

Sygn. akt KIO/UZP 1075/09

WYROK

z dnia 2 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Sygnity S.A., Mennica Polska S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź** protestu z dnia 8 lipca 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** – lider **Konsorcjum, Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź** – członek **Konsorcjum, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., ul. Majkowska 26, 62-800 Kalisz** – członek **Konsorcjum, Mikroelektronika spol. s r. o., ul. Draby 849, Wysoke Myto 566 01, Republika Czeska** – członek **Konsorcjum**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku przez określenie planowanych „innych usług”, które mogą być kodowane na Karcie.

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Sygnity S.A., Mennica Polska S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź** na rzecz **Konsorcjum: Sygnity S.A., Mennica Polska S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Sygnity S.A., Mennica Polska S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest wdrożenie oraz obsługa systemu Łódzkiej Karty Miejskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2007 roku pod numerem 2007 – S 239 - 291352.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych.

Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia (*dalej siwz*) została przekazana wykonawcom w dniu 1 kwietnia 2009 roku.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku, uwzględniono odwołania dotyczące postanowień siwz wniesione przez Konsorcjum: Sygnity i Mennica Polska oraz Konsorcjum firm: ComArch S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź, Kaliskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. i Mikroelektronika spol. s.r.o. i nakazano zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz w zakresie objętym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej jak również w zakresie objętym udzielonymi wyjaśnieniami treści siwz i zmodyfikowaną treść siwz wraz z treścią pytań i odpowiedzi, przekazał wykonawcom w dniu 29 czerwca 2009 roku.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu wniesionego w dniu 8 lipca 2009 roku przez Konsorcjum, którego liderem jest Sygnity, zwane dalej Odwołującym. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29, art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał na następujące postanowienia siwz:

I

1. punkt 19.3.2 formularza umowy, który był przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę w wyroku z dnia 22 maja 2009 roku. W ocenie Odwołującego dokonana przez zamawiającego modyfikacja kwestionowanego postanowienia umowy nie może być uznana za wykonanie wyroku Izby. Zamawiający ograniczył katalog podmiotów obowiązanych do zapłaty kar umownych za złamanie procedur ochrony Informacji Poufnych, zastępując słowo „strony”, słowem „wykonawca”. Ze zmodyfikowanego postanowienia nie wynika jasno czego dotyczyć miałyby złamanie procedur ochrony Informacji Poufnych, czy chodzi o złamanie procedur obowiązujących u zamawiającego czy wdrożonych u wykonawcy. Odwołujący wskazał, że dookreślenia wymaga zakres sankcjonowanych sytuacji złamania procedur ochrony Informacji Poufnych, do tych dotyczących informacji związanych wyłącznie z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wskazał również skutku jaki nieść za sobą będzie sankcjonowane złamanie procedur ochrony Informacji Poufnych. Wskazał, że jeśli zamawiający w wyniku złamania procedur nie dozna uszczerbku, to nieuprawnionym jest żądanie zapłaty kar umownych za takie naruszenie.

Wskazał, że czym innym jest złamanie procedur ochrony Informacji Poufnych a czym innym ujawnienie tych informacji. Nie każde złamanie procedur prowadzi do ujawnienia Informacji Poufnej. Takie sformułowanie pkt. 19.3.2 w jego ocenie stanowi nadal sankcjonowanie samego zagrożenia ujawnienia Informacji Poufnych, co w świetle orzeczenia KIO jest niedopuszczalne.

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniu 19.3.2 umowy brzmienia:

„Strony, za każdy przypadek ujawnienia Informacji Poufnych związanych z realizacją przedmiotowej umowy, stwierdzonych przez drugą stronę, podczas przeprowadzonych kontroli, zgodnie z procedurami opisanymi w § 12, zapłaci karę umowną w wysokości 10 000 (dziesięć tysięcy) złotych polskich.”

2. Odwołujący podniósł, że zmieniając postanowienia siwz, zamawiający nie wykonał wyroku Izby z dnia 22 maja 2009 roku, bowiem nie wskazał jednoznacznie jakiego rodzaju usługi będą kodowane na Karcie oraz nie podał ich przewidywanej ilości. Posłużenie się pojęciami „w szczególności” czy „itp.” powoduje, że rodzaj usług stanowi katalog otwarty, co świadczy o niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wyrokiem z dnia 22 maja zobowiązała także zamawiającego do podania ilości innych usług kodowanych na Karcie, czego zamawiający zaniechał. Odwołujący wskazał na normatywną definicję „obiekty użyteczności publicznej”, która użyta została przez zamawiającego, podnosząc że taka definicja wskazuje na ogromny zakres, jaki kryje się pod pojęciem innych usług, co powoduje brak pewności po stronie wykonawców co do możliwości dostarczonej Karty.

Odwołujący wniósł o precyzyjne określenie katalogu innych usług, które mogą być zakodowane na Karcie w wykonanie wyroku KIO z dnia 22 maja.

3. §18 pkt 18.2.1 wzoru umowy - w ocenie odwołującego dokonana modyfikacja i wprowadzenie postanowienia dotyczącego prawa odstąpienia od umowy w przypadku braku środków na realizację Etapu II, nie jest wykonaniem wyroku KIO. Samo oświadczenie o zagwarantowanych środkach złożone na rozprawie i wskazane w wyroku KIO z dnia 22 maja nie daje wykonawcy pewności realizacji I Etapu zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu §18 przez zapewnienie wykonawcom realizacji Etapu I i zagwarantowanie środków na jego wykonanie.

4. § 10 pkt. 10.12.4 wzoru umowy - zamawiający dodał pkt d, który uprawnia zamawiającego do pobrania i wykorzystania zawartości zdeponowanej zawartości koperty zawierającej kody źródłowe w sytuacji, gdy *„w związku z wykorzystaniem całości roboczo godzin zamówionych w ramach modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego i zleceniem wykonania modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego*

innemu wykonawcy, na podstawie pisemnego zawiadomienia skierowanego do Wykonawcy.” W ocenie odwołującego takie rozszerzenie uprawnień zamawiającego narusza zasadę równości stron i art. 353¹ k.c., gdyż stoi w sprzeczności z celem stosunku prawnego, jaki ma łączyć zamawiającego i wykonawcę. Umowa w sprawie zamówienia nie ma na celu stworzenia Oprogramowania Dedykowanego, a następnie przekazania go w całości zamawiającemu wraz z kodami źródłowymi i całością majątkowych praw autorskich, celem umowy jest stworzenie oprogramowania udzielenia licencji lub sublicencji na korzystanie z niego oraz świadczenie usług związanych z jego eksploatacją. Zatem, zastrzeżenie prawa do nieodpłatnego przejęcia kodów źródłowych, po wyczerpaniu roboczogodzin i zleceniem wykonania modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego innemu wykonawcy stoi w sprzeczności z celem umowy. Ponadto wskazał, że takie ukształtowanie stosunku prawnego zmierza do obejścia prawa, co jest sprzeczne z art. 58 k.c. Zamawiający określa szeroki katalog sytuacji, które umożliwiając mu pobranie i wykorzystanie kodów źródłowych Oprogramowania Dedykowanego i jednocześnie nie określa na czym polega „wykorzystanie” oprogramowania.

Postanowienie to stanowi obejście art. 75 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku prawo autorskie. Odwołujący podkreślił, że oprogramowanie jest przekazywane zamawiającemu zgodnie z § 9 na zasadzie licencji lub sublicencji, która będzie uprawniała zamawiającego do korzystania z systemu na zasadach określonych w załączniku nr 4, gdzie wskazano pola eksploatacji, z których nie wynika uprawnienie do wprowadzania modyfikacji oprogramowania przez inne osoby. Jeśli zamawiający przewiduje modyfikację oprogramowania przez podmioty inne, winien uwzględnić nabycie autorskich praw majątkowych do oprogramowania.

Odwołujący wniósł o modyfikację § 10 pkt 10.12.4 wzoru umowy przez usunięcie lit. d oraz doprecyzowanie, że zamawiający jest uprawniony do pobrania kodów źródłowych, bez możliwości przekazania kodów innym podmiotom bez zgody wykonawcy.

5. pkt 2.3.3 tom II siwz, zamawiający wymaga aby wykonawca dostarczył i zainstalował w pojazdach komunikacji miejskiej urzędnika, których parametry podał w pkt 2.3.3. Zamawiający nie opisał żadnych warunków realizacji takiej instalacji, również w odpowiedziach na pytania 84, 85, 86 zamawiający wskazał jedynie, że proces wszelkich uzgodnień dotyczących warunków technicznych instalacji urządzeń będzie uzgadniany z przewoźnikiem. Zamawiający nie udzielił także odpowiedzi na pytanie dotyczące gwarantowanej dostępności pojazdów miejskich, na których ma zostać przeprowadzona instalacja, co uniemożliwia jednoznaczne określenie możliwości realizacji zamówienia w terminie wymaganym, a także określenie kosztów realizacji

takiego zadania. Odwołujący wskazał, że przewoźnikiem jest MPK Łódź, który jest członkiem konsorcjum ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zatem przekazania przewoźnikowi kompetencji do określenia warunków realizacji części zamówienia stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania.

6. Odwołujący wskazał, że z uwagi na to, że do przedmiotowej umowy mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu obowiązującym, to konieczne jest wprowadzenie zapisów umożliwiających zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika z treści art. 144 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- a. Zagwarantowanie przez Zamawiającego dostępności pojazdów komunikacji miejskiej do realizacji instalacji w zakresie umożliwiającym wykonanie zamówienia w terminie przewidzianym dla Etapu
- b. Wylimitowanie strony trzeciej (jakim jest przewoźnik) z procesu udzielania pozwoleń, akceptacji (odbioru) prac/projektów realizowanych przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia oraz podejmowania jakichkolwiek decyzji mających wpływ na realizację zamówienia.

alternatywnie:

- c. unieważnienie postępowanie jako obciążonego wadą uniemożliwiającego zawarcie ważnej umowy.

Pismem z dnia 17 lipca 2009 roku, zamawiający protest oddalił w zakresie zarzutów pkt 1, 2, 3 i 4 i odrzucił w zakresie zarzutu pkt 5.

W uzasadnieniu wskazał, co następuje:

1. Stosując się do wyroku KIO z dnia 22 maja 2009 roku zamawiający wykreślił zapis uprawniający go do naliczenia kar umownych za niedbalstwo mogące skutkować ujawnieniem informacji poufnej oraz w §12 wprowadził system kontroli służący stwierdzeniu ewentualnych naruszeń i zagwarantował prawo wykonawcy wypowiedzenia się w zakresie wyników przeprowadzonej kontroli. Ponadto w umowie określił zakres pojęciowy Informacji Poufnej.
2. Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest System Łódzkiej Karty Miejskiej, na który składa się oprogramowanie oraz sprzęt do obsługi. Zamieszczając pojęcie karty zdefiniował nośnik a nie system. Podkreślił, że w opisie przedmiotu zamówienia podał minimalne parametry kart elektronicznych jakie mają dostarczyć wykonawcy. Zatem nie istnieje ryzyko, na które wskazuje odwołujący, co do braku pewności co do możliwości dostarczenia kart. Wyjaśnił, że inne usługi, jakie będą

wprowadzone na kartę mogą, ale nie muszą być realizowane przez wykonawcę oraz mogą nie mieć bezpośredniego odzwierciedlenia w systemie. Zamawiający jest świadom, iż każda Karta posiada ograniczone zasoby pamięci, co ogranicza liczbę aplikacji na Karcie, dlatego przewiduje, iż w razie potrzeby zostanie rozpisany przetarg na dostawę nowych Kart o zmienionych parametrach, dostosowanych do potrzeb zamawiającego. Użytkownik ŁKM będzie mógł korzystać z wszystkich lub z wybranych przez siebie usług, których nośnikiem będzie Karta.

3. Zamawiający dokonał zmiany treści postanowienia dotyczącego odstąpienia od umowy, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 maja 2009 roku, w którym Izba uznała, że prawo do odstąpienia od umowy z powodu braku środków winno dotyczyć wyłącznie Etapu II. Z treści wyroku nie wynika obowiązek umieszczenia oświadczenia, iż zamawiający posiada środki na realizację Etapu I.
4. Odnośnie wprowadzenia pkt d w § 10 umowy zamawiający wskazał, że jest uprawniony, w przypadku wyczerpania zamówionych roboczogodzin, do zlecenia wykonania dodatkowych modyfikacji innemu podmiotowi, gdy zaoferowane przez wykonawcę wynagrodzenie nie będzie zaakceptowane przez zamawiającego. Aby realnym było powierzenie innemu podmiotowi wykonania modyfikacji, zamawiający musi się zagwarantować prawo dostępu do kodów źródłowych bez których wykonanie tej modyfikacji nie jest możliwe. Kwestia szerokiego dostępu kodów źródłowych była także przedmiotem rozstrzygnięcia Izby z dnia 22 maja i Izba oddaliła zarzuty w tym zakresie.
5. Zamawiający odrzucił protest w zakresie zarzutu dotyczącego dostarczenia i zainstalowania w pojazdach komunikacji miejskiej urządzeń, powołując się na art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, wskazując że treści postawionych zarzutów dotyczy zapisów siwz a nie wyjaśnień udzielonych w dniu 29 czerwca 2009 roku, w wyniku których zamawiający nie zmodyfikował siwz w tym zakresie. Zamawiający wskazał również, iż zarzuty w tym zakresie są bezzasadne, ponieważ to zamawiający wziął na siebie obowiązek uzyskania wszystkich pozwoleń od przewoźnika. Wskazał na oświadczenie przewoźnika, w którym wyraził on zgodę na udostępnienie miejsc w taborze w celu instalacji urządzeń elektronicznej karty miejskiej, kopię tego oświadczenia załączył do rozstrzygnięcia. Postanowienia siwz nie uwzględniają przewoźnika jako uczestnika odbioru przedmiotu umowy, na wykonawcy spoczywa obowiązek jedynie ustalenia kwestii technicznej instalacji urządzeń.
6. Zamawiający wskazał, że art. 144 ustawy Pzp, nie wprowadza obowiązku a jedynie uprawnienie do przewidywania możliwości zmian umowy, w treści umowy określił przypadki w jakich dopuszcza się zmiany umowy (przesunięcie terminu wykonania przedmiotu zamówienia przy zaistnieniu ściśle określonych sytuacji).

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją zamawiającego wniósł w dniu 27 września 2009 roku odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście. Kopię odwołania przekazał tego samego dnia zamawiającemu.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu na wezwanie zamawiającego z dnia 9 lipca 2009 roku, w dniu 13 lipca 2009 roku zgłosiło swoje przystąpienie Konsorcjum, którego Liderem jest ComArch S.A. z wnioskiem o uwzględnienie zarzutów określonych w pkt I, II i IV uzasadnienia protestu oraz odrzucenie lub oddalenie zarzutu określonego w pkt III uzasadnienia protestu.

Pismem z dnia 11 sierpnia Konsorcjum, którego Liderem jest ComArch zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania oraz w zakresie zarzutu określonego w pkt III (*instalacja urządzeń w pojazdach komunikacji miejskiej*) uzasadnienia odwołania – pozostawienie go bez rozpoznania, względnie oddalenie jako bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku (Sygn. akt KIO 586/09, KIO 600/09), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu i zgłaszający zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy w zakresie postanowień siwz i niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego pkt 19.3.2 formularza aktu umowy, Izba zważyła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 22 maja 2009 roku, Krajowa Izba Odwoławcza, przyznała rację odwołującemu w zakresie zarzutu odnoszącego się do kary za „niedbalstwo mogące skutkować ujawnieniem Informacji Poufnej” (§ 19 ust. 19.3.2) wzoru umowy, stwierdzając, że „w pełni nieuprawnione jest sankcjonowanie samego zagrożenia ujawnienia informacji, bez względu na skutek, bez wskazania dodatkowo trybu i osób, które miałyby je stwierdzić”.

Zamawiający, wykonując wyrok Izby z dnia 22 maja 2009 roku, zmodyfikował treść punktu 19.3.2. formularza aktu umowy i nadał mu następujące brzmienie:

„Wykonawca za każdy przypadek złamania obowiązujących u niej procedur ochrony Informacji Poufnych, stwierdzonych przez Zamawiającego, podczas przeprowadzonych kontroli, o których mowa w § 12, zapłaci karę umowną w wysokości 10 000 (dziesięć tysięcy) złotych polskich.”

W ocenie Izby, czynność zamawiającego polegająca na dokonaniu modyfikacji pkt 19.3.2 formularza aktu umowy i nadaniu mu wyżej wskazanego brzmienia jak również opisanie procedur kontroli w § 12 formularza aktu umowy są czynnościami wykonanymi zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jakim jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku.

W wyroku tym Izba odniosła się do podnoszonego przez odwołującego zarzutu dotyczącego kary przewidzianej w postanowieniach formularza aktu umowy za niedbalstwo, które może skutkować ujawnieniem Informacji Poufnej i wyłącznie w tym zakresie stwierdziła, że nieuprawnione jest sankcjonowanie samego zagrożenia. Zatem zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku, zasadnie dokonał wykreślenia kary za niedbalstwo. Jednocześnie zamawiający określił w § 12 formularza aktu umowy procedury kontroli, mające na celu sprawdzenie czy wykonawca przestrzega postanowień umowy, gdzie zagwarantował również prawo złożenia wyjaśnień przez wykonawcę co do przedstawionych przez zamawiającego raportów z dokonanych kontroli. Zatem nieuzasadniony jest zarzut odwołującego, że zamawiający dokonując modyfikacji postanowień formularza aktu umowy, w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie określił trybu i osób, które miałyby stwierdzić takie naruszenie.

Zamawiający, modyfikując treść postanowienia pkt 19.3.2 formularza aktu umowy sprecyzował także, iż obowiązek zapłaty kary dotyczy złamania obowiązujących u niej (tzn. u wykonawcy) procedur ochrony Informacji Poufnych i obciąża wykonawcę. Ewentualne złamanie obowiązujących u wykonawcy procedur musi być uprzednio stwierdzone przez zamawiającego podczas kontroli, których tryb został opisany w § 12 formularza aktu umowy. Skoro kontrola obejmuje sprawdzenie czy wykonawca przestrzega postanowień umowy to oczywistym jest, że sankcjonowane jest złamanie procedur ochrony Informacji Poufnych związane z realizacją tego przedmiotowego zamówienia.

Podsumowując Izba uznała, że czynność modyfikacji pkt 19.3.2 formularza aktu umowy dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i zarzut ten nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazania rodzaju i ilości usług, które mają być kodowane na Karcie, Izba zważyła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 22 maja 2009 roku, Krajowa Izba Odwoławcza, cyt. *„dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, który stwierdził, iż na obecnym etapie nie jest wstanie określić zamkniętego katalogu „innych usług”. Jednak wobec wynikającego z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku Zamawiającego do dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że możliwe jest jednoznaczne określenie czy Zamawiający wymaga umożliwienia realizacji innych usług za pomocą Karty, a w przypadku odpowiedzi pozytywnej na to pytanie, podanie przez Zamawiającego rodzaju planowanych usług (co uczynił na rozprawie Zamawiający wymieniając np. usługę opłaty za bilet do muzeum, na basen lub opłatę za bilet kolejowy) oraz ich przewidywanej ilości.”*

Wykonując wyrok Izby, zamawiający dokonał modyfikacji siwz i wprowadził w słowniku pojęć formularz aktu umowy definicję Karty jako bezstykowej karty elektronicznej, będącej nośnikiem Elektronicznych biletów oraz innych usług w aglomeracji łódzkiej (w szczególności: bilet wstępu do obiektów użyteczności publicznej, elektronicznej portmonetki, biletu PKP itp.) wprowadzanych w ramach modyfikacji Systemu.

W ocenie Izby, określenie jedynie przykładowych usług, które mogą być kodowane na Karcie i sformułowanie w ten sposób katalogu otwartego nie jest czynnością wykonaną zgodnie z ostatecznym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku, w którym Izba zobowiązała zamawiającego do określenia planowanych usług oraz podania ich ilości. Zamawiający winien zatem opisać zakres usług, które aktualnie planuje do kodowania na Karcie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tak aby zapewnić porównywalność złożonych przez wykonawców ofert. Oczywiście jest, że zakres usług, które mają być kodowane na Karcie może ulec zmianie i biorąc pod uwagę otwarty charakter systemu, nie jest możliwe na obecnym etapie wskazanie wszystkich usług, które będą na niej zakodowane. Niemniej jednak, aby zapewnić porównywalność ofert koniecznym jest, w ocenie Izby, podanie aktualnie planowanych usług, które zamawiający zamierza kodować na Karcie. Stanowisko takie wynika również z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku.

Izba zauważa, że wystarczające byłoby określenie kategorii przewidywanych usług (usługi wymienione w definicji Karty przez zamawiającego można uznać za kategorie, i tak np. w kategorii „bilet wstępu do obiektów użyteczności publicznej mogą się mieścić określone ewentualnie w przyszłości bilety wstępu do muzeów, teatrów itp.), ale niewłaściwe jest pozostawianie katalogu kategorii usług otwartego (co zamawiający uczynił przez użycie sformułowań „w szczególności” oraz „itp.”). Jeżeli zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ich sumarycznej ilości na obecnym etapie postępowania, winien w celu zapewnienia porównywalności ofert składanych w postępowaniu określić choćby minimalną pojemność

wymaganą na karcie, która zostanie przeznaczona na inne niż podstawowo kategorii usług, tj. inne niż elektroniczny bilet i opłata za parking.

Okoliczność, jaką podnosił zamawiający, że zasady wprowadzania innych usług na Kartę zostały podane w załączniku nr 7 „Tryb wprowadzania zmian, modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego” nie zmienia faktu, że przedmiot zamówienia a konkretnie zakres planowanych usług, które mają uwzględnić wykonawcy konstruując ofertę nie został precyzyjnie wskazany.

Podsumowując, Izba uznała, że modyfikacja dokonana przez zamawiającego i podanie przykładowego jedynie zakresu usług w formie katalogu otwartego, nie jest czynnością wykonaną zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku, w którym Izba nakazała podanie ilości i rodzaju usług.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut odwołującego zasługuje na uznanie i nakazała zamawiającemu doprecyzowanie i podanie aktualnie planowanych usług, które mają być kodowane na Karcie wraz z ich ilością, którą zamawiający może określić jako pojemność.

Izba oddaliła zarzut odwołującego, dotyczący § 10 pkt. 10.12.4 lit. d formularza aktu umowy, który uprawnia zamawiającego do pobrania i wykorzystania zawartości zdeponowanej zawartości koperty zawierającej kody źródłowe w sytuacji, gdy *„w związku z wykorzystaniem całości roboczogodzin zamówionych w ramach modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego i zlececiem wykonania modyfikacji Oprogramowania Dedykowanego innemu wykonawcy, na podstawie pisemnego zawiadomienia skierowanego do Wykonawcy.”*

Izba uznała za uzasadnione prawo zamawiającego do pobrania i wykorzystania zawartości zdeponowanej koperty zawierającej kody źródłowe w sytuacji określonej w lit. d § 10 pkt. 10.12.4 formularza aktu umowy celem zlecenia wykonania modyfikacji oprogramowania innemu wykonawcy. Brak takiego uprawnienia po stronie zamawiającego mógłby doprowadzić do sztucznego monopolu, zachwiania konkurencji i skutecznie uniemożliwić zlecenie modyfikacji oprogramowania innemu wykonawcy, po wykorzystaniu całości roboczogodzin zamówionych w ramach modyfikacji oprogramowania. W tym celu zamawiający zastrzegł również w formularzu umowy w pkt 4.3 § 4 załącznika nr 8 konieczność współdziałania wykonawcy z innym podmiotem w zakresie niezbędnym do wdrożenia przedmiotowej modyfikacji. W ocenie Izby, takie ukształtowanie stosunku prawnego nie narusza wskazywanej przez odwołującego zasady równości stron umowy, nie jest sprzeczne z art. 58 k.c. i nie stoi również w sprzeczności z celem stosunku prawnego, którym jest nie tylko stworzenie Oprogramowania Dedykowanego i udzielenie licencji lub sublicencji na świadczenie usług związanych z jego eksploatacją, ale także wykonywanie jego niezbędnych modyfikacji.

Zgodnie z § 9 formularza aktu umowy wykonawca udziela zamawiającemu licencji lub sublicencji na korzystanie z Oprogramowania Dedykowanego i licencji lub sublicencji na wykonywanie praw majątkowych do utworów zależnych. Zamawiający wskazał także, iż prawa do Oprogramowania Dedykowanego udzielone zamawiającemu upoważniają do korzystania z tego oprogramowania w ramach i na użytek Systemu przez nieograniczoną liczbę użytkowników równocześnie. W załączniku nr 4 „Zasady udzielania licencji i sublicencji” zamawiający wskazał, że na podstawie licencji lub sublicencji, która ma charakter odpłatny, niewyłączny i nieograniczony w czasie, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia oprogramowania do pamięci komputera, wyświetlania, dokonywania przy jego użyciu przetwarzania danych i korzystania z niego w sposób zgodny z jego przeznaczeniem.

W ocenie Izby zasadnym jest stanowisko zamawiającego, że wykonanie niezbędnych modyfikacji jest dopuszczalne w ramach czynności dozwolonego użytku przysługujących zamawiającemu z tytułu udzielonej licencji/sublicencji i nie jest konieczne odrębne postanowienie umowy dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych w tym konkretnym zakresie.

Zgodnie z art. 74 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 roku (Dz. U. z 2006, nr 90, poz. 631 ze zm.) programy komputerowe co do zasady podlegają ochronie jak utwory literackie. Przepis art. 75 prawa autorskiego zezwala na wykonywanie czynności, określonych w art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2 tej ustawy, w tym także na dokonanie tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała, bez zgody uprawnionego, pod warunkiem, że czynności te są niezbędne do korzystania z programu komputerowego zgodnie z jego przeznaczeniem.

Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego do postępowania odwoławczego co do tego, że zarzut dotyczący określenia dostępności pojazdów w celu instalacji urządzeń jest zarzutem spóźnionym i nie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła, że postanowienie dotyczące konieczności dostarczenia i zainstalowania w pojazdach komunikacji miejskiej urządzeń, o parametrach podanych w pkt 2.3.3. było zamieszczone w treści siwz przekazanej wykonawcom w dniu 1 kwietnia 2009 roku. Pismem z dnia 29 czerwca 2009 roku, odpowiadając na pytania zadane przez wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający wskazał, co następuje:

Pytanie 84 „SIWZ; Tom II pkt 2.3.3. Prosimy o wyjaśnienie czy Wykonawca odpowiada za uzyskanie jakichkolwiek zezwoleń przewoźnika (właściciela pojazdów) dotyczących instalacji urządzeń w pojazdach, a także czy jest odpowiedzialny za uzgadnianie warunków technicznych przedmiotowej instalacji z przewoźnikiem. Zwracamy uwagę, że przewoźnik nie jest stroną organizującą przedmiotowe zamówienie”

Odpowiedź: „Zamawiający jest odpowiedzialny za uzyskanie wszelkich pozwoleń od przewoźnika na montaż urządzeń w pojazdach. Wykonawca jest zobowiązany do uzgodnienia warunków technicznych przedmiotowej instalacji z przewoźnikiem”

Pytanie 85: „SIWZ; Tom II pkt 2.3.3. Prosimy o informację dotyczącą gwarantowanej przez Zamawiającego dostępności pojazdów, w których Wykonawca jest zobowiązany zainstalować urządzenia w okresie realizacji Etapu I zamówienia. Prosimy o informację o liczbie pojazdów dostępnych do instalacji: w dni powszednie, w weekendy, w nocy.

Odpowiedź: „Wykonawca jest zobowiązany do uzgodnienia warunków technicznych instalacji urządzeń z przewoźnikiem”.

Pytanie 86: „SIWZ; Tom II pkt 2.3.3. Prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający zamierza podpisać umowę z operatorem GSM w zakresie transmisji danych z/do Urzędzeń w pojazdach. W przypadku odpowiedzi twierdzącej wymaganie realizacji dostawy kart SIM przez Wykonawcę jest bezzasadne. Prosimy o wyjaśnienie i wprowadzenie stosownych zmian w treści SIWZ.

Odpowiedź: „Zamawiający dokonał zmian w opisie przedmiotu”.

Wobec powyższych ustaleń, w ocenie Izby, wymóg dostarczenia i instalacji w pojazdach komunikacji miejskiej urządzeń był znany odwołującemu już na etapie przekazania pierwotnej wersji siwz, co nastąpiło w dniu 1 kwietnia 2009 roku. Zatem co najmniej od tego dnia odwołujący mógł powziąć informację o tym, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek uzgodnień warunków technicznych instalacji urządzeń z przewoźnikiem oraz że brak jest precyzyjnego podania w postanowieniach siwz dostępności pojazdów komunikacji miejskiej do realizacji instalacji. Od tego dnia należy zatem liczyć termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej na zaniechanie przez zamawiającego określenia dostępności pojazdów komunikacji miejskiej do realizacji instalacji. Sformułowane pytania do siwz 84,85,86 nie zmieniły treści siwz, jedynie potwierdziły informacje ujęte w jej pierwotnej treści, przekazanej wykonawcom w dniu 1 kwietnia 2009 roku. Nie jest zatem uzasadnione stanowisko odwołującego, że dopiero na skutek udzielonych w dniu 29 czerwca 2009 roku odpowiedzi powziął informację o braku określenia w treści siwz dostępności pojazdów w celu instalacji urządzeń. Podobnie co najmniej od upływu terminu na składanie wniosków o dopuszczenie

do udziału odwołującemu znana jest okoliczność udziału przewoźnika miejskiego - MPK Łódź w konsorcjum, biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby, korzystanie z przysługującego wykonawcom prawa do zadawania pytań w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do przywracania terminu zawitego na skorzystanie ze środka ochrony prawnej jakim jest protest. Odmienne działanie prowadzić może do nieuzasadnionego przedłużenia procedur protestacyjno – odwoławczych, co w konsekwencji może powodować przewlekłość postępowania o zamówienie publiczne.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut odwołującego dotyczący określenia dostępności pojazdów celem instalacji urządzeń jako zarzut spóźniony nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek do unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Na marginesie Izba wskazuje na brak podstawy prawnej, uprawniającej Izbę do wydania orzeczenia unieważniającego postępowanie w całości.

Wobec wycofania przez pełnomocnika odwołującego w trakcie rozprawy zarzutów dotyczących braku zagwarantowania środków na realizację Etapu I oraz braku określenia przesłanek zmiany umowy, w oparciu o art. 144 ustawy Pzp, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Z uwagi na powyższe, Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 roku przez precyzyjne określenie innych usług, które mogą być kodowane na Karcie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....