

Sygn. akt: KIO 1050/17

POSTANOWIENIE
z dnia 7 czerwca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 7 czerwca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2017 roku przez **Abakus Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- 1) **wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- 2) **wykonawcy Intergraph Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. **nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy Odwołującego Abakus Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami), na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 26 maja 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1, a także art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Abakus Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego „Budowa Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej” prowadzi **Zamawiający: Skarb Państwa - Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej z siedzibą w Warszawie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 093-182525.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ). Zamawiającemu zarzucano naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp polegające na uchybieniu wymogowi sformułowania SIWZ, w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej także „OPZ”, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, w tym przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, względnie na takim opisie przedmiotu zamówienia, który jest nieprecyzyjny i nie spełnia przesłanki warunku istotności - poprzez następujące elementy SIWZ z ich opisem znajdujące się w Załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia”: EDU.8, FOG.SWDPSP.18, FOG.SWDPSP.25, FOG.SWDPSP.28, FOG.SWDPSP.30, FOG.SWDPSP.34, FOG.SWDPSP.36, FOG.SWDPSP.40, FOG.SWDPSP.43, FSKRW.SWDPSP.1, FSKRW.SWDPSP.5, FSKRW.SWDPSP.6, FSKRW.SWDPSP.7, FSKRW.SWDPSP.20, FSKRW.SWDPSP.21, FSKRW.SWDPSP.22, FSKRW.SWDPSP.25, FSKRW.SWDPSP.39, FSKRW.WDPSP.49, FSKRW.SWDPSP.50, FSKRW.SWDPSP.51, FSKRW.SWDPSP.52, FSKRW.SWDPSP.59, FSKRW.SWDPSP.61, FSKRW.SWDPSP.64, FizZ.SWDPSP.9, FizZ.SWDPSP.19, FizZ.SWDPSP.22, FSZT.SWDPSP.2, FSZT.SWDPSP.7, FSZT.SWDPSP.11, FSZT.SWDPSP.12, FOO.SWDPSP.8, FOO.SWDPSP.17, FOO.SWDPSP.20, FSIS.SWDPSP.12, FSIS.SWDPSP.15, FSIS.SWDPSP.39, FSIS.SWDPSP.40, FSIS.SWDPSP.44, FSIS.SWDPSP.46, FWD.SWDPSP.3, FWD.SWDPSP.4, FWD.SWDPSP.11, FWD.SWDPSP.23, FAS.SWDPSP.15, FMAP.SWDPSP.3, FMAP.SWDPSP.4,

FMAP.SWDPSP.7, EMAP.SWDPSP.19, FAM.SWDPSP.3 a także poprzez następujące postanowienia SIWZ — załącznika nr 2 do SIWZ „Projekt Umów”:

2) § 6 ust. 2 („Obowiązki zamawiającego”)

3) § 11 („Analiza”);

4) naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (zwanej dalej „k.c.”) oraz art. 354 § 1 k.c. polegające na wprowadzeniu w SIWZ w załączniku nr 2 — „Projekt umowy”, w § 10 ust. 1 pkt 1 („Zmiany umowy, procedura kontroli zmian”) możliwości zmian umowy bez określenia jednoznacznych postanowień umownych, które określają zakres tych zmian umowy, bez wskazania możliwości i ewentualnej wielkości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy oraz bez wskazania charakteru oraz warunków wprowadzenia tych zmian tj. polegające na określeniu możliwości wprowadzania zmian w sposób ogólny, nie pozwalający na ustalenie przedmiotu, zakresu dopuszczalnych zmian umowy oraz trybu ich wprowadzania;

5) naruszenie art. 14 ust. Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 509 § 1 k.c. i art. 519 § 1 k.c. w zw. z art. 67 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej zwanej „pr. aut.”) polegające na wprowadzeniu w SIWZ w załączniku nr 2 — „Projekt umowy”, w § 20 ust. 29 („Zmiany umowy, procedura kontroli zmian”) możliwości „przeniesienia licencji” na inne podmioty, w ten sposób przewidując czynność nie istniejącą w systemie prawa cywilnego, naruszającą konstrukcję prawną licencji na korzystanie z autorskich praw majątkowych z art. 67 pr. aut. jako czynności zobowiązująco-upoważniającej i w ten sposób naruszającą przepisy o cesji wierzytelności i przejęciu długu, jako jedynych dopuszczalnych w systemie prawa cywilnego czynnościach, które umożliwiają przejęcie praw i obowiązków, w tym praw i obowiązków wynikających z licencji (umowy licencyjnej);

6) naruszenie art. 14 ust. Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 365¹ k.c. w zw. z art. 68 ust. 1 ustawy pr. aut. polegające na wprowadzeniu w SIWZ w załączniku nr 2 — „Projekt umowy”, w § 20 ust. 23 („Pozostałe postanowienia dotyczące własności intelektualnej”) wyłączenia możliwości bezwarunkowego wypowiedzenia licencji na korzystanie z autorskich praw majątkowych przez wykonawcę, podczas, gdy istnieje ustawowy zakaz kreowania takich mechanizmów;

7) naruszenie art. 14 ust. Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 365¹ k.c. w zw. z art. 68 ust. 1 ustawy pr. aut. polegające na wprowadzeniu w SIWZ w załączniku nr 2 — „Projekt umowy”, w § 20 ust. 25 („Pozostałe postanowienia dotyczące własności intelektualnej”) wyłączenia możliwości bezwarunkowego wypowiedzenia licencji na korzystanie z autorskich praw majątkowych przez wykonawcę, podczas, gdy istnieje ustawowy zakaz kreowania takich mechanizmów;

8) naruszenie art. 14 ust. Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 i 2 k.c. polegające na wprowadzeniu w SIWZ w załączniku nr 2 — „Projekt umowy”, w § 23 ust. 5-9, 12-13, 15, 17-21 pkt 1 („Kary umowne”) poprzez uniezależnienie wymagalności kar umownych należnych od wykonawcy od jego zawinienia i przez uwarunkowanie tej wymagalności jedynie opóźnieniem po stronie wykonawcy oraz przez narzucenie rażąco wygórowanych kar umownych;

9) naruszenie art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 395 § 2 k.c. i art. 67 pr. aut. w zw. z art. 3 Pzp i art. 7 ust. 3 Pzp polegające na wprowadzeniu w SIWZ w załączniku nr 2 — „Projekt umowy”, w § 25 („Odstąpienie od umowy”) ust. 7 pkt 2 konstrukcji obowiązywania stosunku licencji udzielonego zamawiającemu umową o wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego zawartą z wykonawcą pomimo odstąpienia od tej umowy przez Zamawiającego, co narusza istotę konstrukcji odstąpienia od umowy powodującej nieważność zawartej umowy ze skutkiem *ex tunc* a nadto wprowadza istnienie stosunku licencyjnego (umowy o korzystanie z oprogramowania) z zamawiającym przy braku zawarcia (nieważności) umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego;

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ tak, by odpowiadało przepisom prawa w zakresie wskazanym w uzasadnieniu pisma poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w SIWZ, w tym w załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” oraz w załączniku nr 2 „Projekt umowy”:

a) zmiany postanowień SIWZ wskazanych w Załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” pod numerami (w rubrykach): EDU.8, FOG.SWDPSP.18, FOG.SWDPSP.25, FOG.SWDPSP.28, FOG.SWDPSP.30, FOG.SWDPSP.34, FOG.SWDPSP.36, FOG.SWDPSP.40, FOG.SWDPSP.43, FSKRW.SWDPSP.1, FSKRW.SWDPSP.5, FSKRW.SWDPSP.6, FSKRW.SWDPSP.7, FSKRW.SWDPSP.20, FSKRW.SWDPSP.21, FSKRW.SWDPSP.22, FSKRW.SWDPSP.25, FSKRW.SWDPSP.39, FSKRW.WDPSP.49, FSKRW.SWDPSP.50, FSKRW.SWDPSP.51, FSKRW.SWDPSP.52, FSKRW.SWDPSP.59, FSKRW.SWDPSP.61, FSKRW.SWDPSP.64, FizZ.SWDPSP.9, FizZ.SWDPSP.19, FizZ.SWDPSP.22, FSZT.SWDPSP.2, FSZT.SWDPSP.7, FSZT.SWDPSP.11, FSZT.SWDPSP.12, FOO.SWDPSP.8, FOO.SWDPSP.17, FOO.SWDPSP.20, FSIS.SWDPSP.12, FSIS.SWDPSP.15, FSIS.SWDPSP.39, FSIS.SWDPSP.40, FSIS.SWDPSP.44, FSIS.SWDPSP.46, FWD.SWDPSP.3, FWD.SWDPSP.4, FWD.SWDPSP.11, FWD.SWDPSP.23, FAS.SWDPSP.15, FMAP.SWDPSP.3, FMAP.SWDPSP.4, FMAP.SWDPSP.7, EMAP.SWDPSP.19, FAM.SWDPSP.3 w taki sposób, aby przedmiot zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania był należyście,

jednoznacznie, dokładnie opisany, tak aby możliwe było ustalenie wszystkich istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia — w zakresie szczegółowych wniosków wskazanych w pkt IV.1 uzasadnienia odwołania oraz zmiany postanowień SIWZ — załącznika nr 2 do SIWZ „Projekt Umów/” w zakresie postanowień § 6 ust. 2 („Obowiązki zamawiającego”) — poprzez jego usunięcie oraz w zakresie postanowienia § 11 („Analiza”) w taki sposób, aby przedmiot zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania był należycie, jednoznacznie, dokładnie opisany, tak aby możliwe było ustalenie wszystkich istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia a także by wskazane w projekcie umowy warunki wykonania przedmiotu zamówienia spełniały powyższe kryteria — w zakresie szczegółowych wniosków wskazanych w pkt IV. 1 uzasadnienia niniejszego odwołania;

b) usunięcia w załączniku nr 2 do SIWZ „Projekt umowy” postanowienia § 10 ust. 1 pkt 1 lub zmianę tego postanowienia tak, by wskazywało precyzyjnie przedmiot i zakres zmian, a także ewentualną możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy oraz wskazanie charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian stosownie do art. 144 ust 1 pkt 1 Pzp.;

c) usunięcia w załączniku nr 2 do SIWZ „Projekt umowy” postanowienia § 20 ust. 29 lub zmianę tego postanowienia tak, by odpowiadało przepisom o cesji wierzytelności i przejęciu długu z art. 509 § 1 k.c. oraz 519 § 1 k.c. w świetle przepisów ustanawiających licencję na korzystanie z autorskich praw majątkowych z art. 67 pr. aut.;

d) usunięcia w załączniku nr 2 do SIWZ „Projekt umowy” postanowienia § 20 ust. 23 lub zmianę tego postanowienia tak, by odpowiadało przepisom o wypowiedzeniu umowy licencyjnej zawartej na czas nieoznaczony stosownie do art. 353¹ k.c. oraz art. 68 ust 1 pr. aut.;

e) usunięcia w załączniku nr 2 do SIWZ „Projekt umowy” postanowienia § 20 ust. 25 lub zmianę tego postanowienia tak, by odpowiadało przepisom o wypowiedzeniu umowy licencyjnej zawartej na czas nieoznaczony stosownie do art. 353¹ k.c. oraz art. 68 ust. 1 pr. aut.;

f) usunięcia w załączniku nr 2 do STWZ „Projekt umowy” postanowienia § 23 ust. 5-9,12-13, 15,17-21 pkt 1 („Kary umowne”) lub zmianę tego postanowienia tak, by warunkiem wymagalności kary umownej od wykonawcy było jego zawinienie, z wyłączeniem odpowiedzialności na zasadzie ryzyka tj. wprowadzenie jako warunku zwłoki a nie opóźnienia wykonawcy oraz obniżenie kar umownych tak, by odpowiadały warunkom gospodarczym i rynkowym, charakterowi umowy zawartej pomiędzy stronami i jej przedmiotowi - do wartości, które nie będą rażąco wygórowane;

g) usunięcia w załączniku nr 2 do SIWZ „Projekt umowy” postanowienia w § 25 („Odstąpienie od umowy ”) ust. 7 pkt 2.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte odwołaniem. Odwołujący w ramach swojej działalności oferuje oprogramowanie oraz świadczy usług tożsame lub w istotnym zakresie podobne do tych, które są przedmiotem zamówienia publicznego, w szczególności jest producentem analogicznego systemu dedykowanego do obsługi działalności różnych jednostek Państwowej Straży Pożarnej, dalej zwanej „PSP”, oraz OSP, w tym dostarcza ten system teleinformatyczny do jednostek różnych szczebli PSP, w tym do KG PSP. SIWZ w przedmiotowym postępowaniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy, która ma być zawarta pomiędzy wykonawcą i zamawiającym zawierają postanowienia naruszające Pzp, w szczególności zaś SIWZ nie zawiera wskazania istotnych warunków zamówienia i nie zawiera opisu przedmiotu zamówienia umożliwiającego złożenie adekwatnej i rzetelnej oferty, a nadto wprowadza procedury uniemożliwiające określenie zakresu prac do wykonania przez wyłonionego w wyniku postępowania wykonawcę oraz uniemożliwia określenie rezultatu, jaki w wyniku wykonania zamówienia wykonawca ma stworzyć.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie odwołującego złożyli wykonawcy:

- 1) **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**
- 2) **Intergraph Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

Przystąpienia uznano za skuteczne.

Zamawiający w dniu 5 czerwca 2017 roku przesłał do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie, w której na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uznał odwołanie w całości i wnosił o umorzenie postępowania. W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatowi postawionemu w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił w odwołanie, stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1a 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 ze zmianami).

Przewodniczący: