



WOJEWÓDZTWO
MAŁOPOLSKIE

ZARZĄD DRÓG WOJEWÓDZKICH w KRAKOWIE

Kraków, dnia 24.07.2014 r.
ZDW/PW/2014/ **5539**/DN4/KJ
ZDW-DN-4-271-84/14

Wg rozdzielnika

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na części: Część I – Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego, Część II – Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (ZDW-DN-4-271-84/14)

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm., zwanej dalej ustawą PZP) niniejszym informuje, iż w dniu 23 lipca 2014 r. został powiadomiony o wniesieniu przez INTEGRATED SOLUTIONS Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym Zamawiający przekazuje w załączeniu przestaną przez Odwołującego kopię odwołania.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie art. 185 ust. 2 ustawy PZP Wykonawcy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania wskazując stronę, do której przystępują, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują.

Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

p.o. DYREKTOR

mgr inż.  Marta Maj

Otrzymują:

1 x adresat wg rozdzielnika
1 x strona internetowa www.zdw.krakow.pl
1 x DN-4 a/a.

p. k. Jędrusiński
SM

DNu

Warszawa, 22 lipca 2014 r.

ZARZĄD DRÓG WOJEWÓDZKICH W KRAKOWIE	
30-085 Kraków, ul. Głowackiego 56	
Data Gotz.	23. 07. 2014
zof.	
Nr Dz.	1116
podpis.....	

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie
ul. Głowackiego 56
30-085 Kraków

Odwołujący:
Integrated Solutions Sp. z o.o.
ul. Skierniewicka 10 a
01-230 Warszawa

Nr pisma: TSKP3/PJ/560/2014
Numer ogłoszenia w TED: 2014/S 132-236999

ODWOŁANIE

W powstępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim”.
Znak sprawy ZDW-DN-4-271-84/14.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych nr 60 1010 1010 0081 3522 3100 0000 dn. 22 lipca 2014 r.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”, wnoszę odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na części:

Część I – Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego

Część II – Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej”.

Odwołujący jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, oraz może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego. Wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu realizacji zamówienia, wpływające również na opis przedmiotu zamówienia, w obecnym

1116

kształcie utrudniają Odwołującemu złożenie oferty oraz uniemożliwia rzetelną kalkulację ceny oferty. Niespełniający wymogów ustawowych opis przedmiotu zamówienia, oraz postanowienia umowne dopuszczające możliwość zmiany zakresu świadczenia wykonawcy już na etapie realizacji umowy, uniemożliwiają Odwołującemu przygotowanie prawidłowej oferty, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego, należy uznać, że jest Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w zakresie Części II zamówienia w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
2. naruszenie art. 140 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie postanowień skutkujących odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy w okolicznościach opisanych w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, co ma ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. naruszenie art. 140 ust. 1 Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie postanowień skutkujących istotną modyfikacją zakresu świadczenia Wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w złożonej ofercie, w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 144 ustawy Pzp, przy zachowaniu wynagrodzenia ryczałtowego;
4. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez żądanie zawarcia przez wykonawcę umowy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i przedstawienia polisy na etapie realizacji zamówienia, w tym polisy dedykowanej, odrębnej do zamówienia;
5. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp – opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji z uwagi na postawienie wymogu zawarcia umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urządzeń z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego;
6. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez żądanie kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia, co do którego ich producent – nie zaś Wykonawca, posiada prawa osobiste i majątkowe prawa autorskie.

Wnoszę o:

1. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz dopuszczających możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z uwzględnieniem argumentów zawartych w uzasadnieniu odwołania, jak również uzupełnienie wymagań związanych z realizacją zamówienia i podanie wszelkich okoliczności i uwarunkowań mogących mieć wpływ na zakres świadczenia Wykonawcy, w tym jego zmniejszenie;
2. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz pozwalających na dowolną modyfikację zakresu świadczenia określonego w opisie przedmiotu zamówienia, a także wszelkich innych postanowień w całej dokumentacji przetargowej, pozwalających na dowolną modyfikację wymagań Zamawiającego i zmiany zakresu świadczenia wykonawcy;
- 3.1. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień dotyczących żądania zawarcia przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej dedykowanej, odrębnej dla niniejszego zamówienia;
względnie
- 3.2. nakazanie Zamawiającemu sformułowania adekwatnego i związanego z przedmiotem zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej Wykonawcy;
4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymagania zawarcia przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urządzeń z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego;
5. nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z żądania przekazania przez Wykonawcę kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 12 lipca 2014r., w tym dniu na stronie internetowej Zamawiającego opublikowana została siwz. Wobec powyższego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa art. 182 ust. 2 pkt 1) Pzp należy uznać za zachowany.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią dn. 22 lipca 2014r., zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na części:

Część I – Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego

Część II – Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej”.

I. Sformułowanie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym we wzorze umowy, należy uznać za naruszające przepisy ustawy. Wynika to z następujących względów:

1. W sekcji VI pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu ppkt 2 Zamawiający wskazał, iż „zastrzega sobie prawo odstąpienia bez konsekwencji prawnych od realizacji zamówienia określonego w sekcji II 1.5 pkt 2 Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na Część II – Budowa systemu informacji pasażerskiej na trasach Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej, w trybie odstąpienia od umowy w przypadku braku wyłonienia w niniejszym postępowaniu Wykonawcy zamówienia wskazanego w sekcji II 1.5 pkt 1 Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na Część I – Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego, jak również w przypadku, gdy stopień zaawansowania prac związanych z budową linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) i dostawą pojazdów SKA realizowanych w ramach odrębnego zamówienia nie będzie gwarantował możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia w zakładanym zakresie oraz terminie. W przypadku odstąpienia od realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca będzie uprawniony do otrzymania jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji wykonanego zakresu zamówienia.”

Zastrzeżenie powyższe zostało powtórzone przez Zamawiającego w rozdziale I po pkt 2.2. siwz, jak też we wzorze umowy dla Części II zamówienia - § 13 ust. 2 pkt 5) i 6).

Podnieść należy, iż brak jest podstaw do uznania, iż brak wyłonienia wykonawcy dla Części I zamówienia stanowi zasadną podstawę odstąpienia od umowy dla Części II zamówienia. W tych okolicznościach Zamawiający winien unieważnić postępowanie w zakresie Części II zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Skoro Zamawiający prowadzi postępowanie z podziałem na części, a realizacja Części II zamówienia uzależniona jest od wykonania Części I zamówienia, brak jest podstaw by kontynuować postępowanie na Część II zamówienia w przypadku nie wyłonienia wykonawcy dla Części I. Należy bowiem podnieść, iż Wykonawca – przystępując do wykonania zawartej umowy – ponosi koszty związane z czynnościami przygotowawczymi, które nie zostaną zrekompensowane potencjalnym wynagrodzeniem należnym za wykonany częściowo (do chwili odstąpienia) zakres zamówienia.

Dodatkowo Wykonawca ponosi koszty ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak również inne koszty finansowe, dotyczące obowiązkowych ubezpieczeń związanych z realizacją zamówienia, które to koszty są stałe i nie podlegają zwrotowi w przypadku odstąpienia od umowy.

Zawarcie umowy dla Części II w okolicznościach opisanych przez Zamawiającego jest dla Wykonawcy wysokim ryzykiem.

Odnosnie drugiej z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w omawianych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, tj. gdy stopień zaawansowania prac związanych z budową linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) i dostawą pojazdów SKA realizowanych w ramach odrębnego zamówienia nie będzie gwarantował możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia w zakładanym zakresie oraz terminie – jest ona nieprecyzyjna, opisana niejednoznacznie. Wykonawca przystępując do udziału w przedmiotowym postępowaniu nie ma wiedzy, czy prowadzone jest aktualnie postępowanie na budowę linii Szybkiej Kolei Aglomeracyjnej (SKA) oraz dostawę pojazdów SKA. Nie zna w pełni warunków związanych z przedmiotowymi zamówieniami, jak również potencjalnego wpływu tych zamówień na realizację zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Odwolujący wskazuje nadto na postanowienia § 13 ust. 2 pkt 3) wzorów umów dla Części I i II zamówienia, zgodnie z którymi Zamawiający zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy bez skutków prawnych, w tym uiszczenia kar ze strony Zamawiającego, jeżeli Wykonawca wykonuje przedmiot umowy w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, w szczególności gdy wystąpi jedna z okoliczności skutkująca naliczeniem Wykonawcy kar umownych określonych w § 14 umowy. Wśród okoliczności skutkujących naliczeniem kar umownych występują m.in.:

- opóźnienia w przekazaniu harmonogramu projektu;
- niezorganizowanie narady technicznej;
- opóźnienie w przekazaniu wykazu podwykonawców;

Tak szerokie i nieprecyzyjne określenie katalogu przesłanek skutkujących odstąpieniem od umowy jest nieuzasadnione i nakłada na Wykonawcę wysokie ryzyko związane z realizacją zamówienia. Wykonawca bowiem, w przypadku naruszenia obowiązków nie mających charakteru kluczowego, nie wpływających w sposób istotny na realizację zamówienia, może ponieść daleko idące negatywne konsekwencje w postaci przedterminowego zakończenia umowy – a więc zmiany zakresu i rozmiaru pierwotnego świadczenia.

Postanowienia wprowadzające możliwość dokonania zmiany pierwotnie ustalonego świadczenia wykonawcy – nie precyzujące maksymalnego zakresu takich zmian, okoliczności uzasadniających ich wprowadzenie, jak również warunków dokonania zmian, mają ten skutek, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego jest niejednoznaczny i niewyczerpujący. Wykonawca składając ofertę nie może precyzyjnie ustalić jaki konkretny zakres prac będzie zobowiązany wykonać, a tym samym nie jest w stanie oszacować kosztów świadczenia usług. Nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia na etapie ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, niepozwalające na ustalenie obowiązków Wykonawcy, ma ten skutek, że nie można oznaczyć świadczenia Wykonawcy i rozmiaru tego świadczenia. Nie wiadomo wobec tego, czego może domagać się w ramach umowy Zamawiający, ani do czego zobowiązany jest Wykonawca.

Odwolujący wnosi o modyfikację ww. postanowień z uwzględnieniem powyższych argumentów, jak również uzupełnienie wymagań związanych z realizacją zamówienia i podanie wszelkich okoliczności i uwarunkowań mogących mieć wpływ na zakres świadczenia Wykonawcy, w tym jego zmniejszenie.

2. W rozdziale VIII pkt 4 siwz Zamawiający „zastrzega sobie prawo do wprowadzenia zmian do umowy bez skutków prawnych, w tym uiszczania kar ze strony Zamawiającego, również w przypadku, kiedy w interesie Zamawiającego lub w wyniku okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zmniejszeniu ulegnie ilość Urządzeń Systemu lub zmniejszeniu ulegnie ilość lokalizacji wraz z planowanymi do umieszczenia w tych lokalizacjach Urządzeniami Systemu, które Wykonawca zobowiązany będzie umieścić na obszarze objętym projektem.

W umowie w sprawie zamówienia określonego w cz. I pkt 2.1. siwz (Małopolska Karta Aglomeracyjna – System zarządzania transportem zbiorowym w Województwie Małopolskim z podziałem na Część I – Budowa systemu zarządzania transportem zbiorowym na terenie Województwa Małopolskiego) Zamawiający zastrzega sobie ponadto prawo wprowadzenia zmian bez skutków prawnych, w tym uiszczania kar ze strony Zamawiającego, w zakresie rzeczowym umowy poprzez zmniejszenie zakresu rzeczowego umowy, jeżeli zaistnieje okoliczność, w wyniku której nie będzie można w terminach określonych w umowie zrealizować w ogóle lub wykonać w całości wszystkich prac związanych z montażem Urządzeń Zarządzania Dostępem do Parkingów Parkuj i Jedź zlokalizowanych w Bochni lub Tarnowie. W każdym z tych przypadków Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z zakresu rzeczowego prac niemożliwych do zrealizowania przez Wykonawcę bezpośrednio w terenie.”

Zastrzeżenie powyższe zostało powtórzone przez Zamawiającego we wzorach umów dla Części I i II - § 15 ust. 3 i 4.

Przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób precyzyjny i jednoznaczny, a jednocześnie w sposób maksymalnie zobiektywizowany. Ustawa zobowiązuje też Zamawiającego do podania wszelkich niezbędnych informacji i wymagań co do przedmiotu zamówienia, nakazując przy tym Zamawiającemu używać dokładnych i zrozumiałych dla wykonawców określeń.

W wyroku z dnia 1.08.2013r., KIO 1711/13 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż: „opisując przedmiot zamówienia zamawiający nie może ograniczyć się do wyspecyfikowania wymagań technicznych czy lokalizacji danego przedsięwzięcia, ale musi uwzględnić też cyt. „wszystkie [...] okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”, co wynika z art. 29 ust. 1 ustawy”. W wyroku tym Izba podnosi dalej: „Ze względu na brak określenia niezbędnych okoliczności w opisie przedmiotu zamówienia kalkulacja ceny ofertowej byłaby oparta na ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli

wpłyne na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych unormowanej w art. 7 ust. 1 ustawy. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy brzmi "Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców".

Istotą przepisu art. 140 ust. 1 ustawy jest zapewnienie jedności zobowiązania umownego z zobowiązaniem ofertowym. Dla Zamawiającego oznacza to, że opis przedmiotu umowy nie może odbiegać od opisu zawartego w ofercie przede wszystkim co do zakresu tej umowy. Przy czym przez pojęcie zakresu świadczenia należy rozumieć jego wymiar, wielkość. Z przepisu art. 140 ust. 1 Pzp wynika, że zmian rozszerzających czy też zmieniających w inny sposób zakres umowy nie wolno wprowadzać zarówno przed podpisaniem umowy, jak i w trakcie jej realizacji.

Postanowienia rozdziału VIII pkt 4 siwz oraz § 15 ust. 3 i 4 wzorów umów dla Części I i II zamówienia należy uznać za niedopuszczalne w świetle art. 144 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zakazane jest dokonywanie istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że możliwość dokonania zmian została przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił on warunki takiej zmiany. Zasadniczo zmiany te mogą odnosić się do wszystkich postanowień umowy, jednakże niedopuszczalne jest w oparciu na dyspozycji tego przepisu dokonywanie zmian w zakresie przedmiotu zamówienia skutkujących wykroczeniem poza jego pierwotny opis (art. 140 ust. 3 ustawy).

Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że ponieważ wskazane wyżej postanowienia siwz oraz wzorów umów, ze względu na to, że pozwalają na dowolną modyfikację zakresu świadczenia określonego w opisie przedmiotu zamówienia, powodują, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 Pzp, a jednocześnie pozwalając na modyfikację przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie zakresu świadczenia Wykonawcy w trakcie realizacji umowy, stanowi naruszenie art. 140 ust. 1 Pzp. Odwołujący wnosi o wykreślenie ww. postanowień, a także wszelkich innych postanowień w całej dokumentacji przetargowej, pozwalających na dowolną modyfikację wymagań Zamawiającego i zmiany zakresu świadczenia wykonawcy.

3. W rozdziale VIII pkt 5 siwz Zamawiający postawił wymaganie, by Wykonawca zawarł umowę ubezpieczenia oo deliktowego jako dedykowaną do przedmiotowego zamówienia – wymóg odrębnej polisy do przedmiotowego kontraktu, obejmującej zakresem ubezpieczenia przedmiot zamówienia. Powyższe powtórzone zostało we wzorze umowy dla Części I - § 4 ust. 31 oraz dla Części II - § 4 ust. 24.

Wymaganie powyższe należy uznać za naruszające art. 22 ust. 1 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 Pzp i przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający o d wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wymagania dotyczące posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności podlegają weryfikacji na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. "Przerzucanie" tych wymagań na etap realizacji zamówienia jest naruszeniem przepisów Pzp.

Zamawiający przy zabezpieczaniu swoich uzasadnionych potrzeb powinien uwzględnić również, mając na względzie zasady uczciwej konkurencji, interes wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Skoro ustawodawca posiadanie umowy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zakwalifikował do podmiotowych warunków udziału w postępowaniu - zapewniających wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować zamówienie, Zamawiający nie ma uprawnienia do modyfikowania tego wymagania i traktowania go jako wymóg związany li tylko z realizacją zamówienia.

Odwotujący wnosi o wykreślenia postanowień dotyczących żądania zawarcia przez Wykonawcę umowy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej dedykowanej, odrębnej dla niniejszego zamówienia, względnie - nakazanie Zamawiającemu sformułowania adekwatnego i związanego z przedmiotem zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej Wykonawcy.

4. Zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 8 wzoru umowy dla Części I i II zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia w imieniu Zamawiającego umowy ubezpieczenia dotyczącej umieszczonych na obszarze objętym projektem Urządzeń Systemu – w zakresie odpowiedzialności cywilnej oraz zniszczeń powstałych wskutek działania osób trzecich lub w wyniku nieszczęśliwych wypadków i zdarzeń losowych ze wskazanym przez Zamawiającego ubezpieczycielem, na okres o 3 miesiące dłuższy niż okres trwania umowy.

Powyższe wymaganie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z działaniem powodującym eliminację konkurencji na skutek nałożenia irrelevantnych z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego i jego statusu potrzeb i wymagań. Tego rodzaju praktykę należy uznać za naruszającą obowiązujący porządek prawny. Zamawiający nie ma prawa wskazywania konkretnego podmiotu, z którym Wykonawca ma zawrzeć umowę ubezpieczenia. Działanie takie wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający może jedynie określić swoje wymagania przedmiotowe co do potencjalnych warunków umowy ubezpieczenia, w tym ryzyk ubezpieczeniowych mających być przedmiotem ochrony.

Odwolujący wnosi o wykreślenia wymagania zawarcia umowy ubezpieczenia dotyczącej dostarczanych w ramach realizacji zamówienia urządzeń z ubezpieczycielem wskazanym przez Zamawiającego.

5. Zgodnie z postanowieniem § 8 ust. 3 wzoru umowy dla Części I i II zamówienia, Zamawiający wymaga, by wykonawca przekazał Zamawiającemu w ramach wynagrodzenia pełne kompletne kody źródłowe wraz z ich opisem i komentarzem oraz prawem dokonywania zmian, umożliwiające diagnostykę działania Systemu, integrację z oprogramowaniem firm trzecich, a także jego późniejszą rozbudowę o dodatkowe moduły, w instalacji Zamawiającego, najpóźniej z chwilą udzielenia licencji.

Podkreślamy, że Zamawiający nie ma prawa żądania przekazania praw i kodów do zastosowanego przez Wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oprogramowania, co do którego jedynie producent posiada prawa osobiste i majątkowe prawa autorskie. Każda modyfikacja w oprogramowaniu (autorskim) – co do którego Wykonawca udziela licencji na rzecz Zamawiającego byłoby naruszeniem praw autorskich i majątkowych producenta oprogramowania.

W pierwszym rzędzie wyjaśnienia wymaga definicja kodu źródłowego. W prostym tłumaczeniu, jest to ciąg instrukcji i deklaracji zapisany w zrozumiałym dla człowieka języku programowania opisujący operacje, jakie powinien wykonać komputer przy pomocy skończonej liczby ściśle zdefiniowanych rozkazów.

Zgodnie ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych programy komputerowe podlegają ochronie jak utwory literackie, o ile przepisy rozdziału VII tej ustawy nie stanowią inaczej. Taki zapis statuje więc ogólną zasadę włączenia programów komputerowych pod reżim ochrony prawno-autorskiej, zrównując je w tym aspekcie z utworami literackimi.

Ochrona przyznana programowi komputerowemu obejmuje wszystkie formy jego wyrażenia. Natomiast idee i zasady będące podstawą jakiegokolwiek elementu programu komputerowego, w tym podstawą łączy, nie podlegają ochronie (w prawie autorskim idee – wszelakie – nie są chronione). O ile elementy tekstowe programu (w znaczeniu konkretnego przedstawienia ciągu instrukcji) podlegają ochronie, o tyle w przypadku elementów pozatekstowych (algorytm - struktura programu języka programowania) trzeba się raczej liczyć z ich wyłączeniem spod ochrony prawa autorskiego. Wobec powyższego kody źródłowe do programów komputerowych często (choć nie zawsze ponieważ są również tzw. oprogramowania wolne, otwarte) nie są udostępniane użytkownikowi programu ponieważ stanowią one pracę twórcy chronioną przepisami prawa autorskiego. Korzystanie wówczas z takiego kodu źródłowego i dostęp do niego (czy też rozporządzanie takim kodem) winno być uzasadnione potrzebami systemu i korzystającego z niego podmiotu.

W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia nie polega na stworzeniu systemu "pod klucz" czy "napisaniu" oprogramowania dedykowanego. Przedmiotowe zamówienie nie obejmuje przeniesienia

autorskich praw majątkowych, z którym związany jest obowiązek przekazania kodów źródłowych. Zamawiający wskazuje bowiem, że chce korzystać z oprogramowania na podstawie umowy licencyjnej. Możliwe i zasadne jest przeniesienie praw autorskich do oprogramowania z wyłączeniem przeniesienia praw, które dotyczą kodu źródłowego. Może tutaj bowiem zaistnieć także sytuacja, iż Wykonawca nowo powstałego programu komputerowego nie jest twórcą samego kodu, a jedynie skorzystał z kodu źródłowego do którego użycia był legalnie uprawniony, np. na mocy licencji, która zabrania mu udzielania dalszych sublicencji - wówczas oczywiście nie ma możliwości przeniesienia praw majątkowych do niego. W polskim prawie istnieje bowiem zasada, iż nikt nie może przenieść więcej praw niż sam posiada.

Żądanie „zapewnienia dostępu do kodów źródłowych do modyfikacji oprogramowania aplikacyjnego” narusza konkurencję, albowiem na system składają się również elementy oprogramowania, konieczne do jego prawidłowego działania, które nie są autorstwa Wykonawcy (jak np. oprogramowanie narzędziowe lub inne obce oprogramowanie), co do których Wykonawcy nie przysługują majątkowe prawa autorskie. Jest oczywiste, iż w takim zakresie Wykonawca nie posiadający majątkowych praw autorskich do niektórych elementów oprogramowania Systemu nie może Zamawiającemu zapewnić jego kodów źródłowych, gdyż nie ma takiego prawa. Na takie udostępnienie może zgodzić się wyłącznie producent takiego oprogramowania - co stawia go w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do Wykonawcy nie będącego takim producentem. Tylko taki producent spełnia bowiem ww. wymaganie siwz.

Stanowisko powyższe podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyżej wyroku z dnia 12.02.1013r. sygn. KIO 186/13. Izba stwierdziła, iż „(...) zarówno zamawiający jak i odwołujący byli zgodni, że w przedmiocie zamówienia była dostawa systemu komercyjnych, będących ogólnie w sprzedaży a nie systemów dedykowanych stworzonych dla konkretnego podmiotu. Wobec tego stwierdzić należy, że dostarczane oprogramowanie ma charakter standardowego, dostarczanego przez odwołującego do różnych klientów. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się, a zamawiający nie wykazał, celu żądania zamawiającego, aby wykonawca przekazał kody źródłowe oferowanego oprogramowania. Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołującego, który w toku rozprawy podnosił, że kody źródłowe stanowią istotę oprogramowania, gdyż za pomocą kodów źródłowych opisany jest program. Podkreślał, że stanowią one know - how twórcy, wobec tego ich udostępnienie zamawiającemu polegałoby na ujawnieniu informacji szczególnie istotnych dla wykonawcy, które stanowią własność i tajemnicę firmy.”

Dodatkowo wskazać należy, że żądanie „przekazania pełnych kompletnych kodów źródłowych do oprogramowania, z prawem jego modyfikacji, narusza konkurencję, albowiem na System składają się również elementy oprogramowania, konieczne do jego prawidłowego działania, które nie są autorstwa Wykonawcy (jak np. oprogramowanie narzędziowe lub inne obce oprogramowanie), co do których Wykonawcy nie przysługują majątkowe prawa autorskie. Jest oczywiste, iż w takim zakresie Wykonawca nie posiadający majątkowych praw autorskich do niektórych elementów oprogramowania Systemu - nie może Zamawiającemu zapewnić jego kodów źródłowych, gdyż nie ma takiego prawa.

Na takie udostępnienie może zgodzić się wyłącznie producent takiego oprogramowania - co stawia go w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawcy nie będącego takim producentem. Tylko taki producent spełnia bowiem ww. wymagania siwz.

Co więcej, z tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia wprost wynika, że zamawiany System w całości musi zostać wykonany przez Wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie, ponieważ zobowiązany on jest do zapewnienia dostępu do kodów źródłowych Systemu (w całości). By spełnić ww. wymagania Wykonawca realizując przedmiotowe zamówienie, nie mógłby posługiwać się oprogramowaniem firm trzecich, co do których nie przysługują mu majątkowe prawa autorskie. Tylko bowiem posiadanie autorskich praw majątkowych do całości Systemu umożliwi spełnienie wymogów Zamawiającego zarówno w zakresie warunków licencji, jak i wymogu przekazania kodów źródłowych.

Odwolujący wnosí o wykreślenie żądania przekazania przez Wykonawcę kodów źródłowych do oprogramowania zastosowanego do realizacji przedmiotu zamówienia.

II. Z uwagi na braki wskazane powyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, wskazane wymogi związane z wykonaniem zamówienia - z uwagi na ich nieprecyzyjność, niejednoznaczność - powodują, iż Odwołujący nie może ustalić zakresu świadczenia, jakie będzie zobowiązany wykonać na rzecz Zamawiającego, a w konsekwencji - nie może należycie oszacować wartości oferty. Odwołujący nie ma bowiem informacji na temat kosztów jakie musi ponieść, aby świadczyć usługę, spełniającą wymagania Zamawiającego.

Nadto, Zamawiający narzuca Wykonawcy sposób realizacji tego kontraktu - Wykonawca zobowiązany będzie zawrzeć umowę ubezpieczenia z podmiotem wskazanym przez Zamawiającego, a nadto musi mieć możliwość przekazania kodów źródłowych, co oznacza, że nie może się posłużyć oprogramowaniem innych producentów.

Wobec powyższego, należy uznać, że ogłoszenie o zamówieniu oraz siwz sporządzone zostały w sposób nieprawidłowy, niepełny, naruszający przepisy ustawy. Zawarte w tych dokumentach wymagania, składające się na opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji, odnoszą ten skutek, iż przedmiot zamówienia jest we ww. zakresie niepełny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w *patitum*.

Z poważaniem

Wł. H. Stanisławski
Kierownik Account Manager

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu,
3. pełnomocnictwo,
4. odpis pełny z KRS,