

WYROK

z dnia 11 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2015 r. przez wykonawcę

Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Komendę Główną Policji ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- A. **POLCOM S.A. ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. **Simplicity Poland Sp. z o.o. ul. Grzybowska 2/78, 00-131 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Simplicity Poland Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,**
2. **kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Qumak S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji na rzecz Qumak S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. 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:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla centralnych systemów informatycznych ZCPD” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 lutego 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 029-049246. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – QUMAK S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Simplicity Poland Sp. z o.o., pomimo że cena zaoferowana przez ten podmiot jest rażąco niska,
2. art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę złożonych przez Simplicity Poland Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę oferty Simplicity Poland Sp. z o.o. i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty Simplicity Poland Sp. z o.o., odrzucenie oferty Simplicity Poland Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę, dokonanie ponownej oceny ofert, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Zdaniem odwołującego cena oferowana przez Simplicity Poland Sp. z o.o. jest rażąco niska, a złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż nie ma ona znamion rażąco niskiej.

Cena zaoferowana przez Simplicity Poland Sp. z o.o. w aukcji elektronicznej (1.820.000 zł) jest o ok. 45 % niższa od budżetu zamawiającego oraz pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu (Polcom S.A. 2.845.000 zł i Qumak S.A. 2.799.000 zł). Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to musi dokonać ich rzeczywistej

oceny, a nie zadowolić się samym faktem ich złożenia. Zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, tzn. musi on wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia.

W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień, ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami, prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy. Brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący, ze względu na zastrzeżenie znacznej części wyjaśnień jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, nie ma dokładnej wiedzy, co one zawierają. Niemniej w jego ocenie wyjaśnienia te muszą być niewiarygodne, albowiem zaoferowana cena jest całkowicie nierealistyczna, a za tę cenę nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wyjaśnienia w części niezastrzeżonej są lakoniczne, ogólnikowe i nie zawierają żadnych dowodów potwierdzających, że cena zaproponowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska. Sprowadzają się one jedynie do odwołania do definicji rażąco niskiej ceny oraz próby przekonania zamawiającego, że dysproporcja wynika z indywidualnej właściwości każdego z wykonawców i przyjętej metody wyceny.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu oraz systemu operacyjnego dla centralnych systemów informatycznych ZCPD znajdujących się w siedzibie KGP. Konkretnie jednostki sprzętowe zostały wyspecyfikowane w załączniku nr 1 do istotnych postanowień umowy. Wynika z niego, że serwisem ma być objęty sprzęt wyprodukowany przez Hewlett-Packard (dalej zwanej „HP”).

Z punktu 1. załącznika nr 1 wynika, że usługi serwisowe dotyczą nie tylko sprzętu, ale i systemu operacyjnego. Punkt 8. załącznika nr 1 stanowi, że wykonawca ma obowiązek informowania zamawiającego o wydaniu patchy i aktualizacji do oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware), systemu operacyjnego i każdego innego oprogramowania objętego umową. Informację w formie raportu wykonawca będzie dostarczał zamawiającemu w trakcie wykonywania przeglądów technicznych lub na żądanie zamawiającego. Zamawiający zadecyduje, które z proponowanych aktualizacji oprogramowania zostaną przez wykonawcę zainstalowane. Po uzyskaniu zgody

zamawiającego wykonawca w terminie wyznaczonym przez zamawiającego dokona aktualizacji w cenie umowy bez naruszania praw autorskich producenta. Wykonawca do każdej aktualizacji będzie dołączał informacje, co zmienia dana aktualizacja i jakie są przesłanki do jej instalacji. Wykonawca sprawdzi poprawność działania sprzętu i systemu operacyjnego po zainstalowaniu aktualizacji. W przypadku wystąpienia nieprzewidzianych, niepożądanych skutków wprowadzonych zmian, wykonawca zobowiązany jest do ich wycofania na żądanie zamawiającego przywracając poprawne działanie sprzętu/systemu operacyjnego do stanu przed aktualizacją.

Także w istotnych postanowieniach umowy wskazano, iż wykonawca oświadcza i gwarantuje, że korzystanie przez zamawiającego z oprogramowania/jego aktualizacji – upgrade sterowników urządzeń lub/oraz oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware) nie będzie naruszać praw własności intelektualnej osób trzecich, w tym praw autorskich i patentów (§ 12 ust. 9 umowy). Z punktu 16. załącznika nr 1 wynika, że wykonawca gwarantuje, iż wykonanie przedmiotu umowy nie naruszy dotychczasowych gwarancji (sprzętu, oprogramowania systemowego, oprogramowania użytkowego) oraz jakichkolwiek praw licencyjnych, autorskich w eksploatowanych przez zamawiającego policyjnych systemach informatycznych. Punkt 19. załącznika nr 1 stanowi, że wykonawca zobowiązuje się do wykonywania prac konserwacyjnych zgodnie z zasadami prawidłowej eksploatacji sprzętu określonymi przez producenta.

Powyższe postanowienia umowy, zważywszy na przepisy dotyczące autorskich praw majątkowych, oznaczają w praktyce, że do realizacji przedmiotu umowy, w takim zakresie, w jakim oczekiwał tego zamawiający, niezbędne jest posiadanie wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania typu firmware, czyli HP. Żaden wykonawca nie jest w stanie samodzielnie wykonać postanowienia z punktu 8., bowiem nie posiada praw autorskich do oprogramowania, w oparciu o które działa sprzęt HP objęty serwisem. Tym samym nie może samodzielnie zmieniać, usprawniać czy też aktualizować danego oprogramowania, do którego nie ma praw, albowiem stanowiłoby to rażące i oczywiste naruszenie praw wyłącznych HP, a także zapisów § 12 ust. 9 postanowień umowy i punktu 16. i 19. załącznika nr 1, gdyż producent sprzętu nie pozwala na eksploatację urządzenia z niefirmowym oprogramowaniem firmware, gdyż grozi to uszkodzeniem i nieprawidłowym działaniem sprzętu HP.

Konsekwencją powyższego jest konieczność wykupienia tzw. pakietów serwisowych od HP i uwzględnienia ich w cenie realizacji zamówienia. Minimalny koszt takiego pakietu serwisowego w sposób istotny przekracza całość zaoferowanej przez Simplicity Poland Sp. z o.o. ceny. To oznacza, że za cenę zaoferowaną przez Simplicity nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów (przede wszystkim prawa autorskiego).

Każdy wykonawca składając ofertę powinien uwzględnić co najmniej takie grupy kosztowe jak: 1) koszty działalności call center pracującego w trybie 24/7/365 dni (minimalnie cztery pełne etaty); nawet przy najniższym wynagrodzeniu za pracę 1.750,00 zł brutto (2.112,96 zł kosztu dla pracodawcy, 8,451,84 zł miesięcznie, 202.844,16 zł za okres dwóch lat; w rzeczywistości koszt ten byłby znacznie wyższy, bowiem pracownicy tego rodzaju specjalistycznych call center zarabiają kilkakrotnie więcej), 2) koszty wysokokwalifikowanej kadry bezpośrednio wykonującej naprawy oraz innej kadry pracującej przy realizacji zamówienia (np. koordynatora), 3) koszty dojazdów, 4) koszty części zamiennych (leżące całkowicie po stronie wykonawcy); ten koszt może być bardzo wysoki, szczególnie w sytuacji uszkodzenia istotnych podzespołów serwisowanego sprzętu; 5) koszty finansowe (np. ustanowienia zabezpieczenia umowy w wysokości 10% ceny brutto finansowania wynagrodzeń pracowników, finansowania zakupu materiałów i części zamiennych), 6) koszty ogólne, 7) rezerwa na ryzyka, 8) zysk.

Z całą pewnością przy cenie zaoferowanej przez Simplicity Poland Sp. z o.o. wszystkie te elementy kosztowe nie mogły być uwzględnione. Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga od wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień przedłożenia także dowodów potwierdzających ich prawidłowość. Jak wynika z dokumentacji postępowania Simplicity Poland Sp. z o.o. nie złożyło ani jednego dowodu, poprzestając jedynie na swoich gołosłownych wyjaśnieniach. Już sam ten fakt dyskwalifikuje te wyjaśnienia, a także wskazuje na ich niewiarygodność.

Podczas rozprawy odwołujący podkreślił, iż w sprawie istotne jest, czy w ofercie przystępującego Simplicity Poland Sp. z o.o. uwzględniono koszt świadczenia usługi przez HP. Zgodnie z warunkami realizacji zamówienia współpraca taka jest konieczna, zamawiający bowiem wymaga aktualizacji oprogramowania, a nie ma możliwości legalnego upgrade'owania oprogramowania bez udziału HP. Należy więc wykupić pakiet usług HP. Koszt wykonania usługi przez wykonawcę jest zdeterminowany kosztem obsługi ze strony HP. Tymczasem koszt ten jest wyższy, niż wycena oferty spółki Simplicity. Zdaniem odwołującego Simplicity Poland Sp. z o.o. w ogóle nie uwzględniła tego kosztu.

Niezależnie od tego, czy w praktyce upgrade'y te rzeczywiście nastąpią, wykonawca musi ten koszt uwzględnić w cenie oferty, skoro zamawiający zażądał, aby oprogramowanie było upgrade'owane. Takie upgrade'y następują kilka razy w roku.

II Stanowisko zamawiającego i przystępującego Simplicity Poland Sp. z o.o.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoją decyzję i wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż z wyjaśnień przystępującego Simplicity Poland Sp. z o.o. wynika, że wszystkie elementy wymienione w odwołaniu znajdują się w wyjaśnieniach, zatem przystępujący wszystkie te koszty uwzględnił w cenie oferty.

Odwołujący przyjął błędne założenie, iż wsparcie HP jest potrzebne, jednak zdaniem zamawiającego zamówienie można zrealizować nie wykupując wsparcia, nie wymaga tego żadne z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie ma wymogu, że wykonawca ma przeprowadzać upgrade'owanie firmware'ów, a jedynie wtedy, gdy zamawiający tego zażąda. Wykonawca ma wskazać, jakie wyszły aktualizacje, a zamawiający będzie decydował, co ma zainstalować. Punkt 8. załącznika nr 2 do istotnych postanowień umowy należy odczytywać tak, iż wykonawca nie ma obowiązku dostarczania aktualizacji firmware'u, a jedynie informowania o tych aktualizacjach, nie musi więc kupować owych aktualizacji. Do wykonawcy należy jedynie zainstalowanie (czynność); wynika to też z wyroku KIO 825/15. Jeśli wykonawca uważa, że jest mu potrzebne wsparcie HP, to je wykupuje, ale nie ma takiego obowiązku. Zwraca uwagę, że każda wycena umowy tego typu jest wyceną ryzyka, nie wiadomo bowiem, co się zepsuje itd. Od kilku lat usługi w tym zakresie świadczy firma, która nie korzysta ze wsparcia HP, dlatego mogła wycenić owo wsparcie na poziomie 0. W ciągu ostatnich lat nie dochodziło do aktualizacji firmware'u, poza tym aktualizacja sterowników jest tylko marginalną częścią zamówienia.

Co do partnerstwa, to wykonawca może skorzystać z podwykonawcy. Poza tym nie musi być partnerem HP Polska Sp. z o.o., gdyż może być to podmiot z innego kraju. Poza tym HP Polska Sp. z o.o. nie ma żadnych praw do oprogramowania HP. Oświadczenie HP Polska Sp. z o.o. jest niewiarygodne, nie jest on uprawniony do oświadczeń na temat praw autorskich, których nie jest właścicielem. W piśmie HP Polska Sp. z o.o. wyraźnie stwierdzono, że oferta HP będzie wyższa, niż oferta przystępującego Simplicity Poland Sp. z o.o., jednak nie wskazano wartości oferty spółki Simplicity.

Przystępujący Simplicity Poland Sp. z o.o. poparł stanowisko zamawiającego oraz oświadczył, iż nie przewidywał udziału HP przy realizacji zamówienia. Podkreślił, iż nie ma znaczenia, czy w danym momencie dostęp do aktualizacji jest płatny, czy bezpłatny, to zamawiający ma zadbać o dostęp do sterowników.

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

IV Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami – poza sposobem interpretacji przywołanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W postępowaniu złożono 5 ofert z cenami: 2.896.650 zł (przystępujący Polcom S.A.), 2.478.643 zł, 2.982.750 zł (odwołujący), 2.830.000 zł (przystępujący Simplicity Poland Sp. z o.o.) i 1.930.000 zł (oferta została odrzucona).

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej pozostały 3 oferty na kwoty: 2.845.000 zł (Polcom S.A.), 2.799.000 zł (odwołujący) oraz 1.820.000 zł (przystępujący Simplicity Poland Sp. z o.o.).

Odwołujący zanegował ofertę przystępującego Simplicity Poland Sp. z o.o. wskazując w odwołaniu, że w koszcie tej oferty należy uwzględnić co najmniej następujące elementy:

1) koszty działalności call center, min. 202.844,16 zł, 2) koszty wysokokwalifikowanej kadry bezpośrednio wykonującej naprawy oraz innej kadry pracującej przy realizacji zamówienia, 3) koszty dojazdów, 4) koszty części zamiennych (leżące całkowicie po stronie wykonawcy), 5) koszty finansowe, 6) koszty ogólne, 7) rezerwa na ryzyka, 8) zysk.

Odwołujący, ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy, nie podał jednak żadnych informacji na temat kosztów, które wykonawca powinien był przewidzieć dla pozycji 2-7. Tym samym Izba nie rozpatrywała tych zagadnień w stosunku do złożonych zamawiającemu wyjaśnień przystępującego Simplicity Poland Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał też na okoliczność, że wymagania zamawiającego dotyczące aktualizacji oprogramowania oznaczają w praktyce, że do realizacji umowy niezbędne jest posiadanie wsparcia producenta sprzętu i oprogramowania typu firmware, czyli HP. Żaden wykonawca nie jest w stanie samodzielnie zmieniać, usprawniać czy aktualizować oprogramowania tej firmy bez łamania praw autorskich. Konsekwencją jest konieczność wykupienia tzw. pakietów serwisowych od HP i uwzględnienia ich w cenie realizacji zamówienia. Minimalny koszt takiego pakietu serwisowego w sposób istotny przekracza całość zaoferowanej przez Simplicity Poland Sp. z o.o. ceny.

Podczas rozprawy sporne stało się, czy zamawiający wymagał, by to wykonawca usługi ponosił koszt zakupu aktualizacji.

Rzeczywiście, z samego literalnie czytanego brzmienia punktu 8. załącznika nr 2 do istotnych postanowień umowy zawierających warunki świadczenia serwisu, można powziąć wątpliwości, po której stronie leżałby koszt owych aktualizacji: „Wykonawca ma obowiązek informowania Zamawiającego o wydaniu patchy i aktualizacji do oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware), systemu operacyjnego i każdego innego oprogramowania objętego Umową. Informację w formie raportu Wykonawca będzie dostarczał Zamawiającemu w trakcie wykonywania przeglądów technicznych opisanych w pkt. 11, lub na żądanie Zamawiającego. Zamawiający zdecyduje, które z proponowanych aktualizacji oprogramowania zostaną przez Wykonawcę zainstalowane. Po uzyskaniu zgody Zamawiającego Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego dokona aktualizacji w cenie Umowy bez naruszania praw autorskich producenta. Wykonawca do każdej aktualizacji będzie dołączał informacje, co zmienia dana aktualizacja i jakie są przesłanki do jej instalacji. Wykonawca sprawdzi poprawność działania sprzętu i systemu operacyjnego po zainstalowaniu aktualizacji. W przypadku wystąpienia nieprzewidzianych, niepożądanych skutków wprowadzonych zmian Wykonawca zobowiązany jest do ich wycofania na żądanie Zamawiającego, przywracając poprawne działanie sprzętu i systemu operacyjnego do stanu przed aktualizacją.”

Jednak wątpliwości te rozwiewa odpowiedź nr 2 z 11 marca 2015 r. na pytania wykonawców dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści:

„Czy przez aktualizacje patchy i oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware), którego dotyczy obowiązek informacyjny z pkt. 8 Załącznika nr 2 Zamawiający rozumie patche i oprogramowanie wewnętrzne urządzeń (firmware) dostępne dla ogółu użytkowników danego typu urządzeń?”

„Przez aktualizację patch'y i oprogramowania wewnętrznego urządzeń (firmware), Zamawiający rozumie dostarczanie i instalację (bez naruszania praw autorskich producenta) wszelkiego oprogramowania wytworzonego przez producenta sprzętu/oprogramowania i udostępnionego uprawnionym użytkownikom.”

Z powyższej odpowiedzi wynika więc, że w zakres obowiązków wykonawcy zamówienia wchodzi również dostarczanie, czyli zakup odpowiednich produktów, w tym licencji.

Przystępujący Simplicity Poland Sp. z o.o. podczas rozprawy oświadczył, iż nie przewidywał udziału HP przy realizacji zamówienia, koszt dostępu do aktualizacji podczas realizacji umowy leży po stronie zamawiającego. Tym samym bezsporne jest, że wykonawca ten nie uwzględnił powyższego kosztu w cenie oferty.

Zamawiający ze swojej strony, w żaden sposób nie dowiódł swojego twierdzenia z rozprawy, że Hewlett-Packard takie licencje udostępnia chętnym bezpłatnie.

Zresztą, zdaniem Izby, jest to nieprawdopodobne biorąc pod uwagę, że jednocześnie producent ten swoje produkty tego typu sprzedaje po wysokich cenach. Poza tym odnośnienie się przez zamawiającego podczas rozprawy do aktualizacji oprogramowania drukarek jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, w skład którego wchodzi profesjonalne wyposażenie serwerowni. O ile więc producent może konsumentom udostępniać bezpłatnie aktualizacje oprogramowania drukarek, to – jak zamawiający sam przyznał – wcześniej zamawiane utrzymanie posiadanego sprzętu przez HP było kosztowne. Wątpliwe jest więc, by nagle HP zrezygnował z tego zysku.

Potwierdzają to zresztą pisma HP Polska Sp. z o.o. z 5 i 7 maja 2015 r., przedstawione przez odwołującego oraz przystępującego Polcom S.A., z których wynika, że HP za sprzedaż aktualizacji pobiera wynagrodzenie i do tego jest to wynagrodzenie wysokie.

Z pism tych wynika, że dostęp do oprogramowania Hewlett-Packard, w tym aktualizacji oprogramowania wbudowanego (firmware), zgodnie z obecną polityką stosowaną przez HP Polska Sp. z o.o., możliwy jest wyłącznie na podstawie wykupionego od HP kontraktu serwisowego. HP Polska Sp. z o.o. nie podała ceny takiego kontraktu serwisowego – jak wskazano, jest ona zależna od statusu partnerskiego danej formy – jednak z treści owych pism wynika, że dla Simplicity Poland Sp. z o.o. „byłaby ona wyższa, niż cena, jaka została określona w ofercie tej spółki złożonej podczas aukcji elektronicznej”, czyli powyżej 1.800.000 zł.

Zamawiający nie udowodnił twierdzenia, że HP Polska Sp. z o.o. nie ma żadnych praw do oprogramowania HP ani wypowiedania się w sprawie kształtowania polityki tej firmy w Polsce – do tej pory pozycja HP Polska Sp. z o.o. jako przedstawiciela Hewlett-Packard na Polskę nie była kwestionowana.

Z wyjaśnień Simplicity Poland Sp. z o.o. udzielonych zamawiającemu wynika co prawda, że wykonawca przewidział w cenie 100.000 zł brutto rezerwy na zakup licencji koniecznych do realizacji przedmiotu umowy (jednocześnie Izba w tym zakresie znosi tajemnicę przedsiębiorstwa uznając, że informacja ta jednostkowo nie ma żadnego znaczenia gospodarczego, a tym samym nie ma przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa), jednak jest to koszt zupełnie nieadekwatny do rzędu wielkości podanej przez HP Polska Sp. z o.o. (1.800.000 zł).

Zamawiający ani przystępujący Simplicity Poland Sp. z o.o. ze swojej strony nie udowodnili też, że licencje czy usługi HP (niezależnie nawet, czy za pośrednictwem HP Polska Sp.

z o.o., czy innego podmiotu), można zakupić w innym systemie niż zakup kontraktu serwisowego (np. jednostkowo) i jakiego rzędu byłby to koszt.

Co do kwestii konieczności posiadania „wsparcia” wykonawcy przez producenta – oczywiście, jeśli zamawiający formalnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie narzucił wykonawcy obowiązku posiadania takiego wsparcia, wykonawca może realizować usługę serwisową bez takiego wsparcia (w znaczeniu pomocy technicznej przy usuwaniu problemów) – przynajmniej do momentu, w którym nie nastąpi taka awaria czy usterka, dla usunięcia której współdziałanie producenta nie stanie się konieczne. Może to w ogóle nie nastąpić w całym okresie realizacji umowy, a może być konieczne co miesiąc. Wykonawcy najczęściej więc takie wsparcie przewidują, gdyż bez niego prawidłowa realizacja umowy może nie być możliwa. Umowa dotycząca usług serwisowych, jak słusznie wskazał zamawiający, jest bowiem umową ryzyka po stronie wykonawcy. A skoro jest umową ryzyka, to wykonawca musi przewidzieć ją jako „umowę negatywnych scenariuszy”.

Dodatkowo z ww. pism HP Polska Sp. z o.o. wynika, że zakup wsparcia (w postaci kontraktu serwisowego) jest konieczny także dla zakupu licencji. Tutaj już wola zamawiającego nie jest istotna, ponieważ kwestie korzystania z praw autorskich są regulowane powszechnie obowiązującymi przepisami.

Z punktu formalnego należy też podkreślić, że zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Tym samym w niniejszym postępowaniu ciężar dowodu spoczywał na przystępującym Simplicity Poland Sp. z o.o. oraz zamawiającym jako stronie, która broniła swojej decyzji. Ani przystępujący, ani zamawiający nie przedstawili żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a twierdzenie dotyczące braku obowiązku zakupu licencji, w świetle wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okazało się błędne.

Jak słusznie zauważył odwołujący, skoro zamawiający zawarł w umowie chęć korzystania z aktualizacji oprogramowania w nieograniczonym zakresie, to wykonawca musi ten koszt przewidzieć, nawet jeśli ostatecznie zamawiający (czy też inżynier systemu) w trakcie świadczenia usługi nie zdecyduje się na wprowadzenie żadnej z aktualizacji.

Tym samym przystępujący Simplicity Poland Sp. z o.o. w swojej ofercie nie uwzględnił istotnego kosztu oferty mającego znaczenie dla prawidłowej i zgodnej z prawem realizacji umowy. W związku z tym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: