

Sygn. akt KIO/UZP 1272/10

WYROK
z dnia 8 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Deloitte Business Consulting SA. – Pełnomocnik; 2) SID Sp. z o. o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komisje Nadzoru Finansowego - Urząd Komisji Nadzory Finansowego, pl. Powstańców Warszawy 1, 00 – 950 Warszawa** protestu z dnia **2 czerwca 2010 r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) Betacom SA – Pełnomocnik; 2) CSF Polska Sp. z o.o. - Członek konsorcjum, 3) DST Sp. z o.o. - Członek konsorcjum z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Połczyńska 31^a, 01-377 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1) Deloitte Business Consulting SA. – Pełnomocnik; 2) SID Sp. z o. o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: 1) Deloitte Business Consulting SA. – Pełnomocnik; 2) SID Sp. z o. o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Deloitte Business Consulting SA. – Pełnomocnik; 2) SID Sp. z o. o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: *„Zakup oraz wdrożenie modułów zintegrowanego systemu zarządzania przedsiębiorstwem: kadry i płace dla UKNF”*, DAB.231/108/09, zostało wszczęte przez Komisję Nadzoru Finansowego - Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 248-356646 w dniu 23.12.2009 r.

W dniu 25.05.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informacje o wyniku postępowania i wyborze Konsorcjum firm: 1) Betacom SA – Pełnomocnik; 2) CSF Polska Sp. z o.o. - Członek konsorcjum, 3) DST Sp. z o.o. - Członek konsorcjum z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Połczyńska 31^a, 01-377 Warszawa zwane dalej: *„Konsorcjum Betacom SA”*.

W dniu 02.06.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”*: Konsorcjum firm: 1) Deloitte Business Consulting SA. – Pełnomocnik; 2) SID Sp. z o. o. z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: Al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa zwane dalej: *„Konsorcjum Deloitte”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* złożyło protest na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania

Zamawiający naruszył: art. 7, art. 89 ust. 2, art. 91 ust. 1 oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu protestu lub z niego wynikające poprzez:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Betacom SA poprzez wadliwą ocenę wartości merytorycznej jego oferty względem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”*, przez co naruszył zasady równego traktowania

wykonawców i uczciwej konkurencji;

2. Zaniechania dokonania wyboru oferty Konsorcjum Deloitte, jako najkorzystniejszej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu;

Protestujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Betacom w zakresie omawianym w uzasadnieniu protestu;
3. dokonanie odrzucenia oferty Konsorcjum Betacom;
4. dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej i zaproszenie go do zawarcia z nim umowy na realizację przedmiotu zamówienia związanego z wyżej opisanym postępowaniem.

Wskazał na sekcję XI pkt 5 oraz XIV pkt 2 SIWZ, jak również treść formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ pkt 2 ppkt 6) i zawarte tam zobowiązanie Wykonawcy składającego ofertę. Przypomniał zapis treści umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) w sekcji 4. Prawa autorskie i warunki licencyjne, § 13 z odmienną treścią Warunków udzielenia licencji przedstawionych przez Konsorcjum Betacom na str.12 oferty pkt 3:

Konsorcjum Betacom uniemożliwia zawarcie umowy na warunkach określonych w SIWZ, gdyż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ we wskazanym zakresie. Ze względu na fakt, iż treść oferty Konsorcjum Betacom jest różna od wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ nie ma możliwości zawarcia z Konsorcjum Betacom ważnej umowy na realizację przedmiotu zamówienia.

Na podstawie przedstawionych powyżej faktów uznał, iż oferta Konsorcjum Betacom powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na fakt niezgodności jej z treścią SIWZ we wskazanym powyżej zakresie. W świetle przedstawionych dowodów, uznał, iż zaniechanie dokonane przez Zamawiającego, w związku z nieodrzuconiem oferty podlegającej odrzuceniu, spowodowało, iż oferta Konsorcjum Deloitte, według dokonanej oceny ofert będąca na drugim miejscu, nie została wybrana jako najkorzystniejsza i niepodlegająca odrzuceniu -zatem został naruszony art. 91 ust. 1 Pzp. Zaś czynność zaniechania przez Zamawiającego na korzyść innego wykonawcy potencjalnie narusza zasadę zachowania równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 07.06.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 10.06.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum firm: 1) Betacom SA – Pełnomocnik; 2) CSF Polska Sp. z o.o. - Członek konsorcjum, 3) DST Sp. z o.o. - Członek konsorcjum

z adresem dla pełnomocnika konsorcjum: ul. Polczyńska 31^a, 01-377 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Betacom SA” albo „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie protestu w całości. Stwierdził, że nie sposób podzielić stanowiska Protestującego, że treść złożonej oferty jest różna od wymagań Zamawiającego, gdyż:

1. jak sam Zamawiający wskazywał w SIWZ, oczekuje przekazania autorskich praw majątkowych do Utworów dedykowanych dla Zamawiającego stworzonych przez niego I tak też Betacom w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia Betacom ma prawo uczynić, i w tym zakresie złożył stosowne oświadczenie;
2. odwołanie do zapisów Ogólnych Warunków Licencjonowania SABY, do których odwołuje się Protestujący, dotyczy wyłącznie Oprogramowania SABA, a nie Systemu zwanego Utworem czyli Utworu stworzonego przez Konsorcjum Betacom dedykowanego dla Zamawiającego. Utwór stworzony przez Konsorcjum Betacom nie jest Sabą jego modyfikacją, ani też pochodną, jak wywodzi Protestujący.

Utwór stworzony przez Konsorcjum Betacom zostanie opracowany z wykorzystaniem bibliotek programistycznych licencji oprogramowania firmy Saba Software (bez ingerencji w ich kod źródłowy oprogramowania Saba). Utwór ten jest własnością Konsorcjum Betacom i zostanie objęty gwarancją, co zostało potwierdzone stosownym oświadczeniem. Betacom w ramach realizowanego projektu nie ingeruje w żaden sposób w kod źródłowy SABA. Kod źródłowy utworzony do Utworu stworzonego dla Zamawiającego nie jest ani modyfikacją, ani też pochodną Systemu SABA - a wyłącznie własnością Wykonawcy, który posiada pełne uprawnienia do rozporządzania nim. Dowód: Oświadczenie z dnia 08.04. 2010 r. oraz pismo SABA z 26.03.2010 r. (załączone również do oferty).

Nadto zwrócił uwagę na stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie skierowanym do Wykonawców z dnia 02.04.2010 r. - wyjaśnienia Zamawiającego prezentowane w zakresie odpowiedzi na pytanie 39 i 40, które jednoznacznie wskazują, że oferta konsorcjum Betacom spełniło stawiane przez Zamawiającego wymogi zawarte w SIWZ i wyjaśnieniach Zamawiającego w zakresie treści SIWZ.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 11.06.2010 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający przywołał zapis z § 24 ust 3 projektu umowy rozstrzygając ewentualną kolizję zapisów umownych i jej załączników, na etapie przedłożonego Wykonawcom projektu umowy.

W dniu 21.06.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

Prezentowane stanowisko Zamawiającego nie może zostać uznane za właściwe - kolejność czynności po złożeniu oferty w postępowaniu w trybie negocjacji z ogłoszeniem

powinna być następująca: 1. badanie zgodności ofert z SIWZ; 2. ocena ofert niepodlegających odrzuceniu według określonych w SIWZ kryteriów; 3. wybór oferty najkorzystniejszej; 4. zaproszenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę do podpisania umowy; 5. podpisanie umowy i jej realizacja zgodna z umową i załącznikami do niej (w tym najkorzystniejsza oferta). Niezgodny z Pzp jest zatem sposób podejścia, jaki wskazuje Zamawiający w rozstrzygnięciu, tzn. że zostaje pominięta czynność badania zgodności ofert z SIWZ, a ewentualne niezgodności z SIWZ najkorzystniejszej oferty Zamawiający zaakceptuje podczas podpisania umowy. Ponadto należy wskazać, iż paragrafy umowy zaczną dopiero obowiązywać strony umowy po jej podpisaniu - na obecnym etapie (przed podpisaniem umowy) postanowienia umowy nie mają zastosowania.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący zwraca także uwagę, iż udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów Pzp jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

W dniu 23.06.2010 r. Zamawiający faxem przekazał Konsorcjum Betacom SA (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 06.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum Betacom SA po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu faxem. Podtrzymał argumentacje z przystąpienia do protestu. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający w SIWZ oczekuje przekazania autorskich praw majątkowych do utworów dedykowanych dla Zamawiającego stworzonych przez niego w ramach prac rozwojowych Systemu zwanego dalej: „*utworem*”. Utwór dedykowany jest utworem stworzonym przez Przystępującego z wykorzystaniem bibliotek programistycznych oprogramowania firmy Saba Software (bez ingerencji w kod źródłowy oprogramowania Saba), nie będzie rozszerzeniem, modyfikacją, kopia, czy tłumaczeniem oprogramowania Saba. Powstanie jako nowy produkt z indywidualnym kodem źródłowym. Jako wytworzone w ramach Konsorcjum Betacom, majątków prawa autorskie do tego utworu będzie posiadało Konsorcjum Betacom z gwarancją Betacom, bez jakiegokolwiek uszczerbku dla Zamawiającego korzystania z gwarancji Saba na bibliotekę programistyczną oprogramowania Saba. Przystępujący w ramach realizowanego projektu nie ingeruje w żaden sposób w kod źródłowy oprogramowania Saba. Wykorzystana biblioteka oprogramowania firmy Saba objęta jest gwarancją Saba, a w Polsce Betacom jako partnera handlowego Saba. Zaś dedykowany dla zamawiającego utwór posiadający swój odrębny od Saba kod źródłowy objęty jest gwarancją Konsorcjum Betacom jako właściciela, wyłącznego dysponenta autorskich praw majątkowych i który to z chwila

podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru Systemu bez uwag przeniesie na Zamawiającego przysługujące mu autorskie majątkowe prawa tego utworu. Wskazał także, że zgodnie z przyjętymi definicjami modyfikacja oprogramowania ma miejsce wówczas jak następuje ingerencja w kod źródłowy utworu pierwotnego jest to m.in. zmiana, usuwanie błędów, rozszerzenie, itp. Z pochodną oprogramowania mamy do czynienia wówczas gdy jest jego kopia, tłumaczeniem utworu pierwotnego lub oprogramowanie powstało przy inspiracji pierwotnego i zachowując właściwości pierwotnego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z treścią SIWZ, projektem umowy, wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 02.04.2010 r. Zamawiającego w zakresie odpowiedzi na pytanie 39 i 40, ofertą Przystępującego, w tym formularzem ofertowym, formularzem cenowym, jak również załączonym do oferty oświadczeniem z dnia 08.04. 2010 r. oraz pismem SABA z 26.03.2010 r. wraz z tłumaczeniem, po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 2 Pzp został przez

Odwołującego na rozprawie sprostowany, jako oczywista omyłka pisarska, wskazano, że chodziło o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Betacom SA poprzez wadliwą ocenę wartości merytorycznej jego oferty względem SIWZ, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w Sekcji XIV. pkt 2 SIWZ stwierdził, że: *„ocenie podlegać mogą jedynie oferty nie podlegające odrzuceniu”*. Zaś w Sekcji XI. pkt 5 SIWZ wskazał, że: *„Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę. Treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Złożenie większej liczby ofert lub oferty zawierającej rozwiązania alternatywne lub oferty wariantowej, spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez danego wykonawcę”*.

W treści formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ pkt 2 ppkt 6) Wykonawcy składający ofertę: *„zobowiązali się do zawarcia umowy, o treści zgodnej z załączonym do SIWZ projektem umowy, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”*. Zgodnie natomiast z treścią projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) w sekcji 4. Prawa autorskie i warunki licencyjne § 13 sprecyzowano, iż: *„z chwilą podpisania Protokołu odbioru Systemu bez uwag, Wykonawca przenosi na Zamawiającego, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 12, autorskie prawa majątkowe (oraz własność egzemplarzy utworów) do Utworów dedykowanych dla Zamawiającego stworzonych przez niego w wyniku prac rozwojowych Systemu, obejmujące prawo do korzystania, pobierania pożytków i rozporządzania tymi utworami, na następujących polach eksploatacji: (...)”*. Z kolei w § 24 ust 3 projektu umowy zawarto zapis, że: *„W przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami umowy i załącznikami do niej, w szczególności warunkami licencyjnymi, przy dokonywaniu interpretacji pierwszeństwo mają regulacje zawarte w umowie.”*

W ramach wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 02.04.2010 r. Zamawiający w zakresie odpowiedzi na pytanie 39 i 40: *„Pytanie nr 39: Pytanie dotyczy zapisu SIWZ: Rozdział V. Opis przedmiotu zamówienia, Dokumenty przedmiotowe punkt 1 „Upoważnienie lub umowa z producentem, lub inny dokument potwierdzający prawo do modyfikacji kodów źródłowych oferowanego systemu bez utraty gwarancji w przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem oferowanego systemu”. Prosimy o wyjaśnienie jak powinien postąpić Wykonawca w następującej sytuacji: Wykonawca jest partnerem producenta oferowanego systemu i na mocy podpisanej umowy jest upoważniony między innymi do wdrażania systemu oraz dokonywania zmian i rozszerzania funkcjonalności w ramach dostarczonego przez producenta API. W przypadku dokonywania zmian i/lub rozszerzania funkcjonalności systemu to Wykonawca (a nie producent systemu) daje gwarancję na swoje prace. Jako partner producenta Wykonawca nie może i nie modyfikuje kodów źródłowych, a realizowane prace rozwojowe nie powodują utraty gwarancji na system. Czy w związku z powyższym*

Zamawiający uzna, że Wykonawca złożył wymagane dokumenty jeśli dokumentami tymi będą:

- Poświadczenie producenta systemu, że Wykonawca jest partnerem upoważnionym do wdrażania systemów
- Oświadczenie, którym zawarta zostanie informacja, że Wykonawca udzieli gwarancji na wszelkie zmiany i/lub rozszerzenia funkcjonalności wykonane w trakcie realizacji projektu oraz, że wykonane zmiany i/lub rozszerzenia funkcjonalności nie spowodują utraty gwarancji producenta na pozostałe części systemu.

Odpowiedź: Zamawiający uzna, że Wykonawca złożył wymagane dokumenty jeśli dodatkowo poza dokumentami wymienionymi w pytaniu Wykonawca złoży oświadczenie, że pełna funkcjonalność systemu wymagana przez Zamawiającego może zostać osiągnięta bez modyfikacji kodów źródłowych. Niezależnie od powyższego Zamawiający zwraca uwagę, że pełna odpowiedzialność za zrealizowanie systemu zgodnie z wymaganiami spoczywa na Wykonawcy". „Pytanie nr 40: Pytanie dotyczy zapisu SIWZ: Rozdział V. Opis przedmiotu zamówienia, Dokumenty przedmiotowe punkt 1 „Upoważnienie lub umowa z producentem, lub inny dokument potwierdzający prawo do modyfikacji kodów źródłowych oferowanego systemu bez utraty gwarancji w przypadku, gdy Wykonawca nie jest producentem oferowanego systemu". Prosimy o wyjaśnienie jak powinien postąpić Wykonawca w następującej sytuacji: Wykonawca jest partnerem producenta oferowanego systemu i na mocy podpisanej umowy jest upoważniony między innymi do wdrażania systemu oraz dokonywania zmian i rozszerzania funkcjonalności w kodzie. W przypadku dokonywania zmian i/lub rozszerzania funkcjonalności systemu to Wykonawca (a nie producent systemu) daje gwarancję na swoje prace. Czy w związku z powyższym Zamawiający uzna, że Wykonawca złożył wymagane dokumenty jeśli dokumentami tymi będą:

- Poświadczenie producenta systemu, że Wykonawca jest partnerem upoważnionym do wdrażania systemów,
- Oświadczenie, którym zawarta zostanie informacja, że Wykonawca udzieli gwarancji na wszelkie zmiany i/lub rozszerzenia funkcjonalności wykonane w trakcie realizacji projektu oraz, że wykonane zmiany i/lub rozszerzenia funkcjonalności nie spowodują utraty gwarancji producenta na pozostałe części systemu.

Odpowiedź:

Zamawiający uzna, że Wykonawca złożył wymagane dokumenty jeżeli wskazane w pytaniu poświadczenie producenta systemu będzie zawierało dodatkowo informacje o upoważnieniu Wykonawcy do dokonywania zmian i rozszerzania funkcjonalności w kodzie".

W ramach formularza ofertowego Przystępujący wskazał, że: „Przystępując do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego (..) oferuję realizację przedmiotu

zamówienia opisanego w (...) [SIWZ] nr DAB.231/108/09 na warunkach określonych w SIWZ i zgodnie z jej treścią oraz na warunkach określonych w niniejszej ofercie” (str. 4 oferty). Zobowiązanie z pkt 2 ppkt 6 formularza ofertowego złożył na str. 5 oferty. W ramach formularza cenowego (str. 7 oferty) zaoferował w pkt 1.2 licencje dostarczane przez Batacom SA, zakres funkcjonalny (miękki HR), w uwagach wskazując: „Portal samoobsługowy dla pracowników Zamawiającego obejmujący licencje (oprogramowanie SABA) dla 1000 użytkowników nazwanych wraz z 2 licencjami uwzględniającymi możliwość administrowania tym Systemem. Licencje umożliwiają uruchomienie i dostęp do dwóch środowisk: środowisko produkcyjne, środowisko szkoleniowo-testowe”. Zgodnie z treścią Warunków udzielenia licencji przedstawionych przez Przystępującego na str.12 oferty pkt 3: „Prawa własności. Licencjobiorca uznaje, że Produkty i wszelkie ich pochodne oraz modyfikacje, są produktami stanowiącymi własność firmy Saba i jej dostawców oraz że ich właścicielem oraz właścicielem wszelkich patentów, praw autorskich, tajemnic handlowych, znaków handlowych, nazw handlowych i innych związanych z nimi oraz zawartych w nich praw własności jest wyłącznie firma Saba. Na żądanie, Saba może za wcześniejszym 14-dniowym poinformowaniem sprawdzić sposób wykorzystania przez Licencjobiorcę znaków towarowych, a Licencjobiorca zobowiązuje się podjąć uzasadnione kroki w celu rozwiązania wszelkich problemów z jakością. Korzyści z wykorzystywania takich znaków towarowych czerpać może wyłącznie Saba”

Dodatkowo załączył Przystępujący pismo z dnia 26.03.2010 r. wraz z tłumaczeniem firmy Saba (str. 31-32 oferty), które stwierdza, że: „(...) Betacom S.A. zgodnie z pisemnymi ustaleniami z firmą Saba jest uprawniony do sprzedaży systemów Saba w Polsce oraz do zapewnienia realizacji, doradztwa i wsparcia dla klientów, którzy nabyli sublicencje na oprogramowanie Saba z Betacom. Współpracujemy z Betacom od 2001, Betacom dokonał licznych wdrożeń oprogramowania Saba w Polska”. Przedłożono także oświadczenie (str. 33 oferty), zgodnie z którym: „W imieniu Betacom S.A. oświadczam, że :

- wszelkie zmiany i/lub rozszerzenia funkcjonalności systemu Saba wykonane w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia zostaną objęte gwarancją Betacom S.A.;
- zmiany i/lub rozszerzenia funkcjonalności systemu Saba wykonane w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia nie spowodują utraty gwarancji producenta systemu (firmy Saba) na pozostałe części systemu;
- pełna funkcjonalność systemu wymagana przez Zamawiającego może zostać osiągnięta bez modyfikacji kodów źródłowych oferowanego systemu”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, zapis z Warunków udzielenia licencji przedstawionych przez Przystępującego na str.12 oferty pkt 3 dotyczy nie utworu dedykowanego dla potrzeb Zamawiającego, ale licencji do danego oprogramowania (modułu), tj. oprogramowania

SABA (pkt 1.2 formularza cenowego – str. 7 oferty). Z kolei zapis z § 13 projektu umowy należy odnieść do autorskich praw majątkowych (oraz własności egzemplarzy utworów) do utworów dedykowanych dla Zamawiającego stworzonych przez niego w wyniku prac rozwojowych Systemu i w żadnym wypadku nie odnosi się do dostarczanych w ramach formularza cenowego licencji do danego oprogramowania (modułów). W przypadku tych ostatnich autorskie prawa majątkowe pozostają w gestii ich producentów. W konsekwencji zarzut, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ jest bezpodstawny. Zaś Przystępujący spełnił wskazany wyżej wymóg składając w ramach formularza ofertowego oświadczenie, że: *„Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (..) oferuję realizację przedmiotu zamówienia opisanego w (..) [SIWZ] nr DAB.231/108/09 na warunkach określonych w SIWZ i zgodnie z jej treścią oraz na warunkach określonych w niniejszej ofercie”* (str. 4 oferty). Składając także zobowiązanie z pkt 2 ppkt 6 formularza ofertowego (str. 5 oferty), jak również oświadczenie wskazywane w swoich przystąpieniach (str. 33 oferty).

Po drugie, powyższe stanowisko i przyjęte rozgraniczenie znajduje także potwierdzenie w definicjach zawartych w projekcie umowy. Zgodnie bowiem z § 2 pkt 29 system to: *„oprogramowanie o funkcjonalności opisanej w załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia , składające się z modułów: kadry, płace, „miękki” HR, portal samoobsługowy dla pracowników Zamawiającego”*, zaś w § 2 pkt 45 stwierdzono, iż utwory dedykowane dla Zamawiającego to wynik działania Wykonawcy, w tym modyfikacje Systemu, powstałe podczas Wdrożenia, serwisu powdrożeniowego lub Prac dodatkowych na wyłączne potrzeby Zamawiającego.

Po trzecie, Izba uznała że utwór dedykowany nie jest ani modyfikacją, ani rozszerzeniem, czy też pochodną oprogramowania SABA. Zgodnie bowiem z definicjami ze str. 17-18 oferty - Warunków udzielenia licencji przedstawionych przez Przystępującego, określenie „Oprogramowanie” oznacza wersję oprogramowania SABA zawierającego kody obiektów w postaci, w jakiej zostało pierwszy raz dostarczone Licencjobiorcy przez Saba na podstawie niniejszej umowy oraz wszelkie rozszerzenia (enhancements) i aktualizacje (updates) dostarczone Licencjobiorcy przez Saba na podstawie niniejszej umowy. Z kolei określenie „Aktualizacja (update) oznacza te aktualizacje oraz wersje programu określone przez Saba oraz oznaczone zmianą numeracji po prawej stronie przecinka (np. z 5.3 na 5.4), które Saba udostępniła innym swoim klientom, którzy zakupili usługi pomocy technicznej. Natomiast określenie "Rozszerzenie (enhancements)" oznacza kolejne wersje oprogramowania określone przez Saba i oznaczone zmianą numeracji po lewej stronie przecinka (mp. 5.0 na 6.0), które Saba ogólnie udostępniła innym swoim klientom, którzy zakupili usługi pomocy technicznej.

W pkt 3 Warunków udzielenia licencji przedstawionych przez Przystępującego na str.12 oferty wskazuje się również na pochodne produktu firmy Saba, jednakże producent

firma Saba nie zdefiniowała tego pojęcia w umowie licencyjnej załączonej do oferty. Wobec powyższego Izba uznała, wbrew stanowisku Odwołującego, że skoro Odwołujący nie wykazał, że korzystanie z bibliotek programistycznych (bez ingerencji w kod źródłowy oprogramowania SABA), przy tworzeniu utworu dedykowanego dla potrzeb Zamawiającego będzie stworzeniem w efekcie produktu pochodnego, nie można uznać zasadności jego twierdzeń z rozprawy. Jednocześnie, w ocenie Izby takie ograniczenie byłoby w przedmiotowym stanie faktycznym sprzeczne z ustawą dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 z późn. zm.).

Zgodnie bowiem z art. 75 ust. 2 pkt 3 lit. a-c): *„Nie wymaga zezwolenia uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi, o ile zostaną spełnione następujące warunki:*

- a) czynności te dokonywane są przez licencjodawcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz,*
- b) informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne dla osób, o których mowa pod lit. a,*
- c) czynności te odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania”.*

Odwołujący także w żaden sposób nie wykazał, że zaistniały okoliczności zawarte w art. 75 ust. 3 wymienionej wyżej ustawy, a które wyłączałyby art. 75 ust. 2 pkt 3 lit. a-c).

Utwór dedykowany dla potrzeb Zamawiającego, to niezależnie stworzony program komputerowy, który zostanie stworzony do współdziałania z innymi programami komputerowymi m.in. oprogramowaniem SABA – produkt firmy Saba. Czynności te są dokonywane przez Przystępującego (Konsorcjum Betacom), informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne, odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania (kody źródłowe oprogramowania SABA, bez ich modyfikacji).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała także za nie zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....