

Sygn. akt: KIO 1506/11

WYROK
z dnia 27 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie w § 12 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ następujących zmian:**
 - 1.1. **wykreślenie w zdaniu pierwszym słów: „lub dostarczonych”;**
 - 1.2. **uzupełnienie podpunktu c) dotyczącego uprawnień Zamawiającego do rozpowszechniania utworów stanowiących program komputerowy (w tym kodu źródłowego), poprzez dopisanie, że uprawnienie do rozpowszechniania ograniczone jest do działalności Zamawiającego w ramach realizacji projektu Śląska Karta Usług Publicznych.**

2. **Kosztami postępowania obciąża Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mennicę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Mennicy Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu „Śląska Karta Usług Publicznych”*.

W dniu 15 lipca 2011 r. wykonawca Mennica Polska S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 i art. 91 ustawy Pzp, a także art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 5, art. 59, art. 387, art. 484 oraz art. 627 Kodeksu cywilnego.

1. Odwołujący podniósł, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sformułowany w punkcie 5.2 lit. A, B, C i D, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i dyskryminujący wykonawców, którzy wykonali wymagany zakres rzeczowy, lecz taniej.

Odwołujący wskazał, że wykonał w ciągu ostatnich lat czynności, które pozwoliłyby mu spełniać warunek odpowiadający rzeczowemu zakresowi wymaganemu przez zamawiającego, jednak ze względu na konkurencyjność rynków, na których świadczył takie usługi, nie osiągał tak wysokich wynagrodzeń. Wysokość wynagrodzenia wykonawcy uzyskiwanego w przeszłości nie ma natomiast nic wspólnego z faktyczną umiejętnością wykonywania czynności, tj. nabytym doświadczeniem. Zdaniem Odwołującego, warunki postawione przez Zamawiającego nie są niezbędne do realizacji zamówienia, przez co Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności i w sposób nieuzasadniony ograniczył konkurencję.

Zdaniem Odwołującego, zdefiniowanie warunku udziału w postępowaniu poprzez wartość dotychczasowych prac (doświadczeń) wykonawcy wydaje się możliwe tylko w takich sytuacjach, gdzie albo nie można określić zakresu rzeczowego doświadczenia (w niniejszej sytuacji nie ma miejsca), albo dotyczy weryfikacji umiejętności radzenia sobie przez wykonawcę z problemem zarządzania środkami finansowymi w określonej skali. Wymóg zarządzania tymi środkami powstanie zapewne po zbudowaniu systemu ŚKUP w trakcie świadczenia jego obsługi. Ale warunek sformułowany w oparciu o wartość finansową dotyczy etapu budowy systemu, a więc jest niezwiązany z tą częścią zamówienia, w której mógłby znaleźć racjonalną przyczynę zastosowania. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 287/11, w którym Izba wskazała, że

określenie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia technicznego przy pomocy wartości robót jest generalnie nieuzasadnione w świetle dyspozycji art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślił ponadto, iż doświadczenie merytoryczne nabywane przy dostawie systemów informatycznych o niewielkiej wartości pozostaje tożsame z doświadczeniem nabywanym przy dostawie systemów informatycznych tego samego typu o większej wartości.

Odwołujący wniósł o nakazanie skreślenia tych elementów warunków sformułowanych w pkt 5.2 lit A-D, które odnoszą się do wartości realizowanych dostaw lub usług.

2. W odniesieniu do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, opisanego w punkcie 5.3 lit. H SIWZ (dot. dysponowania specjalistą do spraw rozliczeń), Odwołujący podniósł, że wymóg został niezasadnie ograniczony do doświadczeniem w prowadzeniu wszelkich rozliczeń zgodnie z wymaganiami obowiązującymi przy dofinansowaniu z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) lub Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS), potwierdzonego udziałem w roli specjalisty ds. rozliczeń w projekcie dofinansowanym z EFRR lub EFS.

Zdaniem Odwołującego, ograniczenie doświadczenia jedynie do projektów dofinansowanych z EFRR lub EFS narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności. Odwołujący wskazał, że wymagania obowiązujące przy dofinansowaniu z EFRR lub EFS są tożsame z wymaganiami określonymi w projektach dofinansowanych przykładowo z Norweskiego Mechanizmu Finansowego czy Szwajcarskiego Mechanizmu Finansowego, a także programów wsparcia realizowanych przez UE pochodzących z Wieloletnich Programów Ramowych. Chociaż źródło finansowania może wywierać istotny wpływ na nabyte umiejętności, to jednak we wszystkich wskazanych funduszach/mechanizmach finansowych rozliczenia finansowe oraz harmonogramy raportowania wyglądają podobnie. Przykładowo, projekty, które uzyskują dofinansowanie ze środków Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy wybierane są przez Instytucje Pośredniczące wyznaczone przez Krajową Instytucję Koordynującą – KIK (Ministerstwo Rozwoju Regionalnego) zgodnie z obszarami tematycznymi Programu. Propozycje projektów są składane do właściwej Instytucji Pośredniczącej, która po ocenie przekazuje je do KIK, a ta z kolei do właściwej instytucji szwajcarskiej. Zamówienia na towary i usługi w trakcie realizacji projektów finansowanych ze środków Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy są udzielane zgodnie z procedurą zamówień publicznych. Jedyną zasadniczą różnicą między EFRR i EFS a Norweskim Mechanizmem Finansowym czy Mechanizmem Finansowym EOG jest fakt, iż w pierwszym wypadku środki finansowe Unii Europejskiej gromadzone są przez państwa członkowskie i przekazywane do unijnego budżetu (według prawa środki te stanowią zasoby własne Unii Europejskiej), a w drugim środki finansowe

pochodzą z trzech krajów EFTA. Zdaniem Odwołującego, w przypadku przedmiotowego postępowania źródło finansowania nabywanego świadczenia nie wpływa na faktyczną umiejętność jego wykonania.

Odwołujący wniósł o nakazanie skreślenia tej części warunku, która wskazuje na wykazanie się doświadczeniem w projekcie dofinansowanym z EFRR lub EFS.

3. W odniesieniu do wymogu opisanego w pkt 5.3 lit. D SIWZ, dotyczącego zakresu wiedzy specjalisty ds. spraw sieci (znajomość sieci WAN, LAN, VPN na poziomie administratora), Odwołujący podniósł, że wymóg ten niezasadnie został ograniczony do jednej metody nabycia tej wiedzy, tj. udziału w projekcie budowy systemów. Zdaniem Odwołującego, znajomość na poziomie administratora może być nabyta zarówno w trakcie budowy, jak i w trakcie funkcjonowania systemu. Jeśli więc Zamawiający nie żąda umiejętności w budowie systemu, lecz umiejętności administratora, to ograniczenie dróg jego nabycia należy uznać za pozbawione podstaw prawnych i dyskryminację niektórych sposobów zdobywania wiedzy. Brak prawidłowej relacji pomiędzy postawionym wymogiem merytorycznym, a będącą również częścią warunku metodą uzyskania odpowiedniej wiedzy, zdaniem Odwołującego czyni ten warunek nieproporcjonalnym, gdyż Zamawiający nie może nakazywać sposobu uzyskania umiejętności, lecz wyłącznie posiadania tych umiejętności.

Odwołujący wniósł o nakazanie skreślenia tej części warunku, która wskazuje na sposób uzyskania umiejętności administratora.

4. Odwołujący podniósł ponadto, że ograniczenie dotyczące kontaktów przedstawiciela Zamawiającego z wykonawcami (pkt 7.3. SIWZ) do godzin od 12:00 do 14:00 jest dyskryminujące. Wskazał, że wybór godzin umożliwiających porozumiewanie się z wykonawcami wpływa w istotnym stopniu na przebieg postępowania, a specyfika przedmiotu zamówienia sprawia, że wykonawcy muszą dokładnie zapoznać się z dokumentacją przetargową, a w szczególności z opisem techniczno funkcjonalnym. W tej sytuacji wskazanie w specyfikacji jedynie dwóch godzin dziennie umożliwiających wykonawcom porozumiewanie się z zamawiającym jest niewystarczające, a Zamawiający ograniczając godziny porozumiewania się z wykonawcami nie zapewnił dostępu do zamówienia wszystkim potencjalnym wykonawcom, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie rozszerzenia godzin porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami.

5. Ponadto Odwołujący wniósł o skreślenie § 12 ust 1 projektu umowy, wskazując, że przeniesienie wszelkich praw autorskich majątkowych, a więc także np. do kodu źródłowego pozbawia wykonawcę możliwości stosowania tych rozwiązań w jego pozostałej działalności. Jest to żądanie nieuprawnione i pozbawiające wykonawców możliwości wykonywania ich

podstawowej działalności gospodarczej w ramach innych umów, w których korzystają z tych samych rozwiązań technicznych, gdyż przestają być właścicielami praw do tych rozwiązań. Takie żądanie jest – zdaniem Odwołującego – czynieniem przez zamawiającego ze swego prawa użytku niezgodnego z jego przeznaczeniem gospodarczym naruszając rażąco art. 5 Kc. Obowiązek przeniesienia całości praw na zamawiającego, który nabył np. jedno urządzenie zawierające autorskie oprogramowanie informatyczne uniemożliwi wykonawcy dalsze prowadzenie działalności gospodarczej w tym zakresie. Ponadto sformułowanie, że obowiązek przeniesienia prawa dotyczy również utworów dostarczonych (a nie tylko stworzonych) zobowiąże również wykonawcę do przeniesienia na zamawiającego wszelkich (a więc własności) praw autorskich np. do wykorzystywanych i dostarczonych programów Microsoft, itp., co skutecznie uniemożliwi wykonanie umowy w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o zastąpienie żądania przeniesienia wszelkich praw autorskich obowiązkiem udzielenia niewyłącznej licencji nieograniczonej terytorialnie i czasowo, co jest proporcjonalne do potrzeb zamawiającego oraz zapewnia możliwość prawidłowego działania wykonawcy.

Wnosząc o zmiany SIWZ w punktach wskazanych w odwołaniu, Odwołujący wniósł o dokonanie odpowiadających im zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że wycofuje zarzuty opisane powyżej w punktach 3 i 4, w związku z czym Izba odstąpiła od ich rozpoznania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 5 SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*, o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz który m.in.:

5.2 wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, następujące dostawy i usługi: (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek ten wykonawcy mogą spełniać łącznie):

A. Dostawa i uruchomienie automatycznego systemu pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli, spełniającego łącznie poniższe warunki:

- instalacje pokładowe wykonane w ponad 400 pojazdach transportu zbiorowego, tj. w autobusach lub/i tramwajach lub/i trolejbusach lub/ i pociągach;
 - instalacje stacjonarne wymiany danych w zajezdniach lub dworcach;
 - sieć 100 punktów ładowania kart bezstykowych;
 - podsystem kontroli biletów przez kontrolerów wyposażonych w terminale przenośne;
 - dostarczono co najmniej 150 000 szt. kart bezstykowych;
 - przeszkolono z zakresu obsługi i użytkowania systemu min. 500 użytkowników;
 - wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 10 000 000,00 zł brutto.
- B. Dostawa i instalacja urządzeń oraz oprogramowania systemu teleinformatycznego, spełniająca łącznie poniższe warunki:
- dostawa, montaż i uruchomienie dla Centrum Przetwarzania Danych4 (CPD) sprzętu serwerowego, komputerowego i sieciowego wraz z niezbędnym oprogramowaniem;
 - dostawa i wdrożenie oprogramowania aplikacyjnego, narzędziowego oraz bazodanowego;
 - system obejmował swoim zasięgiem co najmniej: 1 lokalizację centralną oraz 20 lokalizacji rozproszonych;
 - wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 3 000 000,00 zł brutto.
- C. Dostawa i uruchomienie systemu teleinformatycznego zbierającego i przetwarzającego dane z pojazdów, spełniająca łącznie poniższe warunki:
- dostawa i uruchomienie komputerów pokładowych zbierających dane z urządzeń zainstalowanych w pojeździe;
 - dostawa i uruchomienie urządzeń służących do lokalizacji pojazdów, wykorzystujących technologię GPS;
 - dostawa i wdrożenie oprogramowania dedykowanego wraz z mapami cyfrowymi;
 - system wykorzystuje transmisję danych w technologii GPRS;
 - system umożliwia monitorowanie pojazdów z wizualizacją ich położenia na mapie cyfrowej;
 - ilość pojazdów obsługiwanych przez system - min. 400;
 - wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.
- D. Dostawa i uruchomienie instalacji pokładowych w pojazdach zasilanych elektrycznie, spełniająca łącznie poniższe warunki:
- instalacje pokładowe wykonane w co najmniej 20 wagonach tramwajowych lub co najmniej 20 pociągach lub trolejbusach,
 - wartość dostawy i usługi wynosiła co najmniej 200000,00 zł brutto.

Zamawiający dopuszcza, aby wykazane przez Wykonawcę dostawy i usługi, obejmowały łącznie wymagania określone w którymkolwiek z podpunktów A, B, C, D. W takim przypadku wykazana wartość dostaw i usług musi być sumą wartości dostaw i usług wymaganych w poszczególnych podpunktach.

W zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, punkcie 5.3 ppkt H SIWZ Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który dysponuje lub będzie dysponował specjalistą do spraw rozliczeń, wobec którego ustalone zostały następujące wymagania:

- wykształcenie wyższe
- doświadczenie w prowadzeniu wszelkich rozliczeń zgodnie z wymaganiami obowiązującymi przy dofinansowaniu z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR) lub Europejskiego Funduszu Społecznego (EFS), potwierdzone udziałem w roli specjalisty ds. rozliczeń w projekcie dofinansowanym z EFRR lub EFS,
- wartość projektu, o którym mowa powyżej wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

Zgodnie z § 12 ust. 1 wzoru umowy (*Prawa własności intelektualnej*), w przypadku, gdy w trakcie lub w wyniku realizacji Umowy zostanie stworzony przez Wykonawcę lub podwykonawców utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, z momentem podpisania przez Zamawiającego właściwego protokołu odbioru, Zamawiający nabywa wszelkie autorskie prawa majątkowe do utworów stworzonych lub dostarczonych w trakcie realizacji Umowy przez Wykonawcę lub na jego zlecenie. Powyższe dotyczy również wyłącznych praw do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich oraz przenoszenia praw na inne osoby wraz z prawem do dokonywania w nich zmian oraz prawem własności egzemplarzy tych utworów. Przeniesienie autorskich praw majątkowych, o których mowa w niniejszym ustępie, uprawnia do nieograniczonego w czasie i co do terytorium korzystania i rozporządzania utworami w kraju i za granicą, na polach eksploatacji określonych w art. 50 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w szczególności na następujących polach eksploatacji:

- a) utrwalania, zwielokrotniania, wytwarzanie dowolną techniką egzemplarzy utworów, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką cyfrową,
- b) obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono - wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy,

- c) publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym,
- d) wykonywanie i zezwalanie na wykonywanie autorskich praw zależnych,
- e) dokonywanie skrótów, cięć, przemontowań, tłumaczeń,
- f) modyfikowanie całości oraz pojedynczych fragmentów w tym m.in. prawo do korekty, dokonywania przeróbek, zmian i adaptacji,
- g) łączenie fragmentów z innymi utworami,

a w odniesieniu do utworów stanowiących program komputerowy (w tym do kodu źródłowego) w zakresie:

- a) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programów komputerowych w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiegokolwiek formie; w zakresie, w którym dla wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania i przechowywania utworu niezbędne jest jego zwielokrotnienie,
- b) tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu, modyfikacji lub jakichkolwiek innych zmian w programach komputerowych,
- c) rozpowszechniania, w tym użyczenia lub najmu programów komputerowych lub jego kopii,
- d) wprowadzania do sieci Internet i Intranet.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niemożliwości udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezyskania zamówienia.

1. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że zdefiniowanie w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zakresu doświadczenia wykonawców poprzez wskazanie minimalnej wartości zrealizowanych projektów nie stanowiło naruszenia zasad, o których mowa w przywołanym wyżej przepisie.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że odwołanie się do wartości wykonanych zamówień było nieuzasadnione. Zamawiający ma prawo i obowiązek tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby dopuścić do niego wykonawców dających rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy. Uprawniony jest więc do żądania wylegitymowania się doświadczeniem w realizacji zamówień odpowiadających swoją skalą i złożonością przedmiotowi udzielanego zamówienia, a to przekłada się na wartość zrealizowanych dostaw czy usług.

Należy zwrócić uwagę, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w § 1 ust. 1 pkt 3 uprawnia zamawiających do żądania od wykonawców, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw lub usług, z podaniem m.in. ich wartości. Wynika z tego pośrednio, że wartość wykonanych prac może być elementem podlegającym ocenie w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Nie tylko nie ma przeszkód prawnych do określenia przez zamawiającego minimalnej wartości wykonanych dostaw i usług, ale w wielu przypadkach jest to uzasadnione. Określenie tej wartości jest dopuszczalne i celowe, o ile pozostaje proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie – w ocenie Izby – proporcje te zostały zachowane. Zamawiający przedłożył na rozprawie zestawienie opracowane dla potrzeb oszacowania wartości zamówienia we wcześniej prowadzonym (a następnie unieważnionym) postępowaniu, wg którego, wartość dostawy i uruchomienia automatycznego systemu pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli wynosi 17.208.115 zł, wartość dostawy i instalacji urządzeń oraz oprogramowania systemu teleinformatycznego – 7.060.819 zł, wartość dostawy i uruchomienie systemu teleinformatycznego zbierającego i przetwarzającego dane z pojazdów – 5.455.103 zł, a wartość dostawy i uruchomienia instalacji pokładowych w pojazdach zasilanych elektrycznie – 412.360 zł. Wartość zamówień, których wykonaniem mieli się legitymować wykonawcy wynosiła odpowiednio: 10 mln zł, 3 mln zł, 2 mln zł i 200 tys. zł (zatem stosunek wartości wymaganej w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do wartości szacunkowej poszczególnych elementów zamykał się w przedziale od 36,7% do 58%). W obecnie prowadzonym postępowaniu wartość szacunkowa ustalona została na poziomie wyższym, natomiast warunki udziału w postępowaniu pozostały bez zmian, zatem wartość wykonanych zamówień stanowi jeszcze mniejszy procent wartości oszacowanej przez Zamawiającego.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że tak opisany warunek pozbawia szansy udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali zamówienia o podobnym zakresie i stopniu skomplikowania, ale taniej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wartość wykonanych prac została ustalona na poziomie dużo niższym niż wartość szacunkowa poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, zatem mało prawdopodobna jest sytuacja, w której wykonawca zrealizował projekty równie złożone i skomplikowane za wynagrodzeniem niższym niż ustalone przez Zamawiającego minimum.

Zauważyć również należy, że przywołany przez Odwołującego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 287/11, negujący zasadność określenia warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia technicznego przy pomocy wartości robót, nie dotyczył doświadczenia samego wykonawcy, ale kwalifikacji osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

2. Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut dotyczący wymagań określonych dla specjalisty do spraw rozliczeń. Przedmiotowy projekt realizowany jest w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, a źródłami jego finansowania może być Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego i Europejski Fundusz Społeczny. Doświadczenia w rozliczaniu tych właśnie funduszy żąda Zamawiający, jest to więc warunek ściśle związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, mimo podobnych regulacji na poziomie europejskim, każdy z funduszy czy programów posiada szczegółowe, specyficzne wytyczne krajowe (Wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego), Zamawiający miał więc prawo żądać doświadczenia w rozliczeniach projektów finansowanych z tych funduszy, z których finansowany będzie przedmiot zamówienia, a rozszerzenie wymogu o doświadczenie w projektach finansowanych z innych funduszy mogłoby spowodować dopuszczenie do wykonywania zamówienia osób nie dających rękojmi prawidłowego wykonania, co narażałoby Zamawiającego na sankcje finansowe.

3. Izba częściowo uwzględniła zarzut dotyczący postanowień wzoru umowy w zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych.

Po pierwsze Izba uwzględniła przyznany przez Zamawiającego na rozprawie zarzut dotyczący niezasadności przeniesienia praw do utworów dostarczonych (a nie stworzonych) przez wykonawcę w trakcie realizacji umowy. Spór między stronami wynikał z nieprecyzyjnego zapisu we wzorze umowy, który przez Odwołującego rozumiany był jako obowiązek przeniesienia praw do wszelkich programów, których wykonawca (ani podwykonawca) nie stworzył, a jedynie wykorzystał przy realizacji zamówienia. Natomiast

Zamawiający twierdził, że jego intencją było uzyskanie praw autorskich jedynie do programów stworzonych w toku wykonywania umowy, przy czym stworzonych zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę. W ocenie Izby brzmienie § 12 ust. 1 wzoru umowy nie odzwierciedla przedstawionej przez Zamawiającego intencji i budzi uzasadnione obawy wykonawcy co do zakresu utworów, nabycia praw do których żąda Zamawiający.

Ponadto Izba uznała, że niecelowe jest nabycie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do rozpowszechniania programów komputerowych (w tym kodu źródłowego). Prawo to powinno przysługiwać Zamawiającemu o tyle, o ile jest potrzebne do prawidłowej realizacji projektu, w tym włączania do niego nowych podmiotów publicznych. Sam Zamawiający przyznał, że uzyskanie takiego właśnie prawa było jego intencją, nie zaś uzyskanie prawa do rozpowszechniania w ramach jakiegokolwiek komercyjnej działalności, której ze względu na swój status Zamawiający prowadzić nie może. Izba uznała, że powinno to znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy.

Izba nie przyznała natomiast racji Odwołującemu, że wystarczające do właściwej realizacji projektu byłoby udzielenie Zamawiającemu licencji. Należy zwrócić uwagę, że to Zamawiający decyduje, co chce nabyć jako przedmiot zamówienia. Jeśli dokonuje zakupu oprogramowania komputerowego, to racjonalne i uzasadnione jest zapewnienie sobie praw do tego programu, co umożliwi w przyszłości niezależność od twórcy programu i możliwość zlecenia np. jego modyfikacji i dostosowania do potrzeb Zamawiającego innemu podmiotowi w trybie konkurencyjnym.

Potwierdzają to rekomendacje Urzędu Zamówień Publicznych (Rekomendacje udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne, 2009 r.), zgodnie z którymi zaleca się, aby SIWZ i umowa z wykonawcą określały obowiązek przeniesienia autorskich praw majątkowych do systemu, w tym praw do kodów źródłowych. Rekomendacje te, jakkolwiek nie stanowią źródła prawa, to określają standardy i dobre praktyki, którymi winni kierować się zamawiający w celu należytego zabezpieczenia swoich interesów. Jeśli Zamawiający kierując się dbałością o sposób przyszłego korzystania z zakupionego systemu, chce nabyć prawa autorskie do programów, to jest do tego uprawniony, nawet jeśli znajdzie to przełożenie na wysokość cen ofertowych. Nie można tego uznać za naganne z punktu widzenia racjonalności wydatkowania środków publicznych, gdyż niewłaściwe zabezpieczenie interesów Zamawiającego może pociągnąć za sobą dużo dalej idące skutki finansowe.

Z powyższych powodów – w ocenie Izby – uprawnione jest żądanie przeniesienia autorskich praw majątkowych, w tym praw do kodów źródłowych. Ponieważ przedmiotowe zamówienie dotyczy projektu skomplikowanego i rozłożonego w czasie (7 lat), licencja

mogłaby nie zapewnić Zamawiającemu wszystkich uprawnień dających w przyszłości możliwość dysponowania systemem w niezbędnym zakresie i dokonywania jego zmian. Dotyczy to zwłaszcza potrzeb, które ujawnią się w przyszłości, podczas użytkowania systemu, a których obecnie nie można przewidzieć.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: