

Sygn. akt: KIO 1712/15

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Symmetry sp. z o.o. w Warszawie oraz Pidikom sp. z o.o. sp. k. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Wewnętrznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **BIT S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Computex sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **Techsource sp. z o.o. w Legionowie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Wewnętrznych w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Symmetry sp. z o.o. w Warszawie oraz Pidikom sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Symmetry sp. z o.o. w Warszawie oraz Pidikom sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 – Skarb Państwa – Ministerstwo Spraw Wewnętrznych w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa nowych, nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem, drukarek, skanerów oraz licencji na oprogramowanie antywirusowe w ramach projektu pl.ID”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2015 r., 2015/S 064-112457.

W dniu 31 lipca 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Symmetry sp. z o.o. w Warszawie oraz Pidikom sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez nich oferty w zakresie części I zamówienia, a także o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę BIT S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym BIT”.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego wykonania czynności wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu przystępującego BIT do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego BIT,
- 5) zaniechania czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 6) czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego BIT

odwołujący wniósł w dniu 10 sierpnia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 51 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej zwanej „prawo autorskie”), przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) podczas gdy oferta ta pozostaje w zgodzie z SIWZ,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie przystępującego BIT do wyjaśnień treści oferty w zakresie oferowanego przez tego wykonawcę systemu operacyjnego,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego BIT, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz wybór oferty przystępującego BIT jako oferty najkorzystniejszej.

ewentualnie:

- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie zgodności oferowanego systemu operacyjnego z § 12 ust. 4 pkt 4 umowy stanowiącej załącznik 10 a do SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający uznał iż zaproponowany przez odwołującego system operacyjny Windows 8.1. Pro w wersji OEM objęty jest typem licencji, która nie umożliwia ponownej instalacji oprogramowania na innym komputerze (po jego uprzedniej deinstalacji) bez naruszenia praw licencyjnych. Zdaniem odwołującego pogląd ten pozostaje w sprzeczności zarówno z treścią przepisów ustawy prawo autorskie, jak i wiążącym w tym zakresie orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 roku w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (dalej zwanej „dyrektywą z 2009 roku”) *„pierwsza sprzedaż na terytorium Wspólnoty kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji na terytorium Wspólnoty tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń programu lub jego kopii.”* Z treści motywu 7 wynika przy tym, że za program komputerowy należy uznać program w jakiegokolwiek formie, w tym programy zintegrowane ze sprzętem komputerowym. Transpozycją cytowanego przepisu dyrektywy z dnia 2009 roku jest art. 51 ust. 3 prawa autorskiego zgodnie z którym *„wprowadzenie do obrotu oryginału albo egzemplarza utworu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem jego najmu lub użyczenia.”* Innymi słowy, sprzedaż kopii oprogramowania komputerowego powoduje, że producent tego oprogramowania traci kontrolę nad dalszym obrotem wspomnianą kopią.

Odwołujący powołał się na cytowane w odwołaniu piśmiennictwo a także na wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 3 lipca 2012 roku w sprawie UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp. sygn. akt C-128/11. W oparciu o powyższe wywiódł, że podstawową przesłanką zastosowania instytucji wyczerpania prawa jest wprowadzenie do obrotu kopii oprogramowania (utworu). Definicja tej przesłanki nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie prawa autorskiego, jak i w orzecznictwie TSUE. Przyjmuje się, że wprowadzeniem do obrotu jest definitywne przeniesienie własności kopii, któremu towarzyszyć może m.in. zawarcie umowy licencyjnej. Niewątpliwie w warunkach niniejszej sprawy sprzedaż przez producenta na rzecz wykonawcy sprzętu komputerowego wraz z preinstalowanym oprogramowaniem (tj. na podstawie licencji typu OEM) spełnia omawianą wyżej przesłankę, a co za tym aktualizuje zastosowanie norm zawartych w art. 4 ust. 2 dyrektywy z 2009 roku oraz art. 51 ust. 3 prawa autorskiego. Wątpliwości zamawiającego budzi natomiast możliwość „przeniesienia tej licencji” na inny komputer tj. ponowna instalacja oprogramowania na innym komputerze połączona z jego deinstalacją ze sprzętu pierwotnego. Zamawiający nie wskazał przesłanek na których oparł swój pogląd w tym zakresie, tym niemniej z całą pewnością nie były to przesłanki wywiedzione z przepisów obowiązującego prawa. Odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego udzielił Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 3 lipca 2012 roku w sprawie UsedSoft GmbH przeciwko Oracle International Corp. O sygn. akt C-128/11 przeprowadzając jednocześnie wykładnię art. 4 dyrektywy, która znaleźć powinna pełne zastosowanie także w odniesieniu do art. 51 ust. 3 prawa autorskiego. Kopia programu komputerowego, którego dotyczyło prowadzone przez Trybunał postępowanie, była wprowadzana do obrotu w formie niematerialnej, a następnie przekazywana kolejnym nabywcom albo wciąż w tej samej formie albo w formie już zmaterializowanej. Bazując na opisanym wyżej stanie faktycznym, Trybunał wskazał, że dyrektywa z 2009 roku uprawnia nabywcę kopii programu komputerowego do jej przekazania (instalacji na komputerze innego użytkownika) niezależnie od tego w jakiej formie kopia ta została pierwotnie nabyta pod warunkiem jej równoczesnej dezaktywacji na komputerze dotychczasowego użytkownika. Niezależnie więc od tego czy użytkownik programu komputerowego nabył oprogramowanie on-line, w formie CD lub DVD, czy wraz ze sprzętem komputerowym to staje się on uprawniony do dalszego przekazania (odsprzedaży) tego oprogramowania, a autor utworu nie może mieć już na ten proces żadnego wpływu - przysługujące mu prawo do wyrażania zgody na obrót tej kopii uległo bowiem „wyczerpaniu” zgodnie z art. 51 ust. 3 prawa autorskiego. W konsekwencji skoro zgodna z prawem byłaby odsprzedaż raz nabytego oprogramowania, to tym bardziej za takie należy uznać „przeniesienie” tego oprogramowania pomiędzy komputerami należącymi do jednego użytkownika (oczywiście pod warunkiem dezaktywacji pierwotnie zainstalowanej kopii). Żadnego wpływu na powyższą konstatację nie mają przy tym

postanowienia konkretnych umów licencyjnych. Zarówno regulacja art. 4 ust. 2 dyrektywy z 2009 roku, jak i art. 51 ust. 3 prawa autorskiego mają charakter bezwzględnie obowiązujący (ius cogens), a co za tym idzie niedopuszczalne jest ich ograniczanie lub uchylanie w drodze czynności prawnej. Organ prowadzący postępowanie o udzielenie publicznego badania i oceniając złożone oferty winien zastosować art. 51 ust. 3 prawa autorskiego dokonując jego wykładni zgodnie z normami zawartymi w dyrektywie z 2009 roku tj. zgodnie z rozumowaniem przeprowadzonym przez Trybunał Sprawiedliwości w omawianym wyżej orzeczeniu. O istnieniu tego obowiązku wielokrotnie wypowiadał się sam Trybunał, podkreślając że ciąży on nie tylko na sądach krajowych, ale także na wszystkich innych organach stosujących prawo państw członkowskich. Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wywiódł, że licencja typu OEM umożliwia z definicji ponowną instalację programu komputerowego będącego jej przedmiotem. Nadto postanowienia licencji taką możliwość wyłączające byłyby niezgodne z obowiązującym prawem, a co za tym idzie bezskuteczne. Tezy te znajdują potwierdzenie nie tylko w orzecznictwie TSUE, ale także są jednolicie podzielane w doktrynie prawa autorskiego, o czym świadczą przedstawione przez odwołującego fragmenty publikacji naukowych dotyczących omawianej problematyki. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie wskazał natomiast precyzyjnie z czego wywodzi swój pogląd w tym zakresie, opierając go prawdopodobnie na pewnej „obiegowej opinii” oraz informacjach podawanych na stronach producentów oprogramowania, które jednak, co oczywiste, nie mogą derogować obowiązujących przepisów prawa, czy też determinować ich wykładni. Zamawiający bazując na błędnych przesłankach powziął wadliwą decyzję i dokonał niezgodnej z prawem czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Błędy tego można było zresztą bardzo łatwo uniknąć chociażby zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający również zaniechał.

W dalszej części odwołujący uzasadnił zarzut dotyczący zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego BIT. Podniósł, że zgodnie z załącznikiem 3 do SIWZ lp. 16 każdy z wykonawców zobowiązany był do podania nazwy oferowanego systemu operacyjnego oraz wskazania parametrów tego oprogramowania. Wymaganiu temu nie sprostał natomiast przystępujący BIT, który podał jedynie fragment nazwy oferowanego oprogramowania tj. Windows 8.1 Pro 64 BIT. Pod nazwą tą kryć się może co najmniej kilka wersji tego oprogramowania np. wersja z licencją typu OEM lub wersja z licencją typu „box”. Zamawiający więc bez zasięgnięcia dodatkowej informacji od wykonawcy nie był w stanie określić jakie system operacyjny w istocie stanowi przedmiot oferty. Zamiast tego zamawiający wezwał przystępującego BIT do wyjaśnień w zakresie oferowanego systemu operacyjnego, a następnie zaakceptował modyfikację tej oferty dokonaną przez tego wykonawcę. Odwołujący wywiódł, że skoro zamawiający wezwał do wyjaśnień

przystępującego BIT w zakresie oferowanego systemu operacyjnego - wykonawcy temu nie pozostało więc nic innego jak stwierdzić, że oferuje oprogramowanie typu „box”. Na tym etapie wykonawca ten miał więc możliwość wyboru jakie oprogramowanie w istocie oferuje i tego wyboru dokonał zgodnie z sugestią zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o uznanie za spóźnione zarzutów odwołania dotyczących zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego BIT. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca BIT S.A. w Warszawie, zwany dalej również „przystępującym BIT”. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Computex sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz Techsource sp. z o.o. w Legionowie, zwani dalej „przystępującym Computex”. Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Immitis sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz Maxto sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie, zwani dalej „przystępującym Immitis”. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 31 lipca 2015 r., pismo zamawiającego z 09 lipca 2015 r. skierowane do Microsoft Polska, pismo Microsoft sp. z o.o. w Warszawie z 13 lipca 2015 r., wydruk korespondencji pocztą elektroniczną prowadzonej przez przedstawicieli odwołującego z przedstawicielami NTT System S.A. w Warszawie z 04 sierpnia 2015 r. jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i

uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego BIT, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wskazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego przystępującego Computex, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wskazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła, na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp uwzględnić opozycję odwołującego przeciw przystąpieniu przystępującego Immitis, gdyż stwierdziła, że odwołujący uprawdopodobnił, iż wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Odwołujący w zgłoszonej opozycji podniósł, że przystępujący Immitis został sklasyfikowany na miejscu czwartym i niezależnie od rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego nie ma szansy na uzyskanie zamówienia. Izba na podstawie rozstrzygnięcia zamawiającego z dnia 31 lipca 2015 r. stwierdziła, że przystępujący Immitis na podstawie kryteriów oceny ofert uzyskał 79,43 pkt i został sklasyfikowany na miejscu czwartym, za przystępującym BIT, wykonawcą Integrit S.A. we Wrocławiu oraz wykonawcą Intertrading Systems Technology sp. z o.o. w Warszawie. Biorąc powyższe pod uwagę, w razie rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego oferta przystępującego pozostałaby na miejscu czwartym, a co za tym idzie nie miałby on szans na uzyskanie zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba uwzględniła zgłoszoną opozycję.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert może być wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Ustalono, że przedmiotem części I zamówienia była dostawa nowych i nieużywanych zestawów komputerowych wraz z oprogramowaniem systemowym, biurowym i antywirusowym wraz z licencjami. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 3 i 4 do SIWZ oraz projekcie umowy zawartym w załączniku nr 10a do SIWZ (pkt IV.1.1. SIWZ). Jednym z elementów przedmiotu zamówienia był min. system operacyjny (pkt 16 załącznika nr 3 do SIWZ). Licencja na oprogramowanie i oprogramowanie miała upoważniać zamawiającego i urzędy do korzystania m.in. na następująco opisanym polu eksploatacji: *Instalacja na stacji roboczej (stacjach roboczych) innych niż te, na których pierwotnie zainstalowano, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji ich z tej stacji roboczej (stacji roboczych)* (§ 12 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 a do SIWZ, w brzmieniu ustalonym ostatecznie w modyfikacji dokonanej w dniu 30 kwietnia 2015 r. w odpowiedzi na pytanie nr 86).

Ustalono także, że odwołujący zaoferował zamawiającemu system operacyjny MS Windows 8.1. Professional PL OEM 64 bit z możliwością downgrade do MS Windows 7 Professional PL, producenta Microsoft Corporation, co wynikało z wypełnionego przez niego formularza cenowego załączonego do oferty.

Ustalono także, że zamawiający w 9 lipca 2015 r. wystąpił do Microsoft Polska z prośbą o informację, czy MS Windows 8.1. Professional PL OEM 64bit z możliwością downgrade do MS Windows 7 Professional umożliwia instalację na stacji roboczej (stacjach roboczych) innych niż te, na których pierwotnie zainstalowano, pod warunkiem wcześniejszej deinstalacji ich ze stacji roboczej (stacji roboczych). 13 lipca 2015 r. zamawiający uzyskał odpowiedź z Microsoft sp. z o.o. w Warszawie, że - po konsultacji z Microsoft Ireland Operations Limited (MIOL) - licencje w wersji OEM zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej nie mogą być przenoszone na inne komputery (pisma z 9 lipca 2015 r. i z 13 lipca 2015 r. w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że zamawiający 31 lipca 2015 r. poinformował odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz że w zakresie części I zamówienia wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego BIT. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający podniósł, że treść oferty odwołującego w zakresie

zaoferowanego systemu operacyjnego jest niezgodna z § 12 ust. 4 pkt 4 projektu umowy. Zamawiający wywiódł, że zaoferowano mu system operacyjny z typem licencji, która nie umożliwia ponownej instalacji oferowanego oprogramowania na innym komputerze (po uprzedniej deinstalacji) bez naruszania praw autorskich (pismo z 31 lipca 2015 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż zamawiający nie wykazał, aby treść oferty odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazywanym w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał, aby licencja na zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie (MS Windows 8.1. Professional PL OEM 64bit z możliwością downgrade do MS Windows 7 Professional) zabraniała przeniesienia licencji na inną stację roboczą po uprzedniej deinstalacji z pierwotnej stacji roboczej. W pierwszej kolejności należało stwierdzić, że zamawiający nie powołał dowodu z dokumentu w postaci licencji oprogramowania Windows 8.1. Professional PL OEM 64bit z możliwością downgrade do MS Windows 7 Professional na okoliczność, że jej treść rzeczywiście zabrania przenoszenia oprogramowania w sposób wymagany przez zamawiającego. Wskutek powyższego Izba nie mogła przeanalizować konkretnych postanowień licencyjnych, które rzekomo miały świadczyć o niezgodności treści oferty odwołującego z postanowieniem § 12 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy. Obowiązek złożenia takiego dowodu w niniejszej sprawie spoczywał na zamawiającym, albowiem to on twierdził, że postanowienia licencji zabraniają przenoszenia oferowanego oprogramowania na inne stacje robocze, czyniąc treść oferty odwołującego sprzeczną z treścią SIWZ. Przypomnienia wymaga, że postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Zgodnie z art. 190 ustawy Pzp, strony obowiązane są wskazywać dowody na potwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w świetle art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tej stronie, która z faktu tego wywodzi skutek prawny. Ponieważ to zamawiający z faktu, że postanowienia licencji oferowanego przez odwołującego oprogramowania są niezgodne z § 12 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, zatem to on zobowiązany był udowodnić tę okoliczność faktyczną. Tymczasem zamawiający nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie przytoczył treści tych postanowień licencyjnych, zarówno w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego z 31 lipca 2015 r., jak i w toku rozprawy przed Izbą. Zgodzić należało się

zatem z odwołującym, który w odwołaniu stwierdził, że zamawiający nie wskazał precyzyjnie z czego wywodzi swój pogląd o niezgodności treści postanowień licencyjnych z treścią SIWZ.

Jedyny dowód w tym zakresie, jaki Izba przeprowadziła na wniosek zamawiającego to dowód z dokumentu w postaci korespondencji, jaką zamawiający prowadził z Microsoft sp. z o.o. w Warszawie. Zamawiający rzeczywiście uzyskał odpowiedź z tej firmy, że - po konsultacji z Microsoft Ireland Operations Limited (MIOL) - licencje w wersji OEM zgodnie z postanowieniami umowy licencyjnej nie mogą być przenoszone na inne komputery. Jednakże do odpowiedzi tej nie załączono postanowień umowy licencyjnej, które rzekomo miały zabraniać takiej operacji, nie powołano także treści tych postanowień. Ponadto, w ocenie Izby, do oświadczenia Microsoft Polska sp. z o.o. należało podchodzić z dużą ostrożnością. Pochodziło ono od podmiotu żywo interesowanego uznaniem, że tańsze licencje w wersji OEM nie upoważniają do korzystania w sposób wymagany przez zamawiającego. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że producent jest zainteresowany w zwiększeniu sprzedaży droższych wersji tzw. BOX.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nawet gdyby zamawiający zdołał udowodnić, iż rzeczywiście postanowienia umowy licencyjnej oferowanego przez odwołującego oprogramowania zabraniają przenoszenia oprogramowania na inną stację roboczą po uprzedniej deinstalacji z pierwotnej stacji, to niekoniecznie musiałoby to oznaczać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jak słusznie dostrzegł odwołujący, należałoby przeanalizować skuteczność takich ewentualnych postanowień umownych pod kątem zgodności z przepisami prawa regulującymi instytucję wyczerpania prawa uprawnionego do zezwalania na dalszy obrót egzemplarzem oprogramowania. Zgodnie z art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, *wprowadzenie do obrotu oryginału albo egzemplarza utworu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem jego najmu lub użyczenia*. Przepis ten jest wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego przepisu art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych. Stanowi on, że *pierwsza sprzedaż na terytorium Wspólnoty kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji na terytorium Wspólnoty tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń programu lub jego kopii*.

Instytucja wyczerpania prawa do zezwalania na dalszy obrót odnosi się do danego, konkretnego egzemplarza oprogramowania. Wyczerpanie odnosi skutek wobec majątkowego prawa autorskiego w zakresie korzystania z utworu polegającego na uprawnieniu do zezwalania na dalszy obrót. Zgodnie z przywołanymi przepisami, prawo to

zostaje „wyczerpane”, a więc już nie służy uprawnionemu, jeżeli doszło do wprowadzenia do obrotu tego egzemplarza przez uprawnionego lub za jego zgodą na obszar EOG. Jak wskazuje się w piśmiennictwie poświęconemu tego zagadnieniu, celem omawianej instytucji jest usunięcie kolizji pomiędzy koniecznością ochrony autorskich praw majątkowych z jednej strony, a koniecznością ochrony prawa własności. W braku omawianej instytucji uprawniony z autorskich praw majątkowych mógłby zakazywać nabywcy egzemplarza utworu dalszego nim obracania, co godziłoby w prawo własności i naruszałoby zasadę zgodnie z którą dobra podlegają obiegowi w gospodarce. Ponadto celem instytucji jest także zapewnienie bezpieczeństwa obrotu dobrami i usunięcie stanu niepewności w tym zakresie. Ustawodawca unijny a w ślad za nim i ustawodawca krajowy doszli do przekonania, że interes uprawnionego jest chroniony w dostateczny sposób, gdyż adekwatne świadczenie może zapewnić sobie na etapie pierwszego wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu na terenie EOG. Nie ulega również wątpliwości Izby, że ewentualne postanowienia umów licencyjnych, które naruszałoby przepis art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych byłyby nieważne z mocy art. 58 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Jak słusznie dostrzegł na rozprawie odwołujący, wprowadzenie egzemplarza oprogramowania do obrotu na terenie EOG nastąpi wcześniej aniżeli w momencie sprzedaży tego egzemplarza przez odwołującego na rzecz zamawiającego. Zamawiający będzie wprowadził użytkownikiem końcowym oprogramowania, ale sprzedaż na rzecz zamawiającego zostanie poprzedzona wcześniejszymi transakcjami sprzedaży. Na podstawie tych transakcji podmiot działający na szczeblu hurtowym sam lub za pośrednictwem jeszcze dalszych ogniw kupi egzemplarz oprogramowania od jego producenta, a następnie tak nabyty produkt sprzeda odwołującemu. Wobec powyższego skutek wyczerpania prawa do zezwalania na dalszy obrót nastąpi zanim jeszcze zamawiający wejdzie w posiadanie produktu. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *wyczerpanie nie wymaga, by przeniesienie własności nastąpiło na rzecz odbiorcy (użytkownika) końcowego. Także przeniesienie własności na podmiot działający na szczeblu hurtowym obrotu spełnia przesłanki art. 51 ust. 3.* (Tomasz Targosz, komentarz do art. 51 ustawy o prawie autorskim i prawie pokrewnym, w: Bukowski M., Flisak D., Okoń Z., Podrecki P., Raglewski J., Stanisławska-Kloc S., Targosz T *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz., Lex 2015*). O tym, że proces wchodzenia zamawiającego w posiadanie egzemplarza oprogramowania jest bardziej złożony należało wnioskować choćby z wydruku korespondencji pocztą elektroniczną złożonego przez odwołującego na rozprawie. Z wydruku tego wynikało, że oprócz odwołującego, który będzie sprzedawał egzemplarz utworu na rzecz zamawiającego, w transakcję - na wcześniejszym etapie - będzie zaangażowany co najmniej jeszcze jeden podmiot - NTT System S.A. w Warszawie. Przeniesienie własności egzemplarza oprogramowania na podstawie umowy sprzedaży lub

innej umowy wywołującej skutek rozpogadzający i wprowadzenie go do obrotu na terenie EOG nastąpi zatem już na wcześniejszym etapie, a nie na etapie sprzedaży produktu zamawiającemu. Po drugie, transakcja na podstawie której produkt zostanie wprowadzony do obrotu, zostanie dokonana za wiedzą i zgodą uprawnionego z autorskich praw majątkowych. Brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, jakoby podmioty działające na rynku hurtowym pozyskiwały egzemplarze oprogramowania w sposób nieuprawniony. Po trzecie, uprawniony otrzyma za to stosowne wynagrodzenie. Wobec spełnienia wszystkich znamion przepisu art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych z momentem wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu na terytorium EOG utraci prawo do zezwalania na dalszy obrót z mocy tego przepisu. Przeciwnie postanowienia umów licencyjnych – jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy – musiałyby zostać uznane za nieważne.

W ocenie Izby, prawo do zezwalania na dalszy obrót egzemplarzem oprogramowania, które po myśli art. 51 ust. 3 powoływanej ustawy wygasa, konsumuje w sobie prawo polegające na przenoszeniu oprogramowania na inną stację roboczą po uprzednim jego odinstalowaniu z pierwotnej stacji. Jak słusznie zauważył odwołujący, na konieczność takiej interpretacji wskazuje wnioskowanie z większego na mniejsze. Skoro zamawiający miałby prawo do dalszego wprowadzania egzemplarza utworu do obrotu, a więc do jego sprzedaży czy darowizny, to tym bardziej ma prawo do przeniesienia oprogramowania na swój inny komputer, po uprzedniej deinstalacji z poprzedniej stacji roboczej.

Zdaniem Izby, umowne uzgodnienia sprzeczne z celem instytucji wyczerpania wyrażającym się w zapewnieniu „obiegowości” dóbr w gospodarce należy uznać za nieważne. Dostrzec należy, że na gruncie zbliżonych przepisów prawa niemieckiego, implementujących przepisy tej samej dyrektywy, *nie uznano za odrębne pole eksploatacji tzw. wersji OEM, to jest oprogramowania sprzedawanego wyłącznie ze sprzętem komputerowym* (Tomasz Targosz, Katarzyna Świerk-Bozek, Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe, Wolters Kluwer Polska 2010, s. 174). Co jednak istotniejsze, w wyroku z dnia 6 lipca 2000 r. I ZR 244/97 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2001 nr 2, s. 153) dotyczącym oprogramowania OEM niemiecki sąd najwyższy orzekł, że zobowiązanie się do dystrybucji oprogramowania OEM tylko łącznie ze sprzętem nie było skuteczne na potrzeby wyczerpania prawa, a zatem naruszenie tego warunku (i wprowadzenie do obrotu samego oprogramowania) nie wyłączyło wyczerpania (por. komentarz do art. 51 [w] Tomasz Targosz, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz. LEX 2014). Ponieważ wyrok niemieckiego sądu najwyższego zapadł na tle przepisów stanowiących implementację analogicznych przepisów dyrektywy, wskazówki z niego płynące można uznać za uniwersalne. Przyjęcie stanowiska zamawiającego i przystępującego BIT godziłoby

w zasadę obiegowości, które stała się powodem wprowadzenia przepisu art. 4 ust. 2 dyrektywy i art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Izba podziela również analogiczne poglądy polskiego piśmiennictwa przytoczone przez odwołującego w odwołaniu.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezasadnie odrzucając ofertę odwołującego w sytuacji, gdy nie wykazano aby treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

W wykonaniu wyroku Izby zamawiający zobowiązany będzie unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Izba nie orzekała w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego BIT, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia Izby cofnął te zarzuty.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględni* odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie*

lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Wobec powyższego nakazano zamawiającemu unieważnienie niezgodnej z prawem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.).” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: