

Sygn. akt: KIO/UZP 951/09

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Stanisław Sadowy

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o. o., 62-500 Konin, ul. M. Dąbrowskiej 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Lublin, 20-950 Lublin, pl. Łokietka 1** protestu z dnia 12 czerwca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o. o., 62-500 Konin, ul. M. Dąbrowskiej 8** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o. o., 62-500 Konin, ul. M. Dąbrowskiej 8,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o. o., 62-500 Konin, ul. M. Dąbrowskiej 8.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie ewidencji dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych oraz obiektów mostowych zlokalizowanych na terenie miasta Lublin wraz z opracowaniem danych i wprowadzeniem ich do komputerowego systemu ewidencji”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 3 czerwca 2009 roku pod numerem 2009/S 104-150772

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia opublikowana została na stronie Zamawiającego dnia 3 czerwca 2009 roku.

Dnia 12 czerwca 2009 roku wykonawca LEHMANN+PARTNER POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie (zwany dalej Odwołującym) wniósł protest na:

1. Treść ogłoszenia dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (sekcja II pkt 1.7 i 1.8 Ogłoszenia):

- „1.7 Mapa winna być wczytana i przeznaczona do dalszej obróbki przy użyciu następującego oprogramowania ORACLE 10 typu Full Use (infrastruktura serwerowa i baza danych w Urzędzie Miasta Lublin oparta jest na ORACLE), systemu eDIOM 2006, GEODESKA 2009,
- 1.8. pozyskania dostępu do programu " eDIOM 2006", "Geodeska 2009", "ORACLE 10 typu Full Use".

2. Treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) w zakresie, w jakim opisuje przedmiot zamówienia przy użyciu określeń wskazujących na konkretną nazwę produktu " eDIOM 2006", Geodeska 2009, ORACLE 10 typu Full Use".

W związku z powyższym, wniósł o uwzględnienie protestu i zmianę ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia i dodanie do tego opisu, że zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu obok oprogramowania " eDIOM 2006", "Geodeska 2009", "ORACLE 10 typu Full Use" również rozwiązań równoważnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 PZP, poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia i wskazanie konkretnej nazwy produktu bez dopuszczania rozwiązań równoważnych.

Uzasadniając wskazał, iż dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję. Dopuszczenie możliwości wskazania znaku towarowego, patentu lub pochodzenia nie stanowi, wobec generalnego zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, przepisu szczególnego uchylającego taki zakaz. Celem przepisu jest wskazanie technicznego sposobu wykorzystania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zgodnego z prawem zamówień publicznych, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu opis przedmiotu zamówienia dokonany z wykorzystaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia - zawsze uzupełniony o obligatoryjne oświadczenie zamawiającego o dopuszczeniu składania ofert równoważnych - nie zawęży dopuszczalnej konkurencji do ofert opiewających jedynie na wskazane przedmioty czy technologie. Stanowi wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia, który w normalnych warunkach winien być przekazany oferentom jako zestaw obiektywnych cech jakościowych i technicznych. Jest zatem szczególną postacią obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia stosowaną ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i możliwości zamawiającego, który nie może sprecyzować przedmiotu zamówienia za pomocą typowego instrumentarium.

Opisanie przedmiotu zamówienia przy użyciu sformułowań:

- "Mapa winna być wczytana i przeznaczona do dalszej obróbki przy użyciu następującego oprogramowania ORACLE 10 typu Full Use (infrastruktura serwerowa i baza danych w Urzędzie Miasta Lublin oparta jest na ORACLE), systemu eDIOM 2006, GEOOESKA 2009",
- pozyskania dostępu do programu "eOIOM 2006", Geodeska 2009, ORACLE 10 typu Full Use", bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych narusza w/w przepisy prawa zamówień publicznych.

Dnia 26 czerwca 2009 roku Zamawiający uznał protest i postanowił wprowadzić zmianę treści załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób następujący. Dotychczasowy zapis o treści:

"UWAGA: Zamawiający nie udostępnia posiadanego oprogramowania w celu realizacji zamówienia. Pozyskanie dostępu do programu "eDIOM" wykonawca zabezpieczy we własnym zakresie (w cenie ofertowej należy przewidzieć koszty pozyskania dostępu do programu "eDIOM", Geodeska, ORACLE 10 typu Full Use). Nie dopuszcza się również wykorzystania sprzętu komputerowego posiadanego przez zamawiającego w celu realizacji zamówienia. Zadaniem wykonawcy jest docelowe wprowadzenie danych w komputerowy system ewidencji dróg wraz z wizualizacją graficzną" zastąpił następującym zapisem:

"UWAGA: Zamawiający nie udostępnia posiadanego oprogramowania w celu realizacji zamówienia. Realizacja zamówienia może być wykonana przy użyciu oprogramowań eDIOM, Geodeska, ORACLE lub równoważnych, pod warunkiem, że nie zmienią one wyniku końcowego uzyskanego przez tworzenie ewidencji przy użyciu programu eDIOM, Geodeska, ORACLE. Wynik końcowy musi być wprowadzony bezwarunkowo do systemu: eDIOM, Geodeska, ORACLE. Nie ma możliwości w końcowym etapie wdrożenia nowego oprogramowania. Jeśli do realizacji zamówienia wykonawca zdecyduje się pozyskać program " eDIOM ", Geodeska, ORACLE 10 typu Full Use to winien zabezpieczyć go we własnym zakresie (w cenie ofertowej należy przewidzieć koszty pozyskania dostępu do programu). Nie dopuszcza się wykorzystania sprzętu komputerowego posiadanego przez zamawiającego w celu realizacji zamówienia. Zadaniem wykonawcy jest docelowe wprowadzenie danych w komputerowy system ewidencji dróg wraz z wizualizacją graficzną".

Zamawiający postanowił uznać protest i wprowadzić zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez dodanie do tego opisu, że: "Zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu obok oprogramowania " eDIOM 2006", "Geodeska 2009", "ORACLE 10 typu Full Use" również rozwiązań równoważnych, pod warunkiem, że docelowo dane zostaną zasilone do informatycznego systemu ewidencyjnego, będącego w posiadaniu Zamawiającego, który składa się z następujących oprogramowań: System eDIOM 2006, Geodeska 2009, ORACLE 10 typu Full Use.

Zamawiający podkreślił, że nie ma możliwości w końcowym etapie wdrożenia nowego oprogramowania. Uzyskany wynik stworzony przez systemy informatyczne równoważne nie może odbiegać od stworzonych w systemie eDIOM. Zamawiający posiada już system eDIOM z zasilonymi danymi i stawia wymóg kontynuacji zasilania danymi w taki sposób, aby wprowadzane dane były zgodne z istniejącą już strukturą danych posiadaną przez Zamawiającego".

Zamawiający podkreślił, iż przedmiotem postępowania nie jest dostarczenie oprogramowania, a jedynie zasilenie danymi do systemów już istniejących. Oświadczył, że

posiada i używa oprogramowania, które nabył w latach ubiegłych, ponosząc z tego tytułu koszty. Poniósł również nakłady pracy na pozyskanie danych i posiada dane dotyczące ewidencji dróg w tym systemie. Ponadto dane z bazy danych ORACLE, są podstawowym źródłem informacji działającego systemu informacji przestrzennej w Urzędzie Miasta Lublin. Bezpodstawna jest zatem zmiana istniejącego oprogramowania. Zamawiający jest w tej sprawie bezstronny a zasada uczciwej konkurencji jest zachowana, gdyż wymienione oprogramowanie jest dostępne na rynku nie tylko za pośrednictwem jednego dystrybutora. Zamawiający poinformował, iż jest kilku dystrybutorów oprogramowania eDIOM i Geodeska.

W punkcie 1.7 "*Wykonanie elektronicznej* " Zamawiający nie wskazuje, iż wykonanie zadania musi być wykonane za pomocą konkretnego oprogramowania, a jedynie wymaga, aby posiadane oprogramowanie pozwalało na dalszą obróbkę danych zasilonych do bazy Oracle. Zamawiający posiada system, który zasilony jest danymi z różnych dziedzin działalności Urzędu. Zamawiający wymaga aby docelowo wprowadzić dane ewidencyjne do informatycznego systemu ewidencyjnego, będącego w posiadaniu Zamawiającego, który składa się z następujących oprogramowań: System eDIOM 2006, Geodeska 2009, ORACLE 10 typu Full Use.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 6 lipca 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 PZP, poprzez nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia i wskazanie konkretnej nazwy produktu bez dopuszczania rozwiązań równoważnych. Z uwagi na powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmianę ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia i dodanie do tego opisu, że zamawiający dopuszcza wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu obok oprogramowania " eDIOM 2006", Geodeska 2009", "ORACLE 10 typu Full Use" również rozwiązań równoważnych bez wskazywania dodatkowych warunków dla rozwiązań równoważnych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami

SIWZ, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby, wskazując na rozstrzygnięcie jak w sentencji odwołania kierował się opisem przedmiotu zamówienia jaki w przedmiotowym postępowaniu ma bardzo istotne znaczenie. Przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób następujący *Wykonanie ewidencji dróg krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych oraz obiektów mostowych zlokalizowanych na terenie miasta Lublin wraz z opracowaniem danych i wprowadzeniem ich do komputerowego systemu ewidencji.* Tym samym Zamawiający dał jasny sygnał, iż wymaga wykonania ewidencji jej opracowanie i wprowadzenie do posiadanego systemu ewidencji. Systemy jakimi posługuje się Zamawiający obecnie to eDIOM 2006, Geodeska 2009, ORACLE 10 typu Full Use, co oznacza, że każdy uczestnik postępowaniu musi dokonać czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, które w końcowej fazie zostaną przetransportowane na serwer Zamawiającego, z którego będzie pobierał te dane wykorzystując do tego posiadane systemy.

Odwołujący wskazuje zaś na okoliczność, iż może on zaoferować rozwiązanie równoważne – własny system, w którym opracuje dane objęte przedmiotem zamówienia, a następnie całą bazę danych, tj. system z opracowaną ewidencją przekaze Zamawiającemu do wykorzystania. Nie wskazuje jednak przy tym na możliwość jego bezkonfliktowej współpracy z systemami posiadanymi przez Zamawiającego. Odwołujący na rozprawie potwierdził jedynie, że system jego współpracuje z systemem Oracle 10 oraz systemem GIS (system informacji przestrzennej).

Izba oddalając odwołanie wskazuje, iż to Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. W przedmiotowym postępowaniu cel jaki wyznaczył sobie Zamawiający to wykonanie ewidencji dróg, opracowanie jej danych i wprowadzenie do komputerowego systemu ewidencji. Fakt, że Odwołujący dysponuje własnym, autorskim systemem nie upoważnia go jeszcze do stawiania zarzutów wobec Zamawiającego w zakresie naruszenia

przepisu art. 7 ust. 1 w zw. Z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Być może system, którym legitymuje się Odwołujący, i który zamierzał użyć do realizacji przedmiotowego zamówienia jest systemem zbliżonym funkcjonalnie do systemu eDIOM, jednakże, jak stwierdził na rozprawie Odwołujący z tym system nie współpracuje, co wyklucza możliwość jego zastosowania, a tym samym udział w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie żądania jakie zostało postawione w proteście, tj. dopisania możliwości rozwiązania równoważnego – Zamawiający spełnił je uwzględniając protest w całości. Natomiast zastrzeżenia zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu jak i na rozprawie w zakresie dodatkowego opisanie na czym ma polegać równoważność oferowanego rozwiązania równoważnego, zdaniem Izby czynności Zamawiającego nie wykraczają poza prawem określone przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność powyższą Izba uznała za pozytywny symptom właściwego rozumienia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Dzięki takiemu rozwiązaniu – opisaniu równoważności – Zamawiający gwarantuje sobie realizację celu gospodarczego jaki zamierzał osiągnąć, tj. zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniami, uniemożliwiając jednocześnie, w późniejszym etapie, na stawianie wobec siebie zarzutów naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z korespondencji mailowej pomiędzy Odwołującym a podanymi przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu dystrybutorami oprogramowania Geodeska i eDIOM na okoliczność, że nabycie wymienionego oprogramowania jest praktycznie niemożliwe, a w konsekwencji, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, z uwagi na fakt iż stanowią one dokument prywatny, potwierdzający jedynie prowadzenie korespondencji w celu dokonania zakupu oprogramowania, jednakże z treści jej nie wynika brak możliwości uzyskania wymaganego oprogramowania.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę charakterystykę przedmiotu zamówienia, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*