

Sygn. akt: KIO/KD 71/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 14 sierpnia 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 23 lipca 2014 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

**Ministerstwo Skarbu Państwa,
ul. Krucza 36/Wspólna 6,
00-522 Warszawa,**

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 lipca 2013 r. (znak: UZP/DKD/KND/9/14)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie Usługi Asysty Technicznej, Usług Konsultacyjnych oraz Serwisu Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla Ministerstwa Skarbu Państwa (ZSI dla MSP)” numer sprawy: BDG-IO-382-54/12

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Ewa Sikorska

Małgorzata Stręciwilk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedmiotowa kontrola została wszczęta w związku z pismem Asseco Poland S.A. z dnia 19 października 2012 r., wskazującym na naruszenie przez Ministerstwo Skarbu Państwa, zwane dalej Zamawiającym przepisów ustawy Pzp poprzez określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

W SIWZ Zamawiający wskazał, że kody źródłowe, jak i wszelkie prawa, w tym autorskie prawa majątkowe do kodów źródłowych podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa, są własnością Comarch S.A. i ze względu na powyższe do realizacji przedmiotowego zamówienia w części podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa i pozostałych podsystemów w obszarach powiązanych z ZIG MSP konieczne jest uzyskanie przez wykonawcę prawa do dostępu i modyfikacji kodu źródłowego od firmy Comarch S.A.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu publicznym zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 26 września 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 188-309471 z dnia 29 września 2012 r. Ponadto, ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej www.msp.gov.pl i na tablicy ogłoszeń w siedzibie zamawiającego od dnia 1 października 2012 r. do dnia 7 listopada 2012 r.

Szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 1 463 414,63 zł, co stanowi równowartość kwoty 364 069,71 euro. Jak zostało wskazane w punkcie 2 protokołu postępowania (druk ZP-PN), wartość zamówienia została ustalona w dniu 20 sierpnia 2012 r. na podstawie Wniosku Nr 137/FSP/12 o uruchomienie wydatków publicznych oraz rozeznania rynku.

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym przetargu było świadczenie Usługi Asysty Technicznej, Usług Konsultacyjnych oraz Serwisu Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla Ministerstwa Skarbu Państwa (ZSI dla MSP), w którego skład wchodzi następujące podsystemy:

- Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa;
- Zbiorcza Ewidencja Mienia Skarbu Państwa;

– Monitorowanie Przekształceń Własnościowych i Nadzoru nad Mieniem Skarbu Państwa.

W swoich czynnościach kontrolnych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem, zwrócił szczególną uwagę na postanowienia pkt 1 rozdziału 3 SIWZ oraz załącznika nr 1 do SIWZ.

W punkcie 1 rozdziału 3 SIWZ oraz w załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, Prezes zauważył, że Zamawiający wskazał, iż kody źródłowe, jak i wszelkie prawa, w tym autorskie prawa majątkowe do kodów źródłowych podsystemu Zbiorczej Ewidencji Mienia Skarbu Państwa oraz podsystemu Monitorowania Przekształceń Własnościowych i Nadzoru nad Mieniem Skarbu Państwa, są własnością Skarbu Państwa – Ministerstwa Skarbu Państwa. Z kolei kody źródłowe, jak i wszelkie prawa, w tym autorskie prawa majątkowe do kodów źródłowych podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa, są własnością Comarch S.A. Ze względu na powyższe, realizacja zamówienia w części dotyczącej podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa i pozostałych podsystemów w obszarach powiązanych z ZIG MSP wymaga uzyskania przez wykonawcę prawa do dostępu i modyfikacji kodu źródłowego udzielonego przez Comarch S.A.

Ponadto, zaznaczył, że w formularzu ofertowym (załącznik nr 6 do SIWZ) wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie, iż uzyskał od Comarch S.A. prawo do dostępu i modyfikacji kodu źródłowego w części dotyczącej podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa.

W oparciu o wyżej sformułowane postanowienia SIWZ w swojej informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 lipca 2014 r. Prezes stwierdził naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1, które w konsekwencji jego zdaniem prowadzi do opisanego przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Prezes podał w uzasadnieniu, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Uprawnienie zamawiającego do realizacji jego potrzeb nie może pozbawić wykonawców informacji niezbędnych do przygotowania ofert ani tym bardziej prowadzić do uprzywilejowania jednego z wykonawców, w tym przypadku tego, który brał udział w tworzeniu systemu.

Dalej Prezes motywował, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie było uzależnione wyłącznie od woli innego podmiotu, zatem w uprzywilejowanej sytuacji znajdował się twórca systemu, który jako jedyny złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie Prezes stwierdził, że konieczność zamieszczenia w SIWZ powyższych zapisów nie wynikała z przyczyn obiektywnych, lecz była wynikiem braku działań Zamawiającego, mających na celu zapewnienie sobie dokumentacji technicznej, jak i odpowiednich zapisów o prawach wyłącznych w pierwotnej umowie, co umożliwiłoby opisanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Zdaniem Prezesa dane potrzebne do realizacji zamówienia powinien zapewnić sam Zamawiający, a nie wykonawca w porozumieniu z producentem posiadanego przez zamawiającego systemu, który nie ma żadnych zobowiązań względem innego wykonawcy, a jedynym podmiotem mającym na niego wpływ w ramach posiadanych zobowiązań umownych jest właśnie Zamawiający. W ocenie Prezesa Producent oprogramowania nie ma żadnych obowiązków względem konkurenta, w tym udostępniania mu danych odnośnie własnych systemów. Przenoszenie odpowiedzialności na wykonawcę za uzgodnienie z innym producentem warunków udostępnienia danych niezbędnych do realizacji zamówienia jest niedopuszczalne.

Według Prezesa Zamawiający przewidując konieczność zapewnienia prawidłowej eksploatacji i utrzymania systemu informatycznego, w tym również możliwość jego rozbudowy, czy też modyfikacji, powinien zapewnić sobie taki zakres uprawnień i wiedzy o systemie, który umożliwiłby mu dokonywanie ww. czynności bez zgody twórcy systemu.

Z tego względu – w opinii Prezesa - Zamawiający powinien zagwarantować sobie prawa do systemu w takim zakresie, aby zamówienia na jego poprawki, modyfikacje lub utrzymanie mógł powierzyć również innemu wykonawcy, wybranemu w procedurze konkurencyjnej. Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie może powoływać się na to, że prawa zależne do systemu nie zostały przez niego skutecznie zabezpieczone.

Ponadto, Prezes zauważył, iż zgodnie z § 12 ust. 1 lit. b) umowy zawartej w ramach przedmiotowego postępowania, kody źródłowe, jak i wszelkie prawa, w tym autorskie prawa majątkowe do kodów źródłowych podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa, nadal pozostały własnością Comarch S.A.

Reasumując, Prezes stanął na stanowisku, że nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania kodu źródłowego niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które w konsekwencji prowadzi do opisanego przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Ostatecznie Prezes powiadomił Zamawiającego, iż od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli na zasadzie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, z czego ten skorzystał, składając w piśmie z dnia 23 lipca 2014 r. umotywowane zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej.

W swoich zastrzeżeniach Zamawiający wyjaśnił, że wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie świadczenia Usługi Asysty Technicznej, Usług Konsultacyjnych oraz Serwisu Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla Ministerstwa Skarbu Państwa (ZSI dla MSP) kierując się rekomendacjami Prezesa UZP na udzielenie zamówień publicznych na systemy informatyczne, a także biorąc pod uwagę postanowienia umowy nr MSP/DBiF/177/FSP/2004 z dnia 5 maja 2004 r.

Z powyższych powodów Zamawiający argumentował, że umieścił w SIWZ informację o prawie własności Comarch S.A. do kodów źródłowych, jak i wszelkich praw, w tym autorskich praw majątkowych do kodów źródłowych podsystemu Zarządzanie i Gospodarowanie Ministerstwem Skarbu Państwa, a także uczynił w SIWZ zastrzeżenie, że realizacja zamówienia w części dotyczącej tego podsystemu i pozostałych podsystemów w obszarach powiązanych z ZIG MSP wymaga uzyskania przez Wykonawcę prawa dostępu i modyfikacji kodu źródłowego udzielonego przez Comarch S.A.

W ocenie Zamawiającego powyższe działanie stanowiło jedynie poinformowanie wykonawców o okolicznościach niezbędnych do przygotowania oferty, o uwarunkowaniach prawnych (w tym do kogo należą autorskie prawa). Wyjaśnił również, że taki zapis nie miał na celu tworzenia przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję, ale wynikał z przyczyn o charakterze obiektywnym oraz związany był ze stanem faktycznym.

Poza tym wskazał również, że niewspółmierne byłoby dokonywanie nieproporcjonalnych nakładów w postaci zmiany infrastruktury całości systemu oprogramowania, który obecnie jest wdrożony i na którym Zamawiający m.in. realizuje nałożone na resort cele statutowe.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Prezes pismem z dnia 5 sierpnia 2014 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, nie uwzględniając przedmiotowych zastrzeżeń dotyczących naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i podtrzymując dotychczasową argumentację.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, Prezes przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Poza tym w sprawie tej w dniu 7 sierpnia 2014 r. wpłynęło do Prezesa Izby pismo Zamawiającego, w którym w związku z pismem Prezesa Urzędu z dnia 5 sierpnia 2014 r. dotyczącym nieuwzględnienia złożonych przez Zamawiającego w dniu 23 lipca 2014 r. zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej ponownie przedstawił on swoje stanowisko w sprawie, w którym podtrzymał swoją dotychczasową argumentację

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa, nie podzieliła stanowiska Prezesa w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa w przedmiotowej sprawie. Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli nie znajdują uzasadnienia w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Według zapatrywania Izby sytuacja prawna i faktyczna Zamawiającego, w której zorganizowane zostało przez niego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wskazany przedmiot zamówienia miała charakter obiektywny i była następstwem ukształtowanego już wcześniej prawa własności do kodów źródłowych przysługującego wykonawcy Comarch S.A.

Powyższe w ocenie Izby nie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, jak również do utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, wskazał w postanowieniach SIWZ na sytuację prawną i faktyczną związaną z realizacją przedmiotu zamówienia. Określił on w sposób jasny i precyzyjny sytuację związaną z realizacją usługi asysty technicznej a także usług konsultacyjnych i serwisu Zintegrowanego Systemu Informatycznego Ministerstwa w skład, którego wchodzi określone podsystemy. Z jednej strony wskazał, że kody źródłowe i wszelkie prawa, w tym autorskie prawa majątkowe do kodów źródłowych w zakresie dwóch podsystemów objętych przedmiotem zamówienia (podsystem Zbiorczej Ewidencji Mienia Skarbu Państwa oraz podsystem Monitorowania Przekształceń Własnościowych i Nadzoru nad Mieniem Skarbu Państwa) stanowią własność Zamawiającego, z drugiej zaś strony, co do kodów źródłowych i praw autorskich dotyczących trzeciego z podsystemów objętych przedmiotem zamówienia (podsystem Zarządzania i Gospodarowania Ministerstwem Skarbu Państwa), wskazał, że są własnością firmy Comarch S.A. Powyższa informacja była informacją niezbędną dla wykonawców z punktu widzenia ich prawidłowego przygotowania się do niniejszego postępowania i złożenia oferty oraz realizacji przedmiotu zamówienia. Informacja ta stanowiła zatem wypełnienie dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie 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.

Na tle opiniowanej sprawy Izba wyraża pogląd, że stosownie do brzmienia cyt. wyżej przepisu Zamawiający miał obowiązek umieszczenia powyższych informacji w treści SIWZ, jako zawierających wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zdaniem Izby nie umieszczenie wskazanych postanowień w SIWZ mogło także narazić Zamawiającego na spór prawny i skutki odszkodowawcze z tytułu naruszenia praw autorskich do kodów źródłowych w następstwie nieuprawnionej ingerencji osoby trzeciej w ich treść.

Wskazane postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w stanie faktycznym dotyczącym przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszały także, a nawet nie utrudniały uczciwej konkurencji, a zatem nie prowadziły do naruszenia wskazanych przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy Pzp.

W opinii Izby umieszczenie przez Zamawiającego prawdziwej, obiektywnej informacji w SIWZ o stanie prawnym dotyczącym części systemu informatycznego, a także wprowadzenie w SIWZ postanowień zabezpieczających interes majątkowy Zamawiającego nie może być, w żaden sposób uznane, za działanie oznaczające opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Określenie przywołanego wymagania o konieczności pozyskania przez wykonawcę ubiegającego się o to zamówienie prawa dostępu i modyfikacji kodu źródłowego od Comarch S.A. znajdowało, bowiem swoje uzasadnienie w istniejącym stanie rzeczy i obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Zamawiający dysponuje określonym systemem informatycznym odpowiadającym za obsługę określonych sfer działalności Ministerstwa. Obiektywnie też Zamawiający nie dysponuje aktualnie kodami źródłowymi w tym autorskimi prawami majątkowymi do kodów źródłowych w zakresie jednego z podsystemów tego systemu informatycznego. Z tych też względów Zamawiający chcąc realizować określone zadania przy użyciu wskazanego systemu informatycznego, który dzięki usługom asysty i serwisu oraz usług konsultacyjnych może działać w sposób sprawny, musi dokonać wyboru określonego wykonawcy do realizacji tych usług. Wybór tego wykonawcy musi odbywać się w określonym stanie faktycznym, tj. w sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponuje dostępem do kodów źródłowych danego podsystemu. W tym zakresie usprawiedliwione zdaniem Izby są działania Zamawiającego, który znajdując się w określonych warunkach informuje o nich wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia.

Podkreślić należy, że kontrola Prezesa Urzędu, realizowana w oparciu o przepisy ustawy Pzp, ma charakter kontroli legalnej, tj. weryfikującej zgodność działań podmiotu zamawiającego z przepisami prawa, a konkretnie wyłącznie z przepisami ustawy Pzp (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Prezes Urzędu w informacji o wynikach kontroli, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje zaniechanie występujące po stronie tego podmiotu w pozyskaniu od firmy Comarch S.A. dostępu do kodów źródłowych w zakresie wskazanego podsystemu użytkowanego przez Zamawiającego systemu informatycznego. Powyższa okoliczność faktycznie może budzić pewne wątpliwości. Jest to jednak kwestia odrębna, która może być oceniana pod kątem słuszności i celowości wcześniejszych zachowań Zamawiającego, który w poprzednich latach dokonał zakupu całego systemu informatycznego dla jednostki i wówczas z jakich względów (czy to przez niedopatrzenie, celowe działanie na szkodę jednostki, czy też może postępując z właściwym rozeznaniem i wyceniając w ówczesnych warunkach finansowych jednostki koszt zakupu dostępu do kodów źródłowych) podjął taką, a nie inną decyzję. Powyższe może być rozważane w kontekście celowości i gospodarności działania jednostki sektora finansów publicznych na wcześniejszym etapie, kiedy

dokonywany był zakup systemu informatycznego. W tym zakresie właściwe do tego organy, np. Najwyższa Izba Kontroli, mogą dokonywać oceny tych działań Zamawiającego. Aktualnie zaś Prezes Urzędu, dokonując oceny zgodności czynności Zamawiającego z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp – zdaniem Izby – nie posiada uprawnień do negocjowania wskazanych działań Zamawiającego i stawiania ich, jako podstawy naruszenia przepisów ustawy Pzp w kontrolowanym obecnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Taki sposób postępowania Prezesa Urzędu de facto prowadzi do konkluzji, iż Zamawiający nie mógł dokonać zakupu określonych usług związanych z zapewnieniem funkcjonowania systemu informatycznego w trybie konkurencyjnym i zmuszony byłby do zakupu nowego systemu informatycznego wraz z kodami źródłowymi oraz pozbycia się dotychczas użytkowanego systemu informatycznego albo - paradoksalnie - do dokonania tego zakupu w trybie niekonkurencyjnym – zamówienia z wolnej ręki. Izba podziela pogląd Prezesa Urzędu o konieczności dokonywania zakupów systemów informatycznych wraz z kodami źródłowymi, mając na względzie brak uzależnienia się w ramach kolejnych zakupów związanych z danym systemem informatycznym od jednego wykonawcy. Powyższe jednak powinno być oceniane w kategoriach słusznościowych, a nie legalnych (ustawa Pzp), do czego uprawniają Prezesa Urzędu przepisy ustawy Pzp w ramach sprawowanej przez niego kontroli postępowań o udzielenie zamówieni publicznego.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, że Prezes Urzędu nie zakwestionował w ramach wyników kontroli braku możliwości dokonania przez Zamawiającego wyodrębnionego zakupu wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia usług w odniesieniu do podsystemu, do którego Zamawiający nie posiada kodów źródłowych. Uwzględniając powyższe z powodu braku możliwości technicznego wydzielenia części zamówienia, do którego Zamawiający musiał poinformować wykonawców o przysługujących określönemu podmiotowi prawach do kodów źródłowych, Zamawiający znajdując się w określonych warunkach wynikających z jego potrzeb, nie dopuścił się naruszenia przywołanych w informacji o wynikach kontroli przepisów ustawy Pzp.

Z powyższych względów Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....