

Sygn. akt: KIO 1728/17

POSTANOWIENIE
z dnia 30 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 30 sierpnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2017r. przez **wykonawcę COMP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Intercity Spółka Akcyjna Biuro Zakupów z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142A**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie**

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę COMP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu do planowania, optymalizacji i rozliczania pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 sierpnia 2017r. za numerem 2017/S 151-313402.

W dniu 21 sierpnia 2017r. firma Comp Spółka akcyjna wniosła odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 sierpnia 2017r. udzielonego przez wiceprezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 sierpnia 2017r.

Odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył następujące przepisy:

1. art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim zamawiający narzuca, że cena za udzielenie licencji i przeniesienie autorskich praw majątkowych nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia, a z drugiej strony wymaga żeby oferowany przez wykonawcę system spełniał na dzień złożenia oferty w określonym stopniu wymagania zamawiającego, w szczególności w zakresie krytycznych funkcjonalności (rozdział XIV pkt 2 siwz);
2. art. 353(1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy przez sporządzenie wzoru umowy oraz załączników do umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:
 - a) zamawiający wymaga złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że warunki na których Oprogramowanie, a zatem zarówno Oprogramowanie Standardowej jak i Oprogramowanie Dedykowane jest udostępniane zamawiającemu, nie zawierają ograniczeń, które uniemożliwiłyby dokonanie przez zamawiającego samodzielnego lub za pomocą osób trzecich utrzymania i rozwoju Oprogramowania (§8 ust. 3 umowy);
 - b) niezależnie od postanowień §8 umowy regulującego przeniesienia na autorskich praw majątkowych, zamawiający wymaga, aby wykonawca udzielił mu zezwolenia na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych utworach (§8 ust. 10 umowy);
 - c) w przypadku podniesienia przez osoby trzecie w stosunku do zamawiającego, jego licencjobiorców, sublicencjobiorców, ich następców prawnych lub podmiotów, na które

zamawiający przeniesie uprawnienia wynikające z umowy, jakichkolwiek roszczeń wynikających z naruszenia autorskich praw majątkowych lub praw zależnych przy realizacji umowy, wykonawca zwolni zamawiającego i w/w podmioty z obowiązku świadczenia w odniesieniu do takich roszczeń i zaspokoi je we własnym zakresie albo w inny sposób doprowadzi do ich umorzenia. Wykonawca pokryje wszelkie udokumentowane i uzasadnione koszty poniesione przez zamawiającego i w/w podmioty w przypadku podniesienia takich roszczeń (§8 ust. 12 umowy);

d) postanowienia §9 umowy dotyczące praw autorskich do Oprogramowania Standardowego zakładają udzielenie licencji przez wykonawcę, podczas gdy właścicielem praw autorskich do Oprogramowania Standardowego może być podmiot trzeci (producenta Oprogramowania Standardowego), a zatem wykonawca będzie mógł jedynie zapewnić zamawiającemu udzielenie licencji przez producenta, na warunkach określonych przez producenta lub udzielić zamawiającemu sublicencji na warunkach określonych przez producenta;

e) postanowienia §11 umowy dotyczące obowiązku zachowania poufności odnoszą się do informacji przekazanych przez zamawiającego, a nie analogicznego odniesienia do informacji przekazywanych przez wykonawcę;

f) w przypadku uznaniu przez administrację podatkową, że z tytułu transakcji będących przedmiotem umowy wykonawcy lub zamawiający nie wykonał prawidłowo zobowiązań podatkowych, wykonawca zobowiązuje się do poniesienia obciążeń nałożonych na zamawiającego przez administrację podatkową (§12 ust. 16 zdanie 2 umowy);

g) zgodnie z §12 ust. 17 umowy zamawiający jest upoważniony do potrącenia wierzytelności wynikających z tytułu naliczonych kar umownych oraz innych wierzytelności wynikających z umowy z wynagrodzeniem wykonawcy, na zasadach określonych w kodeksie cywilnym, a tym samym nie przewidziano procedury reklamacyjnej w przypadku nałożenia przez zamawiającego kar umownych, która umożliwiłaby wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kary umownej;

h) w §14 ust. 1 lit. n) umowy zamawiający wskazuje, że jest uprawniony do naliczenia kary umownej w przypadku wypowiedzenia Licencji z naruszeniem postanowień § 9 ust. 3 umowy, zamawiający będzie uprawniony do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 50% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 12 ust. 1 umowy, przy czym wykonawca nie będzie zobowiązany do zapłaty tej kary umownej w przypadku wykazania, że wypowiedzenie licencji nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego. Wyłączenie to nie znajdzie jednak zastosowania w sytuacji złożenia przez wykonawcy oświadczenia o wypowiedzeniu Licencji z naruszeniem przewidzianych w Umowie terminów wypowiedzenia;

i) w §14 ust. 2 umowy, zamawiający wskazał, że może dochodzić kar umownych kumulatywnie;

j) w §14 ust. 3 umowy, zamawiający wskazał, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych ograniczona jest do wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §12 ust, 1 umowy;

k) w załączniku nr 8 do umowy SLA i zasady świadczenia wsparcia i helpdesk w pkt 4 zamawiający określił nierealne i niemożliwe do dotrzymania parametry wydajnościowe systemu;

l) w załączniku nr 11 do umowy stanowiącym wzór umowy na depozyt kodów źródłowych (dalej: „umowa na depozyt”):

zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przekazania zamawiającemu kodów źródłowych do całego Oprogramowania, a zatem zarówno do Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Standardowego w wersji zgodnej z zainstalowaną u zamawiającego (§2 ust 1 umowy na depozyt);

zamawiający przewidział, że kody (pliki) źródłowe będą deponowane u zamawiającego w postaci określonej zasadami uregulowanymi w umowie na depozyt (§2 ust. 5 umowy na depozyt);

zamawiający wskazał, że wykonawca ma prawo dochodzić do zamawiającego zapłacenia kary umownej wysokości 100.000 złotych w przypadku każdorazowego ziszczenia się jednej z okoliczności określonych w tym postanowieniu umowy o depozyt, która to kara jest nieadekwatna do naruszenia za które została przewidziana (§5 ust. 1 umowy o depozyt);

zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty kary umownej określonej w § 5 ust. 1 umowy o depozyt, jeżeli którakolwiek z okoliczności wskazanych w tym postanowieniu umowy o depozyt była wynikiem działania osób, których działania zamawiający nie mógł nawet przy zachowaniu należytej staranności zapobiec lub przewidzieć (§5 ust. 2 umowy o depozyt);

kara umowna zastrzeżona dla zamawiającego w § 5 ust. 3 umowy o depozyt jest rażąco wygórowana i nieadekwatna do naruszenia którego dopuścił się wykonawca.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści siwz przez:

1. wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia zamiany polegającej na wykreśleniu pkt 2 rozdział XIV siwz oraz odpowiednie zmodyfikowanie pozostałych załączników do siwz;

2. wprowadzenie do wzoru umowy oraz załączników do umowy następujących zmian:

a) wykreślenie §8 ust. 3 umowy, ewentualnie jego zmodyfikowanie przez zastąpienie sformułowania Oprogramowanie sformułowaniem „Oprogramowanie Dedykowane”;

b) wykreślenie §8 ust. 10 umowy;

c) wykreślenie §8 ust. 12 umowy, ewentualnie ograniczenie oświadczenia składanego przez wykonawcę w ramach tego postanowienia umowy wyłącznie do Oprogramowania Dedykowanego;

- d) zmodyfikowanie §9 umowy w zakresie praw autorskich do Oprogramowania Standardowego przez wskazanie, że wykonawca zapewni zamawiającemu udzielenie przez podmiot, któremu przysługują prawa autorskie do Oprogramowania Standardowego licencji na korzystanie z tego oprogramowania na zasadach określonych przez ten podmiot lub udzieli sublicencji na korzystanie z tego oprogramowania na zasadach określonych przez podmiot, któremu przysługują prawa autorskie do Oprogramowania Standardowego;
- e) zmodyfikowanie §11 umowy przez wprowadzenie analogicznych obowiązków dla zamawiającego w zakresie informacji przekazywanych przez wykonawcę (zapewnienie symetrii postanowień umowy tak by w równym stopniu dotyczyły one wykonawcy i zamawiającego) oraz dodanie w §11 ust. 9 umowy postanowienia zgodnie z którym wszelkie informacje poufne chronione obu Stron przestają podlegać postanowieniom §11 w sytuacji, gdy obowiązek ich ujawnienia wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności na żądanie sądu, prokuratury, organów podatkowych lub organów kontrolnych;
- f) wykreślenie §12 ust. 16 zdanie 2 umowy;
- g) zastąpienie obecnego brzmienia § 12 ust. 17 umowy postanowieniem zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych;
- h) wykreślenie §14 ust. 1 lit. n) umowy;
- i) zmodyfikowanie §14 ust. 2 umowy przez wskazanie, że zamawiający może dochodzić kar alternatywnie i jednocześnie, że wyłączona jest możliwość kumulatywnego dochodzenia przez zamawiającego kar umownych;
- j) zmodyfikowanie §14 ust. 3 umowy przez wskazanie, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych ograniczona jest do 25% wartości Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust, 1 umowy;
- k) wykreślenie pkt 4 załącznika nr 8 do umowy SLA i zasady świadczenia wsparcia i helpdesk tj. wykreślenie wskaźników wydajności;
- l) w załączniku nr 11 do umowy stanowiącym wzór umowy na depozyt kodów źródłowych (dalej: „umowa na depozyt”):
wskazanie w §2 ust. 1 umowy o depozyt oraz odpowiednie zmodyfikowanie pozostałych postanowień umowy przez wskazanie, że wykonawca jest zobowiązany do przekazania zamawiającemu kodów źródłowych wyłącznie do Oprogramowania Dedykowanego i jednoznaczne określenie, że obowiązek przekazania kodów źródłowych i kluczy do kodów źródłowych nie dotyczy Oprogramowania Standardowego;

wskazanie w §2 ust. 5 umowy o depozyt, że kody źródłowe zostaną zdeponowane u podmiotu trzeciego np. bank lub notariusz, który zostanie wspólnie wybrany przez strony w momencie zawarcia umowy o depozyt, a także określenie zasad podejmowania kodów źródłowych z depozytu;

zwiększenie kary umownej określonej w §5 ust. 1 umowy o depozyt ze 100.000 zł do 500.000 zł w przypadku każdorazowego ziszczenia się jednej z okoliczności określonych w tym postanowieniu umowy o depozyt, która to kara jest nieadekwatna do naruszenia za które została przewidziana;

wykreślenie §5 ust. 2 umowy o depozyt;

obniżenie kary umownej określonej w § 5 ust. 3 umowy o depozyt z 500.000 zł do 100.000 zł.

Interes odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania polega na tym, iż w wyniku ukształtowanych przez zamawiającego postanowień ogłoszenia i siwz, a w szczególności warunków udziału w postępowaniu, które uniemożliwiają złożenie oferty podmiotowi, który jest zdolny wykonać zamówienie, odwołujący nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wskazał, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia wprowadzonego przez zamawiającego faktycznego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, którzy będą mogli sporządzić i złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazał nadto, iż objęta odwołaniem czynność zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie oraz jego uzyskanie. Tym samym, odwołujący może ponieść szkodę przez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

1. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W powyższym zakresie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się:

a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-09-11, KIO 1786/14

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-05-18, KIO 897/15

Szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało w przedmiotowym postępowaniu sformułowanych przez zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty i oszacowania jej kosztów, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy.

Cena za udzielenie licencji.

a) W rozdziale XIV pkt 2 siwz, zamawiający zastrzegł, że cena za udzielenie licencji i przeniesienie autorskich praw majątkowych nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia. Z drugiej strony, zamawiający wymaga jednocześnie żeby oferowany przez

wykonawcę system spełniał na dzień złożenia oferty w określonym stopniu wymagania zamawiającego, w szczególności w zakresie krytycznych funkcjonalności w 60% (grupa funkcjonalności ppkt 2.1 i 2.2 rozdziału V siwz), 50% (grupa funkcjonalności ppkt 2.3 rozdziału V siwz) i 30% (grupa funkcjonalności ppkt 2.4 rozdziału V siwz).

b) Analizując specyfikację można dojść do wniosku, że z jednej strony zamawiający oczekuje rozwiązania, które jest już w znacznej mierze gotowe z drugiej zaś ogranicza faktyczne wykorzystanie gotowych rozwiązań przez wprowadzenie ograniczenia procentowego wartości zamówienia w stosunku do licencji i przeniesienia praw autorskich i majątkowych. Takie ukształtowanie tych postanowień siwz powoduje, że pozostają one ze sobą w sprzeczności. Im wyższy jest udział procentowy funkcji standardowych tym mniejsza ilość usług developerskich, co oznacza większy udział licencji w ofercie.

c) Wprowadzone przez zamawiającego procentowe ograniczenie udziału wartości licencji w nieuzasadniony sposób ogranicza możliwość udziału w postępowaniu wykonawcom posiadającym system w znacznym stopniu spełniający wymagania zamawiającego.

Zarzuty dotyczące wzoru umowy.

1. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa ustawy nie stanowi inaczej, w świetle art. 3531 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli art. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10).

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO/459/11). Zamawiający we wzorze umowy oraz załącznikach do wzoru umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy:

a) Brak ograniczeń co do możliwości utrzymania i rozwoju Oprogramowania (§ 8 ust. 3 umowy).

W §8 ust. 3 umowy, zamawiający wymaga złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że warunki na których Oprogramowanie jest udostępniane zamawiającemu, nie zawierają

ograniczeń, które uniemożliwiałyby dokonanie przez zamawiającego samodzielnego lub za pomocą osób trzecich utrzymania i rozwoju Oprogramowania.

Posłużenie się przez zamawiającego w tym postanowieniu sformułowaniem Oprogramowanie powoduje, że oświadczenie które powinien złożyć wykonawca dotyczy zarówno Oprogramowania Standardowego jak i Dedykowanego. Wykonawca nie ma wpływu na sposób ukształtowania postanowień licencyjnych przez podmioty trzecie, którym przysługują prawa autorskiego do Oprogramowania Standardowego. Biorąc powyższe pod uwagę, wykonawca nie ma możliwości złożenia przedmiotowego oświadczenia w odniesieniu do Oprogramowania Standardowego.

b) Zezwolenie na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej (§8 ust. 10 umowy).

Stosowanie do §8 ust. 10 umowy, niezależnie do pozostałych postanowień §8, wykonawca zezwala zamawiającemu na korzystanie z wiedzy technicznej, organizacyjnej i innej, zawartej w przekazanych zamawiającemu Oprogramowaniu, Dokumentacji i innych utworach.

Wymóg udzielenia przez wykonawcę takiego zezwolenia jest nieuzasadniony i nadmierny. Zgodnie z postanowieniami umowy wykonawca przenosi na zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Oprogramowania Dedykowanego i jego Dokumentacji oraz zobowiązuje się do zapewnienia zamawiającemu udzielenia licencji na korzystanie z Oprogramowania Standardowego i jego Dokumentacji, co umożliwia zamawiającemu korzystanie z rozwiązania otrzymanego w wyniku przeprowadzenia postępowania. W postanowieniach licencyjnych na oprogramowanie podmiotów trzecich standardowo zamieszczane jest zastrzeżenie zgodnie z którym udzielenie licencji następuje wyłącznie w zakresie w niej określonym i nie upoważnia licencjobiorcy do korzystania z wiedzy technicznej, organizacyjnej, know-how licencjodawcy. Jak już wyżej wskazywano, wykonawca nie ma wpływu na zakres licencji postanowień podmiotów trzecich.

c) Roszczenia osób trzecich w zakresie praw autorskich (§8 ust. 12 umowy).

Stosownie do §8 ust. 12 umowy, wykonawca przyjmuje na siebie zobowiązanie zwolnienia zamawiającego, jego licencjobiorców, sublicencjobiorców, ich następców prawnych lub prawnych lub podmiotów na które zamawiający przeniesie uprawnienia wynikające z umowy jakichkolwiek roszczeń wynikających z naruszenia autorskich praw majątkowych lub praw zależnych przy realizacji umowy.

Również nałożenie na wykonawcę przedmiotowego obowiązku należy uznać za nadmierne i nieuzasadnione. Z przywołanego postanowienia nie zostały bowiem wyłączone sytuacje, w których roszczenie wynikające z naruszenia praw autorskich będzie związane z działaniem lub zaniechaniem samego zamawiającego lub innych podmiotów wskazanych w tym

postanowieniu, które pozostaje w sprzeczności z postanowieniami licencyjnymi. Wykonawca nie powinien w takiej sytuacji ponosić odpowiedzialności.

Co więcej, wykonawca może zobowiązać się do zwolnienia z roszczeń wynikających z naruszenia praw autorskich związanych z opracowanym przez niego Oprogramowaniem Dedykowanym w stosunku do którego wykonawca jako jego autor może gwarantować, że nie narusza ono praw osób trzecich. W przypadku wykorzystania przez wykonawcę do realizacji zamówienia Oprogramowania Standardowego wykonawca nie ma wpływu na to czy zostało ono opracowane z poszanowaniem praw osób trzecich.

Ponadto, wykonawca powinien być zobowiązany do pokrycia tylko tych udokumentowanych i uzasadnionych kosztów, które zostały z nim uprzednio uzgodnione i zostały przez niego zaakceptowane.

d) Prawa autorskiego do Oprogramowania Standardowego (§9 umowy).

Zgodnie z §9 ust. 1 umowy, wykonawca udziela zamawiającemu, w ramach ustalonego w Umowie Wynagrodzenia, niewyłącznej, nieprzenoszalnej i ograniczonej do terytorium Rzeczypospolitej Polskiej Licencji na korzystanie z Oprogramowania Standardowego i jego dokumentacji z chwilą podpisania właściwego Protokołu Odbioru Etapu I na opisanych w §9 zasadach.

Analiza postanowień §9 umowy, wskazuje że pomimo uwzględnienia przez zamawiającego w definicji Oprogramowania Standardowego (§1 pkt 26 umowy), że autorskie prawa majątkowe do tego oprogramowania mogą przysługiwać podmiotowi trzeciemu, przewidziana przez zamawiającego regulacja w zakresie majątkowych praw autorskich do Oprogramowania Standardowego jest niedostosowana do sytuacji, w której podmiotem któremu przysługują majątkowe prawa autorskie do Oprogramowania Standardowego jest inny podmiot niż wykonawca.

Udzielenie licencji przez wykonawcę będzie możliwe wyłącznie w przypadku gdy wykonawcy przysługują autorskie prawa majątkowe do Oprogramowania Standardowego czyli w pewnym uproszczeniu, w sytuacji gdy będzie on producentem danego oprogramowania. W sytuacji, gdy producentem oprogramowania jest podmiot trzeci wykonawca może jedynie zapewnić zamawiającemu udzielenie przez producenta licencji na zasadach określonych przez ten podmiot, ewentualnie udzielić zamawiającemu sublicencji jeżeli została mu udzielona licencja. Przy czym również w tym drugim przypadku udzielenie sublicencji może nastąpić wyłącznie na zasadach i w zakresie ustalonym przez producenta oprogramowania. Wykonawca może przenieść na zamawiającego tylko tyle praw ile sam posiada. Należy również zauważyć, że wykonawca może nie mieć wpływu na zakres licencji udzielanej przez inny podmiot, wielu producentów oprogramowania narzuca licencjobiorcom określone postanowienia licencyjne, które są uniwersalne dla wszystkich potencjalnych użytkowników i nie podlegają zmianom.

e) Poufność (§11 umowy).

W §11 umowy, zamawiający uregulował szereg postanowień dotyczących obowiązku zachowania poufności przez wykonawcę, w tym między innymi obowiązek zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, które wykonawca uzyskał lub uzyska przy zawieraniu i wykonywaniu umowy. Wykonawca zobowiązuje się nie ujawniać ich osobom trzecim bez pisemnej zgody zamawiającego, wyjąwszy przypadki przewidziane prawem (vide: §11 ust. 1 umowy).

Obowiązki zamawiającego w odniesieniu do informacji przekazywanych przez wykonawcę zostały określone na dużo niższym poziomie. Przykładowo, zgodnie z §11 ust. 10 umowy, zamawiający jest zobowiązany zachować w tajemnicy zgodnie z właściwymi przepisami wszelkie informacje, które uzyskał lub uzyska przy zawieraniu lub wykonywaniu umowy i które wykonawca oznaczył jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy.

Tym samym, wykonawca zobowiązany jest chronić wszelkie informacje pozyskane od zamawiającego (niezależnie od tego czy zostały oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa czy nie), ale zamawiający zobowiązany jest chronić tylko te informacje, które wykonawca oznaczył jako tajemnica. Takie ukształtowanie tych postanowień powoduje, że wykonawca będzie musiał chronić wszystkie informacje uzyskane od zamawiającego bez względu na ich rzeczywisty charakter czy znaczenie dla samego zamawiającego. Powyższe oznacza również, że wykonawca może ponieść negatywne konsekwencje ujawnienia informacji, które faktycznie nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien być zobowiązany do zachowania poufności tylko tych informacji, które zamawiający oznaczył jako tajemnica.

Również w ust. 11 lit. a) omawianego postanowienia przewidziano wyłącznie, które dotyczy tylko zamawiającego - brak analogicznego wyłącznie obowiązku zachowania poufności dla wykonawcy. Zgodnie bowiem z § 11 ust. 11 lit. a) umowy, obowiązek zachowania poufności opisany w tym paragrafie nie dotyczy przepływu informacji pomiędzy spółkami powiązаныmi z zamawiającym w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych.

Postanowienia umowy w zakresie obowiązku zachowania poufności powinny być symetryczne i w równym stopniu obciążać zarówno wykonawcę jak i zamawiającego.

Ponadto w §11 ust. 9 umowy, nie przewidziano wyłączenia ochrony informacji poufnych w sytuacji, gdy obowiązek ich ujawnienia wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności na żądanie sądu, prokuratury, organów podatkowych lub organów kontrolnych. Umowa powinna przewidywać wyłącznie obowiązek zachowania poufności informacji przekazywanych na tej podstawie.

f) Zobowiązania podatkowe (§12 ust. 16 zdanie 2 umowy).

Zgodnie z § 12 ust. 16 umowy wykonawca oświadcza, że z tytułu transakcji będących przedmiotem umowy wykona prawidłowo zobowiązania podatkowe w szczególności

prawidłowo określi stawki podatku od towarów i usług oraz wpłaci na rachunek urzędu skarbowego kwotę podatku od towarów i usług przypadającą na te transakcje. W przypadku uznaniu przez administrację podatkową, że z tytułu przedmiotowych transakcji wykonawcy lub zamawiający nie wykonał prawidłowo zobowiązań podatkowych, wykonawca zobowiązuje się do poniesienia obciążeń nałożonych na zamawiającego przez administrację podatkową.

Nałożenie na wykonawcę obowiązku określonego w zdaniu drugim przywołanego postanowienia umowy jest nieuzasadnione, gdyż do nieprawidłowego wykonania przez zamawiającego zobowiązań podatkowych może dojść z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za niedopełnienie przez zamawiającego obowiązków podatkowych.

g) Brak procedury reklamacyjnej (§12 ust. 17 umowy).

Zgodnie z §12 ust. 17 umowy zamawiający jest upoważniony do potrącenia wierzytelności wynikających z tytułu naliczonych kar umownych oraz innych wierzytelności wynikających z umowy z wynagrodzeniem wykonawcy, na zasadach określonych w kodeksie cywilnym.

Kary umowne powinny przysługiwać zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67); „ (...)jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się. W związku z powyższym wnosimy o wprowadzenie w § 12 umowy procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na niego kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy.

h) Kara umowna za wypowiedzenie licencji (§14 ust. 1 lit. n) umowy).

Kara umowna przewidziana przez zamawiającego za wypowiedzenie Licencji z naruszeniem postanowień §9 ust. 3 umowy określona na poziomie 50% Wynagrodzenia netto jest bardzo wygórowana, a przewidziana przez zamawiającego wyłączenie prawa do naliczenia kary ma charakter pozorny.

Wyłączenie prawa do naliczenia kary ma charakter pozorny, gdyż żeby z niego skorzystać wykonawca będzie musiał udowodnić, że powodem wypowiedzenia było rażące naruszenie (wykonawca będzie musiał wykazać rażący charakter naruszenia) przez zamawiającego warunków Licencji i nie zaprzestanie takiego naruszenia, w dodatkowym co najmniej sześciomiesięcznym terminie wyznaczonym przez wykonawcę (§9 ust. 3 umowy). Wykonawca będzie musiał również wykazać, że wypowiedzenie licencji nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

i) Kumulatywne dochodzenie przez zamawiającego kar umownych (§14 ust. 2 umowy). Przyznania Zmawiającemu uprawnienia do kumulatywnego dochodzenia kar umownych, powoduje, że zamawiający będzie mógł dwu a nawet kilkukrotnie naliczyć karę umowną za to samo naruszenie, którego dopuścił się wykonawca.

Takie ukształtowanie postanowień umowy w zakresie kar pozostaje w sprzeczności z ideą kar umownych, które jak już wyżej wskazywano w założeniu mają stanowić narzędzie dyscyplinujące wykonawcę i mobilizujące go do należytego wykonania umowy, a nie dodatkowe źródło dochodu dla zamawiającego.

j) Górna granica odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych (§14 ust. 3 umowy).

W §14 ust. 3 umowy, zamawiający wskazał, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kar umownych ograniczona jest do wartości Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §12 ust. 1 umowy.

Określenie górnej granicy kar, które mogą zostać nałożone na wykonawcę na poziomie 100% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za wykonane prace, gdyż zostanie ono w całości skonsumowane przez kary umowne. Z kolei zamawiający nie dość, że osiągnie cel w jakim prowadzi postępowanie czyli system do planowania to jeszcze niejako uzyska zwrot całej inwestycji poczynionej na jego wykonanie.

Takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i ideą kar umownych.

k) Wydajność - załącznik nr 8 do umowy.

W załączniku nr 8 do umowy SLA i zasady świadczenia wsparcia i helpdesk w pkt 4 zamawiający określił następujące wskaźniki wydajności.

Niezależnie od dotrzymania Czasów Reakcji i Czasów Naprawy wykonawca gwarantuje, że w każdym miesiącu realizacji Usług system będzie spełniał następujące parametry wydajnościowe:

4.1. średni czas odświeżania/odbudowy ekranu po czynności wykonanej przez użytkownika nie może być dłuższy niż 1,5 sekundy przy czym parametr ten nie dotyczy wykonywania operacji masowych (np. raporty, importy),

4.2. średni czas wczytywania słowników głównych danych systemowych i podstawowych kontrolki edycji danych oraz zapisania wyników operacji użytkownika nie dłuższy niż 2 sekundy.

Podane przez zamawiającego wskaźniki są nierealne i niemożliwe do dotrzymania, a ponadto nie ma technicznym możliwości zmierzenia ich i wykazania przez wykonawcę.

l) Kody źródłowe - załącznik nr 11 do umowy.

Zasady przekazania zamawiającemu kodów źródłowych zostały uregulowane w załączniku nr 11 do umowy stanowiącym wzór umowy na depozyt kodów źródłowych. Szereg postanowień tej umowy szereg postanowień, które naruszają przepis art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw, z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy:

W §2 ust. 1 umowy o depozyt zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przekazania zamawiającemu kodów źródłowych do całego Oprogramowania, a zatem zarówno do Oprogramowania Dedykowanego jak i Oprogramowania Standardowego w wersji zgodnej z zainstalowaną u zamawiającego. Wykonawca nie ma możliwości przekazania zamawiającemu kodów źródłowych do Oprogramowania Standardowego, gdyż żaden z producentów takiego oprogramowania nie wyraził zgody na takie działanie, gdyż przekazanie kodów źródłowych do oprogramowania podmiotom trzecim prowadziłoby do naruszenia ich uzasadnionych interesów ekonomicznych.

W §2 ust. 5 umowy o depozyt wskazano, zamawiający przewidział, że kody (pliki) źródłowe będą deponowane u zamawiającego w postaci określonej zasadami uregulowanymi w umowie na depozyt. Standardem w przypadku dużych projektów informatycznych jest, że kody źródłowe są deponowane u niezależnego od stron podmiotu trzeciego (np, bank lub notariusz), a strony określają zasady podejmowania kodów z depozytu. Zdeponowanie kodów zamawiającego prowadzi do naruszenia równowagi stron, gdyż może dojść do nieuzasadnionego posłużenia się nimi przez zamawiającego czemu wykonawca nie będzie miał możliwości zapobiec.

Zgodnie z §5 ust. 1 umowy o depozyt wykonawca ma prawo dochodzić do zamawiającego zapłacenia kary umownej wysokości 100.000 (sto tysięcy) złotych w przypadku każdorazowego ziszczenia się jednej z okoliczności określonych w tym postanowieniu umowy o depozyt, która to kara jest nieadekwatna do naruszenia za które została przewidziana. Ujawnienie lub nieuzasadnione posłużenie się kodami źródłowymi istotnie zagraża interesom producenta oprogramowania, dlatego kara przewidziana za takie naruszenia powinna być na tyle wysoka i dotkliwa, żeby stanowiła skuteczne narzędzie prewencyjne.

W §5 ust. 2 umowy o depozyt wskazano, że zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty kary umownej określonej w § 5 ust. 1 umowy o depozyt jeżeli którakolwiek z okoliczności wskazanych w tym postanowieniu umowy o depozyt była wynikiem działania osób, których działania zamawiający nie mógł nawet przy zachowaniu należytej staranności zapobiec lub przewidzieć. Takie zastrzeżenie jest nieuzasadnione i prowadzi do naruszenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Brak jest podstaw do ograniczenia odpowiedzialności zamawiającego z tego powodu.

Kara umowna zastrzeżona dla zamawiającego w § 5 ust. 3 umowy o depozyt jest rażąco wygórowana i nieadekwatna do naruszenia którego dopuścił się wykonawca. Jest ona

również niewspółmierna do kary zastrzeżone dla wykonawcy w §5 ust. 1 umowy o depozyt. Takie ukształtowanie kar umownych prowadzi do istotnego zachwiania równości stron stosunku zobowiązaniowego.

W dniu 24 sierpnia 2017r. odwołujący cofnął odwołanie co do części zarzutów wskazując, że w związku z dokonaniem przez zamawiającego modyfikacji treści siwz w sposób zgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu wniesionym dnia 21 sierpnia 2017 r. przez Comp S.A. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zarzutu podniesionego w pkt II ppkt 2 lit 1) tiret 1-3 odwołania, co stanowi czynność tożsamą z uwzględnieniem przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu cofnął zarzuty nieuwzględnione przez zamawiającego i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz w obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, którym jest PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu do planowania, optymalizacji i rozliczania pracy drużyn trakcyjnych i konduktorskich oraz obiegowania taboru ”, numer referencyjny: 04/08/IT/2017.

Informacja o cofnięciu nieuwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania została w dniu dzisiejszym tj. w dniu 24 sierpnia 2017 r. przekazana zamawiającemu.

Ponadto, zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia 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 wnoszę o zwrot na poniżej podany rachunek odwołującego z rachunku Urzędu 100% kwoty uiszczonej tytułem wpisu. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 15.000 zł.

Zamawiający w dniu 30 sierpnia 2017r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o umorzenie postępowania i oświadczając, że uwzględnił zarzuty podniesione w pkt.II ppkt. 2 lit. I tiret 1-3 odwołania i dokonał zmiany siwz w zakresie załącznika nr 11 do umowy stanowiącego wzór umowy na depozyt kodów źródłowych (odpowiedź na pytanie 126).

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Opisany w powyższym przepisie stan faktyczny zaistniał w przedmiotowym postępowaniu, tj. zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty odwołania, odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca, co dało Izbie podstawę do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 1 ustawy w przypadku umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy koszty postępowania odwoławczego, znosi się wzajemnie. Izba zatem orzekła w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. z 2017 poz. 47).

Przewodniczący: