

Sygn. akt: KIO 537/18

Sygn. akt: KIO 538/18

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 marca 2018 r. przez **Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen Zajączka 9; 01-518 Warszawa** (sygn. akt: KIO 537/18)
- B. w dniu 23 marca 2018 r. przez **Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen Zajączka 9; 01-518 Warszawa** (sygn. akt: KIO 538/18)

w postępowaniu prowadzonym **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

- A. **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 538/18 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zawarcie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” tom III w pkt 3.6.8.2.14.6 („Wymagania dla urządzeń srk umożliwiające ich powiązanie z innymi

urządzeniami/systemami srk") postanowienia przewidującego obowiązek opracowania, przekazania i przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) szczegółowo wymienionej w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ, i nakazuje zmianę pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ w taki sposób, aby postanowienia SIWZ przewidywały udzielenie Zamawiającemu niewyłącznej licencji do dokumentacji interfejsu i uwzględnienie konsekwencji zmiany w subklauzuli 1.10. tom II SIWZ. W pozostałym zakresie oddala oba odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen Zajączka 9; 01-518 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen Zajączka 9; 01-518 Warszawa** kwotę **47 200 zł 00 gr** (słownie: trzy siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 537/18

Sygn. akt: KIO 538/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na:

„*LOT C - Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) – Rusiec Łódzki (km 137,500)*”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.12.2017 r. pod nr 2017/S 247-520830;

„*LOT D - Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) – Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)*”; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.12.2017 r. pod nr 2017/S 247-520830;

- przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwanym dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 13.03.2018 r. (umieszczając na stronie internetowej) Zamawiający zmienił treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” – Modyfikacja SIWZ - Część V, w każdym ze wskazanych wyżej postępowań (*LOT C, LOT D*). Wersja ta przewidywała w tomie III w pkt 3.6.8.2.14.6 nowy obowiązek, który polega na konieczności przekazania Zamawiającemu dokumentacji technicznej związanej z realizacją zamówienia. Dokumentacja ta stanowi swoistą Instrukcję działania oprogramowania wykorzystywanego przy realizacji zamówienia (tzw. "interfejsu"), wobec którego Zamawiający nabywa licencję, zgodnie z postanowieniami subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ. Nowa treść pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ dodała ponadto, iż do wymienionej dokumentacji Wykonawca jest zobowiązany przenieść na rzecz Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych, na zasadach określonych w umowie. Obowiązek ten został wprowadzany przez następujący zapis: „*Z chwilą przyjęcia przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją niniejszego Kontraktu (lub przyjmowanej przez niego części), w ramach Ceny Kontraktowej, Wykonawca przenosi na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo, na wyłączność całość autorskich praw majątkowych do utworów wchodzących w skład dokumentacji lub jej części, na zasadach wskazanych w umowie.*”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 537/18 (LOT C) – Thales Polska Sp. z o.o.:

W dniu 23.03.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen Zajączka 9; 01-518 Warszawa zwane dalej: „Thales Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 537/18” wniosło odwołanie na treść w/w modyfikacji SIWZ – Część V (LOT C). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zamawiający w dniu 26.03.2018 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 538/18 (LOT D) - Thales Polska Sp. z o.o.:

W dniu 23.03.2018 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen Zajączka 9; 01-518 Warszawa zwane dalej: „Thales Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 538/18” wniosło odwołanie na treść w/w modyfikacji SIWZ – Część V (LOT D). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Zamawiający w dniu 26.03.2018 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.03.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań zwana dalej: „TORPOL S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący poparł zarzut Odwołującego co do braku konieczności żądania od Wykonawcy (lub zgodnie z praktyką od jego podwykonawcy robót srk) przekazania praw autorskich do dokumentacji interfejsu w kontekście charakteru tego dokumentu, a tym samym słusznym staje się przyjęcie, że w stosunku do standardowego oprogramowania (patrz dokumentacji interfejsu) wystarczającym wydaje się nabycie przez Zamawiającego licencji.

Odwołujący w obu odwołaniach zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1, 2 i 3b, art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp oraz art. 5 i art. 353(1) Kc w zw.

z art. 139 Pzp - poprzez zawarcie w SIWZ tom III w pkt 3.6.8.2.14.6 („Wymagania dla urządzeń srk umożliwiające ich powiązanie z innymi urządzeniami/systemami srk”) postanowienia przewidującego obowiązek opracowania, przekazania i przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) szczegółowo wymienionej w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ. Zdaniem Odwołującego, powyższe postanowienia naruszają zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców, a także godzą w wynikające z Kc: zakaz nadużycia prawa podmiotowego oraz zasadę równości stron przy kształtowaniu warunków umowy. Wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- 3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

1. Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie rozpoczął Postępowanie poprzez publikację SIWZ w dniu 28.12.2018 r.

2. Przedmiotem zamówienia opisanego w SIWZ jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „projektuj i buduj” dla zadania pn. LOT C - Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) - Rusiec Łódzki (km 137,500) w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E-65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo”.

3. W dniu 13.03.2018 r. Zamawiający opublikował nową wersję SIWZ. Wersja ta przewiduje w tomie III w pkt 3.6.8.2.14.6 nowy obowiązek, który polega na konieczności przekazania Zamawiającemu dokumentacji technicznej związanej z realizacją zamówienia. Dokumentacja ta stanowi swoistą Instrukcję działania oprogramowania wykorzystywanego przy realizacji zamówienia (tzw. "interfejsu"), wobec którego Zamawiający nabywa licencję, zgodnie z postanowieniami subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ. Fakt udzielenia i zakres żądanej licencji na korzystanie z interfejsu (oprogramowania) nie jest przedmiotem sporu między Zamawiającym i Odwołującym.

4. Zgodnie z pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ, obowiązek dodany przez Zamawiającego dotyczy następujących dokumentów:

W przypadku zabudowy stacyjnych urządzeń srk (nastawnica) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem stacyjnym sile (sąsiednia nastawnica)
- systemem zdalnego sterowania
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUID)

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- systemem samoczynnej blokady liniowej (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- systemem półsamoczynnej blokady liniowej (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- systemem kontroli niezajętości
- systemem zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym
- napędem zwrotnicowym
- sygnalizatorem przytorowym

W przypadku zabudowy liniowych urządzeń srk Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem zdalnego sterowania
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem stacyjnym srk (nastawnica) (w tym na potrzeby współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC))
- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)
- systemem kontroli niezajętości
- sygnalizatorem przytorowym

W przypadku zabudowy systemu zdalnego sterowania (nadrzędnym) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem zdalnego sterowania sąsiednim
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)
- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- systemem samoczynnej blokady liniowej
- systemem półsamoczynnej blokady liniowej
- systemem zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym

W przypadku zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- systemem zdalnego sterowania
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) (sąsiednim)
- urządzeniami dsat

W przypadku zabudowy systemu zabezpieczenia ruchu na przejeździe kolejowo-drogowym Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem zdalnego sterowania
- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- centrum utrzymania i diagnostyki (CUIID)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)
- systemem ERTMS/ETCS poziom 1 (koder LEU)

W przypadku zabudowy urządzeń dsat Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)

W przypadku zabudowy urządzeń zewnętrznych (tj. napęd zwrotnicowy; system kontroli niezajętości, sygnalizator przytorowy) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z:

- systemem stacyjnym srk (nastawnica)
- systemem samoczynnej blokady liniowej

5. Nowa treść pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ dodała ponadto warunek, ii do wymienionej dokumentacji Wykonawca jest zobowiązany przenieść na rzecz Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych, na zasadach określonych w umowie. Obowiązek ten został wprowadzany przez następujący zapis: *„Z chwilą przyjęcia przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją niniejszego Kontraktu (lub przyjmowanej przez niego części), w ramach Ceny Kontraktowej, Wykonawca przenosi na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo, na wyłączność całość autorskich praw majątkowych do utworów wchodzących w skład dokumentacji lub jej części, na zasadach wskazanych w umowie.”*

6. W konsekwencji dodanego postanowienia w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ, autorskie prawa majątkowe do wymienionej dokumentacji interfejsu przenoszone są na Zamawiającego na zasadach określonych w subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ. Sama treść subklauzuli 1.10 i zakres jej stosowania określony w tomie II SIWZ nie stanowi przedmiotu sporu. Odwołujący ma wyłącznie zastrzeżenia do faktu, że przepisy o przeniesieniu autorskich praw majątkowych zawarte w tej subklauzuli, zgodnie z zamiarem Zamawiającego, mają mieć zastosowanie do dokumentacji wymienionej w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ.

7. Co istotne, zgodnie z treścią pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ, przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje bez względu na fakt, czy zażądana przez Zamawiającego dokumentacja tworzona jest wyłącznie na potrzeby danego (jednego) postępowania, czy też jest szablonem stosowanym przez Odwołującego (lub też jakiegokolwiek innego oferenta). Brak powyższego rozróżnienia ma zasadnicze znaczenie dla oceny zasadności i zgodności

z prawem postawionego przez Zamawiającego wymogu, o czym szerzej w dalszej części niniejszego odwołania.

8. Analogiczne postanowienia dotyczące przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji były już przedmiotem sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w ramach postępowania na „Projekt i budowę urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „prace na linii kolejowej E59 Poznań Główny - Szczecin Dąbie” zakończonego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17. W postępowaniu tym Odwołujący zarzucił m.in., że postanowienie dotyczące obowiązku przeniesienia praw autorskich praw majątkowych do dokumentacji narusza zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i stanowi nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania warunków umowy.

9. W toku postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 2506/17 Zamawiający wyjawiał powody, ze względu na które wprowadza do SIWZ sporne postanowienia. Przyczyny te bez wątpienia pozostają aktualne w przypadku niniejszego postępowania. Zamawiający podniósł w szczególności, że:

a) Wymóg nabycia praw autorskich do dokumentacji wynika z obiektywnej potrzeby Zamawiającego - potrzeby otrzymania dokumentacji interfejsów, która umożliwi w przyszłości samodzielny i niezakłócony rozwój oraz utrzymanie systemu sterowania ruchem kolejowym, w tym przyłączanie kolejnych systemów oraz ich integracji bez potrzeby pełnego angażowania ich dostawców oraz producentów (str. 23 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

b) Według Zamawiającego, realizowane uprzednio inwestycje (przy których nie zastrzeżono konieczności przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji) wiązały się z koniecznością udzielania dotychczasowym dostawcom/producentom systemu zamówień z wolnej ręki na dokonanie prac związanych z integracją. Zdaniem Zamawiającego, podmioty te - posiadając całość praw do systemu i dokumentacji - miały możliwość narzucania ceny za wykonanie tego typu prac. Jedynym zatem celem Zamawiającego przy ustanawianiu wymogów przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji jest zapobieżenie konieczności udzielania zamówień z wolnej ręki i związanym z tym procederem narzucania ceny przez dostawców i producentów oprogramowania (str. 23 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt KIO 2506/17).

c) W dalszej części wyводу Zamawiający wyjaśnia, że sporne postanowienie jest mu konieczne w celu pozyskania i posiadania informacji umożliwiającej powiązywanie systemów wykorzystywanych przy realizacji zadania (str. 24 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

d) Zamawiający jednocześnie podkreśla, że żąda praw wyłącznie do tej dokumentacji, która jest odpowiedzialna na połączenie poszczególnych systemów, a w stosunku do samego interfejsu (programu komputerowego) wymaga jedynie udzielenia licencji, co (zdaniem Zamawiającego) nie ogranicza wykonawcy w dalszym korzystaniu i rozwijaniu produktu (str. 24 i 25 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17),

e) Zamawiający stwierdził, wbrew opinii Odwołującego, że specyfikacje techniczne mają charakter uniwersalny. Świadczyć o tym ma fakt, że (zdaniem Zamawiającego) specyfikacje techniczne opracowane przez innych uczestników rynku systemów sterowania ruchem kolejowym mają charakter indywidualny i dedykowane są dla konkretnego postępowania. W konsekwencji - wbrew zarzutom Odwołującego - zbycie praw do dokumentacji nie powinno skutkować uniemożliwieniem Odwołującemu działalności w zakresie prac na rynku zabudowy urządzeń SRK (str. 25 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

f) Zamawiający wskazał, że sporny zapis został wprowadzony zgodnie z Wytycznymi Prezesa UZP pt. "Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne na dostawę zestawów komputerowych" oraz „Wzorcowymi Klauzulami Ministerstwa Cyfryzacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na systemy informatyczne i oprogramowania" (str. 26 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

g) Zdaniem Zamawiającego, zabezpieczenie się przed koniecznością zlecenia zamówień z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie integracji systemów może zostać zagwarantowane jedynie poprzez uzyskanie autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej na korzystanie z dokumentacji na określonych polach eksploatacji z jednoczesnym prawem wykonywania praw zależnych (str. 27 – wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

h) Zdaniem Zamawiającego, uwzględnienie odwołania stałoby w sprzeczności z przyjętymi założeniami, Wytycznymi Prezesa UZP i Ministerstwa Cyfryzacji i prowadziłoby do uzależnienia się Zamawiającego od Wykonawcy przy pracach związanych z rozbudową i modernizacją komputerowego systemu sterowania ruchem kolejowym. Powyższe narażałoby Zamawiającego na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także nieracjonalne wydatkowanie środków publicznych (str. 27 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17),

i) Zamawiający uznał za chybiony podniesiony przez Odwołującego zarzut, że warunki narzucane przez SIWZ stanowią przejaw nadużycia pozycji dominującej. Zamawiający uznał, że wymóg przeniesienia praw autorskich majątkowych do dokumentacji zgodnie z treścią SIWZ nie prowadzi do wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym ani nie skutkuje wyeliminowaniem Odwołującego z rynku, a wszystkie stawiane przez Zamawiającego wymagania posiadają ekonomiczne uzasadnienie (str. 28 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17),

10. KIO wyrokiem z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17 - uznała, że odwołanie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie - powtarzając i popierając argumentację przytoczoną przez Zamawiającego.

11. Odwołujący krytycznie ocenił wyrok z 12.12.2017 r. Zastrzeżenia Odwołującego budzi w szczególności fakt, że w ramach postępowania nie zostały szczegółowo rozpatrzone wszystkie jego zarzuty, a w przypadku niektórych spornych kwestii Izba przyjęła okoliczności i argumentację Zamawiającego za prawidłowe bez wystarczającej analizy (o czym w dalszej części niniejszego odwołania). Mimo tego, Odwołujący nie zdecydował się na skorzystanie ze środka zaskarżenia - licząc, że niekorzystne dla niego zapisy nie będą powielane w kolejnych postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego. Nadzieje okazały się płonne, gdyż w dniu 13.03.2018 r. Zamawiający dodał sporne zapisy o przeniesieniu autorskich praw majątkowych do dokumentacji interfejsu do szeregu prowadzonych postępowań przetargowych, w tym do warunków postępowania objętego niniejszym odwołaniem.

12. Co warte zauważenia, Odwołujący nie przystąpił ostatecznie do postępowania przetargowego, którego dotyczył wyrok z 12.12.2017 r. Oznacza to, że praktyka Zamawiającego faktycznie ograniczyła konkurencję (wśród już pierwotnie wąskiego grona potencjalnych wykonawców na rynku) i będzie ograniczać konkurencję w kolejnych postępowaniach, w których Zamawiający powielić będzie sporne zapisy i których Odwołujący konsekwentnie nie będzie mógł zaakceptować.

13. Ze względu na wąski krąg potencjalnych wykonawców oraz liczbę i wartość postępowań przetargowych Zamawiającego - istnieje duże prawdopodobieństwo, że absencja Odwołującego w kolejnych postępowaniach przetargowych podniesie średnią cenę realizacji zamówień Zamawiającego o kwoty w znacznej wysokości. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, niniejsze odwołanie zasługuje na szczególnie dogłębną analizę Izby - nie tylko w celu zapewnienia realizacji zasad PIP (w szczególności weryfikacji, czy spowodowane przez Zamawiającego faktyczne ograniczenie konkurencji ma swoje obiektywne i istotne uzasadnienie), ale również w trosce o interes publiczny, w tym gospodarność po stronie Zamawiającego jako podmiotu z sektora finansów publicznych.

Uwagi wstępne

14. Na wstępie Odwołujący podkreślił, że rozumie i podziela intencje Zamawiającego, którymi kieruje się przy ustalaniu wymogów w zakresie praw własności intelektualnej do materiałów (oprogramowania, dokumentacji) wykorzystywanych na potrzeby realizacji zamówień publicznych. Odwołujący jest także zainteresowany zapewnieniem stanu uczciwej konkurencji na rynku - w tym zapobieżeniu sytuacjom, gdy podmiot konkurencyjny wobec Odwołującego otrzymuje zlecenie z wolnej ręki ze względu na niedoskonałe zapisy SIWZ i umów sporządzonych w ramach wcześniejszych postępowań przetargowych. Jednakże,

zdaniem Odwołującego, Zamawiający stosuje niewłaściwe, nieskuteczne, ograniczające konkurencję i dyskryminujące środki, a w konsekwencji powoduje skutek dokładnie odwrotny od zamierzonego.

15. Wobec faktu, iż okoliczności sprawy oraz stanowisko Zamawiającego są Odwołującemu znane z treści wyroku dotyczącego poprzedniego (analogicznego) postępowania przed Izłą (sygn. akt: KIO 2506/17), Odwołujący stwierdza, że na potrzeby rozpatrzenia niniejszego odwołania jest niezbędna odpowiedź na następujące pytania:

a) Czy sporne zapisy pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ służą obiektywnej potrzebie Zamawiającego związanej z realizacją Zamówienia publicznego?

b) Czy wybrana przez Zamawiającego metoda (służąca spełnieniu obiektywnej potrzeby Zamawiającego) koliduje z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w tym z zasadą proporcjonalności, obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji, zakazem dyskryminacji, zasadą równości stron umowy, zakazem nadużycia prawa oraz zakazem nadużywania pozycji dominującej?

c) Czy istnieją inne metody (niż wybrana przez Zamawiającego)! które w sposób mniej istotny i uciążliwy kolidowałyby z którąś z powyżej wymienionych zasad (jeżeli kolizja taka jest nieunikniona)? Odpowiedź negatywna na pytanie pierwsze lub pozytywna odpowiedź na pytanie drugie i trzecie oznaczałaby, że niniejsze odwołanie jest uzasadnione, a Zamawiający powinien dokonać odpowiedniej zmiany SIWZ.

Przedmiot prawa autorskiego w przypadku spornej dokumentacji interfejsu

16. Zasadniczą kwestią na potrzeby rozpatrzenia niniejszego postępowania jest ustalenie, czy specyfikacja interfejsu stanowi utwór w rozumieniu prawa autorskiego. W przypadku odpowiedzi negatywnej, należałoby uznać, że zarówno Odwołujący jak i Zamawiający nie są uprawnieni do limitowania drugiej stronie sposobu korzystania ze specyfikacji interfejsu na podstawie przepisów Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a tym samym - zarówno sporny zapis SIWZ jak i niniejsze postępowanie byłyby w rzeczywistości bezprzedmiotowe.

17. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych: *„Przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór)”*.

18. W świetle ugruntowanego orzecznictwa, pojęcie utworu należy rozumieć szeroko, a ochroną prawa autorskiego objęte są także utwory o charakterze technicznym, jeżeli występuje w nich choć drobny element twórczy. Zgodnie z wyrokiem SN z 27.02.2009 r., sygn. akt: V CSK 337/08: *„Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że utworem podlegającym ochronie prawno- autorskiej jest każde dzieło, jeśli - przynajmniej pod względem formy - wykazuje pewne elementy twórcze, choćby minimalne (orzeczenie SN*

z dnia 31 marca 1953 r., II C 834/52). Za przedmiot prawa autorskiego uznawane były m. in. instrukcje bhp (orzeczenie SN z dnia 23 lipca 1971 r., U CR 244/71, nie publ.), instrukcje dla obsługi maszyny (orzeczenie SN z dnia 25 kwietnia 1969 r., I CR 76/69, OSNCP1970, nr 1, poz. 15), rozkłady kolejowe, książki kucharskie, wzory i formularze (por. orzeczenie SN z dnia 8 listopada 1932 r., Zb. OSN1933, poz.7)".

19. Nadmieniał, że w wyżej wskazanym wyroku - SN uznał, że utworem prawa autorskiego może być sama treść SIWZ. Jak trafnie zauważył Sąd: *"Dla oceny określonego dzieła referencyjnego przydatna jest koncepcja tzw. statystycznej jednorazowości, która zakłada badanie, czy takie samo lub bardzo podobne dzieło powstało już wcześniej oraz czy jest statystycznie prawdopodobne sporządzenie w przyszłości takiego samego dzieła przez inną osobę. Odpowiedź przecząca uzasadnia tezę o istnieniu cechy indywidualności dzieła. Okoliczność, że art 36 Pr.z.p. Ustawa prawo zamówień publicznych - przyp. aut.) określa katalog niezbędnych elementów, jakie powinna zawierać specyfikacja istotnych warunków zamówienia, nie pozbawia możliwości takiego ukształtowania treści tego dokumentu, które spowoduje powstanie dzieła zawierającego w sobie cechy twórcze, spełniającego wymóg oryginalności"*.

20. Zgodnie z wyżej przywołanym orzecznictwem, należy uznać, że specyfikacja interfejsu (ze względu m.in. na obszerność i złożony charakter) zawiera bez wątpienia pewne elementy twórcze podlegające ochronie prawno-autorskiej. Okoliczność ta jest bezsporna pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym.

21. Warto jednocześnie podnieść, że ochrona prawno-autorska ma swoje granice - nie dotyczy specyfikacji interfejsu jako całości ani każdej najmniejszej części, a jedynie jej elementów posiadających charakter twórczy. Nie są zatem objęte ochroną te części dokumentacji, które charakteru twórczego nie wykazują - nawet gdy posiadają względnie złożony charakter. Jak trafnie wskazał SA w Poznaniu w wyroku z 04.11.2008 r., I ACa 490/06: *"Nie jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego opracowanie stanowiące jedynie zastosowanie nawet wysokospecjalistycznej wiedzy technicznej, jeżeli jego treść jest z góry zdeterminowana obiektywnymi warunkami i zmaganiem technicznymi oraz charakterem realizowanego (rozwiązywanego) problemu (zadania) technicznego"*.

22. Na potrzeby rozpatrzenia niniejszej sprawy nie sposób także pominąć, że pewne elementy dokumentacji technicznej są wyłączone spod ochrony na podstawie wyraźnych przepisów ustawy. Art. 1 ust. 2(1) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowi: *"Ochroną objęty może być wyłącznie sposób wyrażenia; nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne"*

23. Konkludując powyżej przedstawiony stan prawny, należy uznać, że ochroną wynikającą z prawa autorskiego jest wyłącznie ta część specyfikacji interfejsu, która posiada indywidualny (twórczy) charakter i stanowi sposób wyrażania pewnej idei, koncepcji lub

metody. Takimi elementami mogą być zawarte w dokumentacji: wyjaśnienia, komentarze, przykłady i rysunki - posiadające indywidualny (najczęściej złożony) charakter.

24. Z kolei nie podlegają ochronie elementy pozbawione oryginalności, np. rysunek techniczny lub tabela wykonane zgodnie z przyjętymi standardami - wobec których istnieje duże prawdopodobieństwo, że osoba posiadająca wystarczającą wiedzę techniczną sporządziłaby te elementy w sposób identyczny. Na podstawie art. 2 (1) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie podlegają ochronie także zawarte w dokumentacji m.in.: obliczenia, listy, wymagania, zestawienia - będące "zwykłym" przedstawieniem informacji wymaganych do zamieszczenia w dokumentacji danego typu.

25. Charakter specyfikacji interfejsu i przepisy prawa autorskiego prowadzą do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający nie potrzebuje specjalnych uprawnień (przeniesienia praw lub licencji) do posługiwania się informacją zawartą w specyfikacji. W szczególności Zamawiający może pobierać informacje ze specyfikacji i udostępniać je podmiotom trzecim, o ile na podstawie odrębnych przepisów obowiązującego prawa lub postanowień umownych informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotu przekazującego dokumentację. Powyższe działania nigdy nie będą jednak stanowić przedmiotu zainteresowania prawa autorskiego ze względu na treść art. 2 (1) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

26. Posiadanie przez Zamawiającego praw do dokumentacji interfejsu nie jest jednak okolicznością bez znaczenia. Aby bowiem pobrać informację z dokumentacji, Zamawiający musi wprawdzie posiadać tytuł prawny, aby dokumentację posiadać i przechowywać. Tytułem takim może być nabycie praw autorskich majątkowych lub uzyskanie stosownej licencji.

27. Zarówno licencja jak i nabycie pełni praw autorskich mogą być udzielane w analogicznych polach eksploatacji oraz w zakresie terytorialnym. Obu powyższym instytucjom może towarzyszyć również równorzędne prawo do wykonywania i wykorzystywania modyfikacji utworu. Pojęcia te różnią się w istocie dwoma aspektami:

a) licencja zasadniczo nie pozbawia udzielającego prawa do dalszego wykorzystywania utworu - podczas gdy przeniesienie praw autorskich majątkowych taki skutek wywołuje;

b) przeniesienie praw ma zasadniczo charakter trwały (nabywca posiada prawa aż do momentu ich wygaśnięcia) w odróżnieniu od licencji, która ma zasadniczo charakter czasowy (art. 66 i 68 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych).

28. Z perspektywy niniejszej sprawy, w przypadku nabycia licencji do dokumentacji, Zamawiający może pozyskiwać zawarte w niej informacje wyłącznie w okresie obowiązywania licencji. Jeżeli zatem Zamawiający ma od początku wiedzę, jakie informacje ze specyfikacji potrzebne mu są do zintegrowania urządzeń i systemów (co należy założyć - ze względu na profesjonalny charakter Zamawiającego), to należy uznać, że wystarczającym środkiem do pozyskania informacji jest bez wątpienia licencja (niewyłączna) na okres trwania

realizacji zamówienia lub na okres nawet krótszy. Wiedząc, jakich informacji potrzebuje, Zamawiający może w ramach licencji, o której mowa powyżej, pobrać dane z dokumentacji w ciągu nawet kilku dni od jej otrzymania (co nie podlega restrykcjom prawa autorskiego), a następnie dokumentację tą usunąć jako zbędną.

29. W żadnym przypadku wygaśnięcie licencji nie powoduje utraty prawa do posługiwania się informacją pobraną wcześniej z dokumentacji. Wygaśnięcie licencji powoduje wyłącznie brakiem możliwości wykorzystywania elementów twórczych dokumentacji przykładowo wymienionych w pkt 23 niniejszego odwołania, a więc np. brak możliwości po wygaśnięciu licencji przekazywania innym wykonawcom rysunków, wyjaśnień, czy przykładów Odwołującego posiadających charakter twórczy.

30. Nabycie przez Zamawiającego uprawnień do korzystania ze specyfikacji interfejsu przez okres dłuższy niż termin realizacji zamówienia można wyłącznie rozpatrywać w kategoriach wygody Zamawiającego. Dzięki nabyciu praw lub licencji o długim okresie obowiązywania - Zamawiający może wstrzymać się z analizą i pozyskiwaniem informacji z dokumentacji i sięgnąć po nią np. po kilku latach dopiero, gdy np. znajdzie potrzeba wykonania określonych integracji systemów.

BI. Nic jednak nie przemawia za tym, aby powyższy "komfort" Zamawiającego zapewniać poprzez konieczność zbycia na jego rzecz autorskich praw majątkowych. Zamawiający może bowiem wymóc konieczność udzielenia mu niewyłącznej licencji - przykładowo z 10-, 20- lub 30-letnim okresem wypowiedzenia. Dzięki temu, Zamawiający uzyska prawa do swobodnego pobierania informacji ze specyfikacji Odwołującego przez cały okres, w którym można przypuszczać, że interfejs będzie w jakikolwiek sposób wykorzystywany.

32. Wszelkie efekty, których może oczekiwać Zamawiający, mogą być osiągnięte za pomocą długookresowej licencji na korzystanie ze specyfikacji interfejsu. Różnica pomiędzy licencją a przeniesieniem pełni praw jest wyłącznie taka, że ta druga instytucja pozbawia możliwości dalszego korzystania ze specyfikacji (Gej twórczych elementów) przez Odwołującego. W praktyce skutkuje to brakiem możliwości jakiegokolwiek wykorzystania przez Odwołującego elementów twórczych przekazanej dokumentacji (wyjaśnień, komentarzy, przykładów, rysunków) przy realizacji kolejnych umów zawieranych z Zamawiającym lub z innymi podmiotami.

33. Odwołujący jest zdania, że nie można dostrzec obiektywnego uzasadnienia, dla którego Zamawiający żąda przeniesienia na niego pełni praw autorskich zamiast udzielenia licencji. Jest to tym bardziej niezrozumiałe ze względu na fakt, że Zamawiający w ramach poprzedniego postępowania (zakończony wyrokiem KIO z 12.12.2017 r.) wyraźnie podkreślał, że nie jest jego celem utrudnienie lub ograniczenie aktywności Odwołującego na rynku czy pozbawienie go możliwości dalszych prac nad jego produktem (którym jest Interfejs wraz z towarzyszącą specyfikacją).

34. Wnioski:

1) Pobranie i wykorzystanie informacji zawartych w specyfikacji interfejsu nie wymaga nabycia przez Zamawiającego jakichkolwiek praw z uwagi na fakt, że informacja nie podlega ochronie przewidzianej przez prawo autorskie. Pozyskanie przez Zamawiającego licencji jest jednak celowe, gdyż stanowi podstawę do samego pozyskania i przechowywania dokumentacji Odwołującego.

2) Dla zapewnienia własnego komfortu, Zamawiający może oczekiwać przyznania mu uprawnień do dysponowania dokumentacją przez okres nawet dłuższy niż termin realizacji zamówienia. Dzięki temu nie będzie zmuszony do analizy dokumentacji i pozyskiwania z niej informacji bezzwłocznie, a wybranym przez siebie czasie.

3) Wszelkie efekty, których może oczekiwać Zamawiający, mogą być osiągnięte zarówno za pomocą przeniesienia pełni praw autorskich do dokumentacji jak i za pomocą niewyłącznej licencji z długim okresem obowiązywania lub wypowiedzenia. Różnica pomiędzy powyższymi instytucjami sprowadza się do tego, że przeniesienie pełni praw pozbawia Odwołującego prawa do dalszego korzystania z elementów twórczych dokumentacji. Zamawiający nie posiada jakiegokolwiek uzasadnionego interesu, aby pozbawiać Odwołującego możliwości dalszego korzystania z tych elementów, co zresztą przyznał przy okazji poprzedniego postępowania przed Izłą. Dlatego też wymóg przeniesienia pełni praw autorskich do dokumentacji stawiany bezzwzględnie przez Zamawiającego - należy uznać za całkowicie nieadekwatny i niezrozumiały.

Charakter dokumentacji interfejsu

35. Zasadniczą okolicznością niezbędną do przeanalizowania w niniejszym postępowaniu jest sposób korzystania przez Odwołującego z dokumentacji interfejsu, której przekazania oczekuje Zamawiający. Jeżeli bowiem dokumentacja ta ma charakter jednorazowy (czyli została w całości stworzona na potrzeby wyłącznie jednego zamówienia), to Odwołujący faktycznie nie ponosiłby jakiegokolwiek szkody lub innego uszczerbku w razie przeniesienia na Zamawiającego do dokumentacji pełni praw autorskich - nawet gdyby takie przeniesienie następowało bez uzasadnionej, obiektywnej potrzeby (jak wykazano we wcześniejszej części niniejszego odwołania).

36. Z kolei w przypadku, gdy twórcze elementy zażądaną dokumentacji interfejsu mają charakter szablonu - zbycie praw na rzecz Zamawiającego oznaczałoby, że Odwołujący nie może wykorzystywać tego szablonu w przyszłości. W konsekwencji, Odwołujący byłby zmuszony usunąć z dokumentacji przekazywanej na potrzeby przyszłych zamówień wszelkie dotychczasowe elementy twórcze (wyjaśnienia, komentarze, przykłady, rysunki), aby nie naruszyć praw bezpowrotnie utraconych na rzecz Zamawiającego na mocy spornego zapisu SIWZ. Zasadność i skuteczność takiego działania ze strony Odwołującego byłaby jednak wątpliwa - usunięcie wskazanych elementów spowodowałoby znaczny spadek jakości

dokumentacji Interfejsu, przez co mogłaby być odrzucana przez zamawiających ze względu na jej niską przydatność i niezrozumiałość.

37. Alternatywą (do usunięcia z dokumentacji elementów twórczych) byłoby tworzenie całkowicie nowych wyjaśnień komentarzy, przykładów, rysunków w dokumentacji - na potrzeby każdego realizowanego zamówienia. Nowe elementy musiałyby zostać stworzone całkowicie niezależnie od pierwowzoru, gdyż - zgodnie z treścią subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ - Zamawiający wymaga, aby przenieść na niego wyłączne prawo do zezwalania na tworzenie i korzystanie z opracowań przekazywanych utworów. W praktyce tworzenie kolejnych modyfikacji dokumentacji nie stanowi jednak rozwiązania problemu wynikłego z konieczności zbywania na rzecz Zamawiającego autorskich praw majątkowych. Jeżeli bowiem dokumentacja ma charakter szablonu, to nie sposób sobie wyobrazić, że na potrzeby kolejnych: kilku, kilkunastu lub kilkudziesięciu zamówień Odwołujący zdoła sporządzić analogiczną liczbę alternatywnych wersji rysunków, wyjaśnień czy komentarzy - dotyczących tej samej, powielanej w każdym dokumencie kwestii.

38. Powyższe rozważania jednoznacznie wykazują, że w przypadku, gdy żądana przez Zamawiającego dokumentacja ma charakter szablonu, to zgoda Odwołującego na przeniesienie na rzecz Zamawiającego pełni autorskich praw majątkowych spowoduje, że w istocie Odwołujący utraci kluczowe w jego działalności narzędzie pracy i uniemożliwi mu to skuteczne staranie się o jakiegokolwiek inne podobne zamówienie (Zamawiającego lub innego podmiotu), w którym szablon dokumentacji powinien być wykorzystany. Taki scenariusz jest nie do przyjęcia (zarówno dla Odwołującego jak i obiektywnie dla każdego innego potencjalnego wykonawcy). Tym samym, wymóg przeniesienia autorskich praw majątkowych zastosowany wobec każdego wykonawcy, który stosuje dokumentację mającą charakter szablonu • uniemożliwia obiektywnie takiemu wykonawcy udział w postępowaniu, ograniczając konkurencję, wbrew wymogom wynikającym z art. 7 oraz niezgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 oraz 3b Pzp.

39. Co warte zauważenia, Zamawiający w postępowaniu zakończonym wyrokiem Izby z 12.12.2017 r. uznał, że stawiane przez niego wymogi nie ograniczają konkurencji, gdyż z jego doświadczenia wynika, że dokumentacja przedstawiana przez wszystkich zainteresowanych wykonawców ma charakter jednorazowy. Nie istnieje zatem ryzyko, że przeniesienie do niej praw spowoduje trudności po stronie wykonawcy przy realizacji kolejnych zamówień. Z przykrością należy stwierdzić, że powyższa teza została przyjęta przez Izbę za prawdziwą w wyroku z 12.12.2017 r., mimo że Zamawiający nie przedstawił na jej poparcie właściwie żadnych szczegółowych argumentów lub dowodów.

40. Odwołujący nie ma w istocie możliwości, aby zweryfikować, jaki charakter mają dokumentacje składane przy realizacji prac przez jego konkurentów - w razie uzyskania przez nich zamówienia. Żadna okoliczność nie pozwala jednak wykluczyć, że co najmniej

część z oferentów stosuje dokumentację interfejsu mającą charakter szablonu. Jeżeli zatem możliwe jest, że poszczególni kontrahenci stosować będą dokumentacje o różnym charakterze (jednorazowa, szablon), to wymogi stawiane przez Zamawiającego (konieczność przeniesienia pełni praw autorskich) wyraźnie faworyzują tę część oferentów, którzy stosują dokumentację jednorazową, gdyż względem nich wymóg ten nie spowoduje zasadniczo żadnego ograniczenia, problemu, szkody czy uszczerbku. Z uwagi na fakt, że wymóg przeniesienia praw nie ma swojego obiektywnego uzasadnienia, tego typu zróżnicowanie sytuacji oferentów należy uznać za przejaw niedozwolonej dyskryminacji w świetle art. 7 ust. 1 Pzp.

41. Odwołujący jednocześnie podnosi, że nie widzi technicznej możliwości, aby zmienić charakter własnej dokumentacji interfejsu na jednorazowy. Brak takiej możliwości wynika ze skomplikowania dokumentacji a także z charakteru samego interfejsu. Zdaniem Odwołującego, istnieje również stosunkowo niewielka szansa, aby taki jednorazowy charakter miały dokumentacje interfejsu przedstawiane przy realizacji zamówień przez wszystkich jego konkurentów. Należy bowiem zauważyć, że sam interfejs (oprogramowanie), którego dotyczy dokumentacja ma charakter szablonowy (niededykowany danemu zamówieniu). Jest to okoliczność bezsporna, a dowodem na to jest chociażby fakt, że w stosunku do interfejsu Zamawiający żąda wyłącznie licencji (zgodnie z treścią subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ), a w ramach postępowania zakończonym wyrokiem z 12.12.2017 r. wyraźnie przyznał, że nie jest w żadnej mierze jego celem ograniczanie prawa Odwołującego do dalszego korzystania i rozwijania interfejsu (str. 24 i 25 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

42. Skoro bezspornym jest, że interfejs ma charakter szablonu (tj. nie został przygotowany na potrzeby danego postępowania, a stanowi stałe "narzędzie pracy" każdego wykonawcy), to nie sposób uznać, że specyfikacja interfejsu nie ma tego samego charakteru - skoro jest swoistą instrukcją działania takiego oprogramowania.

43. Na dowód niededykowanego (szablonowego) charakteru dokumentacji interfejsu. Odwołujący podaje za przykład dokumentację interfejsu CBI - CBR. Dokumentacja ta jest żądana przez Zamawiającego zgodnie z punktem 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ - jako dokumentacja interfejsu pomiędzy stacijnymi urządzeniami srk (nastawnica) a systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC) oraz odwrotnie. Wyżej wspomniana dokumentacja (w takim samym brzmieniu) była wykorzystywana m.in. na potrzeby następujących zamówień:

1) *"Zabudowa Systemu ERTM5/ETCS Poziom 2 Na Linii E30 Odcinek Podłężę - Rzeszów"* (6060/ICZ4/25921/10539/16/P),

2) *"Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem 1 sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III)"*

w ramach projektu „prace na linii kolejowej E 59 Poznań Główny -Szczecin Dąbie” (9090/IRZR2/23201/08329/17/P),

3) „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Ku no wice - Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS poziom 1 na linii C-E20 Łowicz – Łuków” (6060/ICZ 5/25920/10640/16/P),

4) „Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E 59 na odcinku Wrocław-Poznań w ramach projektu zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej ten-t” (9090/1RZR1/19709/07024/17/P).

44. Co jeszcze bardziej istotne, wyżej wspomniana dokumentacja nie stanowi własności Odwołującego, o czym Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę. Dokumentacja ta jest udostępniana przez Zamawiającego wszystkim oferentom w ramach treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego lub na ich pisemny wniosek - jako wytyczna co do sposobu wykonania określonego interfejsu. Według wiedzy Odwołującego, powyższa dokumentacja została pozyskana przez Zamawiającego od innego wykonawcy na potrzeby jednego z poprzednich zamówień. Z powyższego wynika, że żądane przez Zamawiającego dokumenty mają nie tylko charakter niededykowany konkretnemu zamówieniu, ale również ich status prawny nie pozwala na przeniesienie do nich przez Odwołującego autorskich praw majątkowych, o czym Zamawiający powinien doskonale zdawać sobie sprawę. Powyższy przykład wskazuje więc dobitnie niezasadność spornego żądania Zamawiającego - Zamawiający bowiem sam traktuje i wykorzystuje wybraną specyfikację interfejsu jako szablon i wzór dla wszystkich oferentów.

45. Warto także podkreślić, że szablony (niededykowany) charakter dokumentacji interfejsu ma swoje dalsze konsekwencje, informacje zawarte w dokumentacji, podobnie jak samo oprogramowanie (szczegółowy sposób jego funkcjonowania i rozwiązania w nim zawarte), są w dużym stopniu informacjami poufnymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Zamawiający ma świadomość tego faktu, gdyż Odwołujący (zapewne podobnie jak inni oferenci) często informuje podczas przystępowania do postępowań przetargowych o konieczności zachowania określonej dokumentacji w tajemnicy.

46. Sam Zamawiający niejako potwierdza poufny charakter otrzymywanego od wykonawców oprogramowania (a w ślad za tym i dokumentacji jej opisującej), dodając do pkt 11 subklauzuli 1.10 (tom II SIWZ) zastrzeżenie:

„Oprogramowanie opracowane przez Wykonawcę (lub na jego rzecz) nie będzie bez zgody Wykonawcy używane, kopiowane czy przekazywane stronie trzeciej za wyjątkiem spółek z Grupy PKP, przez Zamawiającego (lub w jego imieniu) do celów innych, niż te które są dozwolone według niniejszej SubKLAUZULI”.

47. Wydaje się zatem bezspornym, że Zamawiający ma świadomość i godzi się na to, że żądana przez niego dokumentacja (zgodnie z pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ) zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

48. Poufność zawartych w dokumentacji informacji oraz konieczność korzystania z nich przez Zamawiającego można bez wątplenia pogodzić przez odpowiednie zapisy licencyjne. Przy okazji udzielenia licencji Odwołujący może bowiem upoważnić bez przeszkód Zamawiającego do posiadania i korzystania z jego tajemnicy przedsiębiorstwa w ściśle określonym zakresie (na potrzeby realizacji zamówienia, zgodnie z treścią SIWZ).

49. Z kolei w przypadku, gdy Zamawiający uzyska pełnię majątkowych praw autorskich do dokumentacji, tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego jest realnie zagrożona. Ciężko bowiem zapobiec, aby Zamawiający jako nowy, wyłączny właściciel praw do dokumentacji był jednocześnie ograniczany w korzystaniu z tej dokumentacji zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego.

50. Ostatecznie zatem żądanie przez Zamawiającego pełni autorskich praw majątkowych do dokumentacji albo niweczyłoby uzasadnione prawo Odwołującego do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa lub ewentualnie stwarzałoby nierozstrzygniętą kolizję pomiędzy prawami Zamawiającego (jako nowego właściciela autorskich praw majątkowych) a prawami Odwołującego jako dysponenta tajemnicą zawartą w tych materiałach. Powyższa okoliczność również bez wątplenia świadczy o wadliwości spornego zapisu, w tym o naruszeniu zasady proporcjonalności i przejrzystości wynikającej z art. 7 Pzp.

51. Wnioski:

1) Wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w ramach poprzedniego postępowania zakończonych wyrokiem Izby z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17 - nic nie wskazuje na to, że dokumentacje interfejsów składane przez Odwołującego i innych oferentów miały charakter jednorazowy. Skoro dokumentacja stanowi swoistą specyfikację i instrukcję działania interfejsu (oprogramowania), które jest wykorzystywane przez wykonawców szablonowo (oprogramowanie nie jest tworzone każdorazowo na potrzeby poszczególnych zamówień), to nie sposób przyjąć, że dokumentacja posiada inny charakter niż interfejs, który opisuje. Według oceny Odwołującego i zgodnie z zasadami logiki - nie sposób tworzyć jednorazową, dedykowaną dokumentację będącą specyfikacją i instrukcją działania do oprogramowania mającego charakter niededykowany. Powyższą okoliczność potwierdza wskazany w odwołaniu przykład dokumentacji (pkt 43), która nie dość, że ma charakter szablonowy, to jeszcze jest przekazywana przez Zamawiającego jako wytyczna dla wszystkich Zamawiających przy różnych zamówieniach i została pozyskana przez Zamawiającego od innego wykonawcy. W tym przypadku Zamawiający niejako sam dowodzi szablonowego charakteru dokumentacji interfejsu, gdyż w takim właśnie charakterze ją wykorzystuje.

2) Poza wszelkimi wątpliwościami jest fakt, że w razie korzystania przez Odwołującego z dokumentacji o charakterze szablonu, zbycie do niej prac oznacza utratę kluczowego narzędzia pracy i niemożność skutecznego brania udziału w kolejnych zamówieniach, w których ten sam interfejs (i ten sam szablon dokumentacji) powinien być wykorzystywany. Tę okoliczność poniekąd sam przyznał Zamawiający w ramach postępowania zakończonego wyrokiem Izby z 12.12.2017 r. Bezsprzecznym jest zatem fakt, że z perspektywy wykonawcy posługującego się dokumentacją interfejsu o charakterze szablonu, wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ narusza zasadę proporcjonalności, obowiązek zachowania uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp oraz zasadę równości stron oraz zakaz nadużywania prawa podmiotowego wynikające z art. 5 i art. 353(1) Kc w zw. z art. 139 Pzp.

3) Powyższe zarzuty są uzasadnione w szczególności z uwagi na fakt, że Zamawiający stawiając obiektywną i istotną barierę w postępowaniu dla wykonawcy używającego dokumentacji Interfejsu o charakterze szablonu - czyni to bez uzasadnionej i obiektywnej przyczyny, gdyż efekty oczekiwane przez Zamawiającego mogą być osiągnięte za pomocą, pozbawionej uciążliwego charakteru, niewyłącznej licencji (o czym we wcześniejszej części niniejszego odwołania).

4) Co także istotne - w przypadku, gdy poszczególni oferenci korzystają z dokumentacji o różnym charakterze (jednorazowa, szablonowa), to wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu przeniesienia pełni praw nosi znamiona dyskryminacji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. W przeciwieństwie bowiem do wykonawców posiadających szablony, wykonawcy posługujący się dokumentacją jednorazową nie ponoszą jakiegokolwiek szkody, uszczerbku lub ryzyka związanego z dodaniem spornego wymogu przez Zamawiającego. Oznacza to faworyzowanie określonego kręgu wykonawców, co - z racji braku obiektywnego uzasadnienia wprowadzonego wymogu oznacza różne traktowanie wykonawców, a więc stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

5) Należy również podkreślić fakt, że niektóre informacje zawarte w dokumentacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, z czego Zamawiający zdaje sobie bez wątpienia sprawę. Żądanie przez Zamawiającego pełni autorskich praw majątkowych staje więc w kolizji z koniecznością zachowania (w możliwie szerokim zakresie) tych informacji, z uwagi na obiektywny i uzasadniony interes Odwołującego. Kolizji tej nie wywoływałaby niewyłączna licencja, której w stosunku do dokumentacji interfejsu Zamawiający powinien od wykonawców oczekiwać.

Wytyczne Prezesa UZP i Wzorcowe Klauzule Ministerstwa Cyfryzacji

52. Zdaniem Odwołującego, dla należytego rozpatrzenia niniejszego odwołania niezbędna jest szczegółowa analiza Rekomendacji Prezesa UZP dotyczących udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych (dalej:

"Wytyczne") oraz Klauzul Wzorcowych Ministerstwa Cyfryzacji (dalej: „*Wzorcowe Klauzule*”) - na które powoływał się Zamawiający w postępowaniu zakończonym wyrokiem Izby z 12.12.2017 r., uzasadniając dodanie spornego wymogu do SIWZ.

53. Zauważył, że powoływane przez Zamawiającego Wytyczne stanowią dokument o dużym stopniu ogólności i są skoncentrowane zasadniczo wobec jednego aspektu - zapobieżeniu konieczności nadmiernego udzielania zamówień z wolnej ręki. "Wytyczne" nie poruszają kwestii zasady proporcjonalności lub zachowania uczciwej konkurencji i tym samym nie dają gwarancji, że (w określonym wypadku) bezrefleksyjne podążanie za Wytycznymi nie spowoduje np. naruszenia zasad określonych w art. 7 lub art. 29 ust. 1 Pzp.

54. Treść wytycznych w istocie faworyzuje nabywanie przez Zamawiających pełni praw autorskich - traktując tą metodę jako skuteczną i najprostszą - jednak wyłącznie dla zapewnienia celu Wytycznych omówionego w punkcie poprzedzającym. W treści wytycznych wprost zostało wskazane jednak, iż: *"(...) postanowienia przyszłej umowy powinny zawierać takie zapisy, aby warunki udzielanych przez wykonawcę licencji nie stanowiły bariery do dokonania modyfikacji lub rozbudowy oprogramowania"*. Z wyżej wskazanego fragmentu Wytycznych wynika, że dla osiągnięcia celów opisanych w Wytycznych możliwe jest także wykorzystanie licencji. Dla zapobieżenia konieczności udzielania zamówień z wolnej ręki kluczowe jest bowiem nie tyle nabycie pełni praw autorskich, co zapewnienie sobie możliwości dokonywania modyfikacji programowania i związanej z nim dokumentacji. Cel ten - jak jasno wskazują Wytyczne - można osiągnąć również przed odpowiednie zapisy licencyjne.

55. Podsumowując treść Wytycznych, uznał, że nie wprowadzają one bezwzględnego wymogu nabycia autorskich praw majątkowych do dokumentacji - wbrew opinii Zamawiającego wyrażonej w ramach postępowania zakończonego wyrokiem Izby z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17. Co więcej, z "Wytycznych" wynika, że konieczności udzielania zamówień z wolnej ręki mogą zapobiec także warunki licencyjne - o ile będą one sporządzone w taki sposób, aby nie stanowić bariery do dokonywania modyfikacji lub rozbudowy oprogramowania.

56. Znacznie bardziej precyzyjnie sporną kwestie przedstawiają "Wzorcowe klauzule w umowach IT: wdrożenie wraz z nabyciem infrastruktury technicznej opublikowane przez Ministerstwo Cyfryzacji". W pierwszym rzędzie Wzorcowe Klauzule dokonują zasadniczego rozróżnienia oprogramowania na:

a) tzw. "Oprogramowanie Dedykowane", czyli oprogramowanie stworzone na potrzeby konkretnej umowy oraz

b) "Standardowe Oprogramowanie Systemowe" i "Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne", a więc typy oprogramowania istniejące i dystrybuowane przed zawarciem umowy.

57. W ślad za wskazanym powyżej podziałem, Wzorcowe Klauzule wskazują - odrębnie dla każdej z wymienionych kategorii - rekomendowane klauzule do zamieszczenia w umowie i SIWZ, w zakresie zagadnień prawa autorskiego:

a) w stosunku do "Standardowego Oprogramowania Systemowego" i "Standardowego Oprogramowanie Aplikacyjnego" - Wzorcowe Klauzule zalecają nabycie licencji wraz z ewentualnym prawem do wykonywania modyfikacji oprogramowania (str. 66-69 Wzorcowych Klauzul”),

b) w stosunku do "Oprogramowania Dedykowanego" - Wzorcowe Klauzule zalecają nabycie autorskich praw majątkowych, a niekiedy samej licencji - jeżeli nabycie pełni autorskich praw majątkowych nie posiada uzasadnienia ekonomicznego (str. 71-72 Wzorcowych Klauzul).

58. Wzorcowe Klauzule posiadają także wyraźne uregulowanie w odniesieniu do dokumentacji dotyczącej poszczególnych typów oprogramowania. Zgodnie z treścią Wzorcowych Klauzul (str. 74-75 Wzorcowych Klauzul):

a) w odniesieniu do dokumentacji standardowej (dotyczącej Standardowego Oprogramowania Systemowego lub Aplikacyjnego) - zamawiający powinien nabyć stosowną licencję,

b) w odniesieniu do dokumentacji dedykowanej (dotyczącej Oprogramowania Dedykowanego) - zamawiający powinien nabyć pełnię autorskich praw majątkowych.

59. Konkludując, należy stwierdzić, że wbrew stwierdzeniom Zamawiającego dokonanym w ramach postępowania zakończonych wyrokiem Izby z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17 - Wzorcowe Klauzule nie nakładają na Zamawiającego obowiązku nabycia pełni autorskich praw majątkowych do specyfikacji interfejsu. Poza przedmiotem sporu jest fakt, że interfejs Odwołującego nie jest "oprogramowaniem dedykowanym" w rozumieniu Wzorcowych Klauzul, tj. oprogramowaniem stworzonym na potrzeby określonej Umowy z Zamawiającym. Nie ulega wątpliwości, że interfejs Odwołującego jest oprogramowaniem "istniejącym i dystrybuowanym przed zawarciem umowy" z Zamawiającym. W konsekwencji - do specyfikacji tego interfejsu powinny mieć zastosowanie postanowienia Wzorcowych Klauzul dotyczące "dokumentacji standardowej", które przewidują przyznanie Zamawiającemu w tym zakresie wyłącznie licencji (str. 74-75 Wzorcowych Klauzul).

60. Odwołujący pragnie podkreślić, że w pełni zgadza się z zapisami i komentarzami zawartymi we Wzorcowych Klauzulach. Sporządzone są one w sposób wyjątkowo racjonalny, wyważając potrzeby zamawiającego i uzasadniony interes wykonawcy. Wzorcowe Klauzule w sposób trafny dokonują podziału oprogramowania na poszczególne kategorie i właściwie wskazują zakres praw rekomendowany do nabycia praw w odniesieniu do każdej z nich. Wzorcowe Klauzule w żaden sposób nie wskazują, że wyłącznym sposobem na zaspokojenie potrzeb zamawiającego (w tym w celu wykluczenia konieczności udzielania zamówień z wolnej ręki) jest nabycie pełni autorskich praw majątkowych. Dobitnie

świadczy o tym komentarz zawarty we Wzorcowych Klauzulach (str. 81-82): *"Należy przy tym pamiętać, że treść uprawnień nabytych wskutek umowy przenoszącej prawa może być identyczna jak nabytych wskutek udzielenia licencji. O treści tych praw decydują głównie tzw. pola eksploatacji, a nie typ umowy. Nie można z góry rozstrzygnąć, który z tych sposobów jest korzystniejszy (w tym uwzględniając aspekt ekonomiczny)(...)Przeniesienie autorskich praw majątkowych jest jednak ze względu na praktykę rynkową często niemożliwe, a prawie zawsze istotnie droższe niż udzielenie licencji, gdyż pozbawia wykonawcę możliwości korzystania z oprogramowania, do którego przeniósł prawa. Trudno oczekiwać, żeby dostawca, realizując jedno, nawet bardzo duże wdrożenie, sprzedał swój standardowy produkt, który już dostarczył wielu kontrahentom i zamierza dalej oferować na rynku. Jednocześnie uprawnienia licencyjne - nawet biorąc pod uwagę ich mniej trwały charakter - mogą być wystarczające z perspektywy potrzeb zamawiającego. Oznacza to, że umowa licencyjna może być dla zamawiającego bardziej opłacalna niż dotycząca tych samych pól eksploatacji umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe. O tym, jaki faktycznie zakres uprawnień do korzystania z utworu zapewnia umowa, decydują tzw. pola eksploatacji. Pola eksploatacji to wymienione w umowie sposoby korzystania z utworu (np. zwielokrotnianie oprogramowania związane z jego instalacją i odtwarzaniem czy prawa do modyfikacji kodu). Umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe wcale nie musi zapewniać szerszych uprawnień do korzystania z utworu niż umowa licencyjna. Przykładowo, uprawnienie do modyfikacji oprogramowania (konieczne do prowadzenia w jego zakresie prac rozwojowych) może zostać zapewnione zarówno w umowie przenoszącej autorskie prawa majątkowe, jak i umowie licencyjnej. Teoretycznie można sobie wyobrazić szerszą licencję (np. obejmującą prawo do rozpowszechniania oprogramowania) niż przeniesienie praw (np. tylko zwielokrotnienie i modyfikacja, bez rozpowszechnienia)."*

61. Powyższy komentarz zawarty we Wzorcowych Klauzulach jest w pełni zgodny z argumentacją Odwołującego zawartą w niniejszym odwołaniu. Komentarz ten dobitnie również wskazuje, że ocena Zamawiającego, iż jedynym sposobem na osiągnięcie pożądaných przez niego efektów jest pełne nabycie autorskich praw majątkowych - jest podejściem błędnym. Fragment też również trafnie podnosi, że niekiedy oczekiwanie zbycia przez wykonawcę pełni autorskich praw majątkowych (w sytuacji, gdy licencja jest narzędziem wystarczającym) działa na niekorzyść interesu ekonomicznego zamawiającego, a w konsekwencji - może prowadzić do sformułowania wobec niego zarzutu niegospodarności.

62. Wzorcowe Klauzule całkowicie trafnie wskazują, że zamawiający powinni się wystrzegać narzucania zbyt restrykcyjnych wymagań, gdyż ograniczy to konkurencję (jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie). Zgodnie z komentarzem zawartym we Wzorcowych Klauzulach (str. 86-87): *„W realiach projektów publicznych trzeba wziąć pod uwagę fakt, że w niektórych*

przypadkach postawienie nawet racjonalnych wymagań zmierzających do ochrony interesów zamawiającego może praktycznie wyłączyć możliwość złożenia ofert przez niektórych wykonawców. (...) Zamawiający zawsze będzie miał więc do wykonania zadanie w postaci takiego sformułowania wymagań dotyczących własności intelektualnej, które z jednej strony nie będzie prowadziło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, a z drugiej - zabezpieczy odpowiednio interes zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że przez „odpowiednie zabezpieczenie” interesów zamawiającego nie należy rozumieć zawsze „maksymalnego możliwego” zabezpieczenia, lecz takie, które faktycznie odpowiada uzasadnionym potrzebom w danym przypadku.”.

63. Wnioski:

1) Wbrew opinii Zamawiającego, Wytyczne Prezesa UZP, jak i Wzorcowe Klauzule Ministerstwa Cyfryzacji nie nakazują, ani nie rekomendują (jako jedyne rozwiązanie) nabycia przez Zamawiającego pełni autorskich praw majątkowych do spornej dokumentacji interfejsu. Powyższe błędne założenie dokonane przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz 3b Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, a także art. 5 i art. 3531 kc w zw. z art. 139 Pzp.

2) W rzeczywistości Wzorcowe Klauzule zalecają, aby w przypadku oprogramowania niededykowanego (jakim jest, bez wątpienia, interfejs Odwołującego) stosować instytucję odpowiedniej licencji (zezwalającą w miarę możliwości na wykonanie modyfikacji) - co ma zastosowanie zarówno do oprogramowania jak i dokumentacji z nim związanej.

64. Odnosząc się do pytań postawionych przez Odwołującego w uwagach wstępnych niniejszego Odwołania (pkt 15), należy uznać, że dodanie przez Zamawiającego spornych zapisów w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ faktycznie służy obiektywnej potrzebie Zamawiającego - zapobieżeniu konieczności nadmiernego udzielania zamówień z wolnej ręki.

65. Niewątpliwie jednak metoda wybrana przez Zamawiającego koliduje z zasadami wyrażonymi w Pzp, tj. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz 3b Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, a także z zasadami wyrażonymi w art. 5 i art. 353 1 kc w zw. z art. 139 Pzp. Nie da się bowiem wykluczyć, że część oferentów (w tym Odwołujący) posiada dokumentację interfejsu mającą charakter szablonu i względem takich oferentów udział w kolejnych postępowaniach przetargowych Zamawiającego jest w zasadzie niemożliwy - ze względu na postawiony przez Zamawiającego warunek. Scenariusz taki musi mieć miejsce, gdyż szablonowy charakter dokumentacji wymusza charakter samego interfejsu, którego działanie opisuje. Interfejs nie jest oprogramowaniem dedykowanym (stworzonym na potrzeby danej umowy), więc jego specyfikacja również nie może posiadać takich właściwości.

66. Ponadto, warunek Zamawiającego może mieć charakter dyskryminujący, niezgodny z art. 7 ust. 1 Pzp, jeżeli w postępowaniu biorą lub mogą brać udział oferenci posiadający

specyfikacje interfejsu o różnym charakterze (szablon, jednorazowy). Zastrzeżenie Zamawiającego faworyzuje wykonawców posiadających dokumentację jednorazową, którym przeniesienie autorskich praw majątkowych na Zamawiającego nie generuje kosztów, szkód ani ryzyka. O dyskryminującym charakterze przesądza w takim wypadku fakt, że zróżnicowanie potencjalnych wykonawców następuje bez obiektywnego uzasadnienia.

67. Zasadniczym dla niniejszej sprawy jest spostrzeżenie, że sporny warunek SIWZ nie tylko koliduje z zasadami Pzp, tj. art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp, lecz czyni to dodatkowo bez obiektywnego uzasadnienia. Odwołujący dobitnie wykazał w niniejszym odwołaniu, że efekty oczekiwane przez Zamawiającego można osiągnąć poprzez odpowiednie postanowienia licencyjne, które jednocześnie nie będą naruszać zasady zachowania uczciwej konkurencji równego traktowania i proporcjonalności wyrażone a w art. 7 ust. 1 Pzp oraz w art. 29 ust. 2 Pzp. Licencja jest jednocześnie korzystniejsza z punktu widzenia interesu ekonomicznego Zamawiającego. Za brakiem konieczności przeniesienia autorskich praw majątkowych przemawia również fakt, że Zamawiającemu w istocie nie zależy na utworach autorskich zawartych w dokumentacji, a jedynie na informacji (idei), która nie podlega ochronie prawa autorskiego. Zamawiający może pobrać z dokumentacji informacje i zrealizować swój cel, posiadając choćby bardzo ograniczone i krótkotrwałe prawo licencyjne do przekazanej dokumentacji interfejsu.

68. Powyższe okoliczności i argumenty Odwołującego potwierdzają jednoznacznie przywołane w niniejszym odwołaniu fragmenty Wzorcowych Klauzul Ministerstwa Cyfryzacji, na które to Wzorcowe Klauzule powoływał się zresztą sam Zamawiający w poprzednim prowadzonym przed Izłą postępowaniu (sygn. akt: KIO 2506/17).

69. Nie można pominąć także faktu, że część informacji zawartych w dokumentacji interfejsu stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, o czym Zamawiający posiada wiedzę. Istnieje zatem duże ryzyko, że w razie konieczności przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji przez Odwołującego może utracić on możliwość chronienia swojej poufnej informacji, co narusza jego uzasadniony interes. Problemu tego nie powoduje instytucja licencji, której Zamawiający powinien zażądać również ze względu na ten interes Odwołującego.

Zmiana treści SIWZ

70. Propozycja zmiany treści SIWZ przekazana przez Odwołującego w ramach poprzedniego postępowania przed Izłą (sygn. akt KIO 2506/17) spotkała się z krytyką Zamawiającego. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazuje jedną, precyzyjną propozycję, bez wskazywania alternatywnych rozwiązań, co utrudnia Zamawiającemu pozytywne rozpatrzenie odwołania (str. 27 - wyroku KIO z 12.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2506/17).

71. Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę przez Zamawiającego spornego zapisu treści SIWZ w taki sposób, aby przewidywał udzielenie Zamawiającemu jedynie niewyłącznej licencji do dokumentacji interfejsu, nie pozbawiając tym samym prawa Odwołującego do dalszego z niej korzystania przy kolejnych umowach i postępowaniach. Zapisy o okresie obowiązywania i zasadach wypowiedzenia licencji, a także zakresie pól eksploatacji, zakresie terytorialnym i ewentualnej możliwości wykonywania modyfikacji przez Zamawiającego i jego innych wykonawców - Odwołujący pozostawia do decyzji Zamawiającego.

72. Z punktu widzenia Odwołującego jest istotne jedynie dodanie w zapisach licencyjnych zastrzeżenia, że - z uwagi na poufny charakter dokumentacji i zawarte w niej know-how Odwołującego - Zamawiający będzie upoważniony do wykorzystywania i udostępniania dokumentacji wyłącznie w takim zakresie, jaki będzie niezbędny dla osiągnięcia przez niego integracji systemów - tym samym chroniąc w miarę możliwości know-how Odwołującego zawarty w dokumentacji interfejsu.

73. Zdaniem Odwołującego, zmodyfikowane postanowienia SIWZ dotyczące licencji mogą być zarówno oparte na warunkach licencyjnych subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ dotyczących samego interfejsu (oprogramowania) jak i zostać sporządzone w oparciu o Wzorcowe Klauzule dotyczące "dokumentacji standardowej" (str. 74-75 Wzorcowych Klauzul).

74. Wyłącznie w ramach przykładu Odwołujący wskazuje, że oczekiwana przez niego modyfikacja SIWZ mogłaby polegać na zamianie fragmentu pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ:

„Z chwilą przyjęcia przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją niniejszego Kontraktu (lub przyjmowanej przez niego części), w ramach Ceny Kontraktowej, Wykonawca przenosi na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo, na wyłączność całość autorskich praw majątkowych do utworów wchodzących w skład dokumentacji lub jej części, na zasadach wskazanych w umowie.” - na zapis o następującej treści:

„Z chwilą przyjęcia przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją niniejszego Kontraktu (lub przyjmowanej przez niego części), w ramach Ceny Kontraktowej, Wykonawca udziela Zamawiającemu licencji na korzystanie utworów wchodzących w skład dokumentacji lub jej części - na zasadach dotyczących licencji na oprogramowanie, zgodnie z w pkt 11 subklauzuli 1.10. tomu II SIWZ”

75. Zdaniem Odwołującego, sporządzenie treści SIWZ (w zakresie praw autorskich do dokumentacji interfejsu) na powyższych zasadach - spełni oczekiwania Odwołującego i nie naruszy interesu innych oferentów, przy pełnym osiągnięciu efektów oczekiwanych przez Zamawiającego, w szczególności, zgodnie z przepisami Pzp, w tym z art. 29 ust. 1 i 2 oraz 3b Pzp, a także art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/18:

W dniu 09.04.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o oddalenie w całości odwołań. Zamawiający stanął na stanowisku, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na brak podstaw tak prawnych, jak i faktycznych, co zostanie szerzej wykazane w dalszej części niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Odnosząc się do stawianych zarzutów Zamawiający podkreślił, że oczekiwania względem przedmiotu zamówienia nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu tym wykonawcy. Fundamentalne zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców) nie mają bowiem wymiaru absolutnego. W przeciwnym razie zamówienia publiczne można byłoby sprowadzić do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia tak, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia publicznego, nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby odpowiadał wszystkim zainteresowanym wykonawcom. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego, oraz w sytuacji, w której dochodzi do zamierzonego przez zamawiającego uprzywilejowania określonej grupy wykonawców. W ocenie Zamawiającego, w niniejszym stanie faktycznym określone warunki realizacji zamówienia czynią zadość dyspozycji przepisów Pzp, w tym w szczególności odnoszą one ten sam skutek w takim zakresie do wszystkich wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, zatem nie ma możliwości zakwalifikowania działań Zamawiającego jako naruszających art. 7 ust. 1 Pzp. Odnosząc się do pkt 8 – 13 odwołania, w których Odwołujący odnosi się do sprawy o sygn. akt: KIO 2506/17 i poczynionej w tym zakresie polemiki, w której podnosi niezasadność przyjętego przez Izbę rozstrzygnięcia Zamawiający wskazuje co następuje:

- 1) Odwołujący nie zaskarżył do sądu okręgowego przedmiotowego wyroku – co sam potwierdził w pkt 11 odwołania wskazując, iż przyczyną zaniechania złożenia skargi były „*plonne nadzieje*”, że Zamawiający nie będzie powielał w kolejnych postępowaniach przetargowych analogicznych wymogów. Jest to zdanie nieprawdziwe, gdyż Zamawiający podczas rozprawy KIO 2506/17 konsekwentnie wskazywał, iż z uwagi na zmianę koncepcji

wdrażania systemów ERTMS/ETCS sukcesywnie pozyskuje i będzie pozyskiwał od wykonawców autorskie prawa majątkowe do dokumentacji technicznej (vide: protokół z rozprawy KIO 2506/17 – w aktach KIO; odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie w sprawie KIO 2506/17 – w aktach KIO; przekazana Odwołującemu na posiedzeniu przed KIO). W świetle powyższego argumenty Odwołującego w zakresie przyszłych działań Zamawiającego są całkowicie nieuzasadnione i nie powinny stanowić podstawy do wydania przez Izbę orzeczenia.

2) Odwołujący konsekwentnie podnosi, że fakt oddalenia odwołania w sprawie KIO 2506/17 spowodowało niemożliwość złożenia przez niego oferty w postępowaniu pn. *Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny – Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”*. Zamawiający wskazuje, iż zarówno jemu jak i Izbie nie są znane faktyczne powody zaniechania złożenia oferty w postępowaniu. Tym niemniej jednak ww. okoliczność nie stanowiła przeszkody do złożenia ofert przez innych wykonawców, tj. AZD Praha oraz Bombardier.

3) Zamawiający pragnie wskazać, iż argument, że *„ze względu na wąski krąg potencjalnych wykonawców oraz liczbę i wartość postępowań przetargowych Zamawiającego – istnieje duże prawdopodobieństwo, że absencja Odwołującego w kolejnych postępowaniach przetargowych podniesie średnią cenę realizacji zamówień.”* W ocenie Zamawiającego tego rodzaju argumentacja jest absurdalna. Zamawiający pragnie zaakcentować, iż w ramach prowadzonych postępowań dąży do wyboru wykonawców dających rękojmię wykonania zamówienia w najwyższej jakości przy zastosowaniu wysokich standardów jakościowych, a nie do wyboru oferty najtańszego wykonawcy. Zamawiający również zaznacza, iż absencja Odwołującego na rynku nie spowoduje zmniejszenia ilości otrzymywanych ofert w przetargach, ale przyczyni się do wejścia na rynek nowych podmiotów, które zapełnią „lukę” powstałą w wyniku wycofania się Odwołującego z udziału w przetargach.

Zamawiający wskazał, iż kwestia przekazania praw autorskich do interfejsów i ich dalszego wykorzystywania przez Zamawiającego była wielokrotnie przedmiotem orzekania przez KIO. Izba oddaliła wszystkie składane odwołania wskazując, iż wymóg w ww. zakresie stanowi uzasadnioną obiektywną potrzebę Zamawiającego. Jako przykładowe, reprezentatywne w tym zakresie należy uznać orzeczenia:

- KIO 2124/17: „Celem zrozumienia istoty braku zasadności uwzględnienia ww. wymagania zamawiający wskazał, że jednym z czynników powodujących wdrażanie przez Spółkę PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. systemu ERTMS/ETCS jest zapewnienie bezpiecznego i nieprzerwanego ruchu pociągów w obrębie Unii Europejskiej (tzw. interoperacyjność)

w zakresie podsystemu „sterowanie” wymaganego Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/57/WE z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie. Aby to osiągnąć niezbędne jest łączenie systemów ERTMS/ETCS zabudowywanych w ramach różnych projektów celem zapewnienia ciągłości systemu a tym samym wyżej wspomnianej interoperacyjności.

System ERTMS/ETCS jest system zestandaryzowanym na poziomie europejskim w tzw. Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności. Zawiera ona szczegółowe specyfikacje techniczne jego elementów tzw. składników interoperacyjności, interfejsów (w tym powiązania pomiędzy dwoma RBC) oraz procedur związanych przełączeniem pojazdu spod nadzoru jednego RBC pod nadzór drugiego RBC tzw. handover.

Niezależnie, zatem od typu urządzeń, jaki dostarczy wykonawca zadania pn. „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol” (w którym wymagania w zakresie urządzeń ERTMS/ETCS są tożsame), urządzenia te nie mogą odbiegać od przyjętego wyżej opisanego standardu. W związku z powyższym zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego i podtrzymał postanowienia SIWZ w tym zakresie.

Ponadto, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego nierównego traktowania wykonawców zamawiający stwierdził, że obecna sytuacja dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców w sposób jednakowy, a zatem wszystkie podmioty działające na rynku mają takie same szanse na uzyskania zamówienia. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.”

- KIO 2211/17: „Zamawiający jest uprawniony do formułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób, który da zaspokojenie potrzeb zamawiającego, może to nawet odbywać się z niekorzyścią dla poszczególnych wykonawców. Jednak potrzeby zamawiającego muszą być obiektywnie uzasadnione, a nie skierowane tylko na ograniczenie możliwości sporządzenia oferty czy utrudnienie w udziale w danym postępowaniu dla poszczególnych wykonawców. I w tym przypadku odwołujący nie wykazał, że poszczególne postanowienia SIWZ, a zwłaszcza pkt 6.3.10 PFU, są skierowane na utrudnienie udziału w postępowaniu przez niektórych wykonawców. Natomiast zamawiający wykazał, że kwestionowane wymagania mają służyć w przyszłości zamawiającemu, który będzie mógł np. dołączać nowe urządzenia do rozwiązań zrealizowanych w obecnym zamówieniu, bez uzależnienia się od wykonawcy obecnego postępowania. Podobnie jak w standardzie Bluetooth do urządzenia istniejącego będą mogli się dostosować nowi wykonawcy wyłonieni w przyszłości, ale nie tylko będą mogli, bo będą musieli wziąć pod uwagę rozwiązania przedstawione w obecnym postępowaniu. Również kwestia przeniesienia praw autorskich nie obejmuje przeniesienie ogółu tych praw, ale jest skonkretyzowana do praw mających wpływ na możliwość dołączania w przyszłości nowych urządzeń czy stosowania nowych rozwiązań.”

Izba w wyroku KIO z 23.03.2017 r., sygn. akt: KIO 445/17 wskazała, że odnosząc się do wymogów przeniesienia autorskich prawa majątkowych do utworów powstałych w związku z realizacją umowy lub jej części (w tym wykorzystywania ich na polach eksploatacji RP wraz z prawem do wykonywania i zezwalania na wykonywanie zależnych praw autorskich), a także przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej należy wskazać, że są one jak najbardziej zasadne. Oczywiście uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego określenia wymagań, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. W ocenie Zamawiającego podejmowane przez Odwołującego działania mają na celu wymuszenie na Zamawiającym modyfikacji SIWZ w sposób, który będzie dogodny i korzystny z biznesowego punktu widzenia Odwołującego. Wskazania wymaga, iż wprowadzone przez Zamawiającego wymogi nie uniemożliwiają wykonanie zamówienia (o czym świadczy m.in. fakt, iż w innych postępowaniach przy jednolitych regulacjach podmioty działające złożyły skuteczne oferty), ale nakładają na wykonawcę szerszy zakres obowiązków. Powyższe nie stanowi naruszenia prawa.

Zamawiający powinien działać w granicach określonych art. 353 [1] oraz art. 5 Kc, co oznacza, że postanowienia nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie mogą również przekraczać granic swobody umów, kształtując rażąco nierównomiernie wzajemne prawa i obowiązki. Powyższe nie może być jednak interpretowane w taki sposób, że wymaga się dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem, a sposób świadczenia zamówienia, który należy zaoferować, pozostawiony jest wykonawcom. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia tak, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby. Argumentacja nakierowana wyłącznie na okoliczność, że wnoszący odwołanie wykonawca nie może wykonać zamówienia, względnie że wiązałoby to się z dużymi trudnościami nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji czy proporcjonalności. Ustalenie bowiem nawet, że tylko ograniczona liczba podmiotów może spełnić wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadość uczynić mu tylko ograniczony krąg wykonawców. W takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom. Oczekiwania względem przedmiotu

zamówienia nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Fundamentalne zasady rządzące postępowaniem nie mają charakteru absolutnego. W przeciwnym razie zamówienia publiczne można byłoby sprowadzić do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających.

Właściwym podejściem, zdaniem Izby, jest dopuszczenie stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym obiektywną potrzebą Zamawiającego jest potrzeba otrzymania dokumentacji interfejsów, która umożliwi w przyszłości samodzielny i niezakłócony rozwój oraz utrzymanie systemu sterowania ruchem kolejowym. Izba uznała więc, że Zamawiający postępowałby co najmniej nieracjonalnie, gdyby dopuszczał do sytuacji udzielania później zamówień z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie prac związanych z integracją systemów. Zamawiający wykazał, że kwestionowane wymagania mają mu służyć w przyszłości, bowiem będzie mógł np. podłączyć nowe urządzenia do rozwiązań zrealizowanych w obecnym zamówieniu, bez uzależniania się od wykonawcy obecnego postępowania. Sytuacja ta dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe.

Analogicznie w wyroku KIO z 11.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1417/16 Izba wskazała, że *art. 29 ust. 1 Pzp nie powinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia. W ocenie Izby zarzuty nadużywania pozycji dominującej oraz zaniechania przewidzenia w SIWZ procedury zgłoszenia do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamiaru koncentracji polegającego na nabyciu części przedsiębiorstwa należy również uznać za bezzasadne.*

Wskazania wymaga, że nabycie praw autorskich majątkowych do specyfikacji interfejsów nie prowadzi do wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym, wręcz przeciwnie stanowi możliwość dla innych podmiotów zaistnienia na tym rynku. Izba podziela także pogląd Zamawiającego, że niezagwarantowanie sobie korzystania z utworów w określony sposób niewątpliwie może utrudnić udzielenie w przyszłości zamówień innym wykonawcom niż dotychczasowemu.

Odnosząc się natomiast do pkt 14 – 15 odwołania, należy wskazać, iż Odwołujący przyznaje, że podziela intencje Zamawiającego, którymi kierował się przy ustalaniu wymogów w zakresie praw własności intelektualnej do materiałów wykorzystywanych na potrzeby realizacji zamówień publicznych. W pkt 15 odwołania zostały postawione trzy pytania, na które jest niezbędna odpowiedź w celu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę w niniejszym postępowaniu.

1) Czy sporne zapisy służą obiektywnej potrzebie Zamawiającego związanej z realizacją zamówienia? Tak. Jak było to już niejednokrotnie wskazywane Zamawiający dąży do uniezależnienia się od wykonawcy na dalszych etapach eksploatacji zakupionego rozwiązania informatycznego. Z praktyki Zamawiającego wynika, iż wykonawcy z uwagi na posiadanie całości praw majątkowych do dokumentacji oraz oprogramowania w przypadku konieczności udzielenia w ramach wolnej ręki czynności związanej z rozbudową lub integracją rozwiązania z innym systemem informatycznym narzucają nierynkowe ceny (często przekraczające kilkukrotnie przeciętne stawki) za wykonanie usług w ww. zakresie, gdyż mają świadomość, iż Zamawiający ma niejako „związane ręce”, gdyż z uwagi na prawa wyłączne ww. czynności nie mogą być powierzone podmiotom trzecim (dowód: umowa nr 90/125/0003/14/Z/I – potwierdzająca, iż w przypadku konieczności powierzenia wykonania integracji systemów w ramach wolnej ręki wykonawcy narzucają horrendalne ceny za wykonanie prac w tym zakresie);

2) Czy wybrana przez Zamawiającego metoda koliduje z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w tym z zasadą proporcjonalności, obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji, zakazem dyskryminacji, zasadą równości stron umowy, zakazem nadużycia prawa oraz zakazem nadużywania pozycji dominującej? Nie. Zamawiający jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych posiada uprawnienie do ukształtowania zapisów przyszłej umowy w sposób, który najpełniej zabezpieczy jego interesy. Co więcej jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku umów o zamówienie publiczne przytoczone w treści pytania zasady kształtowania umów doznają znacznego ograniczenia.

Zgodnie z wyrokiem SO w W-wie z 20.02.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 924/14, stwierdził, że w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle Pzp. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu

przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych. SO we W-wie w wyroku z 14.04.2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) stwierdził, że „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 [1] k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową”. Również linia orzecznicza KIO w tym zakresie stoi na stanowisku, że „zasada równości stron umowy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego po stronie wykonawcy jawi się w szczególności tym, że ma on prawo swobodnej decyzji czy weźmie udział w postępowaniu, czy też nie. Zgodnie z art. 353 [1] k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Nie może zatem wykonawca kwestionować projektu umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla niego. Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.” (KIO 655/15)

3) Czy istnieją inne metody, które w mniej istotny i uciążliwy kolidowałby z którąś z ww. wymienionych zasad? W świetle odpowiedzi na ww. pytanie odpowiedź wydaje się bezprzedmiotowa.

Odnosząc się do pkt 16 – 34 odwołania, stanowiących dywagacje na temat charakteru dokumentacji technicznej jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego. W pkt 23 odwołania sformułowane zostało stanowisko, że „wyłącznie ta część specyfikacji interfejsu, która posiada indywidualny (twórczy) charakter i stanowi sposób wyrażania idei, koncepcji lub metody. Takimi elementami mogą być zawarte w dokumentacji: wyjaśnienia, komentarze, przykłady i rysunki – posiadające indywidualny charakter.” Przyjęcie zasadności takiego rozwiązania powodowałoby, że jeden dokument stanowiący funkcjonalną całość podlegałby kilku reżimom prawnym, co rodziłoby problemy na gruncie ewentualnych sporów

o naruszenie praw autorskich czy też korzystanie z dokumentacji w ramach konkretnych pól eksploatacji. Co więcej, w ocenie Zamawiającego niemożliwym byłoby dokonanie wyceny sporządzenia dokumentacji, która jedynie w części objęta jest ochroną wynikającą z praw autorskich. Projekty, opinie, plany, zarysy, szkice, rysunki, techniczne, konstrukcyjne czy instalacyjne oraz instrukcje obsługi, a także inne analogiczne rezultaty działalności intelektualnej człowieka w literaturze i orzecznictwie nazywa się zbiorczo dziełami technicznymi. Dzieła techniczne należą do szerszej kategorii tzw. utworów niefikcyjnych, do których zalicza się również utwory naukowe. W wyroku z 30.06.2005 r., sygn. akt: IV CK 763/04, OSNC 2006/5/92 - SN wskazał na cechy utworów niefikcyjnych, które z powodzeniem odnieść można do dzieł technicznych. I tak: *„dotyczą one obiektywnie istniejącego (a więc nie «tworzonego») stanu rzeczy, przedmiot i temat pracy są z góry ustalone, metody badawcze z reguły są znane i takie same, nieuniknione jest oparcie się na wcześniejszym dorobku”*, a utwory te powstają przeważnie *„w ramach stałej działalności zawodowej”* twórcy (wyrok SN sygn. akt: IV CK 763/04, OSNC 2006/5/92). Do powyższego katalogu można zaliczyć również to, że analizowane rezultaty działalności intelektualnej człowieka wymagają wykorzystania wiedzy specjalistycznej oraz stosowania się do określonych reguł (K. Gienas, *Uwagi o ochronie „utworów technicznych”*, MoP, 7/2009, s. 386). Reguły te powinny być rozumiane szeroko, tj. zarówno chodzi o przyjętą praktykę postępowania, obowiązujące przepisy prawne czy PN.

Jak widać na powyższym przykładowym katalogu cech charakteryzujących dzieła techniczne, z punktu widzenia kwalifikacji ich jako utworów w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, cechy te nie mają znaczenia. Zatem argumentacja Odwołującego jest całkowicie nieuzasadniona.

W dalszej części odwołania (pkt 35 – 51) Odwołujący stara się wykazać, iż bardziej optymalnym zarówno z punktu widzenia Zamawiającego, jak i wykonawców, rozwiązaniem byłoby określenie wymogu udzielenia licencji do korzystania z dokumentacji technicznej zakupionego rozwiązania technicznego. Zamawiający ponownie wskazuje, iż jako gospodarz postępowania, dokonał szczegółowej analizy własnych potrzeb w kontekście posiadanych doświadczeń oraz doszedł do przekonania, że zakup autorskich praw majątkowych do dokumentacji zabezpieczy jego interesy. Zamawiający zauważył, iż nie sposób powiązać wprowadzonego wymogu z naruszeniem konkurencji. Zamawiający wskazuje, iż w innych prowadzonych postępowaniach, których zakres i przedmiot zamówienia również obejmował wdrożenie systemu ERTMS/ETCS stosował identyczne zapisy. Powyższe nie stawało na przeszkodzie wykonawcom działającym na rynku na złożenie skutecznych ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Przykładowo:

- „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. *Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węglińiec - Zgorzelec w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T*”.
- „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku *Poznań Główny – Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie*”.

Dodatkowo zapisy dotyczące „interfejsów otwartych” wprowadzono w aktualnie toczących się 4 postępowania (LOT A, LOT B, LOT C LOT D) w ramach Projektu POLIŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory-Tarnowskie Góry-Karsznice-Inowrocław-Bydgoszcz-Maksymilianowo”. Postępowania aktualnie są w na etapie przed złożeniem ofert – zapisy dot. interfejsów nie zostały zaskarżone przez wykonawcom. Odnosząc się do pkt 43 odwołania Zamawiający wskazuje, że dokumentacja warstwy aplikacji interfejsu CBI-CBR, inaczej nastawnica – RBC (ETCS poziom 2) jest wykorzystywana przez PKP PLK S.A. jako standard powiązania pomiędzy wyżej wymienionymi urządzeniami. Dokumentacja ta opracowana została przez firmę Bombardier, a PKP PLK S.A. korzysta z niej (udostępnia w przetargach) na zasadzie licencji. Takie podejście wynikało z ówczesnych zapisów kontraktowych. Odwołujący natomiast wskazał, iż zapisami punktu 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ, tj. *„W przypadku zabudowy stacyjnych urządzeń srk (nastawnica) Wykonawca dostarczy warunki techniczne dla umożliwienia współpracy z: systemem ERTMS/ETCS poziom 2 (RBC)”*, Zamawiający wymaga dla takiej dokumentacji praw autorskich, jednocześnie wskazując w pkt 44, że w związku z tym, że dokumentacja interfejsu CBI-CBR jest udostępniana w różnych przetargach to ma charakter uniwersalny (tzn. nie jest dedykowana do konkretnego przetargu). Zatem wg Odwołującego dokumentacja interfejsu w ogóle, może mieć charakter uniwersalny i nie da się jej przypisać do konkretnego zadania. Zwrócił uwagę, że celem opracowania specyfikacji interfejsu CBI-CBR było usankcjonowanie standardu, w tym natomiast przypadku nie oczekujemy standardu a specyfikacji interfejsów dla urządzeń zabudowanych w ramach przedmiotowego kontraktu.

Odnosząc się do pkt 52 – 62 odwołania Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący dokonał własnej interpretacji wytycznych UZP oraz Ministerstwa Cyfryzacji odnoszącej się do formułowania zapisów dotyczących korzystania z rozwiązań informatycznych oraz powstałej w związku z tym dokumentacji. Co więcej, Odwołujący wdał się w polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym na kanwie sprawy KIO 2506/17. Zamawiający po raz kolejny wskazuje, iż Odwołujący posiadał uprawnienie do kwestionowania okoliczności i argumentacji przedstawionych na łamach ww. sprawy, niemniej jednak nie zaskarżył ww.

wyroku, w związku z tym utracił szansę wdania się z Zamawiającym w spór co do sposobu interpretacji wytycznych.

Zamawiający wskazał, iż w dniu 06.04.2018 r. dokonał zmiany subklauzuli 1.10 regulującej kwestie przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji nadając jej tożsame brzmienie jak w postępowaniu „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny – Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”. Treść przedmiotowej subklauzuli była oceniana przez Izbę w sprawie KIO 2506/17. Izba stwierdziła, że jej brzmienie nie narusza dyspozycji Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący oba odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie: o sygn. akt: KIO 2506/17, w sprawie o sygn. akt: KIO 50/18, sygn. akt: KIO 51/18, sygn. akt: KIO 52/18, sygn. akt: KIO 53/18 zakończonej wydaniem postanowienia KIO z 22.02.2018 r. o umorzeniu postępowania oraz w sprawie KIO o sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/17, w tym w szczególności postanowień SIWZ, tj. tom I – Instrukcja dla Wykonawców (IDW), tom II – Warunki Umowy (WU) oraz tom III - Program Funkcjonalno – Użytkowy (PFU), jak i zmiany treści SIWZ – Modyfikacja SIWZ - Część V z 13.03.2018 r., w każdym ze wskazanych wyżej postępowań (LOT C, LOT D) wraz z załącznikami. Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego - zmianę treści SIWZ – Modyfikacja SIWZ - Część VII z 06.04.2018 r., w każdym ze wskazanych wyżej postępowań (LOT C, LOT D) wraz z załącznikami do niej.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- informacje o złożonych ofertach w postępowaniach:

- a) „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii 278 Węglińiec - Zgorzelec w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T”.
- b) „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny – Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”.”.

Izba nie uznała, jak dowodu w sprawie:

- a) wiadomości e-mailowej przesłanej w dniu 10.04.2018 r., czyli po zamknięciu rozprawy w sprawie sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/18 (rozprawa odbyła się w dniu 09.04.2018 r.) przez Zamawiającego do sekretariatu KIO zawierającej załącznik: pismo Thales Polska Sp. z o.o. z 15.02.2018 r. dotyczącej postępowania - „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny – Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny – Szczecin Dąbie”.”;
- b) wiadomości e-mailowej przesłanej w dniu 11.04.2018 r., czyli po zamknięciu rozprawy w sprawie sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/18 (rozprawa odbyła się w dniu 09.04.2018 r.) przez Odwołującego (Thales Polska Sp. z o.o.) w sprawie sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/18 do sekretariatu KIO zawierającej załącznik: pismo Thales Polska Sp. z o.o. z 11.04.2018 r.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowych odwołań skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołania, jak i odpowiedź na odwołania, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 29 ust. 1, 2 i 3b, art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) Pzp oraz art. 5 i art. 353(1) Kc w zw. z art. 139 Pzp - poprzez zawarcie w SIWZ tom III w pkt 3.6.8.2.14.6 („Wymagania dla urządzeń srk umożliwiające ich powiązanie z innymi

urządzeniami/systemami srk") postanowienia przewidującego obowiązek opracowania, przekazania i przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) szczegółowo wymienionej w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać treść dokonanej zmiany treści SIWZ – Modyfikacja SIWZ - Część V z 13.03.2018 r., w każdym ze wskazanych wyżej postępowań (*LOT C, LOT D*). Wersja ta przewidywała w tomie III w pkt 3.6.8.2.14.6 nowy obowiązek będący przedmiotem sporu przywołany w odwołaniu oraz w sentencji orzeczenia.

W konsekwencji dodanego postanowienia w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ, autorskie prawa majątkowe do wymienionej dokumentacji interfejsu przenoszone są na Zamawiającego na zasadach określonych w subklauzuli 1.10 tomu II SIWZ. Treść subklauzuli 1.10 i zakres jej stosowania określony w tomie II SIWZ nie stanowił przedmiotu sporu. Fakt udzielenia i zakres żądanej licencji na korzystanie z interfejsu (oprogramowania) nie jest przedmiotem sporu między Zamawiającym i Odwołującym. Odwołujący miał wyłącznie zastrzeżenia do faktu, że przepisy o przeniesieniu autorskich praw majątkowych zawarte w tej subklauzuli, zgodnie z zamiarem Zamawiającego, mają mieć zastosowanie do dokumentacji wymienionej w pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ. Zakres tej dokumentacji został przywołany w treści odwołania w jego pkt 4 – w całości.

Nowa treść pkt 3.6.8.2.14.6 tomu III SIWZ dodała ponadto warunek, iż do wymienionej dokumentacji Wykonawca jest zobowiązany przenieść na rzecz Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych, na zasadach określonych w umowie. Obowiązek ten został wprowadzany przez następujący zapis: „*Z chwilą przyjęcia przez Zamawiającego utworów powstałych w związku z realizacją niniejszego Kontraktu (lub przyjmowanej przez niego części), w ramach Ceny Kontraktowej, Wykonawca przenosi na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo, na wyłączność całość autorskich praw majątkowych do utworów wchodzących w skład dokumentacji lub jej części, na zasadach wskazanych w umowie.*”.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania sformułowanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów odwołania wskazanych powyżej, Izba z uwagi na ich charakter w kontekście zaskarżonej zmiany SIWZ z 13.03.2018 r., odniesie się do nich łącznie, uznając, że zostało potwierdzona zasadność zarzutów w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. W pozostałym zakresie oddalając oba odwołania, uznając, że zarzut jest de facto jeden, a dalsza kwalifikacja prawna czynności Zamawiającego dokonana przez Odwołującego nie jest zasadna.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący był w niniejszej sprawie zobowiązany do udowodnienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą należy stwierdzić, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp wystarczy uprawdopodobnić (utrudnienie uczciwej konkurencji), nie jest konieczne jego udowodnienie. Tym samym nie jest wystarczające jedynie zaprzeczenie twierdzeniom Odwołującego. Przykładowo za wyrokiem KIO z 26.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1727/15: *„Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga faktycznego wykazania przez Odwołującego, lecz uznaje za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli Zamawiający skutecznie nie udowodni, iż stawiany przez niego wymóg odnoszący się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjęć należy, iż jest on sprzeczny z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp.*”. Takie naruszenie prowadzi wprost do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Za wyrokiem KIO z 12.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2737/17: *„Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11).*”

W zakresie utrudniającego konkurencję opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający ma dwie drogi obrony, albo wykaże, że opis przedmiotu zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji pomimo tego, że Odwołujący wskazuje, iż nie może złożyć oferty lub jest to dla niego znacznie utrudnione w takim stopniu, że złożenie oferty staje się nieopłacalne, albo wykazać, że utrudnienie uczciwej konkurencji znajduje pokrycie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Zamawiający w pierwszej kolejności próbował wykazać, że mimo tego, że Odwołujący nie złożył oferty w postępowaniach prowadzonych przy podobnych do niniejszego postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia związanego z uzyskaniem praw majątkowych autorskich do utworów, to postanowienia te nie stanowią dla niego przeszkody w złożeniu oferty, a ponadto 66% rynku może złożyć ofertę.

Izba dostrzegła jednak zależność przeciwną. Jeśli przyjąć za prawdziwą tezę Zamawiającego, że jest tylko 3 wykonawców zdolnych wykonać urządzenia srk, to fakt, iż jeden z tych wykonawców nie składa oferty z uwagi na postanowienia SIWZ powoduje, że konkurencyjność postępowania spada, aż o 1/3. Jeśli przyjąć dane wynikające ze złożonych przez Zamawiającego na rozprawie informacji o złożonych ofertach, to należy uznać, że konsekwentnie Odwołujący Thales Polska Sp. z o.o. ofert w postępowaniach, które sam Zamawiający uznał za podobne, nie składał. Z informacji tych wynika, że w jednym przypadku złożył ofertę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., a w drugim Bombardier Transportation Polska Sp. z o.o. w konsorcjum z innym podmiotem i firma z Pragi (AŽD Praha s.r.o.). W żadnym postępowaniu oferty nie złożył Zakłady Automatyki KOMBUD S.A., który wedle wiedzy Izby także jest wykonawcą wykonującym urządzenia srk.

Biorąc także pod uwagę stanowisko Przystępującego, Izba uznała, że problem zakwestionowanych postanowień SIWZ dotyczy nie tylko wykonawców urządzeń srk takich jak Odwołujący, ale także generalnych wykonawców takich jak firma Torpol SA, gdyż również te podmioty muszą uwzględniać ewentualne wady prawne składanych przez siebie oświadczeń w postępowaniach i którym zależy na możliwości wyboru podwykonawców wykonujących urządzenia srk.

Dodatkowo, przeniesienie autorskich praw majątkowych nawet na rzecz tego samego Zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca oferowałby interfejsy oparte o tę samą dokumentację techniczną powodowałoby albo fikcyjne składanie oświadczeń o przeniesieniu praw autorskich, których wcześniej się wyzbyto, albo nienależyte wykonanie świadczenia z uwagi na niemożność przeniesienia praw, których się nie posiada. W tym zakresie Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego złożonym na rozprawie. Izba dała także wiarę temu, że istnieje więcej niż jeden zarządca infrastruktury kolejowej, który może być zainteresowany prawami do dokumentacji technicznej interfejsów. Odwołujący podczas rozprawy podał nazwę jednego z takich zarządców, przy czym ze strony internetowej samego Zamawiającego wynika, że w zakresie infrastruktury ogólnodostępnej tych podmiotów jest dziewięć razem z Zamawiającym, m.in. PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., czy też Pomorska Kolej Metropolitalna S.A.

W ocenie Izby, nieudowodnione jest twierdzenie Zamawiającego, że specyfikacja interfejsu ma charakter dedykowany, a nie szablonowy, gdyż jest przygotowywana na potrzeby danej linii kolejowej. Sam fakt, że urządzenia zabudowywane są w różnej ilości na różnych liniach nie powoduje jeszcze, że sposób ich komunikacji i łączenia z innymi urządzeniami każdorazowo wymaga opracowania indywidualnych rozwiązań i stworzenia indywidualnych utworów w postaci dokumentacji technicznej. W ocenie Izby, Zamawiający z jednej strony powołuje się na prowadzenie polityki ujednolicania rozwiązań w ramach systemów kolejowych na poszczególnych odcinkach i dlatego podnosi, że różny sposób dostępu do majątkowych praw autorskich nie pozwoli mu na osiągnięcie zakładanych standardów, a z drugiej wskazuje na każdorazowo dedykowany charakter tych rozwiązań. W ocenie Izby, twierdzenia te są wewnętrznie sprzeczne i podważają wiarygodność wypowiedzi Zamawiającego, co do tego, że dokumentacja techniczna interfejsów na każdym odcinku będzie miała dedykowany charakter. Zamawiający winien dążyć do wypracowania standardów na rynku polskim, podobnie jak na rynku europejskim, celem zapewnienia interoperacyjności systemów. Funkcjonowanie różnych dokumentacji na każdej linii stoi w sprzeczności z tym celem. Ujednolicenie dokumentacji i samych rozwiązań leży także w interesie wykonawców, gdyż takie podejście prowadzi do zwiększenia rentowności prowadzonej przez nich działalności (zmniejszenie kosztów produkcji, montażu, serwisu itp.). Założenia te zatem przeczą stanowisku Zamawiającego o dedykowanym charakterze rozwiązań i w konsekwencji dotyczącej go dokumentacji.

Izba także podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie podał dlaczego preferuje rozwiązanie oparte na przeniesieniu majątkowych praw autorskich nad udzieleniem licencji w zakresie dokumentacji, tj. specyfikacji interfejsu. Inaczej mówiąc Zamawiający nie wykazał swojej uzasadnionej potrzeby w tym zakresie, nie wyjaśnił dlaczego takie rozwiązanie jest dla niego korzystniejsze. Izba przy czym podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: "Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11). Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12.

Należy przy tym przychylić się do stanowiska, że zarówno w zakresie przeniesienia, jak i udzielania licencji konieczne jest odpowiednie określenie pól eksploatacji i praw zależnych. Może być także tak, że przeniesienie praw może być sformułowane zbyt wąsko, co będzie generować problemy natury praktycznej związane ze skorzystaniem z tych praw. Niewątpliwie także istnieje możliwość udostępnienia licencji nawet w szerszym zakresie niż przeniesienie majątkowych praw autorskich (podobnie str. 82 Wzorcowych Klauzul Ministerstwa Cyfryzacji z Komentarzem cz. II: „(...) *Umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe wcale nie musi zapewniać szerszych uprawnień do korzystania z utworu niż umowa licencyjna. Przykładowo, uprawnienie do modyfikacji oprogramowania (konieczne do prowadzenia w jego zakresie prac rozwojowych) może zostać zapewnione zarówno w umowie przenoszącej autorskie prawa majątkowe, jak i umowie licencyjnej. Teoretycznie można sobie wyobrazić szerszą licencję (np. obejmującą prawo do rozpowszechniania oprogramowania) niż przeniesienie praw (np. tylko zwielokrotnienie i modyfikacja, bez rozpowszechniania)*”.

Izba naturalnie zdaje sobie sprawę, że licencja wiąże się z problemem wypowiedzenia, jednakże należy zauważyć, iż możliwość całkowitego wyłączenia wypowiedzenia w umowie zawartej na czas nieoznaczony, w którą przekształca się umowa licencyjna zawarta na czas dłuższy niż 5 lat, nie została przesadzona i została dopuszczona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.12.2015 r., sygn. akt: VI ACa 1735/14: „*Na gruncie art. 68 § 1 Prawa autorskiego możliwość zawarcia klauzuli przewidującej wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy licencyjnej dopuszcza się w przypadku umów licencyjnych, takich jak zawierane w tej sprawie – a więc umów licencyjnych o charakterze niewyłącznym, z płatna wraz z zawarciem umowy, zgodnie z którymi dalsze korzystanie z utworu w zakresie udzielonej licencji nie wymaga od licencjodawcy żadnych dodatkowych obowiązków*”. Generalnie zaś, kwestie wypowiedzenia i trwałości umowy licencyjne jest regulowana m.in. poprzez zobowiązanie do niewypowiadania umowy pod rygorem kary umownej. W tym zakresie należy wskazać na przywołane powyżej Wzorcowe Klauzulę Ministerstwa Cyfryzacji z Komentarzem cz. II - str. 86: „(...) *Zamieszczone w klauzulach propozycje postanowień zmierzają do zabezpieczenia trwałości korzystania z oprogramowania przez licencjobiorcę na dwa sposoby. Po pierwsze, mają na celu umowne ograniczenie przysługującego licencjodawcy uprawnienia do wypowiedzenia umowy licencyjnej. Po drugie, mają tak ukształtować zasady rozliczeń stron na wypadek wypowiedzenia, żeby wypowiedzenie tej umowy uczynić nieopłacalnym. (...)*”.

Izba zwróciła także uwagę na to, że Zamawiający nie kwestionuje nabycia praw w drodze licencji w przypadku oprogramowania, a neguje taką możliwość jedynie w przypadku innych utworów wytworzonych w tym postępowaniu, w tym dokumentacji

interfejsów. Jediną okolicznością, jaką Zamawiający podał przeciwko licencji niewyłącznej, była potrzeba modyfikacji, rozwoju (w tym rozbudowy) i zmian w dokumentacji interfejsów. W ocenie Izby jest to jednak kwestia prawidłowego powiązania udzielenia praw zależnych z udzieleniem autorskich praw majątkowych i niezależnie od obranej ścieżki: licencja contra przeniesienie praw, każdorazowo wymaga wnikliwego określenia dla swej skuteczności pól eksploatacji. Biorąc pod uwagę fakt postępu technicznego długoterminowe utrzymywanie praw autorskich majątkowych może okazać się zbędne z uwagi na wdrożenie nowych technologii, a zatem byłoby także nieuzasadnione ekonomicznie. Wszakże każdy obowiązek nałożony na wykonawców w ramach realizacji przedmiotu zamówienia znajduje swoje odzwierciedlenie w cenie ofertowej. Dodatkowo należy wskazać, iż wymóg przeniesienia praw autorskich do dokumentacji mógłby się wiązać po stronie wykonawców z mechanizmem wytworzenia dla Zamawiającego dokumentacji alternatywnej, uboższej treściowo i mniej przydatnej dla powziętych założeń z jednoczesnym pozostawieniem po stronie wykonawców praw do dokumentacji zasadniczej – mającej większą wartość merytoryczną. Wówczas Zamawiający odniósłby odwrotny cel od zamierzonego, co doprowadziłoby do naruszenia zasady proporcjonalności rozumianej w znaczeniu zobiektywizowanym (art. 7 ust. 1 Pzp).

Izba podkreśla, że nakazana modyfikacja w sentencji ma na celu jedynie zmianę sposobu udzielenia majątkowych praw autorskich z przeniesienia tych praw na licencję niewyłączną, gdyż konieczne jest pozostawienie możliwości wyboru szczegółowego rozwiązania przez Zamawiającego. Przy czym, właściwy instrument prawny co do konkretnej formy i treści udzielenia licencji niewyłącznej w zakresie specyfikacji interfejsu znajduje się przykładowo w przywołanych Wzorcowych Klauzulach Ministerstwa Cyfryzacji z Komentarzem cz. II. Nadto, Zamawiający przyznał na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie, że wcześniej stosował już tego rodzaju rozwiązanie – licencję – względem specyfikacji interfejsu. Konieczne jest jednakże prawidłowe określenie pól eksploatacji i praw zależnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 537/18 oraz odwołanie o sygn. akt: KIO 538/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/18 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego w obu sprawach o sygn. akt: KIO 537/18, sygn. akt: KIO 538/18 o zasądzenie oddzielnie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (za każdą sprawę), w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), czyli łącznie 7.200,00 zł (3.600,00 zł x 2).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....