

WYROK

z dnia 23 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 23 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **SYGNITY S.A., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, 60 – 770 Poznań, ul. Matejki 59**

przy udziale wykonawcy **BIT4ID srl, 80124 Neapol, Via Coroglio 57** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie** na **Zarządu Transportu Miejskiego w Poznaniu** rzecz kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sygn. akt 1164/14

Zamawiający: Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego na „Dostawę 100.000 kart elektronicznych niespersonalizowanych w ramach projektu „Poznańska Elektroniczna Karta Aglomeracyjna - etap VI” Znak sprawy: ZTM.KZP.3410-17/14 (dalej jako „Postępowanie”).

Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z Postępowania oferty niezgodnej z Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z Postępowania oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 91 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie za ofertę najkorzystniejszą oferty podlegającej obligatoryjnemu odrzuceniu,
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji w której nie odrzuca się oferty wykonawcy, który złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

dokonania ponownego badania i oceny oferty BIT4ID srl oraz jej odrzucenia z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

W dniu 29 maja 2014 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu - oferty wykonawcy BIT4ID srl z siedzibą w Neapolu, Włochy. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego uznana za ważną i spełniająca warunki udziału, a pod względem kryteriów oceny ofert została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Odwołujący nie zgadza się z wyborem dokonany przez Zamawiającego. W jego ocenie oferta wybrana jako oferta najkorzystniejsza w swojej treści nie odpowiada treści SIWZ, a jako taka, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp powinna podlegać odrzuceniu.

Zgodnie z zapisami SIWZ przedmiotem Postępowania było wyłonienie dostawcy 100.000 kart elektronicznych niespersonalizowanych, których dostawa miała się odbyć w ramach

projektu Poznańska Elektroniczna Karta Aglomeracyjna (etap IV) - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Rozdział 3 SIWZ. Ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w SIWZ wynika również, że przedmiotem zamówienia było również wykonanie projektu graficznego karty (pkt. 3.5.1 Rozdziału 3 SIWZ) i przeniesienie majątkowych praw autorskich do niego wraz z prawami zależnymi (pkt. 3.5.2 Rozdziału 3 SIWZ). Zamawiający wskazał również w tym miejscu SIWZ, iż prawa te przechodzą na Zamawiającego w ramach wynagrodzenia wskazanego w ofercie.

W związku z tak określonym przedmiotem zamówienia, we wzorze formularza ofertowego, Zamawiający oczekiwał wskazania przez wykonawców odrębnie cen za wykonanie kart elektronicznych będących przedmiotem Postępowania oraz ceny za przeniesienie majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia. Dodatkowo w formularzu ofertowym wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie o zapoznaniu się z treścią umowy i akceptacji jej warunków.

Zgodnie z treścią umowy, będącą załącznikiem do SIWZ, z § 13 ust. 6 Zamawiający szczegółowo uregulował kwestię przenoszenia majątkowych praw autorskich do projektów graficznych, wskazując chociażby moment przeniesienia praw oraz pola eksploatacji na których przejście praw następuje. W § 13 ust. 7 umowy Zamawiający wskazał natomiast, iż w ramach łącznej ceny umowy określonej w § 8 ust. 2 umowy, wykonawca przenosi na Zamawiającego, odpłatnie w wysokości wskazanej w tym miejscu umowy, majątkowe prawa autorskie do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wytworzonych w trakcie realizacji umowy.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w tym zakresie, wykonawca składający ofertę ceną oferty powinien objąć zarówno cenę wytworzenia i dostawy kart, jak i cenę przeniesienia majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia. Takim utworem, co przewidział Zamawiający wprost w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia, miał być projekt graficzny kart. Projekt ten musiał powstać w ramach realizacji umowy, między innymi na podstawie materiałów przekazanych przez Zamawiającego (np. logotypu PEKA) i musiał być przeniesiony odpłatnie.

Oferta wykonawcy BIT4ID srl jest z takimi wymaganiami SIWZ niezgodna. W treści formularza ofertowego wykonawca ten jako cenę przeniesienia na Zamawiającego majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia wpisał zero złotych. Zapis taki może oznaczać zarówno:

- brak zaoferowania przeniesienia majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia - co stanowiłoby niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia zawartego w pkt 3.5.2 Rozdziału 3 SIWZ,

- jak też zaoferowanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia jednakże nieodpłatnie - co z kolei stanowiłoby niezgodność z wymogami § 13 ust. 7 projektu umowy będącej załącznikiem do SIWZ.

Należy zauważyć, w pierwszej kolejności, że zgodnie z zasadami Pzp zamówienia publiczne są umowami odpłatnymi. Powołując się na orzeczenie KIO z dnia 8 grudnia 2011 roku (KIO 2542/11) „odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, które przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść, wynikająca z umowy nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej. Pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia.” W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział jednak innej formy korzyści dla wykonawcy z tytułu przeniesienia majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia jak wynagrodzenie wyrażone w złotych, stanowiące cenę za przeniesienie tych praw. Wynika to wprost zarówno z treści oferty, opisu przedmiotu zamówienia pkt 3.5.2 Rozdział 3 SIWZ jak i bezsprzecznie z treści § 13 ust. 7 umowy, gdzie Zamawiający oczekiwał wpisania kwoty będącej częścią ceny oferty wynikającej z formularza ofertowego. Zaoferowanie ceny „zero złotych” nie jest i nie może być uznane za wskazanie ceny. Ceną bowiem, jak wynika z definicji ceny przyjętej dla potrzeb Pzp z ustawy o cenach, jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Polski system monetarny nie zna natomiast jednostki pieniężnej o nominale 0 złotych. Stąd też zaoferowanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia jest nie tylko niezgodne z treścią SIWZ, ale też niezgodne z ustawą Pzp.

Ponieważ oferta Odwołującego jest sklasyfikowana w chwili obecnej na drugiej pozycji, pozostaje ważna i nie podlega odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 Pzp, to jego oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp jest istotne i ma wpływ na wynik Postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na treść formularza ofertowego, w którym napisał, że wykonawca ma w ramach ceny ofertowej napisać, jakiej kwoty żąda za przeniesienie na zamawiającego majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Utworami tymi były projekty graficzne karty (pkt 3.5.1 Rozdziału 3 siwz). W pkt 3.5.2 siwz zapisano, że majątkowe prawa autorskie wraz z prawami zależnymi przechodzą na zamawiającego w ramach wynagrodzenia umownego wskazanego w ofercie. Ponadto w § 13 ust. 7 projektu umowy zapisano, iż „W ramach łącznej ceny brutto, o której mowa w § 8 ust. 2 wykonawca przenosi na zamawiającego, odpłatnie w wysokości zł majątkowe prawa autorskie do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wytworzonych w trakcie realizacji umowy. Zamawiającemu służy prawo do zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich w stosunku do przedmiotu umowy”.

Wykonawca wybrany w formularzu ofertowym w pkt 1 ppkt 1.1 b wpisał, że za przeniesienie autorskich praw majątkowych do utworów wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia żąda zero złotych.

Zdaniem zamawiającego z faktu, że wykonawca nie zażądał wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych, nie wynika wniosek, że nie dokonał on przeniesienia tych praw. Zauważył, że kwota za przeniesienie tych praw jest tylko jednym ze składników ceny końcowej tj. łącznej ceny ofertowej brutto. Wskazał, że zarówno jeden jak i drugi wykonawca za wykonanie zamówienia żąda zbliżonego wynagrodzenia i stwierdził, że kwestia odpłatności umowy – definicyjnej cechy zamówienia publicznego – może być rozpatrywana na gruncie łącznej ceny ofertowej, a ta została sporządzona zgodnie z definicją ceny wynikającą z przepisów ustawy o cenach.

Zamawiający stwierdził także, że brak żądania odrębnego wynagrodzenia za jeden z elementów składowych zamówienia, nie ma żadnego znaczenia prawnego, gdyż nie uniemożliwia porównania ofert i nie narusza zasady równości czy uczciwej konkurencji. Wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych nie było kryterium oceny i porównania ofert. Wartość wynagrodzenia za ten element nie była potrzebna dla przyszłych rozliczeń, nie stanowiła żadnego czynnika kalkulacyjnego wynagrodzenia. Tym samym wykonawcy nie muszą żądać wynagrodzenia za wszystkie elementy składowe zamówienia. Na poparcie argumentacji zamawiający wskazał na orzecznictwo KIO i stwierdził, że przepisy ustawy pzp nie nakładają na wykonawcę obowiązku wyceny każdego elementu na wartość pieniężną. Zauważył, że w odmiennych stanach faktycznych, gdy od cen częściowych (jednostkowych) uzależniony jest sposób oceny ofert, a następnie rozliczania w oparciu o takie ceny, zarzuty mogłyby mieć uzasadnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz i treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Przedmiotem Postępowania było wyłonienie dostawcy 100.000 kart elektronicznych niespersonalizowanych, w ramach projektu Poznańska Elektroniczna Karta Aglomeracyjna (etap IV) Ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wynika również, że przedmiotem zamówienia było również wykonanie projektu graficznego karty (pkt. 3.5.1 Rozdziału 3 SIWZ) i przeniesienie majątkowych praw autorskich do niego wraz z prawami zależnymi (pkt. 3.5.2 Rozdziału 3 SIWZ). Zamawiający wskazał również w tym miejscu SIWZ, iż prawa te przechodzą na Zamawiającego w ramach wynagrodzenia wskazanego w ofercie.

W związku z tak określonym przedmiotem zamówienia, we wzorze formularza ofertowego, Zamawiający oczekiwał wskazania przez wykonawcę ceny ofertowej (pkt 1 formularza), a w ramach ceny ofertowej kwoty za wykonanie kart elektronicznych będących przedmiotem postępowania (pkt 1.1.a) oraz kwoty za przeniesienie majątkowych praw autorskich do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wytworzonych w trakcie realizacji zamówienia (pkt 1.1.b).

W § 8 wzoru umowy ustalono, że wynagrodzenie za wykonanie umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym zgodnym z ofertą wykonawcy. Nie przewiduje się nadto płatności częściowych. Zgodnie z § 13 ust. 7 umowy wskazano, iż w ramach łącznej ceny umowy określonej w § 8 ust. 2 umowy, wykonawca przenosi na Zamawiającego, odpłatnie w wysokości wskazanej w tym miejscu umowy, majątkowe prawa autorskie do wszystkich utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wytworzonych w trakcie realizacji umowy. Powyższe postanowienia wskazują, że w niniejszym postępowaniu zamawiający przewidział jedną cenę, w ramach której („w ramach łącznej ceny umowy brutto”, „w ramach ceny ofertowej brutto”) wykonawca składający ofertę przenosi majątkowe prawa autorskie opisane w § 13 ust. 6 umowy.

Spór dotyczy konsekwencji wpisania przez wykonawcę w formularzu ofertowym wielkości „zero złotych” za przeniesienie majątkowych praw autorskich.

Odwołujący wywodzi, że wykonawca takim wpisem albo w ogóle nie dokonał przeniesienia praw majątkowych na zamawiającego, albo, o ile przyjąć, że przeniesienie praw nastąpiło, to taki sposób sporządzenia oferty jest niezgodny z treścią siwz, gdyż brak jest wpisania jakiegokolwiek kwoty pieniężnej. Odwołujący wskazuje przy tym, że „zero złotych” nie jest ceną, natomiast ustawa pzp stanowi w art. 2 pkt 13, że zamówienie publiczne to odpłatna umowa, a zatem nie jest dopuszczalne przeniesienie prawa autorskiego bez wynagrodzenia.

Wnioskowanie dokonane przez odwołującego skład orzekający uznaje za nieuzasadnione. Istotnie w miejscach wyżej wskazanych specyfikacja używa sformułowania o odpłatności za prawa autorskie majątkowe. Z faktu tego jednak w świetle postanowień o ryczałtowym charakterze ceny za cały przedmiot zamówienia, o cenie łącznej brutto, w ramach której należało wskazać jeden element cenotwórczy tj. majątkowe prawa autorskie, nie wynika, że wartość tego elementu ma charakter na tyle autonomiczny, że można go określić jako cenę w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z zawartym tam odesłaniem do ustawy o cenach. Nie ma też podstaw w odniesieniu do tego elementu zamówienia, do oceniania go odrębnie jako zamówienie publiczne o odpłatnym charakterze (art. 2 pkt 13 ustawy pzp) z wnioskiem, że wielkość „zero” oznacza brak odpłatności. Nie ma wątpliwości, że zamawiający opisał jeden przedmiot zamówienia i przewiduje jedną ryczałtową cenę ofertową za cały przedmiot zamówienia.

W rozpatrywanym stanie faktycznym i prawnym kwestia określenia wysokości wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych w wymiarze pieniężnym nie ma zatem znaczenia prawnego i pozostaje bez wpływu na ocenę zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp w toku prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: