

Sygn. akt: KIO 2052/11  
Sygn. akt: KIO 2055/11  
Sygn. akt: KIO 2064/11

**WYROK**  
z dnia 5 października 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę **online-skills sp. z o.o., ul. Prusa 13/4, 60-819 Poznań,**
- B. w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,**
- C. w dniu 23 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ASSECO POLAND S.A. (pełnomocnik konsorcjum), ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, 2. Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5A, 00-184 Warszawa,**

przy udziale:

- A. **wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2052/11 oraz KIO 2055/11 po stronie zamawiającego,
- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Rodan Systems S.A. (pełnomocnik konsorcjum), ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa, 2. Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2064/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- **Online-skills Sp. z o.o., ul. Prusa 13/4, 60-819 Poznań,**
- **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,**
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ASSECO POLAND S.A. (pełnomocnik konsorcjum), ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, 2. Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez:
  - **Online-skills Sp. z o.o., ul. Prusa 13/4, 60-819 Poznań,**
  - **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin,**
  - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ASSECO POLAND S.A. (pełnomocnik konsorcjum), ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, 2. Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach**tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Online-skills Sp. z o.o., ul. Prusa 13/4, 60-819 Poznań** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5A, 00-184 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od **Unizeto Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5A, 00-184 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.4. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ASSECO POLAND S.A. (pełnomocnik konsorcjum), ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, 2. Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. St. Dubois 5A, 00-184 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A; 00-184 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu P2”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 107-176262.

Dnia 14 września 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, w części I i II zamówienia.

W części I zamówienia za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rodan Systems S.A. (lider), PWPW S.A., ul. Puławska 465; 02-844 Warszawa (zwani dalej „Konsorcjum Rodan”).

W części II zamówienia za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29; 01-687 Warszawa (zwany dalej „Pantacomp”).

### **Część II zamówienia.**

#### **Postępowanie o sygn. akt KIO 2052/11.**

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca **online-skills** sp. z o.o., ul. Prusa 13/4; 60-819 Poznań (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 23 września 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej i nieodrzczenia ofert wykonawców Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Comarch S.A..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Comarch S.A., a których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Comarch S.A. zawierających rażąco niskie ceny,
- 3) art. 91 ust. 1 pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia ofert wykonawców Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Comarch S.A. oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem złożona przez Odwołującego ważna oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo. Zamawiający obowiązany był do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Comarch S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, a zatem wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić z pominięciem oferty wykonawców Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i Comarch S.A. Na skutek zaniechania przez Zamawiającego czynności wskazanych powyżej interes Odwołującego doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W ocenie Odwołującego, zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, w razie udzielenia przez Zamawiającego zamówienia wykonawcy, którego dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu, a którego oferta powinna zostać odrzucona oraz nie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch S.A. Szkada pozostaje zatem w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, iż Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawców Pentacomp i Comarch z powodu zaferowania cen rażąco niskich na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zaniechanie odrzucenia ww. oferty miało wpływ na wynik postępowania, albowiem oferta złożona przez wykonawcę Pentacomp została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł jednocześnie, iż złożenie przez wykonawców Pentacomp i Comarch ofert z odpowiednio z ceną 5 996 250,00 zł oraz 6 802 711,80 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Cena ofert tych wykonawców została ustalona poniżej kosztów własnych, gdyż niemożliwe jest zrealizowanie

przedmiotu zamówienia za tak niską cenę, jednocześnie mając na uwadze, iż nieodzownym warunkiem działania za czyn nieuczciwej konkurencji jest wykazanie, że wykonawca Pentacomp miał na celu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Takie ukształtowanie ceny przez tego wykonawcę spowodowało nieuczciwą grę rynkową w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudniło Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia. Zamawiający, przez wybór i nie odrzucenie oferty Pentacomp oraz nie odrzucenie oferty Comarch, naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 23 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 26 września 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 29 września 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

### **Postępowanie o sygn. akt KIO 2055/11.**

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca **UNIZETO** Technologies S.A., ul. Królowej Korony Polskiej 21; 70-486 Szczecin (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 23 września 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechaniań Zamawiającego wykonanych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego i uznanie, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o. o., pomimo, iż treść oferty złożonej przez Konsorcjum ATM nie odpowiada treści s.i.w.z.

3. Art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ATM pomimo, że całkowita cena brutto oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Art. 7 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i uznanie, że dostarczone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że oferta złożona przez Konsorcjum ATM zawiera jedynie rażąco niską cenę w zakresie ceny za etap III, natomiast zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, iż całkowita cena zaoferowana w ofercie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.
5. Art. 7 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak badania zakresu faktycznego użycia oprogramowania Open Source w ofercie złożonej przez Konsorcjum ATM, Odwołującego, i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., i nie żądanie stosownych wyjaśnień w tym zakresie.
6. Art. 7 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za ofertę najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę Pentacomp, która biorąc pod uwagę kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej określone w s.i.w.z. powinna zająć drugie miejsce.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

Uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- dokonanie powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

Jednocześnie z ostrożności proceduralnej Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ATM,
- ponowną ocenę i badanie oferty złożonej przez Konsorcjum ATM,
- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum ATM zgodnie z zarzutami przedstawionymi w przedmiotowym odwołaniu.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia Dział IV Wymagania lit. L - Licencjonowanie w poz. WNF.LIC.1 zawarł definicję oprogramowania standardowego. Jednocześnie Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego rozszerzył wskazaną definicję powołując się na odpowiedź z dnia 01.07.2011 r. na zadane pytanie w grupie XI odpowiedź nr, 1 która miałyby uzasadniać, iż oprogramowanie Open Source jest oprogramowaniem standardowym. Odwołujący zwrócił uwagę, że udzielona odpowiedź dotyczy Części I przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i rozszerzanie obowiązywania tej odpowiedzi, również na Część II przedmiotowego postępowania jest pewnego rodzaju nadużyciem Zamawiającego zmierzającym do próby uzasadnienia

stawianych hipotez, gdyż jak inaczej można określić twierdzenia Zamawiającego, skoro w treści pytania wyraźnie zapisano cyt. „Zamawiający w części I - załącznik nr 1 Opis przedmiotu zamówienia.”, a w udzielonej odpowiedzi brak jest przywołania części II zamówienia. Zamawiający, jako gospodarz postępowania sam dokonał jego podzielenia na część I i część II określając jednocześnie dwa odrębne opisy przedmiotu zamówienia dla części I załącznik nr 1 do s.i.w.z. dla części II załącznik nr 2 do s.i.w.z.

Zgodnie z wymaganiem określonym w opisie przedmiotu zamówienia Dziale IV Wymagania lit. L - Licencjonowanie w poz. WNF.LIC.5, wykonawca realizując przedmiot zamówienia zobowiązany jest do przekazania kodów źródłowych i kodów konfiguracyjnych wytworzonego oprogramowania dedykowanego ponadto zgodnie z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia wskazanymi w Dziale IV Wymagania lit. L -Licencjonowanie w poz. WNF.LIC.4 wykonawca zobowiązany jest w zakresie dedykowanego oprogramowania dla Platformy Wymiany Dokumentów, do przeniesienia na Zamawiającego autorskiego prawa majątkowego, prawa do wykonywania zależnych praw autorskich oraz prawo do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich na polach eksploatacji w sposób określony w postanowieniach wzoru umowy. Tym samym sposób przeniesienia autorskich praw majątkowych został określony w wzorze umowy, gdzie zgodnie z § 4 wzoru umowy Wykonawca zobowiązany jest do przeniesienia praw autorskich do utworów utrwalonych w jakiegokolwiek formie, powstałych w ramach realizacji poszczególnych etapów umowy. Zapisy umowy odnoszą się do utworów, czyli oprogramowania systemu informatycznego, który powstanie w wyniku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie zatem chodzi o przekazanie praw autorskich do efektu prac, które zostaną wykonane w wyniku realizacji umowy. Nie chodzi w tym przypadku natomiast o przekazanie praw autorskich do oprogramowania, z którego wykonawca będzie dodatkowo korzystać przy opracowaniu zamawianego systemu. Powyższe zostało m.in. potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi z dnia 01.07.2011 r. na zadane pytanie w grupie IX - kwestie terminologiczne odpowiedź nr 6 cyt. „Przeniesienie praw autorskich dotyczy elementów, dla których przeniesienie praw zostało wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli wszystkich produktów powstałych w ramach realizacji zamówienia. Należy wskazać, że użyte oprogramowanie Open Source nie jest produktem, który powstanie w ramach realizacji zamówienia, gdyż tym produktem jest oprogramowanie systemu informatycznego, który powstanie w wyniku realizacji umowy. W tym zakresie Zamawiający w postanowieniach s.i.w.z. nie zabronił wykonawcom korzystania z oprogramowania w postaci, tzw. Open Source. Zdaniem Odwołującego, nie istnieją żadne racjonalne powody, dla których wykonawcy mieliby dostarczyć wyłącznie oprogramowanie aplikacyjne komercyjne, a nie oprogramowanie Open Source. Jeśli więc Zamawiający nie zabronił korzystania przez wykonawców z oprogramowania Open Source, nie można tego



interpretować w inny sposób jak poprzez przyjęcie, że powyższe jest dozwolone w tym postępowaniu. Ponadto wszelkie nieścisłości w zapisach s.i.w.z. na obecnym etapie postępowania zawsze rozstrzyga się na korzyść wykonawcy. Co jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 23 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 26 września 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 29 września 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

## **Część I zamówienia.**

### **Postępowanie o sygn. akt KIO 2064/11.**

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **ASSECO Poland S.A., KAMSOFT S.A.**, ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 23 września 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części I zamówienia i tym samym wybór do realizacji przedmiotu zamówienia oferty nr 5 złożonej przez konsorcjum firm: Rodan Systems S.A. i PWPW S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, która spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 4) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty ATM Systemy Informatyczne S.A. i SPUTNIK Software sp. z o.o. w całości, podczas gdy złożone wyjaśnienia i dostarczone dowody potwierdzają, że oferta złożona przez ww. podmioty zawiera nie tylko rażąco niską cenę w zakresie ceny za etap III, lecz także - całkowita cena zaoferowana w ofercie złożonej przez te podmioty jest rażąco niska w stosunku do całości przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, - poprzez bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego (tańszej, aniżeli oferta konsorcjum Rodan).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Dokonania ponownego badania i oceny ofert.
4. Odrzucenia w całości oferty złożonej przez Konsorcjum ATM, jako oferty naruszającej kryterium rażąco niskiej ceny, co do całości przedmiotu zamówienia - na podstawie art. 90 ust.2 i 3 ustawy Pzp.
5. Obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, iż zakwestionowane przez Zamawiającego oprogramowanie z pozycji 5-18 wyjaśnień z dnia 17.08.2011 r. jest bądź oprogramowaniem licencjonowanym na licencjach z rodziny open source (pozycje od 5 do 11) bądź oprogramowaniem licencjonowanym przez innego producenta, wskazanego w treści wyjaśnień (z uwagi, iż wyjaśnienia, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący się nie może ujawnić jego nazwy, albowiem tym samym bezprawnie w tej części by je odtajnił), na podstawie odrębnej umowy, z prawem wykorzystania tego oprogramowania na potrzeby stworzenia systemu Platformy Wymiany Dokumentów (pozycje od 12 do 18). W każdym jednak przypadku te części oprogramowania nie mają gwarancji producenta, a Odwołujący dysponuje kodami źródłowymi takich programów z możliwością ich modyfikacji. W związku z powyższym, zgodnie z definicjami obowiązującymi w przedmiotowym postępowaniu, oprogramowanie z pozycji 5-18 nie może być uznane za oprogramowanie standardowe i Odwołujący nie mógł wymienić tegoż oprogramowania w wykazie oprogramowania standardowego.

Odwołujący oświadczył, że jest uprawniony do dysponowania tą licencjonowaną częścią kodu dedykowanego, co wynika z istoty licencji open source, jak i z umowy zawartej z producentem wskazanym przez Odwołującego w treści wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zabronił wykonawcom na zastosowanie oprogramowania Open Source, nie istnieją również żadne przesłanki, dla których takie wyłączenie byłoby uzasadnione, a wykonawcy mieliby dostarczyć wyłącznie oprogramowanie komercyjne.

Zgodnie z definicjami oprogramowania oraz uzasadnieniem przytoczonym w odwołaniu, zakwestionowane przez Zamawiającego elementy oprogramowania składają się na oprogramowanie dedykowane, a tym samym nie stanowią oprogramowania standardowego. W związku z powyższym Odwołujący nie dopuścił się niedozwolonego rozszerzenia treści oferty w zakresie oprogramowania standardowego. Oprogramowanie wymienione w pozycjach 5-18 słusznie nie zostało wyszczególnione w formularzu dotyczącym oprogramowania standardowego.

Odwołujący zaznaczył, że w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości, co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji, to w takim razie powinien był zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienia w tym zakresie. Zamiast podjęcia takiej czynności Zamawiający arbitralnie przyjął niewłaściwą interpretację jej treści.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 23 września 2011 roku.

Zamawiający, dnia 26 września 2011 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 29 września 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rodan Systems S.A., PWPW S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 2052/11

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia - w części II zamówienia kwotę: 16 849 505,17 zł.

Ceny ofert w postępowaniu dla części II kształtowały się w następujący sposób:

- 1) Konsorcjum ATM Systemy Informatyczne i Sputnik Software – 3 713 610,83 zł
- 2) UNIZETO Technologies - 5 818 569,12 zł
- 3) PENTACOM Systemy Informatyczne S.A - 5 996 250,00 zł
- 4) ComArch S.A - 6 802 711,80 zł
- 5) Konsorcjum ENIGMA Systemy Ochrony Informacji i JPolio S.A - 7 997 091,00 zł
- 6) WASCO S.A - 9 225 000,00 zł
- 7) online-skills sp. z o.o. - 13 993 956,00 zł
- 8) 4system Polska - 15 757 353,50 zł
- 9) SYGNITYSA -15 801 419,66 zł

Z dziewięciu ofert złożonych w postępowaniu cztery zostały odrzucone:

- 1) Konsorcjum: ATM Systemy Informatyczne i Sputnik Software,
- 2) UniZeto Technologies,
- 3) Konsorcjum ENIGMA Systemy Ochrony Informacji i JPolio S.A.,
- 4) WASCO S.A.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert przyjął zasadę, iż wszystkich wykonawców, których ceny ofert, w części II zamówienia będą niższe niż 10 mln zł poprosi o złożenie wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawcy, których oferty kwestionuje Odwołujący złożyli stosowne wyjaśnienia popierając je szczegółowym kosztorysem. Jako, że przedmiotowe wyjaśnienia zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych wyjaśnień, które w ocenie Izby pozwalają na przyjęcie, iż cena zaproponowana przez tych wykonawców nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Ponadto wskazać należy, iż różnice jakie wynikają z szacunków ustalonych przez Zamawiającego w odniesieniu do cen ofert proponowanych przez wykonawców mogą również wynikać z faktu, iż Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia nie może brać pod uwagę szczególnych warunków, specyficznych i zindywidualizowanych w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, które pozwalają wykonawcom na takie ukształtowanie ceny ofertowej, która przy porównaniu z wartością szacunkową zamówienia, na pierwszy rzut oka może budzić wątpliwości pod kątem rażąco niskiej ceny. Czynności Zamawiającego, profesjonalnego podmiotu utworzonego i ukierunkowanego do wdrażania systemów informatycznych w ochronie zdrowia Izba oceniła pozytywnie i nie dopatrzyła się błędów w postępowaniu prowadzonym w trybie przepisu art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Konsekwencją powyższego ustalenia jest oddalenie zarzutów w odniesieniu do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi niejako dalszą argumentację Odwołującego, ściśle powiązaną ze stanowiskiem Odwołującego dotyczącą zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Pentacomp SI S.A. i Comarch S.A. w zakresie ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok z dnia 25 marca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 193/10, KIO/UZP 214/10, z dnia 7 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2745/10, KIO 2762/10, z dnia 3 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1039/11), jak i Sądów Okręgowych (vide: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07) nie może podlegać ocenie pod kątem istnienia rażąco niskiej ceny jedynie wycinek oferty.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10 *Z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że tryb przewidziany w tym przepisie wszczynają Zamawiający, gdy dokonując oceny ofert zajądą wątpliwości, czy cena jest „rażąco niska”. Wnosząc a contrario postępowania w tym przedmiocie nie wszczynają się, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości, że oferta nie zawiera ceny „rażąco niskiej”. Istota problemu sprowadza się do prawidłowego określenia desygnatu pojęcia ceny „rażąco niskiej”. Przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zawierają*

*definicji legalnej tego pojęcia, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się więc tutaj odwołać do potocznego rozumienia tego pojęcia. Zatem cena „rażąco niska” to taka, która jest nierealistyczna, znacząco odbiega od cen rynkowych stosowanych w określonej branży. (...). Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez różnych wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame. (...). Cena Konsorcjum PKP nie jest „rażąco niska” w stosunku do wartości zamówienia. Nie świadczy o tym bynajmniej fakt, że jest ona niższa o 25,88 % od wartości zamówienia. Dowodem na to jest również cena zaoferowana przez Konsorcjum, która jest także niższa od wartości zamówienia o 18,78 %. Różnica między tymi cenami jest nieznacząca. (...). W sytuacji więc, gdy dwie oferty: Konsorcjum i Konsorcjum PKP zawierały zbliżone do siebie ceny poniżej wartości zamówienia można wyciągnąć wniosek, że na rynku tego typu usług mamy do czynienia ze znaczną konkurencją, której wcześniej nie było. (...).*

*Nie można zgodzić się z twierdzenia Konsorcjum, że o „rażąco niskiej” cenie świadczy fakt wskazania przez Konsorcjum dzierżawy wagonów (...) ceny dzierżawy zdecydowanie odbiegających od cen innych wykonawców. Uszło bowiem uwadze Konsorcjum, że kryterium do ustalania ceny „rażąco niskiej” nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.”.*

Izba uznała, że ceny ofert wykonawców Pentacomp i Comarch nie odbiegają w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem nie stanowią zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w przedmiotowej kwestii to właśnie na Odwołującym bezspornie spoczywa ciężar dowodzenia. Powyższe wynika bezpośrednio z treści przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nawiązującego do przepisu art. 6 kodeksu cywilnego. Odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że ceny zawarte w ofertach wykonawców Pentacomp i Comarch noszą znamiona ceny rażąco niskiej i tym samym Zamawiający był zobligowany do odrzucenia ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez

Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

#### Sygn. akt KIO 2055/11

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzuty odwołania odnoszące się do oferty wykonawcy – Konsorcjum ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o.

Wobec powyższego oświadczenia Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania zarzuty wycofane, odnoszące się do oferty wykonawcy – Konsorcjum ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 14 września 2011 roku poinformował Odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, iż *„W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaofferowanych oprogramowań wykonawca potwierdził, że w złożonej ofercie zaproponował rozwiązanie oparte na oprogramowaniu, które wykracza poza wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia w poz. WNF.LIC.1, WNF.LIC.4, WNF.LIC.7. (...) Wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia zaproponował oprogramowanie typu Open Source, które*

*nie jest oprogramowaniem standardowym, ani oprogramowaniem dedykowanym (...). Wykonawca zaoferował oprogramowanie, które nie spełnia warunków określonych w definicjach oprogramowania dedykowanego oraz standardowego. Zamawiający dopuszczał wykorzystanie oprogramowania typu Open Source spełniające wymagania stawiane dla oprogramowania standardowego.”*

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał definicje oprogramowania, jakie mają dostarczyć wykonawcy. I tak w Identyfikatorze WNF.LIC.1, podał, że *„Wykonawca musi zapewnić ilość licencji na oprogramowanie standardowe w liczbie odpowiedniej dla zapewnienia działania Platformy Wymiany Dokumentów w ośrodku podstawowym, zapasowym oraz środowisku testowym, rozwojowym i szkoleniowym. Oprogramowanie standardowe to każde oprogramowanie, które jest objęte gwarancją i licencją producenta oraz nie jest dostarczane wraz z kodem źródłowym i nie ma możliwości ingerencji w jego kod źródłowy.”*, w identyfikatorze WNF.LIC.4 podał, że *„W zakresie dedykowanego oprogramowania dla Platformy Wymiany Dokumentów, wykonawca przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe, prawo do wykonywania zależnych praw autorskich oraz prawo do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich na polach eksploatacji i w sposób określony w postanowieniach wzoru umowy, stanowiącego załącznik Nr 3 do s.i.w.z.”*, w identyfikatorze WNF.LIC.4 podał, że *„Dedykowane oprogramowanie oznacza każde oprogramowanie niezbędne do funkcjonowania systemu z wyłączeniem oprogramowania standardowego.”*

Ponadto w § 4 wzoru umowy „Autorskie Prawa Majątkowe” Zamawiający zawarł postanowienia, iż *„W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 3, z chwilą podpisania protokołu odbioru, o którym mowa w § 1 ust. 4, bez zastrzeżeń na Zamawiającego przechodzą na zasadzie wyłączności, autorskie prawa majątkowe do utworów utrwalonych w jakiegokolwiek formie, powstałych w ramach realizacji poszczególnych etapów niniejszej umowy do nieograniczonego w czasie korzystania i rozporządzania utworami na polach eksploatacji określonych w art. 50 oraz 74 ust. 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.), w tym w szczególności: (...).”*

Odwołujący w ofercie (str. 61) przedstawił: *wykaz oprogramowania standardowego (systemy operacyjne, systemy wirtualizacji, narzędzia dla programistów, inne niezbędne do funkcjonowania przedmiotu zamówienia)*, w którym podał 9 nazw użytego oprogramowania, z podaniem wersji, producenta oraz ilości.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2011 roku Odwołujący, pismem z dnia 8 sierpnia 2011 roku, wyjaśniając Zamawiającemu, jakie elementy oferty



wpłynęły na cenę przez niego zaoferowaną podał, iż przy realizacji zamówienia w szerokim zakresie zamierza skorzystać z oprogramowania standardowego oraz Open Source.

Dodatkowo Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2011 roku, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oprogramowania, jakie zamierza wykonawca wykorzystać w celu dostarczenia przedmiotu zamówienia oraz o podanie rodzaju/ów systemu/ów operacyjnych, jakie zostaną wykorzystane i dostarczone w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 18 sierpnia 2011 roku wskazał, że w celu realizacji przedmiotu zamówienia zamierza wykorzystać oprogramowanie w tym systemy operacyjne rodzaju Open Source, dedykowane i oprogramowanie standardowe wymienione w ofercie.

W ocenie Izby za błędne należało przyjąć stanowisko Odwołującego, który argumentując wskazywał na okoliczność braku zakazu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości zaoferowania oprogramowania Open Source, czym Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania tego typu oprogramowania. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) WNF.WC.1. Wykonawca musi zapewnić ilość licencji na oprogramowania standardowe w liczbie odpowiedniej dla działania Systemu Administracji w ośrodku podstawowym, zapasowym oraz środowisku testowym, rozwojowym i szkoleniowym. Jak wynika ze wskazanej przez Zamawiającego definicji, oprogramowanie standardowe to oprogramowanie, które jest objęte gwarancją i licencją producenta oraz nie jest dostarczane wraz z kodem źródłowym i nie ma możliwości ingerencji w kod źródłowy. Oprócz oprogramowania standardowego Zamawiający oczekiwał ponadto dostarczenia oprogramowania dedykowanego, wytworzonego podczas realizacji przedmiotowego zamówienia, które będzie przedmiotem przeniesienia autorskich praw majątkowych wraz z prawem do wykonywania zależnych praw autorskich oraz prawem do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich na polach eksploatacji wskazanych w załączonym do s.i.w.z. wzorze umowy. Powyższe oznacza, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie standardowe, zgodnie z określoną definicją oraz oprogramowanie dedykowane.

W ocenie Izby Zamawiający szczegółowo i jednolicie zdefiniował rodzaje oprogramowania, jakie są dopuszczone w przedmiotowym postępowaniu, tj. oprogramowanie standardowe oraz dedykowane wskazując jednocześnie, iż dopuszczał zastosowanie oprogramowania Open Source, jednakże musi ono spełniać dodatkowe parametry wynikające jak dla oprogramowania standardowego. Oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego w ten sposób, iż w wyniku wyjaśnień na etapie oceny oferty Zamawiający stwierdził, że rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego nie spełnia wymogów s.i.w.z.

w tym zakresie, że została zaproponowana 3 grupa oprogramowania nie przewidziana treścią SIWZ, co do której Zamawiający nie będzie miał pełnych praw autorskich, a prawa licencyjne nie odpowiadają rozwiązaniom przyjętym przez Zamawiającego, gdyż nie będzie w stanie w pełni z niego korzystać – nie będzie miał większości uprawnień do oprogramowania. Zamawiający, zwracając się z prośbą o wyjaśnienie treści oferty, skierował takowe, gdyż z treści oferty bezpośrednio nie wynikało, jaki system operacyjny jest przedmiotem oferty i z tych wyjaśnień wynikało, że Odwołujący oferuje trzecią wersję oprogramowania. Odwołujący na rozprawie prezentował stanowisko, z którego wynikało, iż z jednej strony powołuje się na możliwość ingerencji w kody źródłowe dotyczące oprogramowania Open Source, natomiast z drugiej strony wskazuje, że oferuje produkt własny, co do którego istnieje możliwość ingerencji w kody źródłowe, natomiast Zamawiającemu zależało na otrzymaniu produktu standardowego (pudełkowego), co do którego będzie miał pewność gwarancji i brak możliwości ingerencji w kody źródłowe.

Reasumując stwierdzić należało, że podział oprogramowania, jakie mogą zaproponować wykonawcy był jasny i wynikał bezpośrednio z s.i.w.z., a Odwołujący zarówno na str. 8 odwołania, jak i w piśmie przewodnim dotyczącym wyjaśnień z 8 lipca 2011 r. wyraźnie wskazał, że przedmiotem oferty jest oprogramowanie standardowe i Open Source. Również na uwagę zasługują postanowienia wzoru umowy, które nie przewidywały przeniesienia licencji do oprogramowania innego, niż opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym oferta zawierająca rozwiązanie, które nie było przedmiotem zamówienia, stanowi o niezgodności z treścią s.i.w.z., co w konsekwencji prowadzi do uznania, iż oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona.

Reasumując, Izba uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzuty odwołania odnoszące się do oferty wykonawcy – Konsorcjum ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o.

Wobec powyższego oświadczenia Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania zarzuty wycofane, odnoszące się do oferty wykonawcy – Konsorcjum ATM Systemy Informatyczne S.A., Sputnik Software sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 14 września 2011 roku poinformował Odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, iż „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych oprogramowań zaproponował wykorzystanie dodatkowego oprogramowania (poz. 5-18 w tabeli z udzielonym wyjaśnieniem), które jako oprogramowanie dedykowane nie spełnia wymogów określonych w WNF.LIC.4. Natomiast jako oprogramowanie standardowe stanowi niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty poprzez jej rozszerzenie.

Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu wprowadził dychotomiczny podział oprogramowania, które można zaoferować w niniejszym postępowaniu, tj. oprogramowanie standardowe, które jest oprogramowaniem objętym gwarancją i licencją producenta oraz nie jest dostarczane wraz z kodem źródłowym i nie ma możliwości ingerencji w jego kod źródłowy oraz oprogramowanie dedykowane, które jest oprogramowaniem niezbędnym do funkcjonowania systemu z wyłączeniem oprogramowania standardowego.

Odwołujący na stronie 12 oferty wskazał, jakiego typu oprogramowania standardowego, wraz z podaniem wersji, zamierza użyć do realizacji zamówienia. Odwołujący podał 4 rodzaje oprogramowania standardowego.

Zamawiający, pismem z dnia 11 sierpnia 2011 roku wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących oprogramowania, jakie

wykonawca zamierza wykorzystać w celu dostarczenia przedmiotu zamówienia oraz o podanie rodzaju/ów systemu/ów operacyjnych, jakie zostaną wykorzystane i dostarczone w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, pismem z dnia 18 sierpnia 2011 roku złożył stosowne wyjaśnienia podając, iż w celu dostarczenia przedmiotu zamówienia zamierza wykorzystać i dostarczyć oprogramowanie i systemy operacyjne zgodnie z tabelą podaną w przytoczonym piśmie. Przedmiotowa tabela zawierała 18 rodzajów i typów oprogramowania. Jednocześnie Odwołujący zastrzegł możliwość dokonywania zmian wymienionych produktów, jeżeli zmiany będą na korzyść Zamawiającego lub zaistnieje możliwość zastosowania nowszych i korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań technologicznych, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego prezentowane w odwołaniu, jak i na rozprawie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę definicję „oprogramowania dedykowanego”, jak i „oprogramowania standardowego” należy dojść do wniosku, że tym pierwszym jest oprogramowanie, które łącznie spełnia następujące warunki:

- 1) jest niezbędne do funkcjonowania systemu PWD,
- 2) nie jest objęte gwarancją producenta,
- 3) nie jest objęte licencją producenta,
- 4) jest dostarczane wraz z kodem źródłowym,
- 5) zapewnia możliwość ingerencji w kod źródłowy.

W przeciwieństwie zatem do „oprogramowania standardowego” „oprogramowanie dedykowane” charakteryzuje się „otwartą” strukturą. Jego istotą jest bowiem możliwość dostosowania (modyfikowania) na potrzeby zamówienia. Co więcej, modyfikowanie oprogramowania dedykowanego dokonywane może być nie tylko przez wykonawców, lecz także i Zamawiającego.

W odpowiedzi na pytanie nr 15 w Grupie IX (pismo Zamawiającego z dnia 1 lipca 2011 r.) Zamawiający wyjaśnił, że oprogramowanie dedykowane (jako tzw. oprogramowanie deweloperskie) musi zapewniać możliwość tworzenia na jego bazie oprogramowania również samodzielnie przez Zamawiającego (pkt WNF.LIC.3 OPZ - postanowienie to nie dotyczy oprogramowania standardowego, gdyż nie podlega ono modyfikacji w trakcie realizacji zamówienia). Ponadto zgodnie z § 4 ust. 3 Wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z., wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu „wszystkich wytworzonych kodów źródłowych i kodów konfiguracji dedykowanego oprogramowania, dostarczonego w ramach realizacji umowy”.

W zakresie oprogramowania standardowego Zamawiający oczekuje udzielenia mu licencji przez producenta. Wniosek taki bezpośrednio wynika z treści pkt WNF.LIC.1 OPZ, zgodnie

z którym na wykonawcy spoczywa obowiązek zapewnienia odpowiedniej ilości licencji na oprogramowanie standardowe tak, aby zapewnić wymaganą funkcjonalność tego oprogramowania, W przypadku, gdy producentem jest sam wykonawca, to on będzie właśnie licencjodawcą licencji na oprogramowanie standardowe. Gdy producentem będzie podmiot trzeci, wykonawca albo będzie jedynie pośrednikiem, zapewniającym możliwość zawarcia odpowiedniej liczby licencji przez Zamawiającego bezpośrednio z producentem albo też powinien mieć zagwarantowaną możliwość udzielenia Zamawiającemu odpowiedniej ilości sublicencji. Licencyjny charakter umowy na oprogramowanie standardowe potwierdza także § 4 ust. 4 Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z., który przewiduje udzielenie bezterminowej licencji (sublicencji) przez wykonawcę Zamawiającemu do tego właśnie rodzaju oprogramowania.

Zgodnie z WNF.LIC.4 OPZ: *„W zakresie dedykowanego oprogramowania dla Platformy Wymiany Dokumentów, wykonawca przeniesie na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe, prawo do wykonywania zależnych praw autorskich oraz prawo do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich na polach eksploatacji i w sposób określony w postanowieniach Wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z.”* § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowi, że: *„(...) na Zamawiającego przechodzą na zasadzie wyłączności, autorskie prawa majątkowe do utworów utrwalonych w jakiegokolwiek formie, powstałych w ramach realizacji poszczególnych etapów niniejszej umowy do nieograniczonego w czasie korzystania i rozporządzania utworami”* na wymienionych w dalszej części polach eksploatacji.

Przejście praw ściśle związane jest z „utworami powstałymi w ramach realizacji poszczególnych etapów”. Kategoria ta, z jednej strony, obejmować będzie zatem nie tylko oprogramowanie, lecz także i inne utwory (np. dokumentację). W zakresie oprogramowania § 4 ust. 1 Wzoru umowy będzie zatem dotyczył oprogramowania dedykowanego powstałego w trakcie realizacji poszczególnych etapów, a zatem zgodnie z załącznikiem nr 2 do wzoru umowy: etapu I - projektu systemu, etapu II - wdrożenia systemu oraz etapu III - stabilizacji systemu. W szczególności zatem obowiązkiem przeniesienia majątkowych praw autorskich objęte będzie oprogramowanie dedykowane stworzone lub tylko modyfikowane dla celów realizacji zamówienia. Potwierdza to wyjaśnienie, jakiego udzielił Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 w Grupie IX (pismo z dnia 1 lipca 2011 r.) precyzując, że: *„Przeniesienie praw autorskich dotyczy elementów dla których przeniesienie praw zostało wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli wszystkich produktów powstałych w ramach realizacji zamówienia”*, w tym oprogramowania dedykowanego którego dotyczyło pytanie.

Tym samym oprogramowanie dedykowane, które m. in. nie jest objęte licencją producenta pozostawia jedynie możliwość przeniesienia praw w zakresie majątkowych praw autorskich.

Biorąc pod uwagę powyższe rozumienie pojęcia „oprogramowania dedykowanego”, należy dojść do wniosku, że oprogramowania typu open source dostosowane dla celów realizacji zamówienia nie spełniają wymienionych w OPZ przesłanek i tym samym nie mogą być uznane za „oprogramowanie dedykowane”.

Kwalifikację taką wyklucza sama definicja „oprogramowania dedykowanego”, wyłączając możliwość objęcia oprogramowania dedykowanego licencją producenta.

Ponadto zgodnie z OPZ, a w szczególności z pkt WNF.LIC.4 w zw. z § 4 ust. 1 Wzorca umowy stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z., wymagane jest przeniesienie na Zamawiającego majątkowych praw autorskich, do oprogramowania dedykowanego, jak to zostało opisane powyżej. Model licencjonowania open source wyklucza możliwość przeniesienia praw. Oprogramowanie open source rozpowszechniane jest bowiem wyłącznie na podstawie stosownych licencji z zakresu prawa autorskiego, a nie umów przeniesienia majątkowych praw autorskich. Co więcej podmiot, który przekazuje bez modyfikacji program udostępniany na licencji open source nie staje się nawet licencjodawcą, gdyż licencji udziela zawsze pierwotny licencjodawca (twórca programu). Przykładem takiej regulacji jest np. pkt 10 licencji GNU General Public License (v. 3) - wzorcowej i najpowszechniejszej licencji typu open source.

Odmienne kształtować się będzie sytuacja w przypadku, gdy licencjobiorca licencji open source dokona modyfikacji programu lub też połączy go z innym programem. Na dokonanie takich czynności zezwala np. licencja GNU GPL w pkt 5. W rezultacie powstanie całkiem nowy utwór, do którego pełnia praw autorskich będzie przysługiwała licencjobiorcy. Zezwolenie zawarte w licencji open source na modyfikowanie lub też łączenie licencjonowanego programu z innymi programami należy zatem odczytywać w świetle art. 74 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm., przy założeniu, że licencjobiorcą jest podmiot mający siedzibę w Polsce i prawem właściwym będzie prawo polskie), jako samo tylko zezwolenie na dokonanie modyfikacji. Wspomniany przepis nie wyłącza jednak ogólnego obowiązku ustanowionego w art. 2 ust. 2 ustawy o prawie autorskim, zgodnie z którym rozporządzenie i korzystanie z opracowania wymagają zgody twórcy utworu pierwotnego (J. Barta, R. Markiewicz [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Zakamycze 2005, str. 570-571), którym w omawianym przypadku będzie licencjodawca open source. Licencja open source zawiera zatem wyłącznie zezwolenie na dokonanie modyfikacji programu, ale nie zawiera zezwolenia na wykonywanie praw zależnych i tym samym autor takiej modyfikacji nie może skutecznie rozporządzać przysługującymi mu prawami. Nie może on zatem skutecznie przenieść majątkowych praw autorskich do swojego utworu na osobę trzecią, gdyż nie ma na to zgody twórcy utworu pierwotnego.

Licencje open source, choć nie pozwalają przenosić majątkowych praw autorskich, to jednak zezwalają na udzielanie licencji do modyfikacji programu lub programu stworzonego na bazie programu open source (zintegrowanego z programem open source). Zezwolenie to obarczone jest jednak bardzo istotnym ograniczeniem w zakresie sposobu rozpowszechniania własnych modyfikacji programu open source. Przeróbki takie, a także programy zintegrowane z programem open source mogą być bowiem udostępniane jedynie na takiej samej licencji open source, na podstawie uzyskano zgodę na ich stworzenie. Zatem przeróbki programu udostępnianego na licencji GNU GPL muszą być udostępniane także na licencji GNU GPL.

Podsumowując, posłużenie się oprogramowaniem open source niesie ze sobą daleko idące ograniczenia. Wyłączona jest bowiem nie tylko możliwość przeniesienia (rozporządzenia) majątkowymi prawami autorskimi do przeróbek takich programów, lecz także udzielenie do nich licencji innej niż licencja open source. W konsekwencji modyfikacje takie muszą być np. udzielane nieodpłatnie i na tych samych polach eksploatacji, co podstawowe oprogramowanie open source.

Oprogramowanie open source nie mogłoby zostać uznane - w świetle postanowień OPZ - za oprogramowanie standardowe. Nie spełnia ono bowiem podstawowych wymagań stawianych temu oprogramowaniu, zawartych w definicji „oprogramowania standardowego”. Po pierwsze, każda licencja open source wyłącza w maksymalnych dopuszczalnych przez prawo granicach odpowiedzialność licencjodawcy i wprost stanowi o nie udzieleniu żadnych gwarancji. Nie jest zatem spełniony warunek objęcia oprogramowania standardowego licencją producenta. Licencje open source wymuszają doręczanie kodu źródłowego, co również przeczy definicji oprogramowania standardowego ujętej w OPZ.

Odwołujący nie traktuje stworzonych przez siebie modyfikacji oprogramowania open source jak nowych i tym samym uznaje, że nie ma konieczności przeniesienia praw - z drugiej strony, przyjmuje całkowicie przeciwną kwalifikację i uznaje takie modyfikacje za nowe, gdy chodzi o możliwość udzielenia licencji.

Powyższą argumentację należy również odnieść do sprawy o sygn. akt KI 2055/11.

W świetle powyższych ustaleń, dowody zgłoszone przez Odwołującego w postaci zestawienia obowiązujących licencji dla wersji oprogramowania, o których mowa w wyjaśnieniach z 17 sierpnia 2011 r. oraz oświadczenie producenta, który udziela zezwolenia wraz z oświadczeniem o przekazaniu kodów źródłowych z prawem do użycia i modyfikacji, Izba uznała za niewystarczające do potwierdzenia zarzutów stawianych w odwołaniu.

W zakresie spraw o sygn. akt. KIO 2055/11 i KIO 2064/11 Izba uznała argumentację Zamawiającego, jak i Przystępujących za prawidłową, która zgodna jest z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i definicjami tam zawartymi, które należy odczytywać wspólnie z postanowieniami wzoru umowy w kontekście dokonywanej oceny ofert, w szczególności pod kątem zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienia s.i.w.z. wykluczają możliwość oferowania przedmiotu zamówienia w sposób w jaki to uczynili odwołujący, czym narazili się na skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Koncepcja wykonania przedmiotu zamówienia, prezentowana przez wykonawców może być dowolna, jednakże dowolność ta ograniczona jest wymaganiami Zamawiającego, który dla osiągnięcia zamierzonego celu bezwzględnie musi wymagać spełnienia elementów dla niego istotnych, w szczególności związanych z bezpieczeństwem własnym.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....