a nie wariant „b”. Ponadto niesporne w sprawie było, że z kolei wariant „c” mógłby zrealizować wyłącznie Odwołujący.

Reasumując Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę zakres kognicji wynikający z zarzutu zawartego w odwołaniu, rozpoznanie sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych, a zgłoszone dowody należy uznać za powołane jedynie dla zwłoki. Ponadto zgłoszone wnioski dowodowe zmierzają do zastąpienia braku inicjatywy dowodowej Odwołującego, który nawet nie próbował, zarówno przed, jak i po wniesieniu odwołania, zapoznać się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia, która była dostępna i jawna.

Izba ustaliła, że Zamawiający zaprosił Przystępującego do negocjacji, które jeszcze się nie odbyły.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby nie można odmówić Odwołującemu takiej legitymacji, gdyż wniósł odwołanie od wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, co pozbawia go możliwości ubiegania się o jego udzielenie, a tym samym naraża na szkodę.

Izba – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp rozpatrując odwołanie w granicach zawartych w nim zarzutów – stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, c) w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Przy czym wystarczające jest zaistnienie jednej z przesłanek opisanych w lit. a – b.

Choć w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powołał się zarówno na lit. a, jak i lit. b pkt 1 ust. 1 art. 67 pzp, w uzasadnieniu wyboru trybu opisał przede wszystkim okoliczności związane z przysługującymi Przystępującemu wyłącznymi autorskimi prawami majątkowymi do kodu źródłowego systemu informatycznego pn. System Zarządzania Programem, nazywany też w skrócie „SZarP” *{służący do planowania ramowego, krótkoterminowego oraz wspierania sprawozdawczości emisyjnej}*, wg definicji z pkt 8 załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia załączonego do zaproszenia do negocjacji}, który zamierza rozbudować o procesy aktualnie realizowane przez system autorstwa Odwołującego pn. Wideoteka. Przy czym system SZarP obejmuje w szczególności zbiór danych podstawowych o audycjach telewizyjnych {zwany w skrócie „ZDP”}, natomiast system Wideoteka obejmuje bazy danych opisujących audycje związane z zarządzaniem nośnikami, na których są one zapisane.

W sprawie niesporne było, że w przypadku obu ww. systemów wyłączne prawa autorskie do nich przysługują odpowiednio Przystępującemu i Odwołującemu, przy czym temu ostatniemu przysługują ponadto takie prawa do innych, mniejszych funkcjonujących w TVP systemów służących do przechowywania informacji o audycjach. Niesporne było również, że oba systemy oparte są na odmiennej platformie systemowej, przy czym wszystkie systemy zrealizowane przez Odwołującego działają na platformie Cuadra Star

Izba stwierdziła ponadto, że w odwołaniu nie zostały zakwestionowane następujące

okoliczności powołane w ogłoszeniu z 4 listopada 2014 r. dla uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Po pierwsze – istnienie aktualnie niepożądanego stanu rzeczy, w którym *poszczególne systemy przechowują całość lub część informacji o określonej audycji lub powielają jej część, co w rezultacie prowadzi do powstania wielu niespójności w jednym z najbardziej kluczowym dla działalności TVP S.A. obszarze. Rozproszony charakter przechowywanych danych powoduje szereg krytycznych problemów: brak możliwości dokładnego oszacowania części majątku posiadanego w postaci praw do audycji, informacje o audycji różnią się od siebie w zależności od tego z którego systemu pochodzą, brak możliwości wyszukania wszystkich materiałów według zadanego kryterium, duże prawdopodobieństwo przekazania błędnych danych o majątku będącym własnością Narodowego Archiwum Cyfrowego.*

Po drugie – uzasadniona potrzeba Zamawiającego stworzenia *jednego autorytarnego źródła danych o audycjach będących w dyspozycji Telewizji Polskiej S.A.*, a także cele, jakie w związku z tym musi spełniać taki system: *po pierwsze – informacja o audycji musi być przechowywana w jednolity sposób w fizycznie jednym środowisku bazodanowym, po drugie – dane o audycji mają być przechowywane w sposób gwarantujący ich całkowita spójność, po trzecie – każda modyfikacja informacji o audycji musi być realizowana w projektowanym systemie.*

Zamawiający w ogłoszeniu powołał się na to, że w wyniku przeprowadzonych analiz stwierdził, że możliwe są trzy scenariusze realizacji tak określonego celu: *wariant „a” – budowa od podstaw nowego systemu do realizacji procesów planowania i przygotowania emisji wraz z możliwością zarządzania nośnikami i dokumentowania archiwalnych audycji, wariant „b” – system SZarP zostanie rozbudowany o możliwość zarządzania nośnikami i dokumentowania archiwalnych audycji, wariant „c” – system wideoteka zostanie rozbudowany o funkcjonalności związane z obsługą procesów planowania i przygotowania emisji.*

Ponadto na etapie analizy przedwdrożeniowej Zamawiający rozważał jeszcze inny wariant: *rozbudowa systemu Cuadra Star, polegająca na modyfikacji schematu metadanych, modyfikacji i dostosowaniach w systemie SZarP oraz przygotowaniu połączeń międzysystemowych {tzw. wariant „3” w Analizie przedwdrożeniowej...}, który został odrzucony na etapie analizy przedwdrożeniowej, z uwagi na nieosiągnięcie celu w postaci jednolitej bazy danych.*

Z kolei Odwołując proponował Zamawiającemu w swoim piśmie z 1 września 2014 r. {załącznik nr 4 do odwołania} *zintegrowanie wszystkich odrębnych systemów {w tym Wideoteki} jego autorstwa oraz bazy ZDP systemu SZarP do jednej bazy, z zachowaniem*

autonomiczności dotychczasowych zastosowań oraz wymagań właścicieli biznesowych danych. Ponadto w treści tego pisma znalazło się również stwierdzenie, że dla dalszego obniżenia kosztów należałoby rozpatrzyć przejęcie całej funkcjonalności systemu SZarP.

Izba zważyła, że ponieważ żadne szczegóły w zakresie owego przejęcia nie zostały podane, a zostało ono zaproponowane niejako dodatkowo, nie wiadomo do czego dokładnie odnosi się zapewnienie, że *ewentualna oferta będzie zawsze 30% tańsza od ofert realizacji porównywalnych rozwiązań.* Przede wszystkim takie uczynione z góry zapewnienie nie stanowi żadnej konkretnej kalkulacji, a swoistą deklarację przebiccia każdej konkurencyjnej oferty.

Tym niemniej w ocenie Izby, wbrew stanowisku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, skoro propozycja ta, abstrahując od jej technicznej wykonalności, obejmowała stworzenie jednej bazy danych, a także przejęcie funkcjonalności systemu SZarP, odpowiada ona raczej wariantowi „c” opisanemu w ogłoszeniu o zamówieniu, a nie wariantowi trzeciemu z analizy przedwdrożeniowej. Różnica przejawia się w tym, że o ile Fi deklarowało integrację systemów i danych nie tylko z Wideoteki, podczas gdy nie jest to objęte zakresem zamówienia rozważanego i planowanego do udzielenia, gdyż nie stanowi pierwszorzędnej potrzeby Zamawiającego. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zadeklarował ponadto, że migracja danych z pozostałych systemów autorstwa FI będzie w przyszłości przedmiotem zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Natomiast w świetle odwołania sporny jest koszt i ryzyko przypisane przez Zamawiającego realizacji wariantu zakładającego rozbudowę systemu na platformie systemu Cuadra Star, czyli rozbudowę systemu Wideoteka o funkcjonalności związane z obsługą procesów planowania i przygotowania audycji, realizowane aktualnie w systemie SZarP. Ustalenia poczynione przez Zamawiającego zostały zakwestionowane, gdyż choć wariant „c” – jak sam oświadczył Odwołujący – *dotyczy rozwiązania, które mogłoby być zrealizowane jedynie przez Fi Spółka z o.o. jako właściciela kodu i wszelkich praw autorskich do wymienionego systemu Wideoteka,* nie były z nim prowadzone żadne rozmowy w tym przedmiocie.

Izba zważyła, że w istocie spór wywołany odwołaniem nie dotyczy kwestii możliwości otwarcia postępowania o udzielenie zamówienia na konkurencję, ale tego, czy Zamawiający prawidłowo oszacował, że biorąc pod uwagę koszt i ryzyko realizacji towarzyszące trzem rozważanym wariantom osiągnięcia założonego celu, uzasadnione jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki Przystępującemu, a nie Odwołującemu. Odwołujący zmierza do tego, aby Zamawiający ponownie rozważył wariant „c” z ogłoszenia o zamówieniu. Izba podziela stanowisko, że w tym przypadku zachodzi pozorna konkurencja dwóch zamówień z wolnej ręki, gdyż każde z nich dotyczy odrębnego przedmiotu zamówienia. Niesporne jest

nie tylko, że każdy z tych wariantów związany jest z przysługiwaniem wyłącznych praw autorskich innemu podmiotowi, ale że dotyczy zupełnie odmiennego scenariusza. Jak trafnie podniósł Zamawiający, w sytuacji użytkowania przez niego dwóch systemów, do których nie posiada praw autorskich pozwalających na ich modyfikację, cel ten można zrealizować jedynie poprzez rezygnację z jednego systemu i rozbudowę drugiego. Nie oznacza to jednak, że warianty te stanowią ten sam przedmiot zamówienia. Warto zauważyć, że w przypadku zamówienia z wolnej ręki w zasadzie nie obowiązują reguły opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 pzp. Odwołujący chce narzucić Zamawiającemu co powinien i co mu się opłaca kupić, rzekomo kwestionując tryb w jakim należy przeprowadzić postępowanie. Tymczasem ocena racjonalności decyzji gospodarczych Zamawiającego, przejawiających się wyborze tego a nie innego wariantu, spośród których każdy oznacza udzielenie zamówienia z wolnej ręki, nie leży w gestii Izby.

Co prawda, Odwołujący zwłaszcza na późniejszym etapie {w tzw. uzupełnieniu odwołania i na rozprawie} powołał się na szereg ze wszech miar słusznych wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, jednak bez odniesienia się do okoliczności tej sprawy. Skoro nie zostało zakwestionowane w odwołaniu, że Zamawiający nie ma potrzeby budowy od podstaw nowego systemu służącego do przechowywania danych o audycjach, a jedynie, czy optymalny jest dokonany przez Zamawiającego wybór spośród pozostałych dwóch wariantów, oderwane od tego stanu rzeczy jest późniejsze podnoszenie braku rozważenia przez Zamawiającego istnienia rozwiązań równoważnych. Odwołujący nie sprecyzował przecież żadnego innego wariantu niż zakładającego udzielenie jemu zamówienia wg propozycji zgłoszonej Zamawiającemu 1 września 2014 r. O ile Zamawiający szczegółowo opisał uwarunkowania związane z wyborem określonego wariantu, o tyle Odwołujący ogólnikowo powoływał się na istnienie rozwiązań równoważnych, których *de facto* nie wskazuje, zamiast tego domagając się bezpodstawnie, aby uczynił to biegły. W rzeczywistości jedyne rozwiązanie równoważne, jakie Odwołujący proponował w toku postępowania odwoławczego, stanowi udzielenie zamówienia Odwołującemu na rozbudowę systemu Wideoteka, który Zamawiający zdecydował się porzucić.

Ponadto Odwołujący, poza powołaniem się na wypowiedzi orzecznictwa, nawet nie próbował wykazać, że w okolicznościach tej sprawy udzielenie zamówienia z wolnej ręki stanowi obejście art. 10 pzp, ustanawiającego prymat przetargu nieograniczonego i ograniczonego jako trybów podstawowych, polegające na tym, że Zamawiający udzielił w przeszłości zamówienia na system SZarP, bez zapewnienia sobie praw do kodu źródłowego na modyfikacje systemu objęte aktualnie prowadzonym systemem, aby następnie udzielić z wolnej ręki zamówienia z powołaniem się na wyłączne prawa autorskie. Odwołujący nawet nie zadał sobie trudu do odniesienia się do wyliczeń kosztów

poniesionych dotychczas na budowę systemu SZarP, gdyż nie próbował nawet zapoznać się z analizą przedwdrożeniową sporządzoną przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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) – obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: