

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 listopada 2011r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASSECO POLAND S.A. w Rzeszowie i Kamssoft S.A. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie

przy udziale Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ASSECO POLAND S.A. w Rzeszowie i Kamssoft S.A. w Katowicach.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa rozwiązania analityczno-raportowego typu hurtownia danych służącego wykrywaniu nadużyć.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2010r., pod numerem 2010/S 251-386182.

Po przesłaniu przez zamawiającego wykonawcom uczestniczącym w dialogu zaproszenia do składania ofert oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 14 października 2011r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ASSECO POLAND S.A. w Rzeszowie i Kamssoft S.A. w Katowicach wnieśli odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 oraz art. 29 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w specyfikacji w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców oraz utrudniający uczciwą konkurencję, a przez co uniemożliwiający złożenie oferty odwołującemu.
- art. 60e ust. 2 Pzp przez rozszerzenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia na etapie zaproszenia do składania ofert i przedstawienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany zapisów specyfikacji, w sposób opisany w uzasadnieniu niniejszego odwołania, umożliwiając odwołującemu złożenie oferty, lub unieważnienie postępowania
- nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Zarzuty i żądania do poszczególnych postanowień specyfikacji odwołujący sformułował w sposób następujący:

„I. Sposób udzielenia licencji

W załączniku nr 4 do specyfikacji (Umowa) Paragraf 8 „Licencje i prawa autorskie” Zamawiający wymaga zgody Odwołującego na następujące zapisy: „ Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia do sprzedaży i udzielania licencji na oferowane oprogramowanie (pkt. 1); oraz „wraz z

podpisaniem protokołów odbioru Wykonawca udziela Zamawiającemu bezterminowej licencji na użytkowanie oprogramowania" (pkt. 2)

Zgodnie z procedurą dialogu konkurencyjnego Zamawiający przed przygotowaniem Specyfikacji zaprosił potencjalnych Wykonawców na prezentację oprogramowania, które zostanie zaoferowane w ofertach końcowych. Zamawiający wiedział zatem, że wśród Wykonawców są producenci oprogramowania (np. SAS Institute), oraz partnerzy producentów oprogramowania (np. Odwołujący, partner IBM).

Należy zwrócić uwagę, że uprawnienia do udzielenia licencji posiada podmiot któremu przysługują autorskie prawa majątkowe (zazwyczaj jest to producent). Uprawnienia do udzielenia licencji, co do zasady, nie posiada partner, który może tylko wyłącznie udzielić sublicencji lub przekazać Zamawiającemu licencję udzieloną przez producenta oprogramowania (jeśli producent praktykuje bezpośrednie udzielanie licencji użytkownikom, i nie praktykuje udzielania partnerom licencji z prawem do sublicencji na rzecz użytkowników).

Zdaniem Odwołującego powyższe zapisy jednoznacznie wskazują, że Wykonawca musi być producentem oprogramowania posiadającym do niego autorskie prawa majątkowe.

Tym samym uniemożliwia się złożenie oferty Wykonawcom, którzy nie są jednocześnie producentem danego oprogramowania, i jako partnerzy mogą zaoferować wyłącznie przekazanie licencji producenta lub udzielenie sublicencji po wcześniejszym uzyskaniu licencji od producenta.

Mając powyższe na uwadze należy dodać, że forma udzielenia licencji (bezpośrednio przez Wykonawcę czy też przez pośrednio przez partnera) nie ma dla Zamawiającego żadnego praktycznego znaczenia. W obu wskazanych przypadkach uzyskuje on dokładnie te same uprawnienia w stosunku do oprogramowania.

Dlatego wnosimy o zmianę rzeczony treści umowy. Proponujemy, zmianę w pkt. 1 na: Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia do sprzedaży i przekazania licencji producenta na oferowane oprogramowanie (względnie udzielenia sublicencji na oprogramowanie)", oraz w pkt. 2 na: „wraz z podpisaniem protokołów odbioru Wykonawca przekazuje Zamawiającemu bezterminowa licencję producenta (względnie udzieli sublicencji) na użytkowanie oprogramowania".

## II. Wypowiedzenie umowy

W załączniku nr 4 do specyfikacji (Umowa) Paragraf 13 ust. 4 Zamawiający zastrzega, że „w przypadku niezatwierdzenia w rzeczowym planie wydatków inwestycyjnych Zamawiającego środków finansowych na realizację niniejszej umowy na każdy następny rok jej obowiązywania, Zamawiający ma prawo wypowiedzieć niniejszą umowę z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia".

Zgodnie z paragrafem 3 ust. 1 pkt 1 „dostawa i instalacja Produktów podstawowych AFD - w terminie 45 dni od daty podpisania umowy, a konfiguracja, integracja i wdrożenie Platformy AFD - w terminie 5 miesięcy od daty podpisania umowy".

Zgodnie natomiast z paragrafem 4 ust. 1 „Wykonawca będzie świadczył powdrożeniowe usługi gwarancyjne, konserwacyjne, serwisowe i Nadzoru autorskiego w terminie 24 miesięcy od daty

podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru dostarczonej, uruchomionej i wdrożonej Platformy AFD".

Uważamy powyższe zapisy za niewystarczające. Zamawiający nie wskazuje w umowie jakie będą konsekwencje wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy np. po zakończonym etapie 1 (paragraf 2 pkt 1), wystawieniu i uregulowaniu faktury VAT w wysokości 30% sumy cen części A i B szczegółowej specyfikacji cenowej stanowiącej załącznik nr 15 do umowy. Nie jest jasne czy w takim przypadku licencje na produkty podstawowe AFD zostaną zwrócone Wykonawcy oraz czy Zamawiający zażąda od wykonawcy zwrotu wynagrodzenia

W tym miejscu należy podnieść, że Wykonawcy będący dystrybutorami Produktów podstawowych AFD, w przeciwieństwie do Wykonawców będących producentami tych produktów (np. SAS Institute), będą zmuszeni do zaciągnięcia zobowiązań wobec producenta Produktów podstawowych AFD, bez możliwości późniejszego zwrotu zakupionych licencji oprogramowania, w przypadku zastosowania powyższej interpretacji. To samo tyczy się świadczenia serwisu i nadzoru autorskiego.

Sytuacja taka w sposób oczywisty narusza zasadę równego traktowania wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, poprzez wymuszenie skalkulowania dodatkowych kosztów na wypadek zaistnienia wyżej opisanej sytuacji przez Wykonawców nie będących producentami produktów. Wskazana wartość 30% nie będzie bowiem adekwatna do poniesionych kosztów przez Wykonawców nie będących producentami oprogramowania.

Domagamy się doprecyzowania umowy, zapisami pozwalającymi na równą konkurencję stronom uczestniczącym w postępowaniu, bez faworyzowania Wykonawców będących producentami produktów podstawowych AFD (np. SAS Institute).

### III. Rozszerzenie zakresu postępowania

W ogłoszeniu dotyczącym niniejszego postępowania z dn. 23/12/2010 roku Zamawiający nie wskazał, że przedmiotem zamówienia będzie dostarczenie dodatkowego produktu jakim jest słownik leków. Natomiast w przekazanej specyfikacji w pkt 8 ppkt 2 Zamawiający wskazuje, że Wykonawcy już na etapie składania ofert przetargowych mają obowiązek jego dołączenia do formularza ofertowego jak również jest on jednym z głównych punktów oceny oferty co wpływa na ilość przyznanych punktów badanej oferty.

W związku z powyższym zapis ten narusza przepis art. 60e ust 2 PZP który przewiduje możliwość zmiany wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia wyłącznie na etapie prowadzenia dialogu tj. przed zaproszeniem do składania ofert. Zamawiający rozszerzył wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na kolejnym etapie prowadzonego postępowania tj. wysyłając zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia co nie było dopuszczalne w związku z treścią cytowanego przepisu".

Do postępowania odwoławczego przystąpił Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie,

zgłaszając przystąpienie po stronie odwołującego i wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby, pismem z 2 listopada 2011 r. powołując się na art. 186 ust. 1 i 2 Pzp oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania wyczerpuje dyspozycję art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Skoro zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, zobowiązany jest po umorzeniu postępowania odwoławczego do wykonania w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania. Przeciwnie działanie narusza art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 *in initio* 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. Nr 41, poz. 238).

.....