

Sygn. akt: KIO 2588/11

WYROK

z dnia 20 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **RESPOL Sp. z o.o., ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **RESPOL Sp. z o.o., ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **RESPOL Sp. z o.o., ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **RESPOL Sp. z o.o., ul. Baśniowa 3, 02-349 Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze 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

Komenda Główna Policji w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę systemu obsługi centrum Zapasowego Jednostki Centralnej AFIS”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 25 listopada 2011 r. pod nr 2011/S 227-368327.

W postępowaniu tym wykonawca RESPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 grudnia 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu publikacji ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, tj. w dniu 25 listopada 2011 r.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ustawy Pzp, nakazującym, aby zamówienie było czytelne i wyczerpująco opisane, oraz aby pozwalało wykonawcy na sporządzenie oferty – tj., aby pozwalało m.in. ocenić / oszacować koszty. Wobec powyższego *a contrario* przepis ten zabrania stosowania / udzielania ogłaszania zamówień warunkowych – tj. opisanych niewyczerpująco i niejasno, niepozwalających oszacować kosztów, a tym samym niepozwalających na rzetelne sporządzenie oferty przez wykonawcę. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu dochodzi do składania przez Zamawiającego zamówienia warunkowego, jako że wykonawcy nie wiedzą czy Zamawiający posiada licencje / wyraźne uprawnienie producenta systemu AFIS MetaMerpho do tego, aby móc ingerować w struktury plików w/w systemu celem realizacji zamówienia. Brak powyższych informacji, jak również brak szerszych informacji o specyfice systemu – zdaniem Odwołującego - uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyka oraz kosztów wykonania zamówienia i czasu,

potrzebnych do realizacji zamówienia. Zamawiający nie może składać zamówienia bez właściwego opisu, lub z opisem niejasnym, który może wprowadzać wykonawców w błąd, co do przebiegu jego realizacji. To z kolei prowadzi do niemożliwości przygotowania rzetelnej i bezpiecznej oferty tak dla Zamawiającego, jak i wykonawcy, co stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp;

- 2) art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 387 ustawy Kodeks cywilny, tj. dokonanie zamówienia niemożliwego do wykonania w terminie i na warunkach określonych w zamówieniu;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, jako że powyższe dowodzić może tylko temu, że jeden z przystępujących wykonawców wiedział / musiał wiedzieć o w/w zamówieniu wcześniej i przygotował się / mógł się przygotować do wykonania tego zamówienia w terminie podanym przez Zamawiającego, który to termin obiektywnie jest niemożliwy do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zatem w swoim odwołaniu wskazał na zaniechania i czynności Zamawiającego, które uzasadniają wniesienie odwołania z powodu:

- 1) niezachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;
- 2) złożenie / ogłoszenie zamówienia niemożliwego do wykonania, co z mocy prawa skutkuje nieważnością tego zamówienia;
- 3) nieopisanie wyczerpująco i niejasno zamówienia, co nie pozwala oszacować kosztów wykonawcy, a tym samym nie pozwala na rzetelne sporządzenie oferty przez wykonawcę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenie obecnego SIWZ dla niniejszego zamówienia i sporządzenie nowej SIWZ zastępującą obecną, która uwzględni wskazane zarzuty, tj. m.in. nakazanie Zamawiającemu ustalenie nowych dłuższych o co najmniej 6 miesięcy terminów wykonania tego zamówienia oraz nakazanie Zamawiającemu uprzednie wyjaśnienie, czy posiada zgody / licencje do ingerencji w system bazowy, którym jest AFIS MetaMorpho w 4.0;

ewentualnie

- 2) co najmniej nakazanie Zamawiającego zmiany terminów co do wykonania przedmiotu zamówienia, poprzez przedłużenie obecnego terminu o przynajmniej kolejne 6 miesięcy;

- 3) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia przetargu z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopuścił się szeregu naruszeń, które prowadzą do naruszenia nie tylko zasady konkurencji i przejrzystości postępowania, lecz również prowadzą do zagrożenia odpowiedzialnością odszkodowawczą i karną z tytułu ewentualnego naruszenia majątkowych praw autorskich autora / uprawnionego do systemu bazowego (AFIS MetaMorpho w 4.0), który miał współdziałać automatycznie z zamówionym systemem zapasowym. Ze względu na te błędy przetarg powinien zostać unieważniony lub co najmniej powinno się wprowadzić szereg zmian, w tym m.in. tych, o które wnioskuje Odwołujący. Postępowanie Zamawiającego – według Odwołującego – stanowi złamanie fundamentalnych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że zrealizowanie w/w zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest możliwe tylko przez podmiot, który dużo wcześniej wiedział o takim zamówieniu, bowiem czas potrzebny do zrealizowania tego zamówienia jest o wiele dłuższy niż ten, który wskazał Zamawiający.

Zamawiający – zdaniem Odwołującego – powinien wskazać wyczerpujące informacje na temat zamówienia, w tym nie powinien ukrywać niebezpieczeństw dodatkowych kosztów, wydłużania terminu realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naliczenia i obciążenia wykonawcy karami umownymi a nawet upadkiem całego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wyjaśnił czy posiada licencję od uprawnionego podmiotu, aby ingerować w strukturę systemu bazowego AFIS MetaMorpho w. 4.0, a zatem wykonawca nie wie, czy w ogóle zamówienie będzie mogło być zrealizowane. Wykonawca nie wie, czy Zamawiający jest w trakcie rozmów z uprawnionym podmiotem o uzyskanie od niego licencji / zgody na ingerencję w system / strukturę plików i czy w ogóle rozpoczął w tym kierunku rozmowy. Powyższe – w ocenie Odwołującego – świadczy o tym, że Zamawiający złożył zamówienie warunkowe. Według niego wykonawca będzie mógł zrealizować zamówienie zgodnie z prawem, dopiero gdy Zamawiający będzie posiadał zgodę / licencję na ingerencję w strukturę systemu AFIS MetaMorpho w. 4.0. Jako dowód w sprawie przedłożył tutaj kopię umowy na upgrade automatycznego systemu identyfikacji daktyloskopijnej AFIS MetaMorpho do wersji 4.0 (umowa nr 159/BŁil/BBłil/09/AS/FA z dnia 19 listopada 2009 r. rozdział 9.

Odwołujący powołał się na art. 41 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym uprawnienia podmiotu nabywającego prawa autorskie / licencję wyraźnie i konkretnie określa katalog pól eksploatacji w umowie / licencji, którą posiada ten podmiot. Wskazał, że pola eksploatacji są szczegółowo opisane w takiej umowie i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Jeśli więc wśród tych pól nie ma uprawnienia do ingerowania w strukturę Systemu AFIS MetaMorpho 4.0 to występując z takim zamówieniem i realizując je wykonawca i Zamawiający dopuszcza się co najmniej nieprawidłowości i naraża siebie i wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą.

Odwołujący przywołał zapisy art. 29 ustawy Pzp nakazującego czytelne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie powołał się także na orzecznictwo KIO.

Wskazując na dyspozycję art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 387 Kc podniósł, że opisane przez Zamawiającego zamówienie jest niemożliwe do wykonania w żądanym przez Zamawiającego terminie. Podkreślił, że nie sposób zrealizować zamówienia w tak krótkim czasie ze względu na ogrom zadań do wykonania wraz z migracją danych z systemu AFIS MetaMorpho 4.0 i fakt, że dla prawidłowości realizacji zamówienia należy wykonać obligatoryjnie szereg testów z systemami / zgodnością systemów UE. Podkreślił, że mniej skomplikowany i rozległy system dwa lata wcześniej został zakupiony przez tego samego Zamawiającego z realnym terminem realizacji siedmiu miesięcy. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył dokument z realizacji wdrożenia systemu, celem wykazania rzeczywistego czasu ich wykonania (harmonogram realizacji uzgodniony i zaakceptowany przez Zamawiającego z dokumentu: Plan Wdrożenia Projektu dla Centralnego laboratorium Kryminalistycznego Komendy Głównej Policji do umowy nr 159/BŁil/BŁil/09/AS/FA z dnia 19 listopada 2009 r. strony: 2-2, 2-3 i 4-1.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które – w jego ocenie – uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Powyższe w dostateczny sposób potwierdza wykazanie się przez Odwołującego interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesieniem w tym zakresie potencjalnej szkody, co z kolei wskazuje na wypełnienie materialno prawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak jest podstaw do negowania interesu w złożeniu odwołania przez podmiot, który nie złożył oferty we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam przedmiot zamówienia, które to postępowanie zostało unieważnione z powodu braku ważnych ofert. Interes w złożeniu środka ochrony prawnej rozpatrywany jest w kontekście możliwości uzyskania danego, konkretnego zamówienia, którego dotyczy złożone odwołanie. Takie potencjalne możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu i uzyskania przedmiotowego zamówienia Odwołujący posiada. Z tych też względów Izba nie znalazła podstaw do oddalenia odwołania tylko z powodu braku interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia.

Powyższe - biorąc pod uwagę wniosek złożony w tym zakresie przez Zamawiającego w toku posiedzenia z udziałem stron – nie mogło być także podstawą odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując w SIWZ, że przedmiotem zamówienia jest dostawa Systemu Obsługi Centrum Zapasowego Jednostki Centralnej AFIS (pkt IV SIWZ). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 4 do SIWZ, tj. w Istotnych Postanowieniach Umowy. Zgodnie z pkt V SIWZ Zamawiający wskazał na termin realizacji zamówienia poprzez podanie konkretnej daty: 15 marca 2010 r. W Istotnych Postanowieniach Umowy Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia (umowy) jest budowa, konfiguracja i wdrożenie Systemu Obsługi Centrum Zapasowego Jednostki Centralnej AFIS (§ 2 ust. 1). W § 1 postanowień umownych zdefiniował pojęcia: „Systemu AFIS” (system Automatycznej Identyfikacji Daktyloskopijnej AFIS MetaMorpho wer. 4.0 użytkowany przez policję) i „System” (system obsługi Centrum Zapasowego AFIS, udostępniający funkcjonalność Systemu AFIS, związaną z wprowadzaniem, przetwarzaniem,

wyszukiwaniem, porównywaniem i kolekcjonowaniem w bazie AFIS obrazów śladów linii papilarnych i kart daktyloskopijnych wraz z oprogramowaniem do automatycznej międzynarodowej wymiany danych daktyloskopijnych pomiędzy Jednostką Centralną AFIS, a systemami AFIS poszczególnych państw członkowskich UE w ramach realizacji Decyzji Rady UE 2008/615/WSiSW implementującej postanowienia Traktatu z Pruem) oraz „*Interfejs Użytkownik Pruem*” (moduł aplikacji pozwalający na zadawanie zapytań za pomocą Systemu oraz weryfikację otrzymanych odpowiedzi w poszukiwaniach międzynarodowych, a także podejmowanie decyzji o możliwości przekroczenia dziennych limitów przeszukań dla poszczególnych PC UE).

W załączniku nr 1 do Istotnych Postanowień Umowy („*Opis przedmiotu zamówienia*”) wskazano, że powstały w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia System musi współdziałać z istniejącym w Policji system automatycznej identyfikacji daktyloskopijnej AFIS MetaMorpho w. 4.0, z którego dane, w przypadku wprowadzania nowych bądź modyfikacji istniejących informacji, muszą być automatycznie przenoszone do oferowanego systemu. Nowo powstały system musi natomiast pracować na własnej, odrębnie utworzonej kopii danych opartej o dane z obecnie funkcjonującego w Policji Systemu AFIS.

W załączniku nr 3 do Istotnych Postanowień Umowy opisano wymagania dotyczące licencji w zakresie zamawianego w postępowaniu systemu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszeń przepisów ustawy Pzp przy opisie przedmiotu zamówienia wskazanych w odwołaniu.

Co do kwestii niejasnego opisu przedmiotu zamówienia w kontekście braku informacji w dokumentacji przetargowej odnośnie praw autorskich / licencji do Systemu AFIS Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie określonych, szczegółowych funkcjonalności, które ma realizować zamawiany system (Załącznik nr 1 do Istotnych Postanowień Umowy). Tych technicznych wymogów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący nie kwestionuje. W ocenie Izby opis tych technicznych funkcjonalności zamawianego systemu jest szczegółowy na tyle, że możliwa jest dla profesjonalnego i specjalistycznego podmiotu realizacja niniejszego zamówienia na co najmniej poprawnym poziomie. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika także, że przedmiotem tym nie jest objęta modyfikacji funkcjonującego już systemu AFIS, lecz dostawa nowego systemu, który będzie stanowił centrum zapasowe do istniejącego systemu AFIS. W wyniku realizacji niniejszego zamówienia niezbędne zatem będzie przygotowanie interfejsu, za pomocą którego będzie możliwe automatyczne przenoszenie danych

z systemu AFIS do nowego systemu, stanowiącego centrum zapasowe do systemu AFIS. Wedle oświadczeń Zamawiającego nie będzie w tym zakresie wymagane przeniesienie praw autorskich dostawcy systemu AFIS. Przenoszenie danych z systemu AFIS do nowego systemu (centrum zapasowego) nie wymaga przeniesienia praw autorskich do systemu AFIS. Istotne jest w tym względzie także to, że regulacje ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. t.j. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) pozwalają na podejmowanie pewnego rodzaju działań względem programów komputerowych bez zgody uprawnionego (art. 74 i 74 wskazanej ustawy).

Odwołujący powołuje się na postanowienia umowy z dnia 19 listopada 2009 r., którą Odwołujący zawarł z Zamawiającym na upgrade systemu AFIS do wersji 4.0. Odwołujący powołuje postanowienia § 9 tej umowy. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że przedmiotem tej umowy była modyfikacja systemu AFIS w zakresie podniesienia go do wersji 4.0, a nie stworzenie tego systemu od początku. Zgodnie z przywołanymi postanowieniami § 9 tej umowy Zamawiającemu została udzielona licencja, która – zgodnie z § 9 ust. 4 lit. b i c tej umowy - uprawnia Zamawiającego do korzystania z oprogramowania na takich polach eksploatacji, jak: wykorzystywanie Oprogramowania w celu zbierania, przesyłania i udostępniania i usuwania danych, a także sporządzania kopii zapasowej oprogramowania. Powyższe – przywołane przez Odwołującego - postanowienia umowy w żaden sposób nie wskazują na niemożność posługiwania się określonym oprogramowaniem przez Zamawiającego, nie wskazują też w żaden sposób na konieczność dysponowania prawami autorskimi do oprogramowania AFIS przez Zamawiającego w związku z aktualnie prowadzonym postępowaniem na stworzenie kopii zapasowej tego systemu wraz z dodatkowym modułem w tej kopii zapasowej (moduł Pruem).

Co do kwestii terminu realizacji niniejszego zamówienia publicznego i podniesionego w związku z tym zarzutu niemożliwego świadczenia Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie podniesione w odwołaniu, a także argumentacja zaprezentowana w toku rozprawy przez Odwołującego, nie pozwalają na uznanie, że przyjęty w tym postępowaniu termin realizacji zamówienia czyni wykonanie tego zamówienia obiektywnie niemożliwym. Odwołującym wskazywał w tym zakresie na wcześniejsze, wyznaczone przez Zamawiającego terminy realizacji fragmentu niniejszego zamówienia (moduł Pruem). Wskazywał na prowadzone w tym zakresie w lutym bieżącego roku z Odwołującym negocjacje na wykonanie tej części zamówienia, których wynikiem było ustalenie 5 miesięcy czasu na realizację tego przedmiotu zamówienia (przyjęta data końcowa realizacji zamówienia: do dnia 31 lipca 2011 r.). Odwołujący wskazywał także na wszczęcie przez Zamawiającego na identyczny co w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia, gdzie wskazano 4 miesięczny okres realizacji tego zamówienia. Postępowanie to - wszczęte przez Zamawiającego

w październiku bieżącego roku – zostało unieważnione z powodu braku ważnych ofert. Odwołujący przez powyższe wykazywał, że aktualnie prowadzone przez Zamawiającego kolejne postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia, wskazuje na wyznaczenie jeszcze krótszego terminu realizacji zamówienia, tj. 2 miesiące, co potwierdza nierealność tego terminu. Odwołujący wskazywał także, że wcześniejszy system, do którego powstaje aktualnie centrum zapasowe AFIS było realizowane przez firmę RESPOL przez okres 9 miesięcy.

W ocenie Izby powyższa argumentacja Odwołującego nie wskazuje na nierealność aktualnie przyjętego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia tylko co najwyżej na to, że wcześniej określone przez Zamawiającego terminy były dłuższe. Zamawiający jednak w toku rozprawy przedstawił wiarygodną argumentację o konieczności przygotowania przedmiotu zamówienia – zgodnie ze zobowiązaniami międzynarodowymi Rzeczypospolitej Polskiej – do 15 marca 2012 r. Tej okoliczności Odwołujący w zasadzie nie zaprzeczył, wskazując jedynie, że inne państwa europejskie nie są także przygotowane do wdrożenia u siebie wskazanych systemów informatycznych, dlatego też możliwe będzie prawdopodobnie przesunięcie tego terminu. Powyższa argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Okoliczność, iż inne państwa członkowie nie wywiązują się ze swoich zobowiązań co pozwala także Polsce na taki sam sposób działania, nie mogła być w żaden sposób przyjęta przez Izbę. Zamawiający w postanowieniach SIWZ przyjął termin realizacji zamówienia wynikający ze zobowiązań międzynarodowych państwa polskiego. To, że wcześniej wszczywał on postępowania, w których przewidywał *de facto* dłuższy okres realizacji zamówienia wynikało z możliwości czasowych Zamawiającego adekwatnych do wcześniejszego okresu i tym samym dłuższego terminu na realizację owych zobowiązań międzynarodowych. Odwołujący tymczasem nie udowodnił w żaden sposób, że nie jest możliwe przygotowanie kopii istniejącego już systemu informatycznego w czasie, który wynika ze wskazanych zobowiązań międzynarodowych. Odwołujący nie wykazał skomplikowanego charakteru przedmiotu zamówienia, konieczności podejmowania określonego rodzaju działań przy jego utworzeniu, które wymagałyby określonej rozpiętości czasowej poza końcowy termin realizacji zamówienia przewidziany przez Zamawiającego. To, że Odwołujący w dłuższym czasie przygotowywał podobne rozwiązanie dla Zamawiającego nie może świadczyć o niemożliwości aktualnego świadczenia. Z tych też względów odnośnie się do przedłożonego przez Odwołującego harmonogramu realizacji tamtego zamówienia publicznego należało uznać za bezprzedmiotowe. U podstaw argumentacji Odwołującego leży tak naprawdę to, że ten właśnie wykonawca nie ma możliwości wykonania zamówienia w określonym przez Zamawiającego czasie, biorąc pod uwagę jego zasoby kadrowe i sprzętowe. Powyższe natomiast nie może wskazywać na obiektywną niemożność realizacji zamówienia. Dodatkową okolicznością w tej sprawie przy

rozpoznaniu przedmiotowego zarzutu jest to, że do niniejszego postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden potencjalny wykonawca, popierając zarzuty odwołania (po stronie Odwołującego). Powyższe może uprawdopodobniać podniesioną powyżej argumentację i stanowisko Izby w przedmiocie wskazanego zarzutu.

Co do kwestii nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji Odwołujący nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił w odwołaniu, jak i w toku rozprawy przed Izbę, że jakkolwiek wykonawca miał możliwość pozyskania od Zamawiającego w sposób nieformalny informacji o przedmiotowym zamówieniu. Można stwierdzić co najwyżej, że w październiku bieżącego roku każdy, kto był zainteresowany informacją o prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na niniejszym przedmiot zamówienia, mógł ją oficjalnie pozyskać w związku z publicznym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Takiej informacji nie można jednak traktować w kategoriach naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu - nie mamy w tym przypadku bowiem do czynienia z nieformalnym udostępnieniem określonych informacji określonym, wybranym przez Zamawiającego podmiotom, co mogłoby prowadzić do ich preferowania. Inne nieformalne działania po stronie Zamawiającego w tym zakresie nie zostały przez Odwołującego wskazane. Okoliczność, iż Odwołujący w lutym bieżącego roku uczestniczył w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki na fragment przedmiotu zamówienia także nie może wskazywać na naruszenie jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp. Negocjacje te po pierwsze nie doszły do skutku, po drugie zaś dotyczyły innego niż aktualny przedmiot zamówienia (zakresem negocjacji nie było objęte utworzenie systemu zapasowego). Niezależnie od powyższego Odwołujący w tym zakresie nie miał interesu w podnoszeniu takiego zarzutu, bowiem powyższe nie prowadziłyby do ograniczenia jemu aktualnie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego,
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, w kwocie wskazanej w tym przepisie.

Przewodniczący: