

Sygn. akt: KIO/UZP 1853/09

WYROK
z dnia 11 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Członkowie: **Barbara Bettman**
Renata Tubisz

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **UHC Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga – Północ, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 34** protestu z dnia 18 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Impulsy Sp. z o.o., 00-528 Warszawa, ul. Hoża 1/6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **UHC Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **UHC Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **UHC Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa** na rzecz **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga – Północ, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 34** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **UHC Sp. z o.o., 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9.**

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

Zamawiający - Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga-Północ prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego zarządzania usługami medycznymi w SZPZLO Warszawa Praga-Północ polegającymi na dostawie systemu informatycznego, niezbędnego do niego sprzętu komputerowego wraz ze szkoleniem pracowników Zamawiającego oraz wykonanie połączenia z systemem części administracyjnej SIMPLE - SYSTEM.

Odwołujący - UHC Sp. z o.o. wniósł w dniu 18 listopada 2009 roku protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została przekazana odwołującemu w dniu 10 listopada 2009 roku (pismo z dnia 9 listopada 2009 – w aktach sprawy). Zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2009 roku protest oddalił, co stanowiło podstawę do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 9 grudnia 2009 roku (pismo z dnia 7 grudnia). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 grudnia 2009 roku tj. w terminie ustawowym.

W odwołaniu, odwołujący podtrzymał podniesiony w proteście i odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2-3 ustawy Pzp przez dopuszczenie zaoferowania bazy danych opracowanego w technologii *open source* bez możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia załącznika nr 1 do siwz „wymagane parametry funkcjonalne oferowanego systemu informatycznego” sekcja C.

„Część dotycząca oprogramowania aplikacyjnego” poz. 1.2 przez dopuszczenie możliwości zaoferowania oprogramowania bazodanowego także w wersji komercyjnej (a nie wyłącznie open source). Zdaniem odwołującego, nie istnieją żadne racjonalne powody dla których wykonawcy mieliby dostarczyć wyłącznie oprogramowanie bazodanowe open source a nie aplikacyjne. Nie uzasadnione jest powołanie się na oszczędne i racjonalne wydatki, bowiem przedmiotem zamówienia jest cały system a nie baza danych a zatem zamawiający będzie oceniał całkowity koszt oferty. Ponadto odwołujący wskazał, że:

1. zakup bazy danych *open-source* nie wynika z technicznych potrzeb Zamawiającego (nie występuje w tym wypadku ryzyko braku kompatybilności)
2. komercyjne bazy danych mają co najmniej równą wartość funkcjonalną, co bazy typu *open-source*,
3. zakup komercyjnej bazy danych nie prowadzi do uzależnienia Zamawiającego od wykonawcy, który nie ma praw autorskich do takiego oprogramowania, - konieczność wprowadzania modyfikacji do takiego oprogramowania jest czysto hipotetyczna, chociażby z uwagi na specyfikę i na złożoność tego rodzaju aplikacji a dodatkowo z faktu, że zmiany w bazie danych mogą nie być kompatybilne do aplikacji, która przecież z tej bazy korzysta,
4. rekomendacje UZP w części dotyczącej wprowadzania zmian do zakupionej aplikacji dotyczą projektów wykonywanych na zamówienie, a nie rozwiązań dostępnych powszechnie na rynku. A to, że przedmiotem postępowania jest m.in. produkt ogólnie dostępny podkreślał sam Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu w części do tyczącej prezentacji,
5. baza danych jako element systemu została opisana tylko jednym zdaniem i to takim, który akurat utrudnia uczciwą konkurencję z pominięciem wszystkich pozostałych cech funkcjonalnej takiego rozwiązania, co w porównaniu do kilkudziesięciostronicowego opisu funkcji aplikacji wydaje się niewspółmiernie lakoniczne.

Zamawiający w oddaleniu protestu wskazał na rekomendacje udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne, zamieszczoną na stronie UZP. Przywołał definicję oprogramowania zamkniętego, *open source* oraz kodów źródłowych. Oprogramowanie zamknięte to oprogramowanie prawnie chronione, objęte restrykcjami dotyczącymi używania, kopiowania czy modyfikacji, rozpowszechniane w postaci binarnej bez kodu źródłowego. *Open source* odnosi się do programów, których kod źródłowy jest udostępniony do podglądu i modyfikacji dla użytkowników i dystrybutorów.

Zamawiający, mając na uwadze przywołane rekomendacje UZP dotyczące systemów informatycznych, miał na celu takie ukształtowanie postępowania alby przewidzieć wszystkie

możliwe skutki działań podjętych i zaniechanych i nie doprowadzić do „uzależnienie” zamawiającego od pierwotnego wykonawcy systemu. Powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz biorąc pod uwagę stanowiska pełnomocników stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do skierowania odwołania na rozprawę, a odwołujący, który kwestionuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty, posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający zaprosił do złożenia ofert i przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia trzem wykonawcom, spełniającym warunki udziału w postępowaniu: Kamssoft, UHC Sp. z o.o. oraz Impulsy Sp. z o.o. a termin składania ofert na dzień rozpoznania sprawy jeszcze nie upłynął.

Przedmiotem zamówienia jest wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego zarządzania usługami medycznymi w SZPZLO Warszawa Praga - Północ polegającymi na dostawie systemu informatycznego, niezbędnego do niego sprzętu komputerowego wraz ze szkoleniem pracowników oraz wykonaniem połączenia z systemem części administracyjnej SIMPLE - SYSTEM.

W załączniku nr 1 do siwz „Wymagane parametry funkcjonalne oferowanego systemu informatycznego” sekcja C. Część dotycząca oprogramowania aplikacyjnego, poz. 1.2., zamawiający wskazał, że wymaga dostarczenia baz danych *open source*, relacyjna, transakcyjna.

Powołując się na ugruntowane stanowisko doktryny i orzecznictwa, Izba wskazuje, że prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego, ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia określa norma art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję - przez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiają im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń lub parametrów wskazujących na konkretnego

producenta lub konkretny produkt ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Istotne jest jednak to, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, bowiem przepisy ustawy Pzp pozostawiają właśnie zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób, który chroni jego obiektywny interes.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, wynikającym z art. 6 k.c. oraz art. 188 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu, że przez opis przedmiotu zamówienia i dobór wymaganych parametrów, w tym przypadku podanie typu bazy danych, zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa w całości na odwołującym. W ocenie Izby odwołujący nie uprawdopodobnił, że przez podanie typu bazy *open source* doszło do naruszenia zasady uczciwej.

Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że system informatyczny jaki oferuje oparty jest na bazach danych komercyjnych i utrzymanie postanowień siwz w ich dotychczasowym brzmieniu uniemożliwia mu złożenie oferty i dalszy udział w postępowaniu.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe dowiodło, co jest bezsporne między stronami, że istnieją różnice pomiędzy systemami opartymi o bazy danych typu *open source* a bazy komercyjne (zamknięte). Najistotniejsza różnica sprowadza się do kwestii autorskich praw majątkowych co wiąże się ściśle z możliwością dokonywania modyfikacji czy ewentualnej rozbudowy systemu. W przypadku systemu opartego na bazie danych *open source* użytkownik dysponuje oprogramowaniem jak właściciel, również w zakresie majątkowych praw autorskich. Użytkownikowi przysługuje więc prawo do swobodnej redystrybucji oprogramowania, a dzięki temu, że kod dostępu (kod źródłowy) jest dostępny do pobrania możliwe jest łatwe dokonywanie modyfikacji czy rozbudowy systemu opartego na bazie *open source*. *Open source* jest więc oprogramowaniem, którego licencja pozwala na legalne i darmowe kopiowanie, kodu wynikowego, źródłowego oraz na dowolne jego modyfikacje.

Tymczasem komercyjne bazy danych są produktami typowo licencyjnymi, rozpowszechniane są bez kodu źródłowego a autorskie prawa majątkowe oraz uprawnienia wynikające z licencji są zastrzeżone na rzecz autora (producenta), co powoduje, że rozbudowa systemu jest możliwa przez dokupienie dodatkowych licencji. System oparty na bazach komercyjnych jest zatem prawnie chroniony, objęty obostrzeniami dotyczącymi używania, kopiowania lub modyfikacji.

Zamawiający wskazał, że jego obiektywne potrzeby, którymi kierował się przy wskazaniu wymogu dotyczącego bazy typu *open source* są związane z zapewnieniem sobie swobodnego doboru wykonawców w przypadku ewentualnej potrzeby rozbudowy systemu a także usług serwisowych tego oprogramowania. W ocenie Izby, stanowisko takie zasługuje na akceptację i potwierdza istnienie obiektywnych przesłanek uzasadniających taki a nie inny wybór bazy danych. Zakup systemu opartego o bazę danych komercyjną mógłby spowodować „przywiązanie” się do jednego producenta, który jest uprawniony do dokonywania jakichkolwiek zmian w systemie oraz świadczenia usług serwisowych, co nie nastąpi w przypadku systemu *open source*, gdzie krąg potencjalnych podmiotów, mogących świadczyć usługi serwisu, modyfikacji czy rozbudowy systemu jest otwarty. Krąg podmiotów mogących zrealizować ewentualne zmiany, modyfikacje systemu opartego na bazie komercyjnej jest ograniczony wyłącznie do dystrybutorów tego samego producenta.

Izba podziela ugruntowane stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Zatem sama okoliczność, że odwołujący nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego, w tym przypadku dotyczących typu bazy danych, nie świadczy jeszcze o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Aby udowodnić istnienie czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia.

Przystępujący wykazał w trakcie rozprawy, że istnieją co najmniej trzy systemy informatyczne zarządzania usługami medycznymi oparte na bazach danych *open source*: *KA – medica*, *InterClinic (Infomed Software Sp. z o.o.)*, *Q - Klinika 3000*. Okoliczności tej odwołujący nie zaprzeczył. Zdaniem Izby okoliczność ta potwierdza, że przez wskazanie typu bazy danych nie doszło do zachwiania nadrzędnych zasad systemu zamówień publicznych, jakimi są zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania. Na rynku istnieją bowiem inne systemy informatyczne zarządzania usługami medycznymi oparte o bazy danych *open source*.

Izba wskazuje, że przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wymaga od zamawiającego podania parametrów równoważności w sytuacji określenia znaku towarowego, patentu czy pochodzenia produktu. Tymczasem określenie „baza *open source*” nie wskazuje na konkretną bazę, konkretnego producenta a odnosi się jedynie do typu bazy, zastosowanej technologii. Zatem należy uznać, że w tym przypadku zamawiający nie ma obowiązku

określenia parametrów równoważności w stosunku do wskazanego typu bazy *open source*, jak żąda tego odwołujący.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....