

WYROK
z dnia 9 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

TBD S.A. al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków oraz
R – DATA Sp. z o.o. al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Wyszaków, Aleja Róż 2, 07-200 Wyszaków

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TBD S.A. al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków oraz R – DATA Sp. z o.o. al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TBD S.A. al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków oraz R – DATA Sp. z o.o. al. Jana Pawła II 190, 31-982 Kraków tytułem wpisu od odwołania.

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 Ostrołęce.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Wyszków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wdrożenie systemu zarządzania dokumentacją i e-usług dla klientów Urzędu Miejskiego w Wyszkanie realizowanego w ramach projektu pn. Rozwój e-usług w Gminie Wyszków realizowanego w ramach RPO WM 2007 – 2013 Priorytet II Przyspieszenie e-Rozwoju Mazowsza Działanie 2.2 Rozwój e-usług” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 4 listopada 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

26 stycznia 2011 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia TBD S.A. i R – Data Sp. z o.o. informację o wykluczeniu go z postępowania, w której wskazał, że Odwołujący złożył następujące nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania:

1. Przedmiotem zamówienia było m.in. wdrożenie rozwiązania, które umożliwi głosowe odczytywanie strony internetowej urzędu w języku polskim. W związku z wątpliwościami Zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienie: „Jak zostanie zrealizowane wdrożenie rozwiązania, które umożliwi głosowe odczytywanie strony internetowej urzędu w języku polskim?”. W odpowiedzi z 14 grudnia 2011 r. Odwołujący odpowiedział, że „rozwiązanie przewiduje wykorzystanie syntezy mowy wbudowanego w system Windows7, a polegać będzie na odczytywaniu tekstu wskazanego przez kursor myszy”. W związku z dalszymi wątpliwościami Zamawiający sprawdził tę informację i 16 stycznia 2012 r. uzyskał informację z Microsoft, że: „syntezy mowy wbudowany w systemy operacyjne Microsoft nie obsługuje opcji mowy w języku polskim”. Wykorzystanie syntezy mowy wbudowanego w Windows7 Wykonawca potwierdził w kolejnej odpowiedzi z 23 stycznia 2012 r. poprzez stwierdzenie: „rozwiązanie służące do głosowego odczytywania stron WWW może wykorzystywać wbudowany w system Windows7 syntezy mowy...”. Zatem wykonawca w swoich wyjaśnieniach treści oferty, złożył nieprawdziwą informację, jakoby syntezy mowy wbudowany w Windows7 umożliwiał odczytywanie stron internetowych urzędu w języku polskim.

2. Elementem przedmiotu zamówienia było uzupełnienie strony WWW Zamawiającego poprzez wdrożenie rozwiązań umożliwiających korzystanie ze stron elektronicznych oraz e-usług osobom niepełnosprawnym. Nie ulega wątpliwości, że wdrożenie to jest przedmiotem sprzedaży na rzecz Zamawiającego. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach poinformował, że zrealizuje to wdrożenie poprzez wykorzystanie oprogramowania MILENA, którego wymaganym komponentem jest biblioteka „mbrola”. Zgodnie z warunkami licencji biblioteki „mbrola” wykorzystanie tego programu w wypadku sprzedaży bądź włączenia w inny produkt podlegający sprzedaży wymaga zgody autora. Zapis licencji jest następujący: „This program may not be sold or incorporated into any product which is sold without prior permission from the Autor”, tj. „Ten program nie może być sprzedawany ani być włączany do innego produktu, który jest sprzedawany bez uprzedniej zgody autora”. Wykonawca na zapytanie Zamawiającego: „W związku z faktem, że nieodłącznym pakietem potrzebnym do działania MILENY jest „mbrola” zaś w licencji tego projektu wprowadzony jest wymóg zgody autora na wykorzystanie go przy programach, które są przedmiotem sprzedaży, prosimy o załączenie do odpowiedzi kopii stosownej zgody” w swojej odpowiedzi z 23 stycznia 2012 r. złożył nieprawdziwą informację, że „nie zachodzi konieczność uzyskania zgody od autora”. W ocenie Zamawiającego wykonawca świadomie podał nieprawdziwe informacje.

Zamawiający wskazał także na profesjonalny charakter działalności wykonawcy, co ma eliminować błąd co do spełnienia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wykonawca miał wiedzę o rzeczywistych danych oferowanych rozwiązań lub co najmniej przy dołożeniu należytej staranności powinien ją mieć przed udzieleniem stosownej informacji Zamawiającemu, biorąc pod uwagę chociażby dostępność danych producenta systemu Windows7.

31 stycznia 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj. uznanie, iż informacje przedstawione przez Odwołującego są nieprawdziwe, a tym samym istnieją podstawy do wykluczenia Odwołującego na podstawie ww. przepisu w sytuacji, gdy obiektywna ocena okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności ocena całości wypowiedzi i oświadczeń Odwołującego nie uprawniają do takiego wniosku oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, tj. nieudowodnienie w sposób niebudzący wątpliwości, iż Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący zaprzeczył, by złożył nieprawdziwe informacje. Wskazał też, z ostrożności, że nawet jeśli by przyjąć, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach z 23 stycznia 2012 r. nie polegały na prawdziwe, to nie ziszczyły się przesłanki wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniające wykluczenie Odwołującego z postępowania, tj. zawinienie Odwołującego.

Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych spoczywa na Zamawiającym, gdyż to on ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 Kodeksu cywilnego), a zaistnienie przesłanek wykluczenia powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zostaną zachowane. Jak wynika z uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego, warunek ten nie został spełniony. Zamawiający bardziej domniemywa i wnioskuje, na podstawie fragmentów wypowiedzi, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, niż przedstawia dowody potwierdzające tę okoliczność. Zamawiający swoje wnioski oparł na fragmentach wypowiedzi, które odczytywane w całości nie potwierdzają, jakoby Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje.

Informacja nieprawdziwa to informacja niezgodna z rzeczywistością, niezgodna ze stanem faktycznym, odbiegająca od rzeczywistości. Pojęcie prawdy rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”) – wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt II CKN 10095/99. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający bada „prawdziwość informacji” w odniesieniu do zdarzenia przyszłego, tj. w odniesieniu do wykonanego w przyszłości przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach treści oferty złożył nieprawdziwą informację, jakoby syntezator mowy wbudowany w Windows7 umożliwił odczytywanie stron internetowych urzędu w języku polskim – Zamawiający wykorzystując fragmentarycznie wypowiedź Odwołującego wywodzi wnioski sprzeczne ze stanem faktycznym sprawy znajdującym oparcie m.in. w dokumentacji postępowania. Odwołujący nie stwierdził bowiem, iż syntezator mowy wbudowany w Windows7 umożliwia odczytywanie stron internetowych urzędu w języku polskim. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z 23 stycznia 2012 r., iż rozwiązanie służące do głosowego odczytywania stron WWW może wykorzystywać zarówno wbudowany w system Windows7 syntezator mowy, jak i oprogramowanie MILENA zainstalowane na systemie LINUX. To nie syntezator mowy wbudowany w Windows7 umożliwi odczytywanie stron urzędu w języku polskim, lecz rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego, które może wykorzystywać zarówno wbudowany w system Windows7 syntezator mowy, jak i oprogramowanie MILENA

zainstalowane na systemie LINUX. Tym samym Odwołujący nie podał Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistością. Na powyższe rozwiązania Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z 19 stycznia 2012 r., co pomija Zamawiający. W zakresie bowiem możliwości odczytywania stron internetowych urzędu w języku polskim Odwołujący poinformował, że zostanie wdrożone rozwiązanie informatyczne firmy TBD, które będzie wykorzystywało:

1. oprogramowanie syntezy mowy MILENA służące do tworzenia plików dźwiękowych dla przetwarzanych treści stron WWW; oprogramowanie tworzy pliki dźwiękowe w języku polskim, posiada licencję typu GPL3 i LGPL2, która nie jest ograniczona co do zakresu zastosowania dla wymogów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. oprogramowanie MOS firmy TBD służące do głosowego odczytywania strony WWW,
3. oprogramowanie MNAWOS firmy TBD służące do poruszania się po udźwiękowionej stronie, orientację na stronie i nawigację między stronami osobom niewidomym i słabowidzącym.

Również w piśmie z 14 grudnia 2011 r. nie można doszukać się podania przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, jakoby syntezy mowy wbudowany w Windows7 umożliwił odczytywanie stron internetowych urzędu w języku polskim.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, jak zostanie zrealizowane rozwiązanie wdrożenie rozwiązania, które umożliwi głosowe odczytywanie strony internetowej urzędu w języku polskim, Odwołujący odpowiedział, iż rozwiązanie przewiduje wykorzystanie syntezy mowy wbudowanego w system Windows7, a polegać to będzie na odczytywaniu tekstu wskazanego przez kursora myszy. To więc nie syntezy mowy wbudowany w Windows7 umożliwi odczytywanie stron urzędu w języku polskim, lecz rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego. Rozwiązanie to zgodnie z przewidywaniami wykonawcy może wykorzystywać syntezy mowy wbudowany w system Windows7. Wybór proponowanych rozwiązań jest uprawnieniem wykonawcy.

Zamawiający przytoczył warunki licencji, zgodnie z którą „ten program nie może być sprzedawany ani być włączany do innego produktu, który jest sprzedawany bez uprzedniej zgody autora”, już więc z literalnego brzmienia wynika, że zakaz ten odnosi się do sprzedawania programu lub włączania do innego produktu, który jest sprzedawany. Postanowienie to nie będzie więc miało zastosowania do wszelkich innych niż sprzedaż przypadków wykorzystania oprogramowania, co wskazał Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 23 stycznia 2012 r., a co zostało przez Zamawiającego pominięte w uzasadnieniu wykluczenia – Odwołujący w piśmie z 23 stycznia 2012 r. wyjaśnił, że oprogramowanie MILENA, które wykorzystuje do działania biblioteki „mbrola” nie jest przedmiotem sprzedaży. W przypadku niekomercyjnego wykorzystywania oprogramowania MILENA oraz biblioteki „mbrola” udzielana jest automatycznie zgoda na korzystanie z ww. oprogramowania. Ponieważ Zamawiający nie będzie komercyjnie (odpłatnie) wykorzystywał oprogramowania MILENA oraz bibliotek „mbrola”, nie zachodzi konieczność uzyskania zgody od autora.

Wskazówkę interpretacyjną przedmiotowej przesłanki wykluczenia zawiera przepis dyrektywy 2004/18/WE odnoszący się wprost do elementu zawinienia: „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji”. „Z daleko posuniętej ostrożności procesowej” Odwołujący podniósł, iż przedstawione przez niego informacje nie miały znamion świadomego i umyślnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, a w szczególności Zamawiający nie przedstawił okoliczności przemawiających za przypisaniem Odwołującemu winy. Powołanie się na wymóg należytej staranności nie jest jednoznaczne z celowym działaniem polegającym na przedstawianiu informacji nieprawdziwych. W przypadku niedołożenia należytej staranności Odwołującemu można by postawić zarzut niedbalstwa czy nawet lekkomyślności w prowadzeniu działalności. Na gruncie obowiązujących przepisów niedbalstwo (lekkomyślność) nie jest tożsame z świadomym i celowym podaniem informacji nieprawdziwych.

Zamawiający nie przedstawił pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wykluczenia Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że Odwołujący dwukrotnie próbował wprowadzić go w błąd i podać nieprawdziwe informacje i gdyby Zamawiający nie znał wystarczająco albo nie dopytał się firmy Microsoft o funkcjonalność syntezy mowy Windows7 (program „Narrator”), wybrałby ofertę, która nie odpowiada jego wymaganiom. W momencie wskazywania na syntezy mowy „Narrator” Odwołujący nie wykazywał, że będzie stosował alternatywne rozwiązania, oprogramowanie MILENA pojawiło się dopiero w wyjaśnieniach z 19 stycznia 2012 r.

W odniesieniu do biblioteki „mbrola” wskazał na postanowienie § 6 ust. 4 wzoru umowy, w którym zawarł wymóg udzielenia odpłatnych licencji do korzystania z oferowanego oprogramowania. Skoro bez oprogramowania MILENA nie można wykonać strony w całości, wykonawca nie może twierdzić, że taki element nie jest częścią oferowanego produktu, a bezdyskusyjne jest, iż do funkcjonalności MILENY niezbędna jest biblioteka „mbrola” – to powoduje, iż sprzedaż produktu przez Odwołującego, w tym biblioteki, miałyby charakter komercyjny.

Zamawiający przedstawił wydruk ze strony internetowej dotyczący oprogramowania MILENA opisujący sposób jego działania i charakterystykę stwierdzając, że oprogramowanie to nie jest profesjonalne i nie musi być odpowiednie dla wykorzystania w sposób, jaki zamierza Zamawiający. Przedłożył też kserokopię tłumaczenia przysięgłego licencji na oprogramowanie „mbrola” oraz wydruk licencji w języku angielskim ze strony internetowej, a także kserokopię tłumaczenia przysięgłego korespondencji e-mailowej pomiędzy pracownikiem firmy, która obecnie prowadzi obsługę Zamawiającego w zakresie wdrożenia systemu z autorem biblioteki „mbrola”), w sprawie tego, czy podobne wykorzystanie, jak

wskazał Odwołujący, jest wykorzystaniem nie wymagającym zgody autora jako niekomercyjne, wraz z odpowiedzią wskazującą, że takie wykorzystanie jest komercyjne.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść pism, na które powołują się Strony) nie jest sporny.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego złożonych podczas rozprawy, prośba o wyjaśnienie treści oferty z 8 grudnia 2011 r. była związana z próbą ustalenia, czy oferta Odwołującego nie jest ofertą z rażąco niską ceną – w tym celu Zamawiający poprosił o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w części dotyczącej wdrożenia rozwiązań umożliwiających korzystanie ze stron elektronicznych oraz e-usług osobom niepełnosprawnym tj., „jak zostanie zrealizowane: 1) wdrożenie rozwiązania, które umożliwi głosowe odczytywanie strony w języku polskim, 2) poruszanie się po udźwiękowionej stronie będzie przystosowane do możliwości osób słabowidzących, 3) rozwiązanie, które pozwoli na łatwą orientację na stronie i nawigację między stronami osobom słabowidzącym, 4) rozwiązanie, które pozwoli na odczytywanie treści stron bez ograniczeń ilości wejść na stronę, 5) rozwiązanie umożliwiające powiększanie czcionki tekstu na stronach.”

(Było to drugie zapytanie – pierwsze, z 29 listopada 2011 r. dotyczyło innych elementów oferty).

W odpowiedzi z 14 grudnia 2011 r. – w zakresie spornego wbudowanego w system Windows7 syntezy mowy – Odwołujący oświadczył, że: Ad. 1 „Wykonawca informuje, iż rozwiązanie przewiduje wykorzystanie syntezy mowy wbudowanego w system Windows7 a polegać to będzie na odczytywaniu tekstu wskazanego przez kursor myszy.” oraz Ad. 4 „Wykonawca informuje, iż zastosowanie syntezy systemu Windows7 nie ogranicza ilości wejść na stronę.”

Pismem z 18 stycznia 2012 r. Zamawiający poprosił o dokładne wyjaśnienie planowanego rozwiązania, które umożliwi głosowe odczytywanie strony w języku polskim z wykorzystaniem syntezy mowy Windows7, ze wskazaniem konkretnych rozwiązań, nazw, producentów i zakresów licencji, gdyż zgodnie z informacją uzyskaną z Microsoft, syntezy mowy wbudowany w systemy operacyjne Microsoft nie obsługuje opcji mowy w języku polskim.

W odpowiedzi (pismo z 19 stycznia 2012 r.) Odwołujący wskazał, że zostanie wdrożone rozwiązanie firmy TBD POLSKA, które będzie wykorzystywało:

1. oprogramowanie syntezy mowy MILENA służące do tworzenia plików dźwiękowych dla przetwarzanych treści stron WWW. Oprogramowanie tworzy pliki dźwiękowe w języku polskim, posiada licencję typu GPL 3 i LGPL 2, która nie jest ograniczona co do zakresu zastosowania dla wymogów opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. oprogramowanie MOS firmy TBD POLSKA służące do głosowego odczytywania strony WWW,
3. programowanie MNAWOS firmy TBD POLSKA służące do poruszania się po udźwiękowionej stronie, orientację na stronie i nawigację między stronami osobom niewidomym i słabowidzącym.

Odwołujący zapewnił też, że licencja na to rozwiązanie zostanie udzielona zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w razie konieczności dostosuje też stronę urzędu i BOI.

Zamawiający stwierdził z kolei, że odpowiedź ta nie wyczerpuje jego wątpliwości i poprosił o dokładne wyjaśnienie proponowanego rozwiązania, w szczególności o wyjaśnienie rozbieżności w informacjach, tj. jak Odwołujący chce pogodzić wykorzystanie wbudowanego w system Windows7 syntezy mowy z oprogramowaniem syntezy mowy MILENA, w szczególności biorąc pod uwagę, że systemem, na którym powstaje MILENA, jest LINUX. Poprosił też, ze względu na konieczność wykorzystania dla działania MILENY biblioteki „mbrola”, o załączenie do odpowiedzi kopii zgody autora biblioteki „mbrola”, która to zgoda jest konieczna zgodnie z warunkami licencji (pismo z 20 stycznia 2012 r.).

Pismem z 23 stycznia 2012 r. Odwołujący wyjaśnił, że rozwiązanie służące do głosowego odczytywania stron WWW może wykorzystywać zarówno wbudowany w system Windows7 syntezy mowy, jak i oprogramowanie MILENA zainstalowane na systemie LINUX. Wykonawca zmodyfikuje stronę urzędu dodając do niej elementy umożliwiające uruchomienie głosowego odczytywania strony oraz BOI, orientację na stronie i nawigację między stronami osobom niewidomym i słabowidzącym, powiększanie czcionki. Elementy opracowanego rozwiązania analizują i przetwarzają treść strony WWW generując pliki dźwiękowe służące do

odczytywania treści strony oraz pliki dźwiękowe do nawigacji po stronie, umożliwiając odsłuchanie wygenerowanych plików dźwiękowych i umożliwiając interakcję użytkownikom pomiędzy treścią strony a użytkownikiem z wykorzystaniem komunikacji dźwiękowej.

Odwołujący oświadczył też, że oprogramowanie MILENA nie jest przedmiotem sprzedaży, zatem i MILENA i „mbrola” mogą być rozpowszechniane i kopiowane darmowo, a w przypadku ich niekomercyjnego wykorzystania udzielana jest automatyczna zgoda na korzystanie z oprogramowania i nie zachodzi konieczność uzyskania zgody autora. Wykonawca wykona usługę instalacji oprogramowania MILENA u Zamawiającego analogicznie jak w przypadku systemu operacyjnego LINUX.

Izba przytoczyła powyżej szczegółowo korespondencję pomiędzy Stronami stwierdzając, że to właśnie ona obrazuje zaistniałą w postępowaniu sytuację, a także stanowi podstawę do podjęcia przez Zamawiającego przekonania o udzieleniu mu nieprawdziwych informacji.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego Izba podzieliła zdanie Zamawiającego, że z wyjaśnień Odwołującego z 14 grudnia 2011 r. wynika wprost, że zamierza on zrealizować funkcjonalność głosowego odczytywania strony w języku polskim za pomocą wbudowanego w system Windows7 syntezy mowy, a dopiero po zwróceniu przez Zamawiającego uwagi, że syntezy ten nie posiada opcji odczytu w języku polskim, usiłował się z tego oświadczenia wycofać. Natomiast w odwołaniu Odwołujący usiłuje tworzyć niuanse językowe rozróżniając, że to nie syntezy mowy wbudowany w system Windows7 umożliwi odczytywanie stron w języku polskim, lecz zaproponowane rozwiązanie może wykorzystywać ten syntezy – po pierwsze po co, skoro nie realizuje on żądanej funkcjonalności, a po drugie – takiej odpowiedzi należało udzielić Zamawiającemu w trakcie składania wyjaśnień opisując to rozwiązanie. Należy też zwrócić uwagę, że odpowiedź była udzielana na konkretne pytanie i to właśnie w kontekście pytania musi być rozpatrywana – i w tych okolicznościach można ją rozumieć jednoznacznie – tak, jak zrozumiał Zamawiający.

Oczywiście można by tu rozważać, czy udzielone przez Odwołującego odpowiedzi należałyby rozważać w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji, czy też raczej zaferowania rozwiązania, które nie spełnia wszystkich wymogów Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak zasadniczo nie ma to (wykluczenie wykonawcy czy odrzucenie oferty) wpływu na wynik postępowania.

Co do zakresu licencji dla biblioteki „mbrola” Izba podziela wątpliwości Zamawiającego.

Zgodnie z ogólnymi zasadami dotyczącymi praw autorskich, z cudzego dzieła objętego takimi prawami można korzystać w zakresie opisanym w licencji. Treść licencji dla biblioteki „mbrola” nie jest sporna (po uwzględnieniu błędu w przedstawionym przez Zamawiającego tłumaczeniu) i nie pozostawia wątpliwości, że w przypadku sprzedawania programu lub włączania go do

innego produktu, który jest sprzedawany, należy uzyskać na to zgodę autora biblioteki „mbrola”. Zdaniem Izby sposób, w jaki zamierzał wykorzystać oprogramowanie MILENA, a tym samym i bibliotekę „mbrola” Odwołujący, jest działalnością komercyjną, znaczenie ma bowiem nie fakt, że korzystanie ze strony internetowej gminy będzie bezpłatne, lecz to, że oprogramowanie to (i biblioteka) stałyby się częścią produktu, który oferuje Odwołujący odpłatnie. Rozróżnienie bowiem, że akurat ten element komercyjnego produktu jest bezpłatna, a cena obejmuje jedynie pozostałe części, jest, zdaniem Izby, próbą obejścia wymogów licencji. Oczywiście istnieje prawdopodobieństwo, że autor biblioteki „mbrola” mógłby zająć w tej sprawie odmienne stanowisko, lecz Odwołujący takiego oświadczenia autora podczas rozprawy nie przedstawił.

Odnosząc się do rozłożenia ciężaru dowodu wynikającego z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, iż również przed Izba zasada jest taka, że Strony zobowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący wskazywał, że nie przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwych informacji, lecz w żaden sposób tego nie udowodnił.

Co zaś do kwestii winy w złożeniu nieprawdziwych informacji, Izba zwraca też uwagę, że dyrektywy ze swojej istoty skierowane są do państw członkowskich Unii, które muszą je implementować do swoich systemów prawnych i co do zasady (poza pewnymi wyjątkami związanymi z brakiem implementacji lub nieprawidłową implementacją) nie obowiązują one bezpośrednio w systemie prawnym państw. Art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi brzmi: „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy” (sekcja 2. Kryteria kwalifikacji podmiotowej). Ostatni akapit tego ustępu wskazuje wyraźnie, że „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.”

Polski ustawodawca określił te warunki uznając, że „winnym poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” jest ten, kto „złoży nieprawdziwe informacji mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Oznacza to, że winą wykonawcy jest samo złożenie nieprawdziwych informacji, przy czym nie ma znaczenia, z jakich okoliczności ten fakt wynikł, a już w szczególności, czy była to wina umyślna, czy nieumyślna, gdyż znaczenie ma obiektywny fakt, że informacje są nieprawdziwe, a nie subiektywne o tym przekonanie wykonawcy. Co jest zresztą słuszne, bo trudno wyobrazić sobie prowadzenie przez zamawiającego śledztwa mającego ustalić stopień świadomości lub zawinienia wykonawcy w momencie składania

danego oświadczenia. Natomiast „poważne wprowadzenie w błąd” następuje wtedy, gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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: