

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **"S&T Services" Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 56 c, 00-803 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **Comparex Poland S.A., ul. Jutrzenki 183, 02-542 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Andra Sp. z o.o., ul z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Andra Sp. z o.o., ul z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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

Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla systemów: KSIP, KCIK, PSI, ZSODE, CSD, KSI, STBS, AFIS, AV, SIO, SYNAPS, FP” sprawa nr 123/Błil/13/AL.

Andra spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Andra” lub „Odwołujący”) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie:

1. opisu przedmiotu zamówienia (pkt IV SIWZ, § 2 wzoru umowy - załącznik nr 5 do SIWZ, załączniki 1a-h do wzoru umowy i załącznik 2 do wzoru umowy) w zakresie w jakim brak jest informacji o stanie prawnym dotychczasowego wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) dla sprzętu objętego przedmiotem zamówienia, tj. określenia: i) że, zamawiający posiada ważne i legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) względnie określenia, że zamawiający takiego wsparcia nie posiada (w zależności od rzeczywistego stanu rzeczy), ii) okresu obowiązywania wykupionego od producenta danej jednostki sprzętowej wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego), iii) warunków gwarancji obowiązujących na sprzęt, oprogramowanie systemowe i użytkowe, co jest niezbędne do złożenia oferty,
2. § 12 ust. 6 wzoru umowy - załącznik nr 5 do SIWZ, w zakresie w jakim zamawiający określił, że wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia i zagwarantowania, że korzystanie przez Zamawiającego z oprogramowania i jego aktualizacji - upgrade sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) nie będzie naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich, w tym praw autorskich i patentów, ale bez zastrzeżenia, że oświadczenie to dotyczy tylko tego oprogramowania, które jest dostarczone w ramach zamówienia,
3. § 12 ust. 7 wzoru umowy, w zakresie w jakim zamawiający nie określił, że obowiązek podjęcia czynności przez wykonawcę opisanych w § 12 ust. 7 wzoru umowy, w tym obowiązek poniesienia kosztów o których mowa w tym punkcie dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji gdy roszczenia osób trzecich podnoszone wobec zamawiającego dotyczyć będą oprogramowania lub jego aktualizacji jakie były dostarczone w ramach zamówienia,

4. § 12 ust. 8 wzoru umowy, w zakresie w jakim zamawiający nie określił, że obowiązek podjęcia czynności przez wykonawcę opisanych w § 12 ust. 8 wzoru umowy, w tym obowiązek poniesienia kosztów o których mowa w tym punkcie dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji gdy roszczenia osób trzecich podnoszone wobec zamawiającego dotyczyć będą oprogramowania lub jego aktualizacji jakie były dostarczone w ramach zamówienia, względnie określenia, że w przypadku gdy roszczenia te podnoszone będą wobec oprogramowania innego niż dostarczone w ramach niniejszego zamówienia to czynności te podjęte będą przez wykonawcę na koszt Zamawiającego;

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. w odniesieniu do czynności, o której mowa w pkt 1 powyżej - art. 7 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 1 Pzp poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie braku informacji o stanie prawnym dotychczasowego wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) dla sprzętu objętego przedmiotem Zamówienia, tj. określenia: i) że, zamawiający posiada ważne i legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) względnie określenia, że zamawiający takiego wsparcia nie posiada (w zależności od rzeczywistego stanu rzeczy), ii) okresu obowiązywania wykupionego od producenta danej jednostki sprzętowej wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego), iii) warunków gwarancji obowiązujących na sprzęt, oprogramowanie systemowe i użytkowe, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,

2. w odniesieniu do czynności, o których mowa w pkt 1.2,3,4 powyżej - art. 7 ust. 1 PZP i art. 29 ust. 1 Pzp poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie braku informacji o stanie prawnym dotychczasowego wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) dla sprzętu objętego przedmiotem Zamówienia, tj. określenia: i) że, zamawiający posiada ważne i legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) względnie określenia, że zamawiający takiego wsparcia nie posiada (w zależności od rzeczywistego stanu rzeczy), ii) okresu obowiązywania wykupionego od producenta danej jednostki sprzętowej wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego), iii) warunków gwarancji obowiązujących na sprzęt, oprogramowanie systemowe i użytkowe, z jednoczesnym przerzuceniem na wykonawcę skutków prawnych i finansowych używania przez zamawiającego oprogramowania i jego aktualizacji, do którego podmioty trzecie zgłaszają roszczenia dotyczące naruszenia praw autorskich, bez ograniczenia tego jedynie do oprogramowania i

jego aktualizacji dostarczanego w ramach niniejszego Zamówienia, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,

3. w odniesieniu do czynności, o których mowa w pkt 1.2,3,4 powyżej - art. 5 Kc, art. 353.1 Kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością prawną i finansową za korzystanie przez zamawiającego z oprogramowania i jego aktualizacji, do którego podmioty trzecie zgłaszają roszczenia dotyczące naruszenia praw autorskich, bez ograniczenia tego jedynie do oprogramowania i jego aktualizacji dostarczanego w ramach niniejszego zamówienia,

4. w odniesieniu do czynności, o których mowa w pkt 1.1,2,3,4 powyżej - art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez stawianie w pozycji uprzywilejowanej podmioty dotychczas świadczącej usługi serwisu na rzecz zamawiającego w zakresie zbieżnym/podobnym do przedmiotu niniejszego zamówienia,

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wnosi o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:

1) uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje o stanie prawnym dotychczasowego wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) dla sprzętu objętego przedmiotem Zamówienia, tj. określenia: i) że, zamawiający posiada ważne i legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) względnie określenia, że zamawiający takiego wsparcia nie posiada (w zależności od rzeczywistego stanu rzeczy), ii) okresu obowiązywania wykupionego od producenta danej jednostki sprzętowej wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego); iii) warunków gwarancji obowiązujących na sprzęt, oprogramowanie systemowe i użytkowe; przy czym oświadczenie takie powinno odnosić się do każdej jednostki sprzętu, której dotyczy przedmiot zamówienia,

2) zmiany § 12 ust. 6 wzoru umowy, w taki sposób, aby wykonawca zobowiązany był do złożenia oświadczenia i zagwarantowania, że korzystanie przez Zamawiającego z oprogramowania i jego aktualizacji - upgrade sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) nie będzie naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich, w tym praw autorskich i patentów, z tym zastrzeżeniem, że oświadczenie to i gwarancja dotyczy jedynie tego oprogramowania i jego uaktualnień, które jest dostarczone w ramach zamówienia,

3) zmiany § 12 ust. 7 wzoru umowy, w taki sposób, aby postanowienie to zawierało zastrzeżenie, że obowiązek podjęcia czynności przez wykonawcę opisanych w § 12 ust. 7, w tym obowiązek poniesienia kosztów o których mowa w tym punkcie dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, gdy roszczenia osób trzecich podnoszone wobec zamawiającego dotyczyć będą oprogramowania lub jego aktualizacji jakie były dostarczone w ramach zamówienia,

4) zmiany § 12 ust. 8 wzoru umowy, w taki sposób, aby postanowienie to zawierało zastrzeżenie, że obowiązek podjęcia przez wykonawcę czynności opisanych w § 12 ust. 8, w tym obowiązek poniesienia kosztów o których mowa w tym punkcie dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji gdy roszczenia osób trzecich podnoszone wobec zamawiającego dotyczyć będą oprogramowania lub jego aktualizacji jakie były dostarczone w ramach Zamówienia, względnie określenia, że w przypadku gdy roszczenia te podnoszone będą wobec oprogramowania innego niż dostarczone w ramach niniejszego zamówienia to czynności te podjęte będą przez wykonawcę na koszt Zamawiającego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z SIWZ wykonawca wybrany postępowaniu zobowiązany będzie do świadczenia na rzecz zamawiającego świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla określonych systemów (por. pkt IV. 1 SIWZ oraz § 2 wzoru umowy). Szczegółowe warunki i wymogi świadczenia usług serwisu określa załącznik nr 2 do istotnych postanowień umowy). Generalnie wykonawca zobowiązany będzie do podejmowania standardowych czynności w ramach usług serwisu pogwarancyjnego, tj. usuwania awarii, naprawy sprzętu, w tym wymiany prewencyjnej oraz uszkodzonych elementów sprzętu, a także konfiguracji systemu operacyjnego. W przedmiocie zamówienia mieści się także dokonanie upgrade'u sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) Poszczególne jednostki sprzętowe objęte przedmiotem Zamówienia zostały wymienione w załącznikach Ia do Ih do wzoru umowy.

Zamawiający w pkt 18 załącznika nr 2 do wzoru umowy postanowił:

18. Wykonawca gwarantuje, iż wykonanie przedmiotu Umowy nie naruszy dotychczasowych gwarancji (sprzętu, oprogramowania systemowego, oprogramowania użytkowego) oraz bez naruszania jakichkolwiek praw licencyjnych, autorskich w eksploatowanych przez Zamawiającego policyjnych systemach informatycznych.

W ocenie odwołującego świadczenie tak określonych przez zamawiającego usług (nie wszystkich, ale ich istotnej części) powoduje bezwzględną konieczność posiadania przez wykonawcę bezpośredniej umowy z producentem danego sprzętu, który jest jednocześnie właścicielem praw autorskich do oprogramowania (sterowników, firmware), względnie z podmiotem, który w imieniu takiego producenta może tymi prawami dysponować (np.

udzielając odpowiednich licencji). Sytuacja taka jest wymuszona przez postanowienia opisu przedmiotu zamówienia m.in. dotyczące dokonywania upgrade'u oprogramowania.

Kwestia wymiany urządzeń całych lub ich części także w dużym stopniu wymusza zawarcie przez wykonawcę tego rodzaju umowy z producentem, a przynajmniej posiadania takiej umowy jest wysoce wskazane dla należytego wykonania umowy, albowiem dzięki tego rodzaju umowie z producentem wykonawca posiada dostęp do oryginalnych części, do know-how producenta, do jego wsparcia, a także prawo do aktualizacji oprogramowania (firmware).

Zauważył, że producenci sprzętu (np. HP, IBM, Oracle i inni) zawierając umowy na wsparcie dla swoich produktów uzależniają wysokość swojego wynagrodzenia za wsparcie dla danych produktów (jednostek sprzętowych wraz z ich oprogramowaniem wewnętrznym) od tego czy dana jednostka sprzętowa była objęta przez nich producencką umową serwisową, czy też nie była i od tego jaka była przerwa w ciągłości takiej umowy. Wynagrodzenie producenta składa się bowiem z dwóch zasadniczych elementów, tj. opłaty podstawowej za wykupienie opieki serwisowej na określony czas np. 12 m-cy oraz tzw. opłaty RTS. Opłata RTS (Return to Support) to dodatkowa opłata naliczana przez producenta za przerwę w wykupieniu dla danej jednostki sprzętowej serwisu producenckiego. Jej wysokość uzależniona jest przede wszystkim od długości przerwy w objęciu danej jednostki sprzętowej producenckim wsparciem serwisowym. Im dłuższa jest taka przerwa, tym wyższa jest ta opłata. Opłata, ta w zależności od producenta i długości okresu braku wsparcia może wynosić do 150% i więcej procent opłaty podstawowej. W niniejszym postępowaniu, przy przyjęciu założenia, że wszystkie jednostki sprzętowe objęte przedmiotem Zamówienia mają przerwę we wsparciu producenckim np. przez 12 mcy mogą wynieść powyżej 50% wartości całości oferty. Zatem wpływ opłat RTS na wycenę przedmiotu zamówienia jest bardzo duży, a ich naliczenie, względnie nie naliczenie będzie miało z pewnością wpływ na ranking ofert, tym bardziej, że w tym postępowaniu cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego czynności nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z opisu zawartego w żądaniach odwołania, dane dotyczące określenia: i) że, zamawiający posiada ważne i legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) względnie określenia, że zamawiający takiego wsparcia nie posiada (w zależności od rzeczywistego stanu rzeczy), ii) okresu obowiązywania wykupionego od producenta danej jednostki sprzętowej wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego), są niezbędne w opisie przedmiotu zamówienia. Bez tych danych żaden z wykonawców nie jest w stanie racjonalnie ocenić czy w kalkulacji swojej oferty musi uwzględnić koszt opłaty RTS, czy też nie musi. Uwzględniając

wpływ opłaty RTS na wycenę oferty stwierdza, że zamawiający nie podając żądanych przez odwołującego danych narusza art. 29 ust. 1 Pzp opisując przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie kalkulacji oferty i jej złożenie.

Podobnie z brakiem jednoznacznego podania w SIWZ czy i jakie jednostki sprzętowe objęte są wsparciem w postaci umowy gwarancyjnej oraz warunków udzielonej gwarancji. Brak tych informacji uniemożliwia wykonawcom ubiegającym się o zamówienie ocenę czy są w stanie dochować zobowiązania wynikającego z pkt 18 załącznika nr 2 do wzoru umowy, względnie jakie nakłady muszą poczynić w tym celu (np. czy zawierać jakieś dodatkowe niestandardowe umowy wsparcia z producentem sprzętu). Skoro zamawiający wymaga nie naruszania warunków gwarancji to oczywiste jest, że musi o tych warunkach poinformować. Nie czyniąc tego w sposób rażący narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie może zamawiającemu narzucać formy uzupełnienia brakujących danych, jednakże sugerując pewne rozwiązania wskazuje, że:

- w przypadku gdy zamawiający posiada dla wszystkich jednostek sprzętowych objętych przedmiotem Zamówienia ważne, legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej i nieprzerwanie obowiązujące wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) może złożyć w tym zakresie w SIWZ stosowne oświadczenie, np. o następującej treści:

Zamawiający oświadcza, że posiada dla wszystkich jednostek sprzętowych objętych przedmiotem zamówienia, a wymienionych w załącznikach nr 1a do 1h do istotnych postanowień umowy, ważne, legalnie wykupione u producentów sprzętu i nieprzerwanie obowiązujące wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego)

- jeżeli natomiast zamawiający nie ma takich umów, to powinien uzupełnić o te dane załączniki nr 1a do 1h do istotnych postanowień umowy.

Zamawiający powinien także złożyć stosowne oświadczenie, które jednostki sprzętu mają obowiązującą gwarancję i do kiedy, a także załączyć dla tych jednostek, które posiadają gwarancje warunki udzielonej mu gwarancji, aby wykonawcy ubiegający się o to zamówienie mogli się z nimi zapoznać.

Uzasadnienie zarzutów dot. § 12 ust. 6, 7 i 8 wzoru umowy.

Zamawiający w § 12 ust. 6, 7 i 8 wzoru umowy postanowił co następuje:

6. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że korzystanie przez Zamawiającego z oprogramowania i jego aktualizacji - upgrade sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) nie będzie naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich, w tym praw autorskich i patentów.

7. Jeżeli Zamawiający poinformuje Wykonawcę o jakichkolwiek roszczeniach osób trzecich zgłaszanych wobec Zamawiającego w związku z użytkowaniem oprogramowania lub jego aktualizacji, o której mowa w ust. 6, w tym zarzucających naruszenie praw własności intelektualnej, Wykonawca podejmie wszelkie działania mające na celu zażegnanie sporu i poniesie w związku z tym wszelkie koszty, w tym koszty zastępstwa procesowego od chwili zgłoszenia roszczenia oraz koszty odszkodowań.

W szczególności, w razie wytoczenia przeciwko Zamawiającemu powództwa z tytułu naruszenia praw własności intelektualnej, Wykonawca wstąpi do postępowania w charakterze strony pozwanej, a w razie braku takiej możliwości wystąpi z interwencją uboczną po stronie Zamawiającego.

8. Ponadto, jeśli używane aktualizacje oprogramowania staną się przedmiotem jakiegokolwiek powództwa Strony lub osoby trzeciej o naruszenie praw własności intelektualnej, jak wymieniono powyżej, Wykonawca może na swój własny koszt wybrać jedno z poniższych rozwiązań:

- 1) uzyskać dla Zamawiającego prawo dalszego użytkowania aktualizacji oprogramowania, lub
- 2) zmodyfikować aktualizacje oprogramowania tak, żeby było zgodne z Umową, ale wolne od jakichkolwiek wad lub roszczeń osób trzecich.

Powyższe postanowienia posługują się wszędzie wyrażeniem „oprogramowanie i jego aktualizacje użytkowane przez zamawiającego” lub wyrażeniem podobnym. Żadne nie zawiera jakiegokolwiek ograniczenia jedynie do takiego oprogramowania i jego aktualizacji, które zostało dostarczone przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia.

Oznacza to, że zamawiający oczekuje od wykonawcy ubiegającego się o Zamówienie, że weźmie na siebie odpowiedzialność za oprogramowanie, które jest w zasobach zamawiającego, a które dostarczał inny podmiot. Przerzucenie tej odpowiedzialności na wykonawcę jest zbyt daleko idące, albowiem wykonawca nie ma żadnych danych, aby zweryfikować czy dotychczas używane przez zamawiającego oprogramowanie jest legalne i jakie jest ryzyko wystąpienia wobec zamawiającego z roszczeniami przez osoby trzecie. Jednocześnie jak wynika z cytowanych postanowień skutki prawne i finansowe roszczeń osób trzecich będą przerzucane na wykonawcę. Nie wiadomo zatem jak wykonawca ma oszacować swoje ryzyko w tym zakresie i jak uwzględnić je w kalkulacji oferty, tym bardziej, że w skrajnym przypadku roszczenia te sięgać mogą wielu milionów złotych.

W konsekwencji takie pełne przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za oprogramowanie, którego on nie dostarczał, stanowi naruszenie zasady równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów. Jednocześnie brak

możliwości przez wykonawcę skalkulowania ryzyka w tym zakresie świadczy także o tym, że zapis ten jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, w tym zasadą ponoszenia odpowiedzialności za swoje działania.

Oczywistym jest dla odwołującego, że ponosić on musi odpowiedzialność za usługi, które sam świadczy, w tym także za dostarczone przez niego oprogramowanie i jego aktualizację i na to się w pełni godzi.

W ocenie odwołującego dla usunięcia powyższych uchybień zamawiający powinien dodać w § 12 wzoru umowy jeszcze jeden ustęp np. o brzmieniu następującym:

Postanowienia § 12 ust. 6, 7 i 8 umowy dotyczą tylko oprogramowania i jego aktualizacji dostarczonych przez wykonawcę w ramach niniejszej umowy.

Ewentualnie dopuszczalne jest także, aby powyższy dopisek dotyczył jedynie postanowień § 12 ust. 6 i 7, a § 12 ust. 8 brzmiał następująco:

Ponadto, jeśli używane aktualizacje oprogramowania staną się przedmiotem jakiegokolwiek powództwa Strony lub osoby trzeciej o naruszenie praw własności intelektualnej, jak wymieniono powyżej, Wykonawca może na swój własny koszt - jeżeli dotyczy to aktualizacji oprogramowania dostarczonego w ramach niniejszej umowy, a na koszt Zamawiającego jeżeli dotyczy to innej aktualizacji oprogramowania wybrać jedno z poniższych rozwiązań:

- 1) uzyskać dla Zamawiającego prawo dalszego użytkowania aktualizacji oprogramowania, lub
- 2) zmodyfikować aktualizacje oprogramowania tak, żeby było zgodne z Umową, ale wolne od jakichkolwiek wad lub roszczeń osób trzecich.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 Pzp.

W ocenie odwołującego opisane wyżej braki w opisie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym określeniu daleko idących skutków prawnych i finansowych dla wykonawcy naruszenia jego oświadczeń i udzielonych gwarancji (o których mowa w uzasadnieniu) powodują, że zamawiający dopuszcza się także naruszenia art. 7 Pzp.

Dane, których podania żąda w niniejszym odwołaniu Andra, znajdują się nie tylko w posiadaniu zamawiającego, ale również najpewniej podmiotu wykonującego aktualnie i poprzednio usługi serwisu pogwarancyjnego jednostek sprzętowych objętych przedmiotem zamówienia. Oczywistym jest, że taki wykonawca świadcząc na rzecz zamawiającego usługi serwisowe musiał wejść w posiadanie tych danych wcześniej, w toku realizacji umowy, której był stroną. W innym bowiem przypadku nie byłby najpewniej w stanie rzetelnie i należycie wykonywać tej umowy. To oznacza, że wykonawca ten ma istotną przewagę konkurencyjną w stosunku do innych podmiotów, które takiej informacji nie posiadają. Może on dzięki temu lepiej oszacować i skalkulować swoje wynagrodzenie, albowiem wie, czy i w jakim zakresie musi uwzględnić opłaty RTS. Posiadając ponadto informacje dotyczące obowiązujących

gwarancji jest w stanie ocenić czy może dochować obowiązku określonego w pkt 18 załącznika nr 2 do wzoru umowy. Wreszcie wykonawca taki wie czy musi uwzględniać w swej kalkulacji koszty, wynikające z zobowiązań z § 12 ust. 6, 7 i 8 wzoru umowy.

Zamawiający zatem powinien udostępnić wszystkim zainteresowanym wykonawcom takie same informacje w przeciwnym razie wykonawca dotychczas świadczący te usługi posiada niczym nie uzasadnioną przewagę konkurencyjną.

To z kolei prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w postępowaniu niniejszym nie została zachowana zasada uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w Warszawie, S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Qumak Secom S.A. w Warszawie. Wykonawcy ci wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą odwoławczą Odwołujący popierając odwołanie wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia brak jest podstawowych i niezbędnych danych, w szczególności o stanie prawnym oprogramowania i serwisu pogwarancyjnego. złożył do akt pismo IBM I HP o zasadach ustalania opłat za serwisowanie sprzętu i oprogramowania objętych przedmiotem zamówienia. Stwierdził, że przystępujący Comparex świadczył dotychczas usługi takie, jak przedmiot zamówienia. Na tę okoliczność złożył kopię umowy i zauważył, że podmiot ten ma uprzywilejowaną pozycję, posiadając wiedzę o przedmiocie zamówienia, w tym tych elementów, których domaga się w odwołaniu Odwołujący.

Odnośnie wzoru umowy ponownie wskazał, że z jego postanowień wynika, iż wykonawca miałby odpowiadać za każde oprogramowanie, nie tylko przez siebie dostarczone, nie mając przy tym wiedzy, na etapie przygotowania oferty, jaki jest stan obecny. Stwierdza, że nie ma gwarancji, iż otrzyma informacje od producentów i czy będą one wystarczające. Oczekuje tych informacji od Zamawiającego, który odpowiada za ich treść jako strona postępowania. Zauważył, że wyrok 1623/13, powołany przez przeciwnika, zapadł w innym, nieporównywalnym stanie faktycznym. Stwierdził, że nie ma gwarancji co do sposobu rozumienia spornych postanowień umowy w sposób przedstawiony na rozprawie przez Zamawiającego. W tej wątpliwości utwierdza do także treść złożonej umowy Zamawiającego z Przystępującym, w tym pkt 9 zał. nr 2.

W podsumowaniu zauważył, że jego celem jest zwiększenie konkurencyjności ofert, w tym umożliwienie złożenia ofert mogących realnie konkurować pomiędzy sobą.

Przystępujący S&T zauważył, że wskazywany przez Zamawiającego sposób uzyskania informacji u producenta (podmiotu trzeciego) nie doprowadzi do pewnej wiedzy istotnej przy

sporządzeniu oferty co do okoliczności prawnych istotnych przy przygotowaniu oferty. Stwierdził, że taką wiedzę posiadają jedynie dwa podmioty, w tym Zamawiający. W jego ocenie Zamawiający w rzeczywistości potwierdził zasadność zarzutów dotyczących wzoru umowy.

Przystępujący Qumak popierając odwołanie stwierdził, że postanowienia SIWZ są niewystarczające do przygotowania oferty, w związku z czym wystąpił do Zamawiającego pismem z 2 sierpnia 2013 r. i udzielenie szeregu wyjaśnień.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że postanowienia SIWZ nie naruszają przepisów ustawy Pzp i powołanych przepisów K.c. Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest serwis pogwarancyjny i, jego zdaniem, do wykonania tego serwisu nie ma potrzeby nabycia wsparcia producenckiego. Niezależnie od tego stwierdził, że w SIWZ w zał. nr 1 wypisał jednostki sprzętowe z konkretnym ich oznaczeniem (numerami), co umożliwia uzyskanie informacji od producenta o warunkach i kosztach nabycia wsparcia. W jego ocenie dokonany opis jest wystarczający do prawidłowego przygotowania oferty. Wskazał na orzeczenie Izby w analogicznej sprawie KIO 1623/13.

Odnosnie zarzutów dotyczących postanowień umowy, w szczególności § 12 ust. 6 i następnie stwierdził, że postanowienia te dotyczą oprogramowania dostarczonego w ramach umowy, a twierdzenia Odwołującego, iż obejmują także inne oprogramowania, są bezpodstawne i wynikają z niewłaściwej interpretacji. Wskazał na możliwość uzyskania przez wykonawców wyjaśnień co do treści SIWZ stwierdzając jednocześnie, że obecna treść nie narusza przepisów ustawy. Stwierdził, że odwołanie ma wskazywać naruszenie przepisów ustawy, co w tej sprawie nie miało miejsca i podtrzymał stwierdzenie o zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ustawy pzp jako nie naruszający zasady uczciwej konkurencji, a także zgodności wzoru umowy z przepisami.

Przystępujący Comaprex podzielił w całości do stanowiska Zamawiającego. Oświadczył, że zarzut podniesiony na rozprawie o jego uprzywilejowanej pozycji jest nieuzasadniony, a wszyscy uczestnicy wiedzą, że wykonuje on usługi bez wsparcia producenckiego. Stwierdził, że uzyskanie informacji o kosztach wsparcia producenckiego ma charakter rutynowy i polega na wystąpieniu do producenta, który udziela takiej informacji, a żaden inny podmiot nie ma takich danych.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z postanowieniami wzoru umowy oraz stanowiska stron i uczestników przedstawione do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy pzp poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie braku informacji o stanie prawnym dotychczasowego wsparcia (serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego) dla sprzętu objętego przedmiotem Zamówienia, Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Przedmiotem zamówienia jest usługa serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla określonych systemów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został dokonany w siwz z istotnych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 5 do specyfikacji. W dokumencie tym przedstawiono wykazy serwisowanego sprzętu dla poszczególnych systemów. Jednostki sprzętowe zostały wyspecyfikowane z konkretnym indywidualnym oznaczeniem.

Przedmiotem zamówienia stanowi świadczenie usług, dla których nie jest konieczne nabycie wsparcia producenta. Okoliczność tę wskazał zamawiający, jak i przystępujący do postępowania po jego stronie podmiot obecnie świadczący usługi serwisowanego sprzętu. Odwołujący oraz uczestnicy występujący po jego stronie nie negując takiej metody deklarują jednocześnie zamiar prowadzenia serwisu ze wsparciem, z czego wywodzą konieczność uzyskania wiedzy czy zamawiający posiada ważne i legalnie wykupione u producenta danej jednostki sprzętowej wsparcie (umowę serwisu gwarancyjnego lub pogwarancyjnego), warunki takiego wsparcia, okresu obowiązywania wsparcia i warunki gwarancji obowiązujących na sprzęt, oprogramowanie systemowe i użytkowe. Brak tych informacji w siwz odwołujący ocenia jako niewystarczający opis przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego ustalony przez zamawiającego opis nie uniemożliwia przygotowanie oferty zarówno z uwzględnieniem wsparcia producenta wobec wystarczającego opisu jednostek sprzętowych, jak i bez nabywania wsparcia. W tym świetle twierdzenie odwołania, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący i prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest niezasadny. Oceny powyższej nie zmienia fakt prawdopodobnej naturalnej praktycznej przewagi konkurencyjnej wykonawcy obecnie świadczącego usługi, nie ma to jednak wpływu na możliwość złożenia oferty przez pozostałych wykonawców.

Odnosnie zarzutów podniesiony do treści postanowień wzoru umowy Izba uznaje za wiarygodne i zgodne z treścią kwestionowanych postanowień twierdzenie zamawiającego, że dotyczą one (por. § 12 ust. 6 i n. wzoru umowy) tylko i wyłącznie sytuacji, gdy roszczenia

osób trzecich podnoszone wobec zamawiającego dotyczyć będą oprogramowania lub jego aktualizacji jakie były dostarczone w ramach zamówienia przez wykonawcę, a nie dotyczą one oprogramowania innego niż dostarczone w ramach zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania. te czynności te podjęte będą przez wykonawcę na koszt Zamawiającego. W konsekwencji zarzut naruszenia w treści wzoru umowy art. 5 i 353.1 kc w zw. z art. 14 ustawy pzp nie znajduje uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: