

Sygn. akt: KIO/UZP 2752/10

**WYROK**  
z dnia 7 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum w składzie: WASKO S.A., UHC Sp. z o.o. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach, ul. Powstańców 52, 40-024 Katowice** protestu z dnia 6 grudnia 2010 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,**

**2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach, ul. Powstańców 52, 40-024 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum w składzie: WASKO S.A., UHC Sp. z o.o. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach, ul. Powstańców 52, 40-024 Katowice** na rzecz **Konsorcjum w składzie: WASKO S.A., UHC Sp. z o.o. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum w składzie: WASKO S.A., UHC Sp. z o.o. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice.**

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

Zamawiający: Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na „Rozbudowę Systemu Informatycznego do postaci zintegrowanego systemu informatycznego, w celu udostępniania danych medycznych dla mieszkańców woj. śląskiego, z wykorzystaniem technologii internetowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S157-229250 w dniu 18 sierpnia 2009 r.

W dniu 25 listopada 2010 r. zamawiający przekazał odwołującemu Konsorcjum w składzie: WASKO S.A., UHC: Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum WASKO) zaproszenie do składania ofert w dialogu konkurencyjnym wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Konsorcjum WASKO wniosło protest dotyczący postanowień przekazanej siwz, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, przez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć

wpływ na sporządzenie oferty oraz przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

b) art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 36 ust. 1 pkt 13 i w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, przez niewystarczające opisanie w siwz kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, iż zamawiający w wyniku ww. naruszeń doprowadził do sytuacji, w której odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty o treści zgodnej z treścią siwz. Tym samym oferta odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający spowodował także, że oferta odwołującego, jak i konkurencyjnych wykonawców, może zostać oceniona w dowolny sposób, według swobodnego uznania zamawiającego.

Odwołujący wniósł w proteście o: dokonanie zmiany treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert zgodnie z uzasadnieniem protestu, przekazanie zmiany siwz niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano siwz, przedłużenie terminu składania ofert i poinformowanie o tym wykonawców.

W uzasadnieniu, odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, odwołujący podniósł, iż zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 4 do siwz oraz w załączniku nr 8 do Opisu przedmiotu zamówienia (ZSI - Gospodarka lekami), Lp. 17 Integracja z innymi modułami realizującymi funkcjonalność w zakresie finanse – księgowość.

Z powyższych opisów wynika, że zamawiający wymaga integracji z posiadany i używanym oprogramowaniem, tymczasem w siwz nie wspomniano o udostępnieniu wykonawcy interfejsu wymiany danych czy kodów źródłowych posiadanego przez zamawiającego oprogramowania. Odwołujący wskazał, że aby wykonać integrację, konieczne jest skorzystanie z interfejsów wymiany danych w oprogramowaniu posiadany przez zamawiającego albo, jeżeli oprogramowanie to takich interfejsów nie ma, stworzenie odpowiednich interfejsów wymiany danych, co oznacza z kolei konieczność ingerencji w kod źródłowy tego oprogramowania. Powyższe informacje są absolutnie niezbędne do wykonania tego elementu przedmiotu zamówienia. Tymczasem w siwz brak jest jakichkolwiek opisów interfejsów wymiany danych w używanym oprogramowaniu (jeżeli oczywiście oprogramowanie to interfejsy takie w ogóle posiada) czy choćby zobowiązania do udostępnienia wykonawcy opisów tych interfejsów po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W siwz nie ma też informacji na temat tego, czy jeżeli oprogramowanie używane przez zamawiającego nie posiada interfejsów wymiany danych, to zamawiający udostępni wykonawcy kody źródłowe oprogramowania w celu stworzenia odpowiednich interfejsów. W takim kształcie specyfikacji odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty obejmującej wymaganą integrację, gdyż nie wiadomo, czy jej wykonanie będzie możliwe.

Odwołujący podkreślił, że posiadany przez zamawiającego system InfoMedica to oprogramowanie stworzone i dystrybuowane przez Asseco Poland S.A., tj. przez wykonawcę, który również ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Oprogramowanie to jest chronione prawami autorskimi tej firmy. Zdaniem odwołującego, w chwili obecnej z praktycznego punktu widzenia tylko Asseco Poland S.A. jest w stanie zrealizować wymaganą integrację i tym samym złożyć prawidłową ofertę, gdyż tylko Asseco Poland S.A. posiada wszystkie niezbędne do integracji informacje, których brak w siwz. Powyższe oznacza także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż Asseco Poland SA, ma niewątpliwą przewagę konkurencyjną w tym postępowaniu. W celu zapewnienia równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji zamawiający winien zatem udostępnić w siwz wszystkie informacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien także zobowiązać się do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych. Współdziałanie to jest konieczne w świetle przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (art. 74 ust. 1, art. 75 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy). Odwołujący wyjaśnił, iż nie spełnia ustawowych warunków, pozwalających na uzyskanie przez niego informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi w oparciu o ww. przepisy (nie jest ani licencjobiorcą ani inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego posiadanego przez zamawiającego). Wykonawca mógłby w oparciu o art. 75 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy uzyskać informacje konieczne do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, tylko i wyłącznie wtedy, gdy będzie osobą działającą na rzecz zamawiającego, który jest licencjobiorcą. Do tego jednak konieczne jest zobowiązanie zamawiającego, że udzieli odwołującemu odpowiedniego zlecenia do działania na rzecz zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że nie posiada żadnych prawnych instrumentów, aby samodzielnie wyegzekwować od Asseco Poland S.A. informacje niezbędne do przeprowadzenia wymaganej integracji, a firma ta nie ma obowiązku udostępnić takich informacji, zwłaszcza, że rywalizuje z odwołującym o udzielenie tego zamówienia.

Odwołujący podał, że zmiana siwz powinna nastąpić przez:

- wskazanie czy używane przez zamawiającego oprogramowanie (moduły systemu InfoMedica) posiada interfejsy wymiany danych czy nie,
- podanie w siwz opisów interfejsów wymiany danych w używanym oprogramowaniu (jeżeli oczywiście oprogramowanie to interfejsy posiada), względnie zobowiązanie się

zamawiającego do udostępnienia wykonawcy opisów tych interfejsów po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- wskazanie w siwz, że jeżeli oprogramowanie używane przez zamawiającego nie posiada interfejsów wymiany danych, to po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający udostępni wykonawcy kody źródłowe oprogramowania w celu stworzenia odpowiednich interfejsów,
- zobowiązanie się zamawiającego do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych, tj. do udzielenia wykonawcy odpowiedniego zlecenia, upoważniającego do działania na rzecz zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 1 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający podał w siwz (pkt X), ppkt 1, str. 7 i nast.), że jednym z kryteriów oceny ofert są „Cechy funkcjonalne” o wadze 50%. Zdaniem odwołującego opis kryteriów zawarty w siwz pozwala na manipulowanie punktacją w ramach ww. kryterium w zależności od tego, czy dane wymaganie z Tabeli Oceny Wykonawcy do SIWZ zostanie uznane za wymaganie sensu stricte, czy też jedynie za opis sposobu spełnienia wymagania.

Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej żądania dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu kryteriów i sposobu oceny ofert, natomiast oddalił protest dotyczący opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż dokona zmiany siwz oraz podał brzmienie nowych zapisów. Zamawiający zapowiedział zmodyfikowanie Tabeli Oceny Wykonawcy.

Odnosnie drugiego zarzutu, zamawiający stwierdził, że w ogłoszeniu o zamówieniu określił jako przedmiot zamówienia „Rozbudowę Systemu Informatycznego do postaci zintegrowanego systemu informatycznego(...)” oraz sprecyzował to pojęcie, wyjaśniając zakres rozbudowy systemu. W związku z powyższym, odwołujący już na początku postępowania posiadał informację, iż przedmiotem postępowania jest „Rozbudowa Systemu Informatycznego” oraz wymóg integracji z posiadanym i użytkowanym oprogramowaniem, a także informację jaka firma jest producentem systemu informatycznego, który ma zostać rozbudowany.

W dniu 6 kwietnia 2010r. w trakcie prezentacji założeń nowego systemu, wykonawcy otrzymali informację, iż "Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach dołoży wszelkich starań, aby umożliwić wyłonionemu Wykonawcy, wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego(...), należy przy tym pamiętać, iż WPR nie jest firmą informatyczną i nie posiada żadnych danych na temat interfejsów, zakresów danych koniecznych do wymiany oraz nie zna kierunków i przepływów pomiędzy nimi (...). WPR może jedynie określić, jaki

efekt działania systemu jest oczekiwany". Z powyższego wynika zdaniem zamawiającego, że o braku interfejsów wykonawcy zostali poinformowani w kwietniu 2010 r. Zamawiający w trakcie prezentacji podał też informację, iż: „W trakcie pierwszego spotkania oferenci zostali poinformowani o chęci współpracy ze strony jednego producenta oprogramowania oraz jednego producenta urządzeń medycznych. Jednak WPR nie zna warunków, na jakich ta współpraca miałaby być prowadzona oraz nie ma żadnych możliwości zobowiązania jakichkolwiek podmiotów do nawiązania współpracy przy tworzeniu Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla WPR. Kwestia zasad współpracy, a w szczególności zasady finansowania prac powinny zostać przewidziane przez oferentów w złożonej ofercie w ramach niniejszego postępowania [...]”, co wskazuje na fakt przekazania wykonawcom informacji niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, iż nie ma obowiązku dostosowywania warunków przetargu do indywidualnych zdolności wykonawcy. Rozbudowa posiadanego systemu wynika z uzasadnionych potrzeb rozwoju oraz zasady racjonalnego gospodarowania własnymi zasobami. Zamawiający stwierdził, że nie może uznać żądań wszystkich wykonawców w zakresie sprzecznym ze swoimi potrzebami i obiektywnie pojętym interesem. Wyjaśnił, że dystrybucją oprogramowania firmy Asseco Poland S.A. zajmuje się kilkadziesiąt podmiotów na terenie Polski, w związku z czym nieprawdziwe jest twierdzenie, że tylko Asseco Poland S.A. jest w stanie zrealizować wymaganą integrację. Podkreślił, iż do postępowania stanęło Asseco Poland S.A. w ramach konsorcjum wraz z jednym z podmiotów dystrybuujących. Zdaniem zamawiającego, gdyby firma Asseco Poland S.A. była jedynym podmiotem dystrybuującym wyżej wymienione oprogramowanie, to zamawiający byłby uprawniony do wyboru wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający wskazał, że nie może zobowiązać się do udzielenia wykonawcy zlecenia do działania w jego imieniu, nie znając wartości tego zlecenia i podkreślił, że odwołujący przez cały okres toczącego się postępowania nie zwrócił się do producenta oprogramowania z prośbą o ofertę na zakup licencji programu InfoMedica, ani o przekazanie informacji dotyczących interfejsów wymiany danych ww. systemu w zakresie modułów użytkowanych w WPR w Katowicach.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w zakresie oddalającym protest. Podtrzymał zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu, przekazania zmiany siwz niezwłocznie wykonawcom, którym przekazano siwz, przedłużenie termin składania ofert i poinformowania o tym wykonawców, którym przekazano siwz.

Odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w uzasadnieniu protestu. Wskazał, iż domaga się, aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, przez:

- wskazanie czy używane przez zamawiającego oprogramowanie (moduły systemu InfoMedica) posiada interfejsy wymiany danych czy nie,
- podanie w siwz opisów interfejsów wymiany danych w używanym przez zamawiającego oprogramowaniu (jeżeli oczywiście oprogramowanie to interfejsy w ogóle posiada), względnie zobowiązanie się zamawiającego do udostępnienia wykonawcy opisów interfejsów po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- wskazanie w siwz, że jeżeli używane oprogramowanie nie posiada interfejsów wymiany danych, to po zawarciu umowy w sprawie zamówienia zamawiający udostępni wykonawcy kody źródłowe oprogramowania w celu stworzenia odpowiednich interfejsów;
- zobowiązanie się zamawiającego do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych, tj. do udzielenia wykonawcy odpowiedniego zlecenia, upoważniającego wykonawcę do działania na rzecz zamawiającego.

Odnosząc się do wywodów i argumentacji użytej w rozstrzygnięciu protestu odwołujący wyjaśnił, iż nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia w zakresie „Rozbudowy Systemu Informatycznego” oraz wymogu integracji z użytkowanym oprogramowaniem. Podkreślił, iż chce wykonać integrację lecz zamawiający nie podał informacji, które są niezbędne do jej wykonania. Fakt, że odwołujący wiedział o konieczności integracji z posiadany i użytkowany oprogramowaniem, nie zwalnia zamawiającego z ustawowego obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Twierdzenie zamawiającego, iż „o braku interfejsów Wykonawcy byli już informowani w kwietniu 2010 r.” jest nieprawdziwe i sprzeczne z informacjami przekazany w trakcie prezentacji założeń nowego systemu. Zamawiający nie poinformował wtedy o braku interfejsów, lecz wskazał jedynie, iż „nie posiada żadnych danych na temat interfejsów, zakresów danych koniecznych do wymiany oraz nie zna kierunków i przepływów między nimi”. Zamawiający potwierdził tę okoliczność w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy postanowień siwz, a nie przebiegu dialogu czy informacji udostępnionych przez zamawiającego podczas dialogu. Podkreślił, że zgodnie z art. 60e ust. 1 Pzp zamawiający powinien w trakcie dialogu z wykonawcami uzyskać informacje na temat interfejsów, jakie (ewentualnie) występują w posiadany i używanym oprogramowaniu autorstwa Asseco Poland S.A. Uzyskanie tych informacji przez

zamawiającego było tym łatwiejsze, że firma Asseco Poland S.A. brała udział w dialogu. Zgodnie z art. 21 ust. 4 Pzp zamawiający mógł też powołać biegłego. Ponadto, pouczenie przez zamawiającego, iż „kwestia zasad współpracy, a w szczególności zasady finansowania prac powinny zostać przewidziane przez oferentów w złożonej ofercie” nie jest żadnym rozwiązaniem i w żaden sposób nie zastępuje konieczności wyczerpującego opisanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, iż nie stawia zarzutów formalnych, wręcz przeciwnie, chce uzyskać informacje, które umożliwią odwołującemu wykonanie wymaganej rozbudowy i integracji. Wskazał także, że zamawiający nie odróżnia kwestii dystrybucji oprogramowania oraz integracji oprogramowania posiadanego i używanego przez zamawiającego, gdyż przedmiotem tego zamówienia nie jest dostawa oprogramowania firmy Asseco Poland S.A. lecz integracja posiadanego i używanego oprogramowania tej firmy. Odwołujący podkreślił, że dystrybutorzy oprogramowania zajmują się wyłącznie dystrybucją oprogramowania. Oprogramowanie firmy Asseco Poland S.A. jest chronione prawami autorskimi, a dystrybutorzy oprogramowania nie mają prawa ingerować w jego kod źródłowy i nie są uprawnieni do tworzenia czy modyfikacji interfejsów wymiany danych w dystrybuowanym oprogramowaniu. Najlepszym dowodem jest to, że żaden z dystrybutorów oprogramowania nie ubiega się samodzielnie o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. z Katowic nie byłby w stanie samodzielnie złożyć oferty spełniającej wymagania siwz z tych samych powodów, co odwołujący.

Odwołujący oświadczył, że jest w stanie wykonać integrację i chce ją wykonać, jednak aby było to możliwe, musi otrzymać informacje niezbędne do zrealizowania integracji. Nie sposób tego uznać za dostosowywanie przedmiotu zamówienia do możliwości odwołującego. Ponadto stwierdził, że zamawiający uprzywilejował tylko jednego wykonawcę, tj. Asseco Poland S.A., wyłączając możliwość złożenia samodzielnych ofert przez innych wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił, że do składania ofert zaproszono dwóch wykonawców, tj. Konsorcjum Asseco Poland S.A. - Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. oraz Konsorcjum WASKO S.A. - UHC Sp. z o.o., przy czym odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty zgodnej z treścią siwz. W tej sytuacji nie sposób mówić o jakiegokolwiek konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący wskazał, że zlecenie, o którym mowa w proteście, jest niezbędne do wykonania wymaganej integracji, a zatem ma stanowić element przedmiotu zamówienia i służyć wyłącznie jego wykonaniu. Wynagrodzenie dla wykonawcy za wykonanie integracji oprogramowania jest zatem elementem ceny za wykonanie całości zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że nie ma obowiązku występować do Asseco Poland S.A. o ofertę na zakup licencji programu Infomedica ani o przekazanie informacji dotyczących interfejsów wymiany danych,



natomiast zamawiający ma obowiązek podać te informacje w opisie przedmiotu zamówienia. Gdyby odwołujący nabył ww. licencję, to na podstawie art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych mógłby stworzyć interfejsy wymiany danych tylko w posiadanym przez siebie programie, a nie w programie posiadanym i używanym przez zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że po otrzymaniu rozstrzygnięcia protestu wystąpił do Asseco Poland S.A. o udzielenie niezbędnych informacji lecz nie otrzymał odpowiedzi, co w pełni potwierdza zasadność postawionych w odwołaniu zarzutów.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba zważyła, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu, mogłoby spowodować, że pozycja odwołującego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego będzie utrudniona w stosunku do pozycji wykonawcy, który jako drugi otrzymał zaproszenie do złożenia oferty.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu wszczętym przed dniem 29 stycznia 2010 r., a zatem przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Z uwagi na powyższe, do rozpoznania niniejszego odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie zmian wprowadzonych ww. ustawą i następnymi.

Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 4 do siwz. Nie budzi wątpliwości fakt, iż zakres przedmiotu zamówienia obejmuje integrację podlegającego rozbudowie systemu informatycznego z posiadanymi i użytkowanymi przez zamawiającego modułami systemu InfoMedica. Powyższe wynika z treści siwz (m.in. załącznik nr 4 do siwz i nr 8). Autorem wyżej wymienionego oprogramowania jest firma Asseco Poland S.A. ubiegająca się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach konsorcjum. Oprogramowanie to jest chronione prawami autorskimi tej firmy.

Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami. W toku postępowania nie było również sporne, iż w treści siwz, w tym w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający

nie zawarł informacji: czy użytkowane oprogramowanie posiada interfejsy wymiany danych lub zobowiązania do udostępnienia wykonawcy po podpisaniu umowy opisu interfejsów wymiany danych lub kodów źródłowych posiadanego oprogramowania. Zamawiający nie kwestionował także faktu, co podnosił odwołujący, że aby wykonać wymaganą integrację, konieczny jest dostęp do opisu interfejsów wymiany danych oprogramowania posiadanego przez zamawiającego albo, jeżeli oprogramowanie to takich interfejsów nie ma, konieczne jest stworzenie odpowiednich interfejsów, co oznacza z kolei konieczność ingerencji wykonawcy zamówienia w kody źródłowe tego oprogramowania.

Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, iż nie posiada interfejsów wymiany danych oprogramowania InfoMedica, ani kodów źródłowych tego oprogramowania, dlatego nie może zobowiązać się do ich udostępnienia. Nabywając to oprogramowanie w latach ubiegłych nie nabył interfejsów wymiany danych ani też kodów źródłowych programu InfoMedica. Zamawiający zaznaczył, iż informował o tym wykonawców w toku dialogu. W przekonaniu zamawiającego, to wykonawca składający ofertę powinien zapewnić sobie dostęp do tych danych tak, aby mógł wykonać przedmiot zamówienia, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, tj. np. zakupić je od autora oprogramowania - firmy Asseco Poland S.A. lub też nawiązać współpracę z tą firmą na zasadzie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, ewentualnie w formie podwykonawstwa.

Zważyć należy, że przepisy Pzp nakładają na zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznej obowiązki, których zamawiający nie może przenosić na wykonawców. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, to zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie może przy tym opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z regulacji ust. 1 wynika, że opis przedmiotu zamówienia ma doniosłe znaczenie: pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia, stanowiąc jednocześnie istotny składnik specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyraz „jednoznaczny” należy rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, „dokładnie określony”, „nie budzący wątpliwości”, natomiast wyraz „wyczerpujący” - jako „przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, dogłębnie, szczegółowo”, w sposób „gruntowny” i „dokładny”. Powyższe pojęcia (podobnie zwrot: „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń”) powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego i należy je odnosić zarówno do użytych przez zamawiającego określeń, jak i do braku określeń. Nie bez znaczenia dla rozumienia tych niedookreślonych pojęć jest też okoliczność, że są one adresowane do profesjonalistów, tj. podmiotów zdolnych wykonać opisane zamówienie. Wreszcie, wymaga podkreślenia, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania

określone w ust. 1 leży zarówno w interesie zamawiającego (stwarza mu szansę otrzymania porównywalnych ofert), jak też wykonawców (pozwala im na zawarcie korzystnej umowy i jej wykonanie zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego).

Oprócz pozytywnych przesłanek określania sposobu opisu przedmiotu zamówienia, ustawodawca wprowadził także przesłanki negatywne, stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2). Zakaz, o którym mowa w ust. 2 zostanie naruszony, gdy np. przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

W rozpoznawanej sprawie, za istotny brak w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie integracji systemu z oprogramowaniem używanym przez zamawiającego należy uznać brak zapewnienia wykonawcy dostępu, choćby po podpisaniu umowy, do opisu interfejsów wymiany danych lub jeżeli oprogramowanie tych interfejsów nie posiada, kodów źródłowych. Jak ustalono, brak tych informacji uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie integracji systemów. Powyższe potwierdza, iż opis przedmiotu zamówienia nie został przez zamawiającego opisany w sposób wyczerpujący, ponieważ uniemożliwia on uwzględnienie wszystkich okoliczności koniecznych do przygotowania oferty, a w konsekwencji wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp

Z uwagi na niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia w zakresie opisu interfejsów wymiany danych oprogramowania InfoMedica lub zobowiązania zamawiającego do udostępnienia kodów źródłowych, faktycznie tylko firma Asseco Poland S.A. jest w stanie zrealizować wymaganą przez zamawiającego integrację i tym samym złożyć prawidłową ofertę, gdyż tylko Asseco Poland S.A. posiada wszystkie niezbędne do integracji dane. Powyższe oznacza niewątpliwie, iż przedmiot zamówienia został także opisany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, uprzywilejowując jednego wykonawcę. W tym postępowaniu Asseco Poland SA, ma niewątpliwie przewagę konkurencyjną, jako wykonawca, który będąc autorem oprogramowania InfoMedica posiada pełny dostęp do wszystkich potrzebnych danych dotyczących ww. oprogramowania.

W celu zapewnienia równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu zamawiający winien udostępnić w specyfikacji wszystkie informacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia lub też zawrzeć w siwz swoje zobowiązanie do udostępnienia opisów interfejsów lub kodów źródłowych po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ogólne i nieprecyzyjne deklaracje zamawiającego wyrażone w toku dialogu z wykonawcami, iż „dołoży wszelkich starań, aby umożliwić wykonawcy [...]” są zbyt nieprecyzyjne, aby można było je uznać za mające znaczenie z punktu widzenia konieczności zapewnienia wykonawcom dostępu do niezbędnych informacji umożliwiających prawidłowe przygotowanie oferty i wykonanie zamówienia. Zamawiający powinien także jednoznacznie zobowiązać się do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych, czego wyrazem powinno być umieszczenie stosownego oświadczenia w treści siwz. Współdziałanie takie jest niezbędne w świetle przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r. nr 90, poz.631). Zgodnie z art. 74 ust. 1 ww. ustawy programy komputerowe podlegają ochronie jak utwory literackie, o ile przepisy rozdziału 7 ww. ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 75 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy nie wymaga zezwolenia uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy, w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2 ww. ustawy, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, pod warunkiem, że czynności te dokonywane są przez licencjobiorcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz, informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne dla osób, o których mowa powyżej, czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania.

Ponieważ odwołujący nie jest licencjobiorcą ani inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu InfoMedica, posiadanego przez zamawiającego, to tym samym nie spełnia ustawowych warunków, pozwalających na samodzielne uzyskanie przez niego informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi w oparciu o ww. przepisy. Odwołujący mógłby uzyskać konieczne informacje, gdy będzie działał na rzecz zamawiającego, który jest licencjobiorcą. Do tego jednak konieczne jest zobowiązanie zamawiającego, że udzieli wykonawcy odpowiedniego zlecenia. Działając wyłącznie we własnym imieniu odwołujący nie ma możliwości wyegzekwowania od wykonawcy Asseco Poland S.A. informacji niezbędnych do przeprowadzenia wymaganej integracji, a Asseco Poland S.A. nie ma obowiązku udostępnić takich informacji. W szczególności należy zważyć, iż udzielenie informacji chronionej prawem autorskim raczej nie leży w interesie wykonawcy, który rywalizuje z odwołującym o udzielenie tego zamówienia. Jednocześnie Izba uznała, iż pismo Asseco Poland S.A. z dnia 3 stycznia 2011r., złożone przez zamawiającego, nie potwierdza, iż UHC Sp. z o.o. (członek konsorcjum odwołującego) dysponuje interfejsami oprogramowania InfoMedica w związku z wykonywaniem usług dla innych zamawiających,

gdyż jest nieprecyzyjne, zawiera zwroty przypuszczające: „prawdopodobnie uruchomiła”, „nie znamy dokładnego zakresu tej integracji, ani sposobu jej realizacji”.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż pozycja Konsorcjum: Asseco Poland S.A., Centralnego Ośrodka Informatyki Górnictwa S.A. w postępowaniu jest uprzywilejowana w stosunku do pozycji odwołującego, jak i każdego innego wykonawcy, który ubiegałby się, tak jak odwołujący, o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji w toku postępowania jest efektem niepełnego, tj. niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz braku zamieszczenia w treści specyfikacji klauzuli, która będzie umożliwiała każdemu wykonawcy, który nie jest autorem oprogramowania InfoMedica, równy dostęp do danych niezbędnych do prawidłowego sporządzenia oferty i wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganej integracji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zamawiający powinien dokonać zmiany postanowień siwz w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z żądaniami odwołania, przez zobowiązanie się do udostępnienia wykonawcy opisów interfejsów wymiany danych lub kodów źródłowych posiadanego oprogramowania w celu stworzenia odpowiednich interfejsów, po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zobowiązanie się do współdziałania z wykonawcą w przypadku konieczności stworzenia bądź modyfikacji istniejących interfejsów wymiany danych, tj. do udzielenia wykonawcy zlecenia, upoważniającego wykonawcę do działania w powyższym zakresie na jego rzecz, zgodnie z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Z przedstawionych względów Izba uznała za trafny zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Stosownie do art. 191 ust. 1a Pzp powyższe oznacza konieczność uwzględnienia odwołania.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1, ust. 1 a i ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....