

WYROK
z dnia 30.09.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07.09.2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: e-Instytucja.pl Sp. z o.o., MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., ul. Marszałkowska 58, 00-545 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, 11-100 Lidzbark Warmiński**,

przy udziale wykonawcy **ZETO Projekt Sp. z o.o., ul. S. Pieniężnego 15, 10-003 Olsztyn**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołujące konsorcjum e-Instytucja.pl Sp. z o.o., MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S., ul. Marszałkowska 58, 00-545 Warszawa, i:
 - zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - zasądza od odwołującego konsorcjum na rzecz zamawiającego Gminy Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1, kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Lidzbark Warmiński, ul. Krasickiego 1,11-100 dalej zwana „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Regionalne e-usługi dla mieszkańców Gminy Lidzbark Warmiński”, znak: BIN.271.1.4.2020.KA. Ogłoszenie o zamówieniu przekazane zostało Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2020 r. i opublikowane w dniu 23 kwietnia 2020 r. nr 2020/S 080-188920.

Postępowanie obecnie znajduje się etapie badania złożonych przez wykonawców ofert.

Zamawiający dokonując badania złożonych ofert wezwał wykonawcę – konsorcjum firm -Instytucja.pl Sp z o.o. Lider Konsorcjum ul. Marszałkowska 58 00-545 Warszawa oraz B. N.-S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: MICOMP Systemy Komputerowe mgr inż. B. N.-S. ul. Astrów 7,40-045 Katowice, dalej zwanych „odwołującym” do złożenia w oparciu o przepis art. 26 ust.1 Pzp stosownych dokumentów w tym kompletnej próbki zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego.

W następstwie badania złożonych dokumentów zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia lub złożenia nowej próbki oferowanego oprogramowania. Odwołujący nie godząc się z przedmiotowym wezwaniem wystąpił do zamawiającego o wycofanie się z przedmiotowego wezwania do uzupełnienia próbki, a gdy zamawiający tego nie uczynił złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust.3 Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w trakcie prowadzenia postępowania, jako że złożona przez odwołującego próbka oprogramowania aplikacyjnego wypełnia wszystkie warunki określone dokumentacją postępowania oraz narzucone przepisami prawa;
2. art. 26 ust.3 Pzp poprzez brak precyzji tego wezwania, polegający na pozostawieniu odwołującemu decyzji, czy próbkę Oprogramowania Aplikacyjnego odwołujący miałby ponownie złożyć czy poprawić;
3. brak precyzyjnego uzasadnienia, który po pierwsze uczyniłby zadość obowiązkowi precyzji wezwania, a z drugiej strony umożliwił odwołującemu zrozumienie „zarzutu” co do próbki zaoferowanego oprogramowania aplikacyjnego;
4. art. 7 ust. 1 Pzp, będącego konsekwencją naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust.3 Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wezwania (dokonanego w oparciu o przepis art. 26 ust.3 Pzp) odwołującego do złożenia lub poprawienia próbki zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego;

2. zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika

Na wstępie odwołujący podał, iż złożył w postępowaniu ofertę. W toku badania ofert zamawiający wezwał (w oparciu o przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) odwołującego do złożenia stosownych dokumentów, w tym próbki zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego. Odwołujący przedkładając rzeczoną próbkę za pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. zastrzegł ją jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił że zamawiający określił w dokumentacji postępowania (załącznik numer 9 do SIWZ- wymagania dotyczące próbki): Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza do przeprowadzenia demonstracji zaoferowanych systemów informatycznych w zakresie prawidłowego działania systemów oraz posiadanych funkcjonalności w kontekście wymagań określonych w SOPZ. (pkt 4). Zgodnie z ww. pkt SIWZ – Załącznik nr 9 „W przypadku wezwania; o którym mowa/ Wykonawca będzie zobowiązany do przeprowadzenia demonstracji zaoferowanych systemów zgodnie z opracowanymi przez Zamawiającego scenariuszami, które zostały opisane w niniejszym Załączniku. Podczas demonstracji prowadzonej przez Wykonawcę, Zamawiający zweryfikuje posiadane funkcjonalności na podstawie scenariuszy testowych (opisów) przedstawionych w niniejszym Załączniku dla każdego z zaoferowanych systemów, (pkt 5). Demonstracje /prezentacje Systemów przeprowadzi Wykonawca (pkt 11) Dlatego też, w rzeczonym piśmie przekazującym m.in. próbkę oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego odwołujący, przypomniał o stanie prawnym, jaki został wytworzony przez zamawiającego - autora treści dokumentacji postępowania. W rzeczonym piśmie odwołujący wskazał: *Nadto informujemy, że jako podmiot posiadający prawa majątkowe do zawartego na próbce utworu, będziemy dokonywać jego prezentacji w miejscu i terminie określonym przez Państwa w ramach prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne.*

Podkreślił, że zamawiający nie otrzymał licencji na zawarte na próbce utwory, które przekazane zostały wyłącznie w celu przeprowadzenia (przez naszych przedstawicieli) prezentacji. Przeprowadzenie czynności sprawdzenia przez zamawiającego próbki, a więc proces od odtworzenia, instalacji uruchomienia, konfiguracji poprzez prezentację wybranych funkcjonalności oprogramowania może być realizowany wyłącznie przez posiadające do tego stosowne pełnomocnictwo pracowników Wykonawcy.

Podał, że taka ostrożność wynika w szczególności z faktu, że w innym postępowaniu w którym odwołujący także złożył ofertę doszło do nieuprawnionego skopiowania próbki

Oprogramowania Aplikacyjnego firmie konkurencyjnej, pomimo braku takiego prawa po stronie zamawiającego. Dlatego też złożona w tym postępowaniu próbka nie została zaopatrzona w licencje dla zamawiającego na zawarte w próbce utwory.

Zauważył, że napisał do zamawiającego, że jeżeli zamawiający chciałby (pomimo braku takiego wskazania w dokumentacji Postępowania) dokonywać odtworzenia, konfiguracji, instalacji, uruchomienia pełnej wersji systemu zainstalowanego na dysku dostarczonym zamawiającemu, to jako wykonawca jest w stanie je przekazać. Rodzi się więc pytanie: dlaczego w świetle takiego stanu rzeczy, zamawiający nie poprosił o przekazanie stosownego pełnomocnictwa, tylko wezwał do złożenia nowej próbki, które to wezwanie z pełną premedytacją pozbawia odwołującego jako uczestnika postępowania prawa do uzupełnienia próbki w sytuacji rzeczywistej potrzeby. Równocześnie podkreślił, że *„Jednakże dokonywanie czynności oględzin, polegających na podłączeniu dysku przenośnego do komputera oraz sprawdzenia jego zawartości, nie stanowi używania, czy użytkowania oprogramowania, a więc nie wymaga udzielenia jakichkolwiek licencji. Samo używanie oprogramowania celem dokonania prezentacji, ma być przeprowadzone - według dokumentacji postępowania (załącznik nr 9 do SIWZ) - przez Wykonawcę. Do czynności prowadzenia prezentacji przez nas samych również nie potrzebujecie Państwo (jako Zamawiający) jakiegokolwiek licencji.*

Podniósł, iż zamawiający wzywając odwołującego podał, że *„próbka Oprogramowania Aplikacyjnego stanowi dokument a wykonawca „zobowiązany jest złożyć zamawiającemu dokumenty umożliwiające prawidłowe prowadzenie postępowania”.* Jednocześnie sam Zamawiający nie określa, jakie postanowienia dokumentacji Postępowania narusza złożona mu próbka Oprogramowania Aplikacyjnego.

Nadmienił, że zamawiający w wezwaniu podał, iż *„próbka oprogramowania aplikacyjnego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składana jest w celu możliwości zweryfikowania określonych cech i funkcjonalności, jakie posiada oprogramowanie, żeby móc potwierdzić, czy spełnia wymagania określone przez Zamawiającego”* zupełnie tracąc z pola widzenia fakt, że sam zamawiający określił, iż to wykonawca prowadzi demonstrację / prezentację Systemu (pkt 11 załącznika nr 9 do SIWZ) co jest całkowicie zrozumiałe, bowiem zamawiający nie jest w stanie znać wszystkich systemów dostępnych na rynku oraz ich funkcjonalności. Podkreślił, iż zamawiający nie „użytkuje” oprogramowania, niemniej używa (będzie używał) oprogramowanie (jeśli chce samodzielnie je uruchamiać), na co w świetle obowiązujących przepisów o prawach autorskich wciąż należy mieć licencję autora. Taka licencja, jej czasowe udzielenie itp. nie były wymagane dokumentacją postępowania. Wskazał, że jego zdaniem stan sprawy jaki wykreował zamawiający (najpierw treścią dokumentacji postępowania, a następnie

poczynionym wezwaniem) powoduje, że zarówno Wykonawca traci jedną z prób na dokonanie szerokiej prezentacji oferowanego systemu, jak również sam zamawiający odbiera sobie szansę na dokonanie dokładnej jego weryfikacji podczas dwóch prób prezentacji. Zdaniem odwołującego zamawiający określając w dokumentacji postępowania sposób prezentacji systemu przez wykonawcę, zamawiający miał (i powinien nadal mieć) zamiar dokonać oceny poszczególnych funkcjonalności wykorzystując do tego przedstawicieli wykonawcy. Wszystkie postanowienia odnoszące się do prezentacji Oprogramowania Aplikacyjnego o tym świadczą. Co więcej, sam zamawiający określił w OPZ, że docelowo będzie wymagał przeprowadzania stosownych instruktaży szkoleniowych, a zatem musi mieć świadomość, że każdy system, w szczególności z którym zamawiający nie miał do czynienia, wymaga stosownego przygotowania i przeszkolenia. Każdy bowiem system inaczej funkcjonuje i działa, a więc przy braku znajomości systemu Odwołującego niemożliwe jest dokonanie rzetelnej oceny przez zamawiającego poprawności jego działania. Podkreślił, że w tym kontekście zupełnie niezrozumiałe jest dla odwołującego wezwanie zamawiającego - co rzekomo miałyby uzupełnić odwołujący? Jeśli próbkę, to jaką, z jakimi treściami? Odwołujący domaga się, aby zamawiający sprecyzował swoje wezwanie i jednocześnie wskazał podstawę swojego działania. I nie chodzi tu o lakoniczne wskazanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale o konkretne określenie, którego postanowienia dokumentacji postępowania złożona próbka nie wypełnia. Wydaje się, że zamawiający swoim wezwaniem nie tylko być może próbuje naprawić dokumentację postępowania, ale przede wszystkim ucieka od wskazania, którego postanowienia dokumentacji postępowania złożona próbka nie wypełniła.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 30 czerwca 2020 r. wezwał odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Po dokonaniu analizy oświadczeń i dokumentów złożonych w dniu 09 lipca 2020 r. (w piśmie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, ponieważ datowane jest na 09 czerwca 2020 r.) - przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający ustalił m. in., że odwołujący poinformował, że *„Zamawiający nie otrzymał licencji na zawarte na próbce utwory, które przekazane zostały wyłącznie w celu przeprowadzenia (przez naszych przedstawicieli) prezentacji. Przeprowadzenie czynności sprawdzenia przez Zamawiającego próbki, a więc proces od odtworzenia, instalacji, uruchomienia, konfiguracji poprzez prezentację wybranych funkcjonalności oprogramowania*

może być realizowany wyłącznie przez posiadające do tego stosowne pełnomocnictwo pracowników Wykonawcy. Na podstawie posiadanych do naszego utworu przez nas wszelkich praw autorskich, na wszystkich polach eksploatacji, zabronione jest m.in. kopiowanie, dystrybuowanie, przekazywanie, publiczne odtwarzanie itp. bez naszej zgody."

W związku z powyższą informacją, zamawiający w piśmie z dnia 27 sierpnia 2020 r. w sposób bardzo szczegółowy i jednoznaczny wyjaśnił wykonawcy, że próbka stanowi w prowadzonym postępowaniu dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a Zamawiający musi mieć do niej dostęp, tak jak do innych dokumentów i wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbki, która umożliwi zamawiającemu zbadanie oferty wykonawcy. Pismem z dnia 02 września 2020 r. odwołujący poinformował zamawiającego o przedłożeniu próbki, celem uczynienia zadość wezwaniu, z którym co do zasady się nie zgadza, a czego wyraz dano w przedmiotowym piśmie. Wykonawca podkreślił, że próbkę przedkłada wyłącznie z ostrożności, a brak dokonania unieważnienia wezwania w wyznaczonym przez niego terminie spowoduje złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Z kolei wypełnienie żądania odwołującego będzie skutkowało automatycznym wycofaniem próbki. Dodatkowo na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący zastrzegł próbkę zaoferowanego oprogramowania aplikacyjnego wraz z jej prezentacją, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Podał, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości składania dokumentów przez wykonawcę w sposób „wariantowy/warunkowy”, do złożenia których został wezwany przez zamawiającego. Zamawiający nie ma uprawnień do dowolnego przyjmowania i oddawania dokumentów złożonych przez wykonawcę w postępowaniu, ponieważ przeczyłoby to naczelnym zasadom - zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Zastrzeżenie odwołującego prowadzi do sytuacji, w której odwołujący próbuje sobie stworzyć alternatywne rozwiązanie uzależnione od rozwoju sytuacji i tego, jakie stanowisko zajmie KIO w zakresie wniesionego odwołania.

W dniu 04 września 2020 r. wykonawca, jak to podkreślił rekapitulując i podsumowując wezwanie zamawiającego z 27 sierpnia 2020 r., wysłane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podtrzymał stanowisko odnośnie braku udzielenia licencji na zawarte na próbce utwory, które przekazane zostały wyłącznie w celu przeprowadzenia prezentacji. Ponadto odwołujący ponownie poinformował że *zamawiający nie otrzymał licencji na zawarte na próbce utwory, które przekazane zostały wyłącznie w celu przeprowadzenia (przez naszych przedstawicieli) prezentacji. Przeprowadzenie czynności sprawdzenia przez Zamawiającego próbki, a więc proces od odtworzenia, instalacji, uruchomienia, konfiguracji poprzez prezentację wybranych funkcjonalności oprogramowania może być realizowany wyłącznie przez posiadające do tego stosowne pełnomocnictwo pracowników Wykonawcy.*

Na podstawie posiadanych do naszego utworu przez nas wszelkich praw autorskich, na wszystkich polach eksploatacji, zabronione jest m.in. kopiowanie, dystrybuowanie, przekazywanie, publiczne odtwarzanie itp. bez naszej zgody"

Zamawiający wezwał odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia lub poprawienia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy, tj. próbki zaofiarowanego Oprogramowania Aplikacyjnego, który umożliwiłby zamawiającemu zbadanie oferty wykonawcy zgodnie z przepisami obowiązującego w prawa. Odwołujący sformułował w pismach z dnia 09 lipca 2020 r., 01 września 2020 r. oraz 04 września 2020 r. zakaz czynności sprowadzania próbki przez zamawiającego. W ten sposób zamawiający został pozbawiony przez odwołującego możliwości dalszego badania oferty odwołującego zgodnie z obowiązkami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez faktyczne zakazy, jakie odwołujący sformułował w ww. pismach. Podniósł, że odwołujący mógł przekazać zamawiającemu taką próbkę i/lub ewentualne licencje/sublicencje/upoważnienia (jeśli ich udzielenie byłoby konieczne w ocenie odwołującego), której zawartość zamawiający mógłby zweryfikować bez ryzyka jakichkolwiek naruszeń dóbr i praw odwołującego. Odwołujący wiedział również, że w związku z tym o czym napisał w piśmie z dnia 09 lipca 2020 r., zamawiający (stosownie do sformułowanego przez odwołującego zakazu) nie ma możliwości zweryfikowania zawartości i kompletności złożonej próbki, co jest czynnością konieczną i co zostało przez zamawiającego wyjaśnione, tak samo jak i pozostałe kwestie związane z koniecznością archiwizacji tegoż dokumentu oraz jego kopiowanie, udostępnianie czy przekazywanie na potrzeby instytucji uprawnionych do prowadzenia czynności kontrolnych dokumentacji przetargowej. Pomimo tego, odwołujący zdecydował, że nie przekaze zamawiającemu takiego dokumentu, pozwalającego na procedowanie zgodnie z ustawą Pzp, a powody tej decyzji wyartykułował w odwołaniu zarzucając bezpodstawność zastosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w trakcie prowadzonego postępowania.

Podkreślił, że bezsprzecznym pozostaje zatem fakt, że odwołujący nie przedłożył zamawiającemu dokumentu (w tym przypadku próbki), którego forma i treść w kontekście faktycznym i prawnym, przy uwzględnieniu zakazów sformułowanych przez odwołującego.

Rekapitulując swoje stanowisko podkreślił, że zgodnie z zapisami SIWZ próbka stanowi dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy, w związku z tym zamawiający, analogicznie jak w przypadku wszystkich oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma pełne prawo i obowiązek dokonywania weryfikacji w zakresie ich kompletności. Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz podmiot odpowiedzialny za wybór

wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, decyduje w jaki sposób ten obowiązek realizuje. Wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien posiadać wiedzę, że zamawiający zobligowany jest do badania wszystkich dokumentów składanych przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, który pozwoli mu w sposób niebudzący wątpliwości dokonać wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu umowy na podstawie zweryfikowania oferty oraz złożonych dokumentów zarówno podmiotowych jak i przedmiotowych. Natomiast bezsprzecznie rolą wykonawców jest dostarczenie odpowiednio przygotowanych pod względem technicznym, prawnym i formalnym żądanych przez zamawiającego dokumentów. Dlatego teoria odwołującego odnośnie bezpodstawności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy jest błędna.

Przystępujący do postępowania wykonawca ZETO Projekt sp. z o.o. ul. Pieniężnego 15,10-003 Olsztyn poparł stanowisko zamawiającego i dodatkowo podniósł, że odwołujący sam poinformował zamawiającego, że nie ma on możliwości realizacji swojego ustawowego obowiązku badania i oceny próbki przed prezentacją, bez udziału pracowników Konsorcjum, wskazując również, że zamawiający nie otrzymał licencji na korzystanie z utworów znajdujących się na próbce. Podał, że w ocenie przystępującego, Konsorcjum doskonale zdaje sobie sprawę, czego dotyczył przedmiot wezwania zamawiającego na podstawie art. 26 ust.3 Pzp. Odwołujący niejako z własnej nieprzymuszonej woli stał się zakładnikiem swojej decyzji biznesowej o dokonaniu zastrzeżenia, które uniemożliwiło zamawiającemu badanie próbki. Należy w pełni zgodzić się twierdzeniem zamawiającego wskazanym w Odpowiedzi zamawiającego z dnia 24 września 2020 r. na Odwołanie, że celem Odwołania jest de facto stworzenie Odwołującemu możliwości nieuprawnionego złożenia dokumentu próbki po raz trzeci, co w sposób oczywisty niezgodne jest przepisami Pzp.

Podkreślił, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest postępowaniem, w którym to wykonawca decyduje o tym, co może a czego nie może badać zamawiający. Pełna ocena próbki złożonej jako dokument na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowane usługi, o którym mowa w art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp jest obowiązkiem, a nie tylko prawem zamawiającego, które nie może być w żaden sposób ograniczone przez wykonawcę, nie może być uzależnione od zgody, dobrej woli danego wykonawcy. Jest niejako oczywistym, że wykonawca winien dostarczyć próbkę zamawiającemu w kształcie, który umożliwi mu proces jej zbadania i oceny. Z założenia ma to być dokument kompletny, czyli z wszystkimi wymaganymi licencjami do oprogramowania i zgodami, jeżeli takowe są wymagane. O takim obowiązku, który nie musi być wyrażony wprost w SIWZ Odwołujący winien pamiętać choćby na kanwie Wyroku KIO dot. postępowania w Gminie Susz, w którym Izba stwierdziła, że *„jeżeli Odwołujący, stosownie do obowiązujących w jego firmie procedur*

wiedział, że przekazane na próbcę treści wymagają licencji, sublicencji lub jakichkolwiek innych upoważnień, to obowiązkiem Odwołującego było złożenie takiego dokumentu, który umożliwi Zamawiającemu prawidłowe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym również umożliwienie prowadzenia czynności kontrolnych dokumentacji przetargowej, instytucjom do tego powołanym. Odwołujący był zobowiązany dostarczyć dokument w takiej formie, która w pełni umożliwi Zamawiającemu dostęp do zawartości tego dokument, analogicznie jak od innych.

Podkreślił, że jego zdaniem niedopuszczalne jest składanie próbki, jako dokumentu, który może być zbadany pod warunkiem wyrażenia na to zgody przez wykonawcę. Wydaje się, że odwołujący swoim postępowaniem starał się wymusić na zamawiającym odstąpienie od badania próbki przed jej demonstracją, co prowadziłoby w sposób oczywisty do zaniechania wykonania podstawowego obowiązku zamawiającego, jakim jest badanie i ocena przedstawionych przez wykonawców dokumentów. Zachowanie odwołującego w tym postępowaniu jest tym bardziej niezrozumiałe w kontekście wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 1598/20 dot. wspomnianego powyżej postępowania w Gminie Susz. Odwołujący, którym było tak jak w niniejszej sprawie Konsorcjum wskazywało, że w dokumentacji postępowania zamawiający nie zabezpieczył możliwości dokonywania jakiegokolwiek weryfikacji złożonej próbki bez udziału wykonawcy, a co uczynił w przedmiotowym Postępowaniu.

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

Odwołanie jest niezasadne i dlatego podlega oddaleniu

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania został zakwestionowany przez uczestnika postępowania- przystępującego, który podnosił, że w rzeczywistości odwołanie dotyczy kwestionowania postanowień SIWZ w zakresie próbki i tym samym odwołanie jako wnoszone po terminie winno zostać odrzucone.

Izba nie uwzględniła wniosku uznając, że odwołanie pomimo, iż w pewnym zakresie może odnosić się do interpretacji treści SIWZ, to jednak jest wnoszone od konkretnej czynności zamawiającego, tj. wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp w składanej na potrzeby badania ofert wymaganej próbki przed jej prezentacją.

Jednocześnie odwołujący złożył na piśmie opozycję przeciwko zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy Zeto Projekt sp. z o.o.. Zgłoszoną opozycję argumentował tym, że wykonawca ten składa wniosek o dopuszczenie go do postępowania nie z powodu chęci obrony swojej pozycji w postępowaniu, ale zaszkodzenia odwołującemu w postaci pozbawienia go prawa możliwości bycia wezwanym po raz kolejny do uzupełnienia próbki, gdyby taka potrzeba wystąpiła. Stwierdził, że jego zdaniem takie postępowanie przystępującego narusza zasady współzycia społecznego oraz dobrych obyczajów i tym samym takie postępowanie nie może korzystać z ochrony prawnej. Izba nie uwzględniła przedmiotowego wniosku. Przywilejem każdego wykonawcy jest nie tylko obrona swojej pozycji ustalonej w trakcie badania ofert, ale także dążenie do wyeliminowania z postępowania innych uczestników po to, aby zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że po stronie przystępującego występuje brak interesu w przystąpieniu po stronie zamawiającego, ale całą argumentację skupił na kwestii, iż argumentacja przystępującego może zmniejszyć jego szansę na pozytywne dla niego rozstrzygnięcie odwołania. Nadto w zakresie podnoszonego zarzutu o nadużyciu przez przystępującego zasad współzycia społecznego o których mowa w art. 5 kc, jest zdaniem Izby nadużyciem odwołującego, gdyż instytucja ta winna być stosowana w sytuacjach wyjątkowych, a taką nie jest na pewno opozycja przeciwko przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego.

Na wstępie Izba wskazuje, że strony i uczestnik postępowania w swoich stanowiskach pisemnych starali się odpowiadając na opisowo przedstawione zarzuty odwołującego, w sposób szeroki odnieść się do innych już przeprowadzonych postępowań na terenie województwa warmińsko - mazurskiego, wskazując, że odwołujący składał też od czynności zamawiającego w tamtych postępowaniach odwołania do KIO i jak dotychczas nie uzyskał pozytywnego dla siebie rozstrzygnięcia. Cały szereg argumentacji opierany był na wyroku KIO z dnia 30 lipca 2020 roku o sygn. KIO 1598/20. Nadto wskazywano, że odwołujący zastrzegł w materiale próbki szereg informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie podając pełnego uzasadnienia dla tej czynności.

Oceniając treść i formę wniesionego odwołania Izba zauważyła, iż z wielu treści odwołania trudno wywieść nawiązanie do zarzutów odwołania. Podkreślić należy, że biorąc pod uwagę powyższe Izba na wstępie rozprawy zwróciła się z wnioskiem do odwołującego o jednoznaczne sprecyzowanie jaki interes kierował odwołującym składając przedmiotowe odwołanie i jakie są jego żądania. Na tak postawione pytanie odwołujący podał do protokołu rozprawy, iż „*chce rozstrzygnięcia czy zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający może kopiować treść przesłanej mu próbki i dane w niej zawarte udostępniać konkurencji*”. Izba zauważyła, że

takie żądanie nie zostało zawarte w treści odwołania, chociaż odwołujący wielokrotnie referuje do ponoć zaistniałej sytuacji w postępowaniu w Gminie Susz.

Izba w szczególności w trakcie rozprawy, a także z materiału dowodowego zmagającego oraz przystępującego wywiodła, że osiã sporu pomiãdzy stronami sprowadza siã w szczególności do ustalenia, czy zasadnym byÅo Źe strony odwołujãcego nie udostãpnienie zamawiającemu wraz z przesłanã próbkã, licencji umoŹliwiajãcej zamawiającemu samodzielne badanie treœci dokumentu – próbki, a nadto w przypadku wyboru oferty odwołujãcego moŹliwość samodzielnego jej prezentowania np. organom kontrolnym i moŹliwość przekazywania treœci oferty poza toczãce siã postãpowanie. Nadto kolejã sprawã spornã byÅa kwestia, czy zamawiajãcy w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym miãÅ podstawy do wezwania odwołujãcego do uzupeÅnienia próbki w oparciu o przepis art. 26 ust.3 Pzp.

Na wstãpie Izba uznaje za zasadne przedstawienie kwestii prawnych zwiãzanych z moŹliwoœciã Źądania przez zamawiajãcego od wykonawcy, próbki oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO próbka moŹe stanowiã treœã oferty lub sÅuŹyã ocenie w kryteriach oceny ofert. Przepisy Pzp regulujã próbkã w niezwykle ograniczonym zakresie. Sama ustawa Pzp nie przesãdza jednak charakteru prawnego próbki ani zwiãzanych z tym skutków prawnych. Wiãcej uwagi poœwiãcono próbce w przepisach rozporzãdzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich moŹe Źãdaã zamawiajãcy od wykonawcy w postãpowaniu o udzielenie zamówienia (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 1282).

W sensie formalnoprawnym próbka, na gruncie rozporzãdzenia w sprawie dokumentów, jest zatem traktowana na równi z dokumentami przedmiotowymi – jako jeden z ich rodzajów. Dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp mogã byã uzupeÅniane, w przeciwieœnstwie do dokumentów, które tworzã merytorycznã treœã oferty. JeŹeli wykonawca na wezwanie zamawiajãcego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp nie zÅoŹy próbki, to zamawiajãcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp bãdzie obowiãzany wezwaã tego wykonawcã (ale tylko raz) do zÅoŹenia próbki, w wyznaczonym terminie.

Przenoszãc powyŹsze na grunt przedmiotowej sprawy stwierdziã naleŹy, Źe próbka Źãdana przez zamawiajãcego w tym postãpowaniu jest dokumentem przedmiotowym, który moŹe byã uzupeÅniany trybie art. 26 ust.3 Pzp. Analizujãc treœã dokumentu wezwania odwołujãcego do uzupeÅnienia treœci/lub zÅoŹenia nowej próbki stwierdziã naleŹy w sposób jednoznaczny, Źe zamawiajãcy poinformowaÅ w sposób peÅny odwołujãcego, dlaczego wzywa wykonawcã i co jest celem wezwania. W tym zakresie wskazaã naleŹy na treœã pisma zamawiajãcego z dnia 27 sierpnia 2020 roku, w który zamawiajãcy wzywa konsorcjum do zÅoŹenia, lub poprawienia dokumentu o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp tj. próbki

zaoferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego, gdyż zamawiający nie otrzymał licencji na zawarte na próbce utwory. Nadto zamawiający poinformował odwołującego, że niezasadne są obawy o możliwość rozpowszechniania przez zamawiającego przedmiotowej próbki podając, że próbka oprogramowania aplikacyjnego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składana jest w celu możliwości zweryfikowania określonych cech i funkcjonalności, jakie posiada oprogramowanie, żeby móc potwierdzić czy spełnia wymagania określone przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu próbka nie jest składana w celu faktycznego korzystania z niej przez zamawiającego, użytkowania czy wykorzystywania oprogramowania zamieszczonego na próbce, a jedynie do zapoznania się z jej treścią, po to, żeby jak wspomniano powyżej, zamawiający mógł zweryfikować (na podstawie złożonej próbki) czy zaoferowane przez wykonawcę oprogramowanie aplikacyjne spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Nadto wskazał, że zamawiający ma także obowiązek poddania się kontrolom prowadzonym przez instytucje do tego upoważnione i jest zobligowany przekazać kopię kompletnej dokumentacji postępowania przetargowego, w tym także dokument, jakim jest próbka. Dlatego też zamawiający winien mieć możliwość zapoznania się z treścią materiałów zawartych w próbce i mieć do niej dostęp, w taki sam sposób, jak do innych dokumentów stanowiących nieodłączny element postępowania. Wobec tego zamawiający stwierdził w wezwaniu, że *„mając na uwadze fakt, że złożony na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy dokument, jakim jest próbka Oprogramowania Aplikacyjnego nie uniemożliwia Zamawiającemu prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z jego zasadami wynikającymi z ustawy (w zakresie formalno-prawnym), Zamawiający uznaje, że przedmiotowy dokument zawiera błędy i budzi wątpliwości wskazane przez Zamawiającego w niniejszym piśmie. W związku z tym, Zamawiający wzywa do złożenia dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy, jakim jest próbka Oprogramowania Aplikacyjnego, która umożliwi Zamawiającemu prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z jego zasadami”*.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że zamawiający wzywał po raz kolejny wykonawcę do złożenia próbki – tym razem w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Przedmiotowe wezwanie nie było powodowane wystąpieniem jakichś braków czy błędów merytorycznych w treści próbki, gdyż jak stwierdził zamawiający próbka nie była dotychczas badana, ale wezwanie wynikało z faktu braku przekazania wraz z próbką zamawiającemu, narzędzi do możliwości odczytania jej zawartości zarówno na etapie badania i oceny ofert, jak i na etapie kontroli przeprowadzonego postępowania.

Podkreślić należy, że w świetle art. 96 ust. 2 w zw. z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie dokumenty składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

oferty, opinie biegłych, oświadczenia, zawiadomienia, wnioski oraz informacje składane przez wykonawców, a w konsekwencji również próbki oferowanych dóbr, stanowią załączniki do protokołu i winny być wraz z nim przechowywane w sposób gwarantujący jego nienaruszalność przez okres co najmniej 4 lat. Nakaz przechowywania protokołu wraz z załącznikami w sposób zapewniający jego nienaruszalność tj. m. in. integralność przechowywanej dokumentacji, ochronę przed zniszczeniem oraz nieuprawnionym dostępem, sformułowany w art. 97 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, której stosowanie nie jest uzależnione od woli zamawiającego. Natomiast zgodnie z treścią przepisu art. 97 ust.2 Pzp zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek złożone przez nich (...) próbki, programy komputerowe oraz inne podobne materiały.

Izba uznaje działanie zamawiającego mające na celu uzyskanie dostępu do próbki nie tylko na etapie badania i oceny ofert, ale także na etapie ewentualnych kontroli prawidłowości przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia za zasadne. Takie kontrole są możliwe w szczególności na fakt, iż przedmiot zamówienia jest finansowany ze środków unijnych. Zauważyć należy także, iż w okresie 4 lat, kiedy zamawiający jest zobowiązany do przechowywania dokumentacji postępowania, mogą wystąpić różne sytuacje co do bytu prawnego wykonawcy na rynku. Mogą nastąpić zmiany organizacyjne i prawne, które uniemożliwią zamawiającemu pozyskanie licencji, czy zezwoleń na odtwarzanie próbki dla podmiotu kontrolującego.

Natomiast odwołujący w odwołaniu stwierdza, że nie jest jasna przyczyna wezwania go w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia próbki. Takie stanowisko odwołujący prezentuje pomimo tego, że w wielu pismach przypominał zamawiającemu, że wgląd w treść próbki może następować tylko przy udziale upoważnionych przez odwołującego pełnomocników. Odwołujący, stosownie do obowiązujących w jego firmie procedur niewątpliwie wiedział, że przekazane na próbkę treści wymagają licencji, sublicencji lub jakichkolwiek innych upoważnień i tym samym winien był takie upoważnienie, czy licencję załączyć do próbki. Odwołujący w pismach kierowanych do zamawiającego wprost stwierdził, że *zamawiający nie otrzymał licencji na zawarte na próbce utwory, które przekazane zostały wyłącznie w celu przeprowadzenia (przez naszych przedstawicieli) prezentacji. Przeprowadzenie czynności sprawdzenia przez zamawiającego próbki, a więc proces od odtworzenia, instalacji uruchomienia, konfiguracji poprzez prezentację wybranych funkcjonalności oprogramowania może być realizowany wyłącznie przez posiadające do tego stosowne pełnomocnictwo pracowników Wykonawcy. Zamawiający w obecnej sytuacji nie ma możliwości udostępnienia tej próbki żadnej instytucji kontrolnej, nie ma też możliwości jej kopiowania i przekazywania pełnej dokumentacji organom kontrolnym.*

Z istoty żądania próbki jako dokumentu potwierdzającego spełnienie określonych wymagań wynika, że jest to dokument, który jak każdy dokument z katalogu wskazanego w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp podlega weryfikacji przez zamawiającego pod kontem kompletności jego zawartości. Nie jest przy tym konieczne żeby zamawiający swój obowiązek ustawowy wprost wskazał w treści SIWZ, gdyż przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Izba uznała, że wezwanie skierowane do odwołującego w trybie 26 ust.3 było zasadne i prawidłowe.

Nadto Izba wskazuje, że brak jest podstaw do rozpoznawania w tym postępowaniu sytuacji, która miała rzekomo miejsce w jednej z Gmin województwa warmińsko-mazurskiego przeprowadzającej niemalże identyczne postępowanie, gdzie treść próbki po otwarciu została udostępniona konkurencyjnemu podmiotowi. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że próbka jest składana na potwierdzenie spełniania przez oferowany program komputerowy szczegółowych rozwiązań wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia i dlatego też nie może ona być przedmiotem udostępniana w zakresie nie zastrzeżonym tajemnicą przedsiębiorstwa innym podmiotom, jak również nie może być kopiowana i przekazywana takim podmiotom do użytkowania. Kwestia ta jest niewątpliwa i wynika z szeregu przepisów prawa w tym prawa autorskiego i kodeksu cywilnego. Jednocześnie przedmiotowa sprawa nie może być oceniana i analizowana w świetle zarzutów kierowanych pod adresem Inżyniera Kontraktu.

Izba nie odnosi się także do zarzutu przystępującego i zamawiającego, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa treści próbki nie spełnia wymagania z art. 8 ust.3 Pzp, gdyż jak stwierdził zamawiający, że pomimo rozpoczęcia badania ofert to na chwilę obecną zamawiający wniosku odwołującego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa jeszcze nie ocenił. Tym samym jakiegokolwiek angażowanie Izby w tą kwestię należy uznać za przedwczesne.

W zakresie zarzutów odwołania, odniesienia Izby wymaga także kwestia odnosząca się do zarzutu, iż wezwanie go przez zamawiającego do uzupełnienia treści próbki, bez wcześniejszego przeprowadzenia jej prezentacji, pozbawia go możliwości ponownego wezwania w razie zaistnienia takiej potrzeby. Odwołujący stoi na stanowisku, iż to wykonawca prowadzi demonstrację / prezentację Systemu (pkt 11 załącznika nr 9 do SIWZ) i dlatego też nie udostępnił zamawiającemu licencji na zawarte w próbce utwory obawiając się udostępnieniu treści próbki innym podmiotom.

Izba oceniając powyższe stoi na stanowisku, iż zamawiający nie może być w żadnej mierze ograniczany w udostępnieniu możliwości zapoznania się z treścią próbki celem dokonania jej oceny przed prezentacją, której dokona wykonawca. Podkreślić należy, że zamawiający nie mogąc zbadać zawartości próbki wedle stanowiska odwołującego nie mógł stwierdzić, czy

poza brakiem uprawnień do jej zbadania w pełni próbka posiada inne braki merytoryczne, a tym samym nie mógł skierować do wykonawcy wezwania w tym zakresie. Odwołujący w pismach z dnia 09 lipca 2020 r., 01 września 2020 r. oraz 04 września 2020 r. sformułował zakaz czynności sprowadzania próbki przez zamawiającego. Dlatego też Izba uznała, że to sam wykonawca sprokurował taką sytuację faktyczną i tym samym nie może zarzucać zamawiającemu braku precyzyjnego wezwania co do braków merytorycznych w materiale próbki, jak również braku możliwości ponownego wezwania go do ewentualnego uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i analizy stanu faktycznego i prawnego Izba zauważa, że wykonawca ma co do zasady trzy możliwe do podjęcia decyzji w zakresie udziału w postępowaniu, po pierwsze może wystąpić o wyjaśnienie treści postanowień SIWZ, bądź kwestionować je wnosząc odwołanie do KIO, po drugie, złożyć ofertę zgodną z treścią wymagań zamawiającego podanych w opisie przedmiotu zamówienia i stosować się do wezwań zamawiającego w zakresie wyjaśnienia, czy uzupełnienia treści oferty i po trzecie, nie akceptując ww. treści oferty nie składać. Nie jest dopuszczalne, aby wykonawca na etapie badania i oceny ofert próbował narzucać zamawiającemu korzystne dla siebie rozwiązania. Powyższe w żaden sposób nie ogranicza uprawnień wykonawcy do dbania o swój interes w szczególności w sytuacji, kiedy niezasadne działania zamawiającego mogą doprowadzić wykonawcę do poniesienia szkody, np. poprzez udostępnienie treści oferty innym podmiotom, które to treści zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę. Jednakże wykonawca składając ofertę – występując o możliwość wykonywania zamówienia finansowanego ze środków publicznych musi liczyć się z faktem, że takie postępowania co do zasady są jawne i muszą być prowadzone w sposób transparentny i przejrzysty.

Podkreślić należy, że to zamawiający jako dysponent środków publicznych odpowiada prawnie, zarówno za prawidłowe przeprowadzenie postępowania zamówieniowego jak i zasadne i efektywne ich wydatkowanie. W takiej sytuacji to zamawiający dobiera odpowiednie środki i metody, aby powyższe ciężące na nim obowiązki wykonać.

Tym samym Izba uznała, że brak było podstaw do uznania zasadności zarzutów odwołania, a nadto nie zostało wykazane, że zamawiający dopuścił się czynności naruszających przepisy prawa, a tylko to może być zgodnie z treścią art. 180 ust 1 Pzp podstawą do stawiania zamawiającemu zarzutów.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: