

Sygn. akt: KIO 1421/12

WYROK
z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1421/12 po stronie zamawiającego,

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **it Works S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 411C (lider konsorcjum); AlmavivA SpA z siedzibą w Rzymie, Via di Casal Boccone 188/190, Włochy** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1421/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie i Rozwój Aplikacji SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP na lata 2013 - 2015 (znak sprawy: DZP - 2618-1/2011)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2011 r., nr 2011/S 240-389419.

W dniu 26 czerwca 2012 r. (pismem z dnia 25 lipca 2012 r.) zamawiający poinformował wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o zaproszeniu do udziału w dialogu konkurencyjnym.

W dniu 6 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 lipca 2012 r.) wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na rozpoczęciu dialogu konkurencyjnego, pomimo braku przekazania wykonawcom oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej wykonawcą „Comarch”, oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. it Works S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Almaviva SpA z siedzibą w Rzymie (Republika Włosa), zwanych dalej „Konsorcjum it Works”, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, po ogłoszeniu listy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym bez wcześniejszego unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu,
- 3) zaniechaniu podjęcia przez zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Comarch oraz Konsorcjum it Works, pomimo braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 4) czynności zamawiającego polegającej na zaproszeniu do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu, tj. wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works,
- 5) czynności zamawiającego polegającej na uzależnieniu przekazania wykonawcom zaproszonym do udziału w dialogu konkurencyjnym (w tym odwołującemu)

dokumentacji i kodów źródłowych niezbędnych do udziału w ww. dialogu od podpisania przez wykonawców przygotowanej przez zamawiającego umowy licencyjnej, co jednocześnie stanowi zaniechanie przez zamawiającego bezwarunkowego przekazania wykonawcom zaproszonym do udziału w dialogu konkurencyjnym (w tym odwołującemu) dokumentacji i kodów źródłowych niezbędnych do udziału w ww. dialogu,

ponieważ:

- a) dokonana przez zamawiającego czynność rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego, pomimo braku przekazania wykonawcom oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków stanowiła naruszenie zasady pisemności i jawności postępowania o udzielenie zamówienia,
- b) dokonana przez zamawiającego czynność wezwania wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nastąpiła po przekazaniu wykonawcom informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie była poprzedzona unieważnieniem dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co ogranicza uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- c) zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works pomimo, iż wykonawcy ci nie potwierdzili spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- d) dokonana przez zamawiającego czynność zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu, tj. wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works, jest czynnością nieuzasadnioną, ogranicza uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- e) dokonana przez zamawiającego czynność polegająca na uzależnieniu przekazania wykonawcom zaproszonym do udziału w dialogu konkurencyjnym (w tym odwołującemu) dokumentacji i kodów źródłowych niezbędnych do udziału w ww. dialogu od podpisania przygotowanej przez zamawiającego umowy licencyjnej (co jednocześnie stanowi zaniechanie przez zamawiającego bezwarunkowego przekazania wykonawcom zaproszonym do udziału w dialogu konkurencyjnym (w tym odwołującemu) dokumentacji i kodów źródłowych niezbędnych do udziału w ww. dialogu) jest niespójna z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz narusza zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia, wprowadzając niedopuszczalne ograniczenia w dostępie do materiałów koniecznych do udziału

w dialogu konkurencyjnym,
zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i ust. 2, art. 9 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1 i ust. 2, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 60d ust. 1 i ust. 2, ust. 5 i ust. 6 w zw. z art. 48 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- I. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:
 - 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na zaproszeniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do udziału w dialogu konkurencyjnym (wraz z umowami licencyjnymi, których podpisania wymagał zamawiający),
 - 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - 3) powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu stanu sprzed nieskutecznych uzupełnień dokonanych przez wykonawcę Comarch i Konsorcjum it Works i w jej wyniku wykluczenia ww. wykonawców z udziału w postępowaniu,
 - 4) ponownego zaproszenia wykonawców do udziału w dialogu konkurencyjnym (z wyłączeniem wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works),
 - 5) odstąpienia od wymogu uzależnienia przekazania wykonawcom niezbędnej do udziału w dialogu dokumentacji oraz kodów źródłowych od podpisania umowy licencyjnej;
- II. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający po przesłaniu wykonawcom informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym (pismem z dnia 15 marca 2012 r.) dokonał szeregu wezwań do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów i złożenia wyjaśnień, nie dokonując uprzednio unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co w ocenie odwołującego było konieczne. Zamawiający zobligowany jest do pisemnego informowania wykonawców o podejmowanych przez siebie w toku postępowania czynnościach, a zaniechanie powyższego prowadzi do wniosku, iż zamawiający albo nie dokonał ww. czynności unieważnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, albo dokonał jej z rażącym naruszeniem zasad prowadzenia postępowania, tj. nie informując o tym wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wykonawcy Comarch podniósł, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia może w celu potwierdzenia spełniania warunku

udziału w postępowaniu przedstawić dokument inny niż polisa jedynie w sytuacji, gdy polisa nie ma, lub z jakiegoś powodu nie może jej zamawiającemu przedstawić. W przedmiotowej sytuacji wykonawca Comarch dysponował polisą, a mimo tej okoliczności wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył certyfikat. Bez znaczenia pozostaje tu okoliczność, iż certyfikat ten potwierdza istnienie polisy nr 0361004437. Wykonawca był zobligowany do dołączenia polisy już na etapie składania wniosków. Uznanie przez zamawiającego dokonania przez wykonawcę Comarch uzupełnienia dokumentu polisy za skuteczne stanowi niedopuszczalne naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Nadto podniósł, iż już samo wezwanie wykonawcy Comarch do uzupełnienia dokumentu polisy było niedopuszczalne.

Jako niedopuszczalne wskazał także dokonane przez zamawiającego wezwanie do uzupełnienia ww. dokumentu polisy już po przekazaniu wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, co stanowi rażące naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego i powinno zostać uznane za nieskuteczne. Tym samym za bezskuteczne, wskazał uzupełnienie przez wykonawcę Comarch dokumentu polisy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego Konsorcjum it Works podniósł, iż dokonane przez zamawiającego wezwania Konsorcjum it Works odpowiednio do złożenia wyjaśnień, z dnia 4 kwietnia 2012 r. i do uzupełnienia z dnia 17 kwietnia 2012 r., a także odpowiedź z dnia 19 kwietnia 2012 r. (dotyczące osoby Pana) zostały dokonane po przekazaniu wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, co stanowi rażące naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego. Nie można ich zatem uznać za skuteczne i wiążące. Reasumując dodał, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający był zobligowany do wykluczenia wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works z udziału w postępowaniu, czego zaniechał.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaproszenia do udziału w dialogu konkurencyjnym odwołujący podniósł, iż zamawiający zaprosił odwołującego do udziału w dialogu konkurencyjnym, jednocześnie przekazując mu cztery egzemplarze umowy licencyjnej uprawniającej do korzystania z dokumentacji i oprogramowania komputerowego systemu SI A, PA, PZ SIP, FOTO SIP, podpisanej przez zamawiającego, dodając, że zawarcie umowy licencyjnej wiąże się z przekazaniem uczestnikowi dialogu na czas postępowania (nie dłużej niż do dnia 30 listopada 2012 r.) kodów źródłowych i dokumentacji na podstawie art. 60d ust. 6 ustawy Pzp. Ww. materiały (w formie elektronicznej, na nośniku

magnetycznym) miały zostać przekazane tylko tym uczestnikom dialogu, którzy zwrócą zamawiającemu przedmiotową umowę licencyjną (trzy egzemplarze), podpisaną przez umocowanych przedstawicieli wykonawcy. Odwołujący podpisał i przekazał zamawiającemu ww. umowę licencyjną. Jednak niezależnie od powyższego wskazał, iż mimo, że art. 60d ust. 5 ustawy Pzp zawiera katalog otwarty dotyczący elementów, jakie powinny się znaleźć w zaproszeniu do dialogu jednak nie oznacza to całkowitej swobody w formułowaniu jego zapisów. Zamawiający nie może bowiem na tym etapie postępowania (a więc już po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wskazywać na nieokreślone wcześniej warunki, od których uzależnia skuteczny udział wykonawców w postępowaniu. Żądanie podpisania umowy licencyjnej i uzależnienie od tego przekazania materiałów niezbędnych do udziału w dialogu konkurencyjnym uznać należy za niedopuszczalne na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym w ww. zakresie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 9 lipca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 12 lipca 2012 r. (pismem z dnia 11 lipca 2012 r.) wykonawca Comarch przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 12 lipca 2012 r. (pismem z tej samej daty) Konsorcjum it Works przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego rozpoczęcia dialogu konkurencyjnego, pomimo braku unieważnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków Izba uznała, iż zarzut ten został wniesiony po terminie i jako taki podlega odrzuceniu. Z dokumentacji postępowania wynika bowiem, co jest bezsporne pomiędzy stronami, iż w dniu 15 marca 2012 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Bezspornym jest również, iż po terminie tym zamawiający wzywał wykonawców do uzupełnienia określonych dokumentów oraz złożenia stosownych wyjaśnień. Tak więc termin na podniesienie tego zarzutu (zaniechania unieważnienia czynności przekazania wykonawcom oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków) należy liczyć od pierwszej czynności dokonanej przez zamawiającego po dniu 15 marca 2012 r., a kwestionowanej obecnie przez odwołującego, o fakcie dokonania której to czynności odwołujący się dowiedział. Czynnością taką, która winna już spowodować działanie odwołującego, było zarówno wezwanie danego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wezwanie do złożenia stosownych wyjaśnień. A ponieważ zamawiający takich czynności dokonywał także w stosunku do odwołującego, jak również na skutek pism składanych w toku postępowania przez tego właśnie wykonawcę (odwołującego) o okolicznościach stanowiących podstawę tego zarzutu odwołujący powziął wiadomość już wcześniej (marzec, kwiecień 2012 r.). Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten podlega odrzuceniu jako wniesiony po terminie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wniosku złożonego przez wykonawcę Comarch Izba uznała, iż zarzut ten jest wniesiony po terminie, gdyż w istocie kwestionowany jest fakt złożenia przez tego wykonawcę Certyfikatu ubezpieczeniowego nr 1 do polisy nr 0361004437, a nie polisy. O fakcie tym (złożenia certyfikatu, a nie polisy) odwołujący mógł się dowiedzieć, jak słusznie podnosili zamawiający i przystępujący Comarch, już w dniu 15 marca 2012 r., gdyż w dacie tej było wiadomo, że taki dokument (certyfikat ubezpieczeniowy) został złożony przez tego wykonawcę, jak również iż dokument ten objęty został tajemnicą przedsiębiorstwa. Tak więc to od tej daty termin na wniesienie odwołania dotyczący złożenia certyfikatu ubezpieczeniowego zamiast polisy powinien być liczony. Tym samym zarzut ten jest wniesiony po terminie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wniosku złożonego przez Konsorcjum it Works Izba uznała, iż zarzut ten nie podlega rozpoznaniu, gdyż w zakresie spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.1) pkt I.1.2) litery od a) do f) ogłoszenia o zamówieniu (obecnie

odwołujący kwestionuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji II.2.1) pkt 1.1.2) litera f)) był już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 590/12 i 600/12. Natomiast o fakcie wskazania przez Konsorcjum it Works osoby pana Osojca odwołujący mógł się dowiedzieć już w marcu i kwietniu 2012 r. i od tej właśnie daty biegł termin na kwestionowanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. A ponadto odwołujący w treści odwołania (w kontekście zarzutu podniesionego pod adresem Konsorcjum it Works) nie odnosi się do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a więc nie odnosi samodzielnego zarzutu do spełnienia tego warunku, a jedynie dokonania czynności wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, jak również złożenia wyjaśnień, mimo braku formalnego unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Zarzut taki (brak formalnego unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) – jak już wyżej wskazano – podniesiony został po terminie.

Oдноśnie zarzutu 3 i 4 odwołania, tj. zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Comarch oraz Konsorcjum it Works, pomimo braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności polegającej na zaproszeniu do udziału w dialogu konkurencyjnym wykonawców, którzy powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu, tj. wykonawcy Comarch i Konsorcjum it Works Izba stwierdziła, iż zarzuty te będące niejako konsekwencją stawianych wcześniej zarzutów również zarzuty podlegają odrzuceniu.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku przekazania wykonawcom informacji o ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i informacji o otrzymanych punktach w rankingu wykonawców Izba uznała, iż informacja taka została przekazana wykonawcom w piśmie z dnia 25 czerwca 2012 r. Istotnie jest ona lakoniczna i odwołuje się do pisma z dnia 15 marca 2012 r., jak również nie zawiera wszystkich informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp. Niemniej jednak i sam odwołujący przyznał, iż z takiej treści można byłoby domniemywać jacy wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu, jaki i jakich wykonawców zaproszono do dialogu konkurencyjnego, odnosząc treść tego właśnie pisma (z 25 czerwca 2012 r.) do treści pisma wcześniejszego (z 15 marca 2012 r.). Zdaniem Izby z przekazanej wykonawcom informacji można było wywieść, oczywiście z uwzględnieniem pisma wcześniejszego, którzy wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu i zostali zaproszeni do dialogu konkurencyjnego. Dlatego też Izba uznała, że nawet jeśli informacje te nie zostały ponownie wyraźnie wyartykułowane to jednak brak ten nie miał i nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.

Odnośnie zarzutu 5 odwołania, tj. czynności zamawiającego polegającej na uzależnieniu przekazania wykonawcom zaproszonym do udziału w dialogu konkurencyjnym (w tym odwołującemu) dokumentacji i kodów źródłowych niezbędnych do udziału w ww. dialogu od podpisania przez wykonawców przygotowanej przez zamawiającego umowy licencyjnej, co jednocześnie stanowi zaniechanie przez zamawiającego bezwarunkowego przekazania wykonawcom zaproszonym do udziału w dialogu konkurencyjnym (w tym odwołującemu) dokumentacji i kodów źródłowych niezbędnych do udziału w ww. dialogu Izba uznała, iż zarzut ten podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, iż zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2012 r. zaprosił odwołującego do udziału w dialogu konkurencyjnym, przekazując w załączeniu cztery egzemplarze umowy licencyjnej uprawniającej do korzystania z dokumentacji i oprogramowania komputerowego SIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP podpisanej przez zamawiającego. Nadto wskazując, iż zawarcie umowy wiąże się z przekazaniem uczestnikowi dialogu na czas postępowania kodów źródłowych i dokumentacji na podstawie art. 60d ust. 6 ustawy Pzp.

W dniu 29 czerwca 2012 r. odwołujący zawarł z zamawiającym umowę licencyjną nr 3/1/DI/UL/2012/2618.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż na tym etapie postępowania, a więc na etapie zaproszenia do dialogu konkurencyjnego, nie można stawiać wykonawcom dodatkowych warunków. Niemniej jednak - jak wynika z wyjaśnień zamawiającego – niepodpisanie wymaganej przez niego umowy (umowy licencyjnej) nie wykluczało wykonawcy z udziału w dalszym postępowaniu, jak również nie stanowiło warunku udziału w postępowaniu. Również odwołujący podpisał tę umowę mimo, iż obecnie kwestionuje jej zasadność, dopuszczając jednocześnie możliwość zabezpieczenia interesów zamawiającego poprzez dostęp wykonawców do posiadanych przez zamawiającego kodów źródłowych udostępnianych następnie wykonawcom na okres realizacji zadania próbnego, ale np. w formie jednostronnego oświadczenia. Nie neguje więc ani potrzeby takiego zabezpieczenia, ani też treści obecnie przedłożonej mu umowy licencyjnej, co zresztą sam przyznał na rozprawie. Jednak – jak podniósł odwołujący - informacja o obowiązku zawarcia takiej umowy winna być przekazana wykonawcom na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko odwołującego, iż taką informację (o konieczności zawarcia umowy licencyjnej z zamawiającym celem uzyskania dostępu do kodów źródłowych) faktycznie należałoby zawrzeć w treści ogłoszenia o zamówieniu, nawet jeśli jest to tylko czynność czysto techniczna, np. informując wykonawców decydujących się na udział w danym postępowaniu o konieczności wykonania zadania próbnego, wskazując dodatkowo, iż przeniesienie praw autorskich posiadanych przez zamawiającego nastąpi poprzez zawarcie stosownej umowy (umowy licencyjnej). A ponieważ Izba nie może ingerować w sferę stosunków cywilno-

prawnych, a w niniejszym stanie faktycznym kwestionowana umowa została już zawarta, jak również okoliczność, iż podpisanie bądź nie umowy licencyjnej nie eliminowało wykonawcy z udziału w postępowaniu Izba uznała, iż mimo zasadności tego zarzutu to i tak jego ewentualne uwzględnienie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: