

WYROK
z dnia 28 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Comarch Polska S.A., (Lider), Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, 2) Mellon Poland Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-343 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa**,

przy udziale **INFOBOX Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 9, 43-400 Cieszyn**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 1.2. odrzucenie oferty INFOBOX Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 9, 43-400 Cieszyn na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,**
- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi Opieki Utrzymaniowej oraz Serwisowej Systemu Kierowania Ruchem i Tablic Informacyjnych”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2015 r., pod nr: 2015/S 102-185923.

W dniu 2 września 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy INFOBOX Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 9, 43-400 Cieszyn (dalej: Infobox).

W dniu 11 września 2015 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Comarch Polska S.A., (Lider), Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, 2) Mellon Poland Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 162, 02-343 Warszawa (dalej: Odwołujący, konsorcjum) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty Infobox, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Infobox powinna zostać odrzucona, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;
- 2) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Infobox na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, pomimo iż treść oferty Infobox nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”);
- 3) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia Infobox z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

- 4) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert,

zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Infobox jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Infobox powinna zostać odrzucona a Infobox powinien zostać wykluczony, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infobox, pomimo iż treść oferty Infobox nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Infobox z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Infobox jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Infobox na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Infobox z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in., że złożona przez firmę INFOBOX w przedmiotowym postępowaniu oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Pomimo zapewnień tej firmy o spełnieniu wymagań SIWZ, w tym wzoru umowy, firma ta w rzeczywistości nie oferuje usług serwisowych sprzętu spełniających postawione przez Zamawiającego wymagania. Część tych wymagań SIWZ w ogóle nie jest

uwzględniona w ofercie INFOBOX (ich spełnienie nie jest oferowane jak i nie jest wycenione przez tę firmę). Firma INFOBOX faktycznie oferuje taki sposób spełnienia części wymagań, który jest sprzeczny z SIWZ jak i uniemożliwi poprawną pracę Systemu Kierowania Ruchem.

Odwolujący wskazał w treści odwołania wymagania SIWZ, z którymi w sprzeczności pozostaje oferta wykonawcy Infobox. Przytoczył także odpowiedź Zamawiającego z dnia 6 lipca 2015 r., w którym wskazano, że Zamawiający nie posiada zapasów sprzętu serwisowego do odsprzedania Oferentowi.

Argumentowano następnie, że INFOBOX w ogóle nie oferuje usług serwisowych naprawy urządzeń Systemu Kierowania Ruchem (SKR): Nemo-Q HUB6, wyświetlacza kierunkowego Nemo-Q Customer Display, wyświetlacza stanowiskowego Nemo-Q Cashier Indicator. W przypadku jakiegokolwiek awarii firma INFOBOX nie będzie w stanie naprawić tych urządzeń, ponieważ nie uwzględniła w swojej ofercie usług serwisowych producenta tych urządzeń (lub jego autoryzowanego partnera serwisowego). Świadczy o tym zarówno fakt, że firma INFOBOX nie wskazała w ogóle podwykonawstwa w formularzu ofertowym, jak i wynika to z informacji uzyskanej od producenta i jego autoryzowanego partnera na terytorium Polski (firma INFOBOX nie zwracała się nawet o ofertę handlową jak i sama też takiej oferty od producenta/autoryzowanego partnera serwisowego oferty handlowej nie otrzymała).

Podkreślono, że NQHub oraz wyświetlacze stanowiskowe i kolejkowe to urządzenia zaprojektowane i wykonane w oparciu o autorską koncepcję producenta systemu kolejkowego, tj. Nemo-Q International AB. NQHub stanowi integralny komponent systemu SKR i odpowiada za komunikację pomiędzy jednostką centralną a wyświetlaczami. NQHub oraz wyświetlacze są tymi elementami, które stanowią o użyteczności kluczowej funkcjonalności systemu kolejkowego, jaką jest wyświetlanie informacji. Również standard komunikacji pomiędzy jednostką centralną, NQHub i wyświetlaczami jest autorskim rozwiązaniem NemoQ (jest własnością NemoQ). Zwrócić należy uwagę, że oprogramowanie Nemo-Q 2000 Engine (zgodnie z OPZ - Główna część systemu kolejkowego Nemo-Q Kieruje i zarządza pracą systemu w danej lokalizacji. Obsługuje ona wszystkie procesy systemowe związane z logiką działania systemu SKR, konfiguracją oraz komunikacją z Urządzeniami peryferyjnymi) - komunikuje się urządzeniami takimi jak wyświetlacze tylko i wyłącznie za pomocą NQ-HUB6. Tylko producent wskazanych wyżej urządzeń Nemo-Q HUB6, Nemo-Q Customer Display i Nemo-Q Cashier Indicator (lub autoryzowany partner serwisowy producenta) jest w stanie je serwisować, naprawiać awarie, dostarczać urządzenia zastępcze jak i wymieniać je na nowe.

Specyfikacja techniczna urządzeń Nemo-Q HUB6, Nemo-Q Customer Display i Nemo-Q Cashier Indicator - nie jest udostępniona podmiotom trzecim. Są to rozwiązania autorskie będące tajemnicą przedsiębiorstwa producenta. Firma INFOBOX nie ma żadnej

wiedzy na temat tych urządzeń w stopniu umożliwiającym świadczenie usługi serwisowej wymaganej w przedmiotowym postępowaniu. Jakakolwiek ingerencja w te urządzenia dokonana przez podmiot nieupoważniony spowoduje naruszenie praw autorskich przysługujących producentowi jak i naruszy jego tajemnicą przedsiębiorstwa. Będzie również niezgodna z procedurami i zaleceniami serwisowymi producenta. Nie znane są jakiegokolwiek dostępne na rynku, poprawnie działające, zamienniki NQHub i wyświetlaczy współpracujących z NQHub.

Odwołujący wskazał, że firma INFOBOX w przypadku awarii zamierza wymienić ww. urządzenia na inne (być może własnej produkcji) ale taka wymiana na sprzęt inny niż produkcji Neino-Q będzie sprzeczna z SIWZ jak i uniemożliwi poprawną pracę Systemu Kierowania Ruchem. Nie istnieją urządzenia innego producenta o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, co urządzenia produkcji Nemo-Q. Takie same lub lepsze parametry techniczne nie mogą bowiem zakładać wymiany całego Systemu SKR, w tym oprogramowania Nemo-Q 2000 Engine, które działać będzie tylko i wyłącznie z urządzeniami Nemo-Q. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający nie przewiduje w SIWZ wymiany oprogramowania będącego elementami systemu SKR, tym samym nie ma możliwości wymiany ww. urządzeń produkcji Nemo-Q na urządzenia innych producentów. Pozostaje więc tylko możliwość wymiany na urządzenia Nemo-Q o wyższych wersjach.

Zgodnie z procedurami i zaleceniami serwisowymi producentów posiadanego przez Zamawiającego sprzętu i oprogramowania, do których Zamawiający zresztą odsyła w Załącznik nr 3 - Wzór umowy § 4 ust. 1, architektura systemu SKR opiera się na kilku kluczowych elementach, a wadliwe działanie jednego z tych elementów w znaczny sposób ogranicza użyteczność całego systemu. Takimi kluczowymi elementami są właśnie NQHub oraz wyświetlacze stanowiskowe i kolejkowe. Funkcjonalność dostarczana przez NQHub i wyświetlacze stanowiskowe jest funkcjonalnością niezbędną do prawidłowego działania całego systemu SKR. Fakt, iż NQHub łącznie z wyświetlaczami stanowią rozwiązanie integralne i unikatowe oznacza, iż według tych procedur i zaleceń nie będzie możliwa poprawna praca systemu SKR w razie zastąpienia NQHub bądź wyświetlaczy innymi, niż wyprodukowane przez Nemo-Q urządzeniami.

Odwołujący podsumowując stwierdził, że INFOBOX nie oferuje wymaganej usługi w zakresie określonym w OPZ. Sposób spełnienia wymagań przez firmę INFOBOX jest sprzeczny z SIWZ jak i uniemożliwi poprawną pracę Systemu Kierowania Ruchem. Podkreślono, że treść oferty INFOBOX nie odpowiada treści SIWZ - w szczególności w zakresie wskazanych wymagań zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ (OPZ) - „Opis przedmiotu zamówienia” (załącznik nr 2 do wzoru umowy) oraz Załączniku nr 3 - Wzór umowy.

Odwołujący podniósł następnie, że Zamawiający naruszył również przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Infobox z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Chodzi o nieprawdziwe oświadczenia zawarte w ofercie Infobox, w których wykonawca oświadczył, że „Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia zawartym w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia...”, „zapoznał się z SIWZ i zobowiązuje się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych”, „Oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia zawartym w Rozdziale IISIWZ. (...)”, „Oświadczamy, że zawarty w SIWZ wzór Umowy został przez nas zaakceptowany...”. Odwołujący wskazał również na oświadczenie dotyczące spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, załącznik nr 4, podnosząc, że wbrew oświadczeniu Infobox nie spełnia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, gdyż nie będzie w stanie naprawić ani wymienić urządzeń SKR: Nemo-Q HUB6,; wyświetlacza kierunkowego Nemo-Q Customer Display, wyświetlacza stanowiskowego Nemo-Q Cashier Indicator, ponieważ nie uwzględniła w swojej ofercie usług producenta tych urządzeń (lub jego autoryzowanego partnera serwisowego).

Odwołujący podniósł następnie, że złożona przez firmę INFOBOX w przedmiotowym postępowaniu oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ również w zakresie dotyczącym wymagań w zakresie: Usługa Opieki Utrzymaniowej-System Kierowania Ruchem w zakresie dotyczącym: SKR Integration Conmctor, QMS Integration Comiector, SKR Monitor, Centralne Zarządzanie Konfiguracją, SKRClient. Wskazano, że część tych wymagań SIWZ w ogóle nie jest uwzględniona w ofercie INFOBOX (ich spełnienie nie jest oferowane jak i nie jest wycenione przez tę firmę). Firma INFOBOX faktycznie oferuje taki sposób spełnienia części wymagań, który jest sprzeczny z SIWZ jak i uniemożliwi poprawną pracę Systemu Kierowania Ruchem. Odwołujący przytoczył szczegółową treść wymagań, z którymi oferta Infobox jest sprzeczna, jak również odwołał się do odpowiedzi Zamawiającego z dnia 6 lipca 2015 r., w której Zamawiający wyjaśnił, że oprogramowania (podane w treści zapytania) są to oprogramowania autorskie dostarczone w ramach realizacji umowy TZ/370/117/09 z konsorcjum Comarch S.A i Mellon Poland Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że INFOBOX w ogóle nie oferuje usług utrzymaniowych System Kierowania Ruchem w zakresie dotyczącym: SKR Integration Connector, QMS Integration Connector, SKR Monitor, Centralne Zarządzania Konfiguracją, SKRClient. W przypadku jakiegokolwiek błędu czy usterki firma INFOBOX nie będzie w stanie dokonać naprawy ani

świadczyć innych wymaganych przez SIWZ usług utrzymaniowych, ponieważ nie uwzględniła w swojej ofercie usług producenta tego oprogramowania. Świadczy o tym zarówno fakt, że firma INFOBOX nie wskazała w ogóle podwykonawstwa w formularzu ofertowym jak i wynika to z informacji producenta (firma INFOBOX nie zwracała się nawet o ofertę handlową jak i sama też takiej oferty od producenta oferty handlowej nie otrzymała).

Argumentowano, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego oprogramowanie: SKR Integration Connector , QMS Integration Connector, SKR Monitor, Centralne Zarządzanie Konfiguracją , SKRClient to oprogramowanie „autorskie dostarczone” w ramach realizacji umowy TZ/370/117/09 z konsorcjum Comarch S.A i Mellon Poland Sp. z o.o. Umowa TZ/370/117/09 nie przeniosła na Zamawiającego (ZUS) jakichkolwiek praw pozwalających na powierzenie wykonywania przedmiotowej opieki utrzymaniowej innemu wykonawcy aniżeli wykonawca w ramach Umowy TZ/370/117/09. Aby możliwe było jakiegokolwiek „udostępnienie”, „korzystanie” czy tym bardziej „modyfikowanie” przez podmiot trzeci (inny aniżeli Zamawiający) to takie „uprawnienie” musiałoby wyraźnie wynikać z treści udzielonej licencji/przeniesionego prawa autorskiego. W szczególności Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych - art. 17 „Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu”, art. 41 ust. 2 - „Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione”, art. 46 – „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych”, art. 67 ust. 1 - „Twórca może udzielić upoważnienia do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania,” art. 67 ust. 3 - „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, licencjobiorca nie może upoważnić innej osoby do korzystania z utworu w zakresie uzyskanej licencji”

Jakakolwiek ingerencja w te oprogramowanie dokonana przez firmę Infobox będzie musiała być uznana za dokonaną przez podmiot nieupoważniony, co spowoduje naruszenie praw autorskich przysługujących producentowi. Będzie również niezgodna z procedurami i zaleceniami serwisowymi producenta. Należy przy tym zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający nie przewiduje w SIWZ wymiany oprogramowania będącego elementami systemu SKR, tym samym nie ma możliwości wymiany ww. oprogramowania na oprogramowanie innych producentów.

W konsekwencji firma INFOBOX nie oferuje wymaganej usługi w zakresie określonym w OPZ. Sposób spełnienia wymagań przez firmę INFOBOX jest sprzeczny z SIWZ jak i uniemożliwi poprawną pracę Systemu Kierowania Ruchem.

Reasumując należy stwierdzić, iż treść oferty INFOBOX nie odpowiada treści SIWZ - w szczególności wyżej wskazanych wymagań zawartych w Załączniku nr 2 do SIWZ (OPZ) - „Opis przedmiotu zamówienia” (załącznik nr 2 do wzoru umowy) oraz Załączniku nr 3 - Wzór umowy.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Infobox z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Chodzi o nieprawdziwe oświadczenia wskazane analogicznie, jak we wcześniejszej części odwołania.

W złożonej odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu nie zaoferowania usług serwisowych producenta urządzeń (lub jego autoryzowanego partnera serwisowego), Zamawiający wskazał, że nie podziela stanowiska Odwołującego, gdyż oferta złożona przez Infobox spełnia wymogi SIWZ. Firma Infobox zaoferowała usługi serwisowe zgodnie z warunkami zawartymi w specyfikacji.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż tylko producent ww. urządzeń jest w stanie je serwisować, naprawiać awarie, dostarczać urządzenia zastępcze i wymieniać je na nowe, Zamawiający wskazał, że Infobox ma doświadczenie w pracy z urządzeniami oraz oprogramowaniem Nemo-Q posiadanym przez Zamawiającego, o czym może świadczyć fakt realizacji zlecenia nr 440000/23/190/2015-ADG z dnia 3 czerwca 2015 r. na przeniesienie wszystkich elementów SKR do nowej siedziby. Infobox wykonał w ramach tego zlecenia demontaż, montaż, podłączenie oraz konfigurację SKR w oparciu urządzenia Nemo-Q.

Zamawiający podniósł następnie, że z treści załącznika nr 2 do SIWZ w części dotyczącej Usługi Opieki Serwisowej sprzętu wynika, że „Usługa obejmuje działania w zakresie sprzętu niezbędne do: rejestracji zgłoszenia, klasyfikacji, zidentyfikowania przyczyn wystąpienia incydentu, przekazania wyników, diagnozy, udostępnienia rozwiązania, nadzorowania implementacji rozwiązania oraz nadzorowania potwierdzenia jego skuteczności a także udzielania konsultacji w odpowiedzi na zgłoszone zapotrzebowanie. Usługa Opieki Serwisowej obejmuje również montaż i demontaż elementów wchodzących w skład Systemu. W przypadku konieczności wymiany Urządzenia na nowe Dostawca musi przygotować 3 projekty graficzne nowego Urządzenia, którego parametry techniczne nie mogą być niższe od parametrów Urządzenia aktualnie posiadanego przez Zamawiającego, natomiast wygląd zewnętrzny Urządzenia musi być zbliżony (w zakresie kolorystyki, wymiarów, rodzaju materiałów, z którego Urządzenie zostało wykonane) do aktualnie posiadanego przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo do akceptacji wyglądu oraz parametrów technicznych nowego Urządzenia”.

Zamawiający wskazał, że z powyższego wynika, iż Zamawiający dopuścił wymianę elementów Systemu na nowe, wbrew twierdzeniom Odwołującego przy czym jednocześnie nie ograniczał w SIWZ sposobu świadczenia usługi poprzez konieczność dostarczania urządzeń zastępczych lub wymiany urządzeń na nowe przez producenta lub autoryzowanego dystrybutora.

Zamawiający podniósł również, że zgodnie z zapisami umowy TZ/370/117/09 z dnia 15 listopada 2010 r. zawartej pomiędzy ZUS a konsorcjum firm: Comarch S.A., Mellon Poland Sp. z o.o., „Wykonawca umowy przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do wytworzonego oprogramowania dedykowanego, jego kodów oraz dokumentacji”. Zgodnie z przytoczoną Umową autorskie prawa majątkowe realizowane są między innymi na następujących polach eksploatacji: tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub jakiegokolwiek inne zmiany w utworze. Zgodnie z załącznikiem nr 10 do Umowy w ramach umowy wytworzone zostało dedykowane oprogramowanie SKR Integration Connector, SKR Monitoring Adapter czyli SKR Monitor, SKR System Configuration § Backup Management czyli Centralne Zarządzanie Konfiguracją oraz zgodnie z Projektem Technicznym stanowiącym dokumentację związaną z procesem wytwórczym Umowy: QMS Integration Connector – czyli dedykowany komponent wytworzony przez wykonawcę, wchodzący w skład oprogramowania SKR Integration Connector, SKR Client – jako częścią Centralnego Zarządzania Konfiguracją. Zakres realizacji umowy na Usługę Opieki Utrzymaniu SKR i TBI nie będzie naruszał postanowień licencyjnych dotyczących wyżej wymienionego oprogramowania dedykowanego, ponieważ zgodnie z SIWZ „Usługa obejmuje swoim zakresem wszelkie działania niezbędne do skorygowania błędów związanych z funkcjonalnością, wydajnością oraz zmianą wymagań, dostosowywanie zmian technologicznych w sprzęcie oraz jego oprogramowaniu systemowym, możliwe do wykonania przez wykonawcę bez wsparcia producenta (tj. posiadania dostępu do support pack’ów, update’ów, upgrad’ów do nowej wersji) dla posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania (z wyłączeniem oprogramowania SCALA, na które należy zapewnić wsparcie producenta).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca INFOBOX Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 9, 43-400 Cieszyn. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym podniósł m.in., że twierdzenia Odwołującego pozostają w oczywistej sprzeczności z treścią złożonej oferty. Wskazano przy tym, że z treści oferty nie musiał wynikać sposób realizacji zamówienia. Wyjaśniono

jednocześnie, że Infobox skalkulował działania serwisowe w zakresie przywrócenia funkcjonowania ww. elementów SKR polegające na wymianie wskazanych elementów na nowe, tego samego producenta. Podkreślono, że Infobox nie zamierza dokonywać naprawy ww. elementów lecz wymieniać te produkty. Wymiana uszkodzonych elementów nie wymaga przy tym wsparcia producenta, gdyż po pierwsze wymieniane urządzenia są ogólnodostępne na rynku UE, a ponadto Zamawiający dysponuje kompletną techniczną dokumentacją powykonawczą systemu kierowania ruchem, która pozwala na prawidłową – bez naruszenia działania systemu – wymianę uszkodzonego elementu (urządzenia).

Przystępujący wskazał następnie, że poprzez zagranicznych partnerów zwracał się z zapytaniem do autoryzowanego dystrybutora Nemo-Q na terenie Wspólnoty Europejskiej o przedstawienie oferty cenowej na produkty takie jak: Nemo-Q HUB6, wyświetlacz kierunkowego Nemo-Q Customer Display, wyświetlacz stanowiskowego Nemo-Q Cashier Inductor. Podniesiono, że Infobox otrzymała wyczerpujące informacje handlowe oraz ofertę cenową na w/w produkty. Argumentowano następnie, że oferta Przystępującego została wyceniona kompleksowo i rzetelnie dla całego przedmiotu zamówienia. Podkreślono, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca nie był zobowiązany do składania wraz z ofertą koncepcji realizacji czy szczegółowego opisu sposobu, w jaki zamówienie będzie realizowane.

Wskazano także, że w związku z faktem, iż Infobox nie zamierza ingerować, modyfikować urządzeń Nemo-Q oraz zmieniać mechanizmów odpowiedzialnych za komunikację pomiędzy elementami systemu, a jedynie wymieniać uszkodzone elementy systemu na nowe, bezzasadnym jest argument, jakoby tylko producent lub jego autoryzowany dystrybutor mógł dostarczać urządzenia zastępcze jak i wymieniać je na nowe. Podkreślono jednocześnie, że w następstwie umowy nr TZ/370/17/09 z dnia 15 listopada 2010 r., Zamawiający posiada dokumentację, w skład której wchodzi m.in. opis poszczególnych produktów, projekt techniczny oraz dokumentacja powykonawcza. Zatem w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną możliwe jest – z technicznego punktu widzenia – wykonanie usługi objętej postępowaniem w sposób zgodny z działaniami tego systemu i gwarantujący jego nienaruszalność, bez ryzyka jego modyfikacji, także przez podmiot trzeci. Wskazano także, że z uwagi na to, że Infobox nie zamierza ingerować w urządzenia Nemo-Q a jedynie wymieniać uszkodzone elementy systemu na nowe, bezzasadny jest argument jakoby mogło nastąpić naruszenie praw autorskich lub tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślono przy tym, że nieprawdziwym jest argument, jakoby Infobox zamierzał wymieniać uszkodzone elementy systemu na produkty innych producentów, czy też na produkty autorskie firmy Infobox. Ponadto, jako że Infobox nie zamierza ingerować w urządzenia Nemo-Q w celach naprawy elementów systemu SKR, a jedynie wymieniać uszkodzone elementy systemu na nowe elementy Nemo-Q nie istnieje

ryzyko ograniczenia użyteczności systemu. Ponadto, Przystępujący oświadczył, że nie zamierza zastępować istniejących elementów systemu SKR jakimkolwiek innym produktem niż urządzeniami firmy Nemo-Q zakupionymi u autoryzowanych przedstawicieli firmy. Przystępujący zakwestionował także twierdzenia Odwołującego o złożeniu nieprawdziwych informacji, wskazując, że o nieprawdziwych informacjach na gruncie ustawy Pzp można mówić wtedy, kiedy dany wykonawca celowo, w sposób zamierzony, zawiniony i świadomie wprowadza Zamawiającego w błąd. Przystępujący w swojej ofercie złożył informacje prawdziwe i rzetelne, a jego zamiarem nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Przystępujący stwierdził również, że zakres realizacji umowy na Usługę Opieki Utrzymaniowej oraz Serwisowej systemu kierowania ruchem i tablic informacyjnych nie będzie naruszał postanowień licencji ani praw autorskich producenta oprogramowania, jako że w trakcie umowy nie zamierza „udostępniać” powyższego oprogramowania podmiotom trzecim, ani „korzystać” z powyższego oprogramowania w celu uzyskania jakichkolwiek korzyści. Wykonawca nie zamierza również „modyfikować” tego oprogramowania. Z ostrożności procesowej Przystępujący podniósł ponadto, że Odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania, gdyż oferta Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a więc postępowanie – nawet w przypadku uwzględnienia odwołania – podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając wniesione odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołania Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosowanie zaś do art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

W kwestii nieprawdziwych informacji warto w tym miejscu wskazać na stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego...* (por. pkt 75 i 119 wyroku).

Powyższy wyrok dotyczył przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w oby tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd

zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Powyższe stanowisko Izba szczegółowo przedstawiła w wyroku z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 177/15.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania ww. przepisów w odniesieniu do Przystępującego i jego oferty w części dotyczącej usług serwisowych sprzętu.

Urządzenia firmy Nemo-Q są kluczowym elementem funkcjonowania Systemu Kierowania Ruchem funkcjonującym u Zamawiającego. Kwestia ta pozostawała poza sporem. Wskazywał na nią zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący (vide: protokół z rozprawy: „(...) urządzenie HUB, czyli serce tego systemu (...).” Izba przyjęła więc w stan faktyczny powyższą okoliczność, a więc to, że architektura systemu SKR opiera się na kilku kluczowych elementach, a wadliwe działanie jednego z tych elementów w znaczny sposób ogranicza użyteczność całego systemu. Takimi kluczowymi elementami są właśnie NQHub oraz wyświetlacze stanowiskowe i kolejkowe. W tłumaczeniu danych technicznych ze strony internetowej, złożonym przez Przystępującego także wskazano m.in. „*To jest serce w większości naszych systemów kolejkowych (...)*”. Izba uznała przy tym, że dowód ten nie potwierdzał okoliczności, dla wykazania których został on złożony przez Przystępującego. Żadnych szczegółowych danych technicznych, oprócz ogólnych informacji o wymiarach, dowód ten nie przedstawiał. Dostępność szczegółowych danych technicznych, które pozwalałyby na świadczenie usług serwisowych, pozostawała przy tym ostatecznie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż Przystępujący konsekwentnie prezentował stanowisko, że w istocie nie zamierza serwisować tych urządzeń (naprawiać), a jedynie zamierza wymieniać uszkodzone elementy systemu na nowe (vide: oświadczenia z pisma procesowego, oświadczenia z protokołu rozprawy: „(...) Przystępujący wcale nie zamierza ich naprawiać, gdyż będzie je wymieniać na nowe (...).” Powyższe stanowisko Przystępującego, w ocenie Izby, jedynie potwierdziło zarzuty odwołania.

Ustalony stan sprawy nakazywał podzielenie stanowiska Odwołującego, że Przystępujący w istocie w ogóle nie zaoferował usług serwisowych sprzętu. W ocenie Izby usług serwisowych nie można było, w świetle SIWZ, sprowadzać jedynie do wymiany elementów na nowe, a – jak wskazano wcześniej – taki sposób realizacji zamówienia zaprezentował Przystępujący w toku postępowania odwoławczego.

Powyższy sposób pozostaje w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia, w tym z określonymi przez Zamawiającego zasadami wykonywania zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – przedmiotem zamówienia jest świadczenie Usługi Opieki Utrzymaniowej oraz Serwisowej Systemów, zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. W załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający wskazał – w odniesieniu do Usługi Opieki Serwisowej – „*Usługa obejmuje działania w zakresie sprzętu niezbędne do: rejestracji zgłoszenia, klasyfikacji, zidentyfikowania przyczyn wystąpienia incydentu, przekazania wyników, diagnozy, udostępnienia rozwiązania, nadzorowania implementacji rozwiązania oraz*

nadzorowania potwierdzenia jego skuteczności a także udzielania konsultacji w odpowiedzi na zgłoszone zapotrzebowanie. Usługa Opieki Serwisowej obejmuje również montaż i demontaż elementów wchodzących w skład Systemu.

W przypadku konieczności wymiany Urządzenia na nowe Dostawca musi przygotować 3 projekty graficzne nowego Urządzenia, którego parametry techniczne nie mogą być niższe od parametrów Urządzenia aktualnie posiadanego przez Zamawiającego, natomiast wygląd zewnętrzny Urządzenia musi być zbliżony (w zakresie kolorystyki, wymiarów, rodzaju materiałów, z którego Urządzenie zostało wykonane) do aktualnie posiadanego przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo do akceptacji wyglądu oraz parametrów technicznych nowego Urządzenia”.

Obowiązkiem wykonawcy jest więc m.in. zidentyfikowanie przyczyn wystąpienia incydentu, przekazanie wyników, diagnozy, udostępnienia rozwiązania, nadzorowania implementacji rozwiązania, nadzorowanie potwierdzenia jego skuteczności, udzielanie konsultacji.

Żadne z powyższych działań nie byłoby wykonywane w przypadku oferty Przystępującego. Skoro bowiem wykonawca ten nie zamierzał naprawiać urządzeń, to tym samym, ani nie identyfikowałby przyczyn awarii urządzenia, ani nie przekazywałby wyników, diagnozy, etc. Z powyższego zapisu SIWZ, co znajduje potwierdzenie w treści postanowień wzoru umowy, wynika ponadto, że wymiana Urządzenia na nowe została ujęta przez Zamawiającego jako rozwiązanie ostateczne, w dodatku opatrzone szeregiem przesłanek warunkujących możliwość skorzystania z tego rozwiązania. Należy bowiem zwrócić uwagę na postanowienia § 5 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), gdzie wskazano m.in., że:

Przez naprawę rozumie się przywrócenie Urządzenia do stanu przed awarią przy czym czas naprawy, to czas od momentu zgłoszenia awarii do momentu przywrócenia Urządzenia do stanu technicznego sprzed awarii potwierdzonym przez Zamawiającego. Czas trwania naprawy nie może przekroczyć: a. 24 godzin przy zgłoszeniach o poziomie niskim, b. 8 godzin przy zgłoszeniach o poziomie średnim, c. (zgodnie z wybraną ofertą) godziny przy zgłoszeniach o poziomie krytycznym (ust. 9).

W przypadku niemożności dokonania naprawy serwisowej w terminie określonym w ust. 9, Wykonawca na czas naprawy, dostarczy i skonfiguruje w terminie, o którym mowa w ust. 9, Urządzenie zastępcze o parametrach technicznych takich samych lub lepszych, jak Urządzenie naprawiane (ust. 11).

W przypadku niemożności dokonania naprawy serwisowej Urządzenia, o której mowa w ust. 9 w terminie 14 dni od momentu zgłoszenia awarii przez Zamawiającego, Wykonawca przed upływem tego terminu przekaże Zamawiającemu na własność fabrycznie nowe Urządzenie o parametrach technicznych takich samych lub lepszych, jak Urządzenie uszkodzone, pod rygorem zapłaty kar umownych, o których mowa w § 7 ust. 4 (ust. 12).

Wykonawca zobowiązuje się do wymiany Urządzenia na fabrycznie nowe pod rygorem zapłaty kar umownych, o których mowa w § 7 ust. 4, w terminie o którym mowa w ust. 12 o parametrach technicznych takich samych lub lepszych, jak Urządzenie posiadane przez Zamawiającego w przypadku, gdy po wykonaniu trzech napraw tego samego Podzespołu jednego Urządzenia, będzie wykazywało ono nadal wady w działaniu lub w przypadku wykonania trzech napraw różnych Podzespołów jednego Urządzenia, Urządzenie nadal wykazuje objawy tej samej usterki lub awarii (ust. 13).

W treści specyfikacji nigdzie nie wskazano, że wykonawca może odstąpić od świadczenia usług serwisowych poprzestając jedynie na wymianie uszkodzonego urządzenia na nowe. Przeciwnie, analizując treść specyfikacji, w tym wzoru umowy, należało dojść do wniosku, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy jest wykonywanie napraw – przywrócenie urządzenia do stanu sprzed awarii, a dopiero w przypadku niemożności dokonania naprawy serwisowej w określonym terminie, obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie urządzenia fabrycznie nowego, gdzie dodatkowo obowiązek ten powstaje dopiero po wykonaniu trzech napraw i gdy nadal urządzenie będzie wykazywało wady lub usterki.

Istotą zobowiązania wykonawcy, a tym samym treścią jego oferty, musiało być świadczenie usług serwisowych, a więc świadczenie napraw wadliwych elementów, w dodatku w terminach wynikających ze specyfikacji oraz z treści oferty. Przyjęcie, że wykonawca w ogóle nie musiałby podejmować się napraw i w miejsce tego obowiązku mógłby jedynie dostarczać nowe urządzenia – niezależnie od tego, że pozostawało by to w sprzeczności z treścią specyfikacji – to jednocześnie mogłoby narażać Zamawiającego na ryzyko niedziałania systemu, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę jakie warunki i terminy zastrzeżono dla dostawy nowego urządzenia, a jakie terminy Zamawiający przewidział do wykonywania napraw. W skrajnym przypadku, patrząc na ww. postanowienia umowy, wykonawca mógłby argumentować, że dopiero w terminie 14 dni od momentu zgłoszenia awarii przez Zamawiającego, ma obowiązek przekazania fabrycznie nowego urządzenia.

Krytycznie Izba oceniła argument Przystępującego, że z treści oferty nie musiał wynikać sposób realizacji zamówienia. Sposób ten wynikał jednoznacznie z treści SIWZ, a oferta winna właśnie do tych wymogów się odnosić i je respektować. Złożone przez wykonawcę w treści oferty oświadczenia, że oferowany przedmiot spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, że wykonawca zobowiązuje się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków specyfikacji, należało w kontekście powyższych ustaleń uznać za oświadczenia nie odpowiadające prawdzie.

Nawet, gdyby hipotetycznie uznać, że wykonawca – przy założeniu jego działania w dobrej wierze przede wszystkim w zakresie tego, że wymiana będzie wykonywana w terminach takich jak dla naprawy, bez wykorzystywania zapisów odnoszących się do

terminów i warunków aktualizujących obowiązek dostarczenia nowego urządzenia – mógłby realizować zamówienie jedynie poprzez wymianę uszkodzonych elementów na nowe (i ten sposób świadczenia usługi byłby dla Zamawiającego wystarczający dla osiągnięcia celów, jakim służy niniejsze zamówienie), to w ocenie Izby, wykonawca ten, żeby wykazać rzetelność swojej oferty i prawdziwość składanych oświadczeń, musiałby posiadać te urządzenia (minimum w ilości odpowiadającej awaryjności systemu) na chwilę złożenia oferty, a co najmniej musiałby posiadać zabezpieczoną możliwość nabycia tych urządzeń – w dodatku nabycia ich niejako od ręki, tak żeby zmieścić się w czasie przewidzianym w specyfikacji dla wykonania napraw.

Przystępujący wskazał, że „urządzenie Hub, czyli serce tego systemu ma średni priorytet zgłoszeń: w przeciągu 3 lat było 21 zgłoszeń o średnim poziomie ważności” (vide: protokół z rozprawy). W specyfikacji Zamawiający przewidział, że naprawa zgłoszenia o poziomie średnim nie może przekroczyć 8 godzin.

Jak wykazało niniejszej postępowanie odwoławcze, Przystępujący nie miał ani niezbędnych urządzeń, ani na chwilę złożenia oferty nie miał nawet zabezpieczonej możliwości ich zakupu (dodatku w takich terminach, które dawałyby mu podstawę do złożenia oświadczenia o spełnieniu wszystkich wymagań Zamawiającego, w tym wymagania dotyczącego nie przekroczenia czasu (8 godzin) przewidzianego dla zgłoszeń o średnim priorytecie zgłoszeń).

Przystępujący złożył ofertę w dniu 7 sierpnia 2015 r. Z treści oferty złożonej na rozprawie, datowanej natomiast na dzień 3 września 2015 r., wynika natomiast, że jest ona odpowiedzią na zapytanie wykonawcy z dnia 1 września 2015 r. Przystępujący w piśmie procesowym zapewniał, że zamierzał nabywać towar od autoryzowanych przedstawicieli firmy Nemo-Q, a ponadto, że poprzez zagranicznych partnerów zwracał się z zapytaniem do autoryzowanego dystrybutora Nemo-Q na terenie UE o przedstawienie oferty cenowej. Z treści oferty złożonej Izbie nie wynika, by pochodziła ona od autoryzowanego przedstawiciela producenta, ani że oferent posiada towar nabyty od takiego przedstawiciela, wskazane daty zaprzeczają temu, by przed złożeniem oferty wykonawca dokonał rozeznania rynku, ponadto z treści tej oferty nie wynika żaden termin dostaw.

Złożony na rozprawie dowód z oferty handlowej Izba uznała za przemawiający przeciwko twierdzeniom Przystępującego. Patrząc na datę tej oferty i zapytania Przystępującego, należało bowiem stwierdzić, że Przystępujący nie występował przed złożeniem oferty do autoryzowanych przedstawicieli producenta, tak jak podnoszono to w treści pisma procesowego. Nie mając więc żadnego rozpoznania, co do możliwości zakupu tych urządzeń, w tym ich dostępności (np. terminu ich dostaw), nie mając przy tym na stanie własnym tego rodzaju urządzeń, nie sposób uznać by wykonawca mógł składać rzetelne i zgodne z prawdą oświadczenia o spełnieniu chociażby wymagania ze specyfikacji

dotyczącego ww. czasu przewidzianego dla zgłoszeń o średnim priorytecie. Na marginesie można także wskazać, że trudno uznać, by wykonawca nie posiadając oferty handlowej na te urządzenia – nie znając więc także cen, jakie oferowane są przez sprzedających – mógł rzetelnie skalkulować swoją własną ofertę. Wszystkie powyższe okoliczności nakazywały podzielenie stanowiska Odwołującego, że składane na etapie złożenia oferty oświadczenia nie były oparte na rzeczowych podstawach i nie odpowiadały prawdzie, a przyjęty sposób działania wykonawcy sprowadzał się do chęci wygrania przetargu, a dopiero potem do poszukiwania rozwiązań, jak można by ewentualnie (inaczej niż wymagała tego specyfikacja, co Izba wskazała wcześniej) przedmiot zamówienia wykonać.

Okoliczności sprawy nakazywały przy tym szczególną ostrożność przy ocenie wartości dowodowej oferty złożonej przez Przystępującego w toku rozprawy – w części dotyczącej faktycznej możliwości nabycia urządzeń niezbędnych do funkcjonowania SKR.

Odwołujący wykazał złożonym materiałem dowodowym, że w zakresie nabywania tych urządzeń funkcjonuje szczególny kanał dystrybucji. Wykazano m.in. to, że urządzenie NQHUB – 6 może być zakupione tylko u autoryzowanego dystrybutora i jeśli jakkolwiek polski podmiot prześle zapytanie ofertowe do dystrybutora zagranicznego, takie zapytanie zostanie przekazane do dystrybutora w Polsce. Wyłącznym dystrybutorem na terenie Polski jest firma Mellon Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Firma ta nie otrzymała zaś żadnego zapytania ofertowego od Przystępującego. Oferent wskazany w ofercie złożonej przez Przystępującego nie jest autoryzowanym przedstawicielem, ani nie wynika z niej, by oferowany towar od takiego przedstawiciela pochodził (a jedynie taki jest kanał dystrybucji tych produktów).

W związku z powyższym, Izba stanęła na stanowisku, że w momencie składania oferty Przystępujący podał także nieprawdziwe informacje. Oświadczając o realizacji zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, wykonawca nie miał, bynajmniej nie udowodnił tego przed Izbą, podstaw by takie oświadczenie złożyć i by mogło ono zostać uznane przez Izbę za oświadczenie zgodne z prawdą. Okoliczności sprawy pozwalają na uznanie, że działanie wykonawcy cechowało się umyślnością (niezależnie od wskazanego na wstępie orzecznictwa odnoszącego nieprawdziwe informacje także do samego niedbalstwa).

Powyższe okoliczności nakazywały uwzględnienie odwołania.

Izba nie uznała jedynie argumentacji Odwołującego dotyczącej usług utrzymaniowych i braku możliwości wykonywania zamówienia przez Przystępującego z uwagi na oprogramowanie dedykowane, objęte prawami autorskimi innego podmiotu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, co nie było kwestionowane przez Odwołującego. Argumentacja Odwołującego zmierzała zaś w istocie do wykazania, że w pewnej części zamawianej usługi możliwe było udzielenie zamówienia jedynie w trybie

zamówienia z wolnej ręki. Ponadto, w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy, w tym postanowienia umowy z dnia 15 listopada 2010 r., TZ/370/117/09, (ze szczególnym uwzględnieniem pól eksploatacji praw majątkowych nabytych przez Zamawiającego) dają Zamawiającemu prawo do powierzenia wykonywania zadań objętych tych postępowaniem także podmiotowi innemu niż właściciel oprogramowania, czy podmiot korzystający z licencji właściciela. Niezależnie od tego należy wskazać także na art. 75 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.2006.90.631 t.j. ze zm.), zgodnie z którym „1. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, czynności wymienione w art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2 nie wymagają zgody uprawnionego, jeżeli są niezbędne do korzystania z programu komputerowego zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym do poprawiania błędów przez osobę, która legalnie weszła w jego posiadanie. 2. Nie wymaga zezwolenia uprawnionego: 1) sporządzenie kopii zapasowej, jeżeli jest to niezbędne do korzystania z programu komputerowego. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, kopia ta nie może być używana równocześnie z programem komputerowym; 2) obserwowanie, badanie i testowanie funkcjonowania programu komputerowego w celu poznania jego idei i zasad przez osobę posiadającą prawo korzystania z egzemplarza programu komputerowego, jeżeli, będąc do tych czynności upoważniona, dokonuje ona tego w trakcie wprowadzania, wyświetlania, stosowania, przekazywania lub przechowywania programu komputerowego; 3) zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki: a) czynności te dokonywane są przez licencjobiorcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz, b) informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne dla osób, o których mowa pod lit. a, c) czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania. Powyższa ocena Izby nie ma jednak wpływu na konieczność uwzględnienia odwołania, gdyż zarzuty dotyczące usługi serwisowej Izba uznała za zasadne w całości.

Końcowo Izba wskazuje także, że argumentacja Przystępującego o braku interesu po stronie Odwołującego nie zasługiwała na uwzględnienie. Zamawiający w ogóle nie podnosił na potrzeby tego konkretnego postępowania odwoławczego okoliczności z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ani nie przedstawiał Izbie dowodów na to, by mogły zaistnieć przesłanki do jego zastosowania. Izba orzekając w tej sprawie nie mogła więc kierować się jedynie oceną Przystępującego, nie popartą przy tym żadnymi dowodami.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (§ 3 pkt 1 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: