**Sygn. akt: KIO 938/14**

**WYROK**
**z dnia 5 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 22, 28 maja oraz 2 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:
A. **"KONCEPT" Sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa,**
B. **Brother Polska Sp. z o.o., ul. Cybernetyki 7B, 02-677 Warszawa,**
C. **EDIKO Sp. z o.o., ul. Niekielska 3, 01-106 Warszawa,**
D. **Xerox Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załącznika nr 9 do wzoru umowy w następujący sposób:**

   A. Rozdział IV pkt I.2 akapit drugi siwz „Warunki udziału w postępowaniu" przez nadanie mu brzmienia iż: „Przez usługę serwisową Zamawiający rozumie wymianę uszkodzonych części i naprawę w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń".
   B. Rozdział II pkt I.4 siwz oraz pkt 3 Załącznika nr 9 do umowy zdanie pierwsze przez nadanie mu brzmienia: „System zarządzania wydrukiem musi posiadać funkcję wydruku poufnego i podążającego".



---

   C. Rozdział II pkt I.4 ppkt 12 OPZ i pkt 3.12 Załącznika nr 9 do umowy przez wykreślenie sformułowania „ w czasie rzeczywistym".
   D. Rozdział II pkt I.5 ppkt 10 OPZ i pkt 4.10 Załącznika nr 9 do umowy przez doprecyzowanie, aby funkcjonalność w zakresie zdalnej aktualizacji firmware'u (oprogramowania wbudowanego) odnosiła się do wszystkich dostarczonych modeli danego producenta i odbywała się na wielu urządzeniach danego producenta jednocześnie oraz określenia, aby funkcjonalność ta była możliwa do zrealizowania także przez inne niż oprogramowanie do raportowania stanu liczników rozwiązanie.
   E. Rozdział II pkt I.5 ppkt 11 OPZ i pkt 4.11 Załącznika nr 9 do umowy przez doprecyzowanie, aby funkcjonalność umożliwiająca wsadową rekonfigurację dotyczyła wszystkich urządzeń danego producenta jednocześnie oraz określenia, aby funkcjonalność ta była możliwa do zrealizowania także przez inne niż oprogramowanie do raportowania stanu liczników rozwiązanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra;**
   2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., ul. Fabryczna 13/1, 65-410 Zielona Góra** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....



---

**Sygn. akt: KIO 938/14**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z 45-miesięcznym serwisem, obejmującym dostawę materiałów eksploatacyjnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 kwietnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 084-146405.
W dniu 9 maja 2014 roku odwołujący – Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez opisanie w Rozdziale IV pkt 1.2 SIWZ sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, nadmierny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby usługa serwisu obejmowała dostawę materiałów eksploatacyjnych.
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, w zakresie:
    a. wymagania, aby wskazane urządzenia posiadały funkcję wydruku poufnego i podążającego z obsługą czytnika kart zbliżeniowych i funkcją zarządzania pracami, kasowania prac (Rozdział II SIWZ dotyczący OPZ, dalej: „OPZ", pkt 1.4 zd. pierwsze i dalej w pkt 1,2,3 i 4 oraz pkt 3 zd. pierwsze Załącznika nr 9 do umowy i dalej w pkt 1,2,3 i 4);
    b. w jakim Zamawiający wymaga, aby wszystkie urządzenia wyposażone w czytnik kart posiadały interfejs webowy zarówno dla administratora, jak i użytkownika systemu (Rozdział II pkt 1.4 ppkt 9 OPZ oraz pkt 3.9 Załącznika nr 9 do umowy);
    c. wymagania, aby wszystkie urządzenia wyposażone w czytnik kart charakteryzowały się możliwością monitorowania zajętości dysku dla folderów systemu oraz alertów administracyjnych w przypadku braku miejsca na dysku (Rozdział II pkt 1.4 ppkt 10 OPZ oraz pkt 3.10 Załącznika nr 9 do umowy);
    d. wymagania, aby oferowane urządzenia posiadały możliwość podglądu logów systemu w czasie rzeczywistym (Rozdział II pkt 1.4 ppkt 12 OPZ oraz



---

pkt 3.12 Załącznika nr 9 do umowy);
    e. w jakim wymaganiem na oprogramowanie do raportowania stanu liczników urządzeń jest zapewnienie dostępu poprzez przeglądarkę WWW (Rozdział II pkt 1.5 ppkt 1 OPZ oraz pkt 4.1 Załącznika nr 9 do umowy);
    f. w jakim oprogramowanie od raportowania stanu liczników urządzeń powinno posiadać funkcję generowania raportów online, m.in. w zakresie, skanowania oraz umożliwiać generowanie zbiorczego raportu dla wszystkich urządzeń w zakresie skanowania strony (Rozdział II pkt 1.5 ppkt 3 i 4 OPZ oraz pkt 4.3 i 4.4 Załącznika nr 9 do umowy);

g. wymagania, aby oprogramowanie do raportowania stanu liczników urządzeń zapewniało obsługę wszystkich dostarczonych modeli w zakresie zdalnej aktualizacji firmware'u (oprogramowania wbudowanego), oraz wymogu, aby aktualizacja odbywała się na wielu urządzeniach jednocześnie jak również możliwości zaplanowania aktualizacji na konkretną godzinę (Rozdział II pkt 1.5 ppkt 10 OPZ oraz pkt. 4.10 Załącznika nr 9 do umowy);

h. wymagania, aby oprogramowanie do raportowania stanu liczników urządzeń umożliwiało wsadową rekonfigurację urządzeń wszystkich jednocześnie, w zakresie ustawień sieciowych, systemowych i domyślnych urządzenia (Rozdział II pkt 1.5 ppkt 11 OPZ oraz pkt. 4.11 Załącznika nr 9 do umowy);

i. w jakim Zamawiający w jednej części SIWZ dopuszcza na poziomie administratora interfejs w języku polskim, a w innej w języku polskim lub angielskim (Rozdział II pkt 1.4 ppkt 9 OPZ i pkt. 3.9 Załącznika nr 9 do umowy oraz Rozdział II pkt 1.5 ppkt 2 OPZ i pkt. 4.2. Załącznika nr 9 do umowy;

j. w jakim Zamawiający w jednej części OPZ wymaga oprogramowania funkcjonującego pod kontrolą działającego u Zamawiającego Windows Server 2008 i nowszego, a w innej wymaga zgodności z systemami Windows 7/Windows Server 2003/ Windows Server 2008/ Windows Server 2012 (Rozdział II pkt 1.4 ppkt 7 OPZ i pkt 3.7 Załącznika nr 9 do umowy oraz Rozdział II pkt 1.5 ppkt 9 OPZ i pkt. 4.9 Załącznika nr 9 do umowy);

k. w jakim Zamawiający nie wskazał liczby drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych przypadających na poszczególne jednostki ZUS oraz poinformował, że rozdzielnik będzie udostępniony wykonawcy na etapie podpisywania umowy (Rozdział II pkt II. 1 ppkt 3 OPZ oraz Załącznik nr 2 do umowy);



---

l. w jakim Zamawiający nie wskazał lokalizacji, w których ma być świadczona 45-miesięczna obsługa serwisowa (Rozdział II pkt II.2 ppkt 1 1 lit. g OPZ)

m. zamawiający zamierza dokonać wdrożenia na wszystkich serwerach wydruków (serwery SPR, SPV, dwa SFS) w KSI, przy czym nie określa procedury postępowania w przypadku, gdy tej czynności nie wykona, a będzie to rodzić negatywne skutki dla wykonawcy (Rozdział II pkt II. 1 ppkt 2 OPZ)

3. art. 353 ¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art.139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie Załącznika nr 2 do SIWZ, Wzór Umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim:
   a. pola eksploatacji obejmują przystosowywanie, wprowadzanie zmian układu lub innych zmian (§ 1 ust. 3 ppkt 6 wzoru umowy);
   b. zamawiający dokona we własnym zakresie instalacji drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych (§ 2 ust. 5 wzoru umowy);
   c. wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:
   - w przypadku opóźnienia odpowiedniego terminu, o którym mowa w § 2 ust. 1 w wysokości 0,2% całkowitej ceny brutto, o której mowa w § 4 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§ 5 ust. 1 wzoru umowy);
   - w przypadku, gdy opóźnienie terminu realizacji, którym mowa w § 2 ust. 1 przekroczy 21 dni Zamawiający może odstąpić od umowy i w takim przypadku zastrzega sobie prawo naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 20 % całkowitej ceny brutto, o której mowa w § 4 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§ 5 ust. 2 wzoru umowy);
   - w przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% całkowitej ceny brutto, o której mowa w § 4 ust. 1.
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikację treści siwz:

1. modyfikację warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV pkt 1.2 SIWZ w ten sposób, iż pierwotne brzmienie zastępuje się następującym:
   „o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną dostawę minimum 500 szt. urządzeń drukujących lub kopiująco-drukujących wraz z minimum 12 miesięczną usługą serwisową w co najmniej 10 lokalizacjach (miejscowościach) o całkowitej wartości (dostawa razem z usługą serwisową) nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto.
   Przez usługę serwisową Zamawiający rozumie wymianę uszkodzonych części i naprawę w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń."
2. wykreślenia Rozdziału II pkt 1.4 oraz pkt 3 Załącznika nr 9 do umowy w całości, ewentualnie:
   zmianę pierwotnego brzmienia wymogu z Rozdziału II pkt 1.4 zd. pierwsze oraz pkt 3 zd. pierwsze Załącznika nr 9 do umowy w następujący sposób:
   „System *zarządzania wydrukiem musi posiadać funkcję wydruku poufnego i podążającego"*
   oraz zmianę pierwotnego brzmienia Rozdziału II pkt 1.4 akapit 3 zd. pierwsze oraz Załącznika nr 9 do umowy pkt 3 akapit 3 zd. pierwsze, tj. „Wymagana *funkcjonalność dla wszystkich urządzeń wyposażonych w czytnik kart"* na: *„Wymagana funkcjonalność **systemu** dla wszystkich urządzeń wyposażonych w czytnik kart "*
   *a także* zmianę pierwotnego brzmienia Rozdziału II pkt 1.4 akapit 4 zd. pierwsze oraz Załącznika nr 9 do umowy pkt 3 akapit 4 zd. pierwsze, tj.: „Wymagana *funkcjonalność dla urządzeń wielofunkcyjnych M2, M3 i M4"* na: *„Wymagana funkcjonalność **systemu** dla urządzeń wielofunkcyjnych M2, M3 i M4"*
3. wykreślenia z Rozdziału II pkt 1.4 ppkt 9 OPZ oraz z pkt. 3.9 Załącznika nr 9 do umowy słowa „webowy" oraz całkowitego wykreślenia Rozdziału II pkt 1.5 ppkt 1 OPZ oraz pkt. 4.1 Załącznika nr 9 do umowy;
4. wykreślenia Rozdziału II pkt 1.4 ppkt 10 OPZ i pkt. 3.10 Załącznika nr 9 do umowy;
5. wykreślenia z Rozdziału II pkt 1.4 ppkt 12 OPZ i pkt. 3.12 Załącznika nr 9 do umowy sformułowania *„w czasie rzeczywistym";*



6. zmianę brzmienia Rozdziału II pkt 1.5 ppkt 3 i 4 OPZ i pkt. 4.3 i 4.4. Załącznika nr 9 do umowy poprzez wykreślenie słowa „skanowanie", tj. nadanie mu następującego brzmienia:
   a. *funkcję generowania raportów online - między innymi: ilość stron, drukowanie, kopiowanie, monochromatyczne/kolorowe strony, na użytkownika, departamenty, działy, z podziałem na dzień, miesiąc, rok, możliwość ustawienia spersonalizowanych okresów*
   b. *„osobne zliczanie stron dla formatów A4/A3, kolor/mono, kopiowanie strony i wygenerowanie zbiorczego raportu dla wszystkich dostarczonych urządzeń"*
7. całkowitego wykreślenia Rozdziału II pkt 1.5 ppkt l O i l l OPZ i pkt. 4.10 i 4.11 Załącznika nr 9 do umowy;
8. ujednolicenia postanowień OPZ przez dopuszczenie w Rozdziale II pkt 1.4 ppkt 9 OPZ i pkt 3.9 Załącznika nr 9 do umowy do obsługi interfejsu administratora także w języku angielskim, tj. dokonania zmiany w następujący sposób:
   *„interfejs administratora w języku polskim lub angielskim, interfejs webowy użytkownika systemu w języku polskim"*
9. modyfikację Rozdziału II pkt 1.5 ppkt 9 i 4 OPZ i pkt. 4.9 Załącznika nr 9 do umowy poprzez wykreślenie sformułowania „Windows *Serwer 2003",* tj. pozostawienie

wymogu w postaci:

*„działające pod kontrolą - posiadanego przez Zamawiającego - systemu Windows 7/ Windows Serwer 2008/ Windows Serwer 2012,"*

10. doprecyzowanie przez Zamawiającego Załącznika nr 2 do umowy poprzez podanie jaka liczba sztuk drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych przypada na każdą jednostkę ZUS podaną w przedmiotowym załączniku oraz wykreślenie z Rozdziału II pkt II.I ppkt 3 OPZ sformułowania *„(rozdzielnik zostanie przedstawiony na etapie podpisywania umowy)";*
11. udostępnienie przez Zamawiającego listy jednostek ZUS wraz z lokalizacjami, w których ma być świadczona 45-miesięczna obsługa serwisowa oraz liczby urządzeń, która zostanie w nich zainstalowana przez Zamawiającego, w taki sposób aby wykonawca mógł w sposób prawidłowy oszacować koszty serwisu;
12. doprecyzowania przez Zamawiającego:
    a. co rozumie pod użytymi w Rozdziale II pkt II.I ppkt 2 OPZ skrótami SPR, SPV i dwa SFS;
    b. procedury postępowania w przypadku, gdy Zamawiający nie dokona wdrożenia, o którym mowa w Rozdziale II pkt II. 1 ppkt 2 OPZ;



13. wykreślenia § 1 ust. 3 pkt 6 wzoru umowy;
14. doprecyzowania procedury, w przypadku gdy na skutek instalacji dokonanej przez Zamawiającego (§ 2 ust. 5 wzoru umowy) urządzenie ulegnie uszkodzeniu;
15. modyfikację postanowień dotyczących kar umownych w ten sposób, iż:
    a. skreśla się z ust. 3 § 5 wzoru umowy sformułowanie „niezależnie *od kar określonych w ust.* 1"
    b. *dodaje się ust. 6a do § 5 wzoru umowy o następującej treści: „Kary umowne przewidziane w niniejszej umowie nie podlegają sumowaniu";*
    c. *obniżenie wysokości kar umownych określonych w § 5 ust. 2 i 6 wzoru umowy do poziomu nie wyższego niż 10%.*

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie** .

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Ad.1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez opisanie w Rozdziale IV pkt 1.2 SIWZ sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, nadmierny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, aby usługa serwisu obejmowała dostawę materiałów eksploatacyjnych, Izba uznała za uzasadniony.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa i doktryny opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być obiektywny, związany i proporcjonalny z przedmiotem zamówienia. Za niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania należy uznać opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do jego realizacji lub stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych.



Izba uznała za słuszną argumentację odwołującego, że sformułowane przez zamawiającego w Rozdziale IV pkt 1.2 SIWZ wymaganie, które dopuszcza możliwość złożenia oferty wyłącznie przez wykonawców, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, wykonali

co najmniej jedną dostawę min. 500 szt urządzeń drukujących lub kopiująco – drukujących wraz z min. 12 miesięczną usługą serwisową, obejmującą nie tylko wymianę uszkodzonych części i naprawę ale także dostawę materiałów eksploatacyjnych w co najmniej 10 lokalizacjach o wartości nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, jest nadmiernie wygórowane i nieuzasadnione.
Podkreślić należy, że Izba nie neguje przy tym prawa zamawiającego do swobodnego – w granicach przepisów prawa - określenia przedmiotu zamówienia w sposób, który najlepiej spełnia jego oczekiwania. Dążenie zamawiającego do wyboru jednego wykonawcy, który będzie realizował zamówienie w sposób kompleksowy tj. przez dostarczenie urządzeń wraz z ich serwisem, polegających nie tylko na wymianie i naprawie a także dostawie materiałów eksploatacyjnych jest zatem w pełni uzasadnione.
Przeprowadzona rozprawa, w tym oświadczenia stron złożone do protokołu rozprawy, dowiodła jednak, że dotychczas na rynku zrealizowano zaledwie kilka umów o charakterze kompleksowym (obejmującym dostawę drukarek ich serwis polegający na wymianie i naprawie a także dostawę materiałów eksploatacyjnych), Okoliczność ta powoduje, że postawiony przez zamawiającego wymóg polegający na zdefiniowaniu pojęcia „usług serwisowych", obejmujących obok wymiany i naprawy także dostawę materiałów eksploatacyjnych, jest nadmierny i w efekcie prowadzi do ograniczenia konkurencji, uniemożliwiając dostęp do zamówienia podmiotom, które posiadają duże doświadczenie na rynku tego typu zamówień i są gotowe w sposób rzetelny zrealizować kompleksowo całość przedmiotu zamówienia.
Ponadto, zdaniem Izby doświadczenie w realizacji usługi serwisowej obejmującej m.in. dostawę materiałów eksploatacyjnych nie może stanowić istotnego wyznacznika dla oceny zdolności wykonawcy do realizacji przedsięwzięcia, tym bardziej, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma się wykazać doświadczeniem w realizacji dostawy dużej ilości drukarek i urządzeń kopiująco-drukujących wraz z ich serwisem o wartości min. 10 000 000 zł. Nie można odmówić wykonawcy, który zrealizował - co prawda w odrębnych umowach - dostawę i serwis urządzeń oraz dostawę materiałów eksploatacyjnych – prawa do legitymowania się doświadczeniem, które jest wystarczające dla realizacji kompleksowego zamówienia obejmującego łącznie dostawę sprzętu jego serwis wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych. Zgodzić się należy z zamawiającym co do tego, że warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie oznacza



to jednak, że warunki, które stanowią o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, mają być identyczne co do zakresu czy wartości z przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności odnosząca się do opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny być uzasadnione wartością, charakterystyką, złożonością i zakresem przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości określenie „proporcjonalny" używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję" W wyroku z dnia 16 września 1999 roku, C-414-97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ETS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.
Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że żądanie odwołującego co do modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2 siwz przez wykreślenie z definicji usługi serwisowej dostaw materiałów eksploatacyjnych jest w pełni uzasadnione.
Złożone przez zamawiającego jako dowód w sprawie dwie umowy dowodzą jedynie, że tego typu kompleksowe zamówienia były świadczone dla ZUS, co potwierdza ich jednostkowy i wyjątkowy charakter. Przedstawione zaś oświadczenia serwisantów są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia proporcjonalności opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu i mogą one jedynie uzasadniać dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i

dążenie zamawiającego do wyłonienia jednego wykonawcy, który dostarczy urządzenia, będzie świadczył jego serwis i dostarczał materiały eksploatacyjne.

Ad.2. zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczepujący:

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 3320 urządzeń (1179 sztuk drukarek oraz 2141 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych) typu D1, D2, D3 oraz M1, M2, M3, M4 wraz z 45 miesięczną obsługą serwisową, obejmującą dostawę materiałów eksploatacyjnych, wykonywanie przeglądów okresowych oraz wymianę uszkodzonych części i naprawę w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania oraz dostawa oprogramowania umożliwiającego



---

wydruk poufny i podążający oraz raportowanie stanu liczników. Wymagania co do parametrów technicznych drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych, zamawiający określił w rozdziale II siwz Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania oraz załączniku nr 9 do wzoru umowy.
W dniu 21 maja 2014 roku, po złożeniu odwołania, zamawiający działając w opraciu o art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał modyfikacji treści siwz w zakresie wymagań opisanych w rozdziale II siwz oraz załączniku nr 9 do umowy.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, Izba zważyła, co następuje:
Prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ustawy Pzp, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Jednocześnie fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Wymagania zamawiającego co do opisu przedmiotu zamówienia muszą wynikać z jego obiektywnych potrzeb.
Mając na uwadze powyższe wywody, Izba, oceniając zarzuty odwołania musiała rozważyć z jednej konieczność zachowania fundamentalnej zasady zamówień publicznych, jaką jest zasada uczciwej konkurencji a z drugiej istnienie obiektywnych potrzeb zamawiającego, które mogą uzasadniać określenie wysokich parametrów technicznych i funkcjonalnych co do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, dokonując modyfikacji siwz w dniu 21.05.2014 zamawiający uczynił zadość żądaniom odwołującego w zakresie tego, że opisane w rozdziale II pkt 1.4 wymagania mogą być spełnione przez system rozumiany jako urządzenie i oprogramowanie. Modyfikacja nagłówków rozdziału II podrozdział I ust. 4 oraz załącznika nr 9 do umowy ust. 3 jasno wskazuje, że wszystkie wymienione tam funkcjonalności mogą być spełnione przez system, a nie samo urządzenie. Odnośni się to do spełnienia m.in. funkcji wydruku podążającego i poufnego, możliwości monitorowania zajętości dysku dla folderów systemu, alerty



---

administracyjne w przypadku braku miejsca na dysku. Dokonana modyfikacja jest zdaniem Izby jasna i czytelna i została potwierdzona w stanowisku zamawiającego wyrażonym w toku rozprawy i w złożonych pismach procesowych. Niemniej jednak celem rozwiania wszelkich wątpliwości i zapewniania spójności w treści siwz zasadnym byłoby dokonanie przez zamawiającego konsekwentnie modyfikacji siwz w zdaniu pierwszym znajdującym się bezpośrednio pod pkt 4 rozdziału II, tak aby nadać mu brzmienie, że „system zarządzania wydrukiem musi posiadać funkcję wydruku podążającego i poufnego”.

Odnośnie wymagania z rozdziału II pkt 4 ppkt 9 OPZ „interfejs webowy zarówno administratora jak i użytkownika systemu w języku polskim" oraz wymagania określonego w pkt 5 dotyczącego zapewnienia dostępu przez przeglądarkę www. Izba uznała za niezasadne twierdzenia odwołującego, że wymagania zamawiającego w tym zakresie są nadmierne i wygórowane. Zamawiający w toku rozprawy wykazał, że wymagania wynikają z przyjętych standardów w zakresie architektury aplikacji a w przyszłości zapewnią one możliwość integracji z innymi systemami zamawiającego. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego oraz opinii dr inż. Zalewskiego złożonej przez samego odwołującego, systemów opartych o przeglądarkę internetową jest wiele np. SafeCom, PaperCut, MyQ, Qvision, a zatem należy uznać, że jest to rozwiązanie dość powszechne. Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z modyfikacją siwz dokonaną przez zamawiającego wymóg ten ma dotyczyć systemu a nie samych urządzeń.

Odnośnie wymagania z rozdziału II pkt 4 ppkt 10 OPZ dotyczącego „możliwości monitorowania zajętości dysku dla folderów systemu, alerty administracyjne w przypadku braku miejsca na dysku". Zdaniem Izby wymaganie powyższe jest obiektywnie uzasadnione, gdyż dążeniem zamawiającego jest kontrola dostępnego miejsca na dyskach w celu uniknięcia ich całkowitego zapełnienia. Modyfikacja siwz dokonana przez zamawiającego w dniu 21 maja 2014 roku i wskazanie, że wymaganie to odnosi się do systemu a nie do samego urządzenia, spełnia co do zasady oczekiwania odwołującego, który w treści odwołania sam wskazał, że „zajętość dysku dla folderów systemu czy alerty administracyjne w przypadku braku miejsca na dysku mogą być monitorowane dzięki funkcjonalności systemu, a nie samego urządzenia". Odwołujący domagał się wykreślenia tego wymagania alternatywnie domagał się przeniesienia do wymagań dotyczących systemu, zatem modyfikacja z dnia 21 maja jest zgodna z jego żądaniami.

Odnośnie wymagania z rozdziału II pkt 4 ppkt 12 OPZ dotyczącego możliwości podglądu logów w czasie rzeczywistym. Izba uznała, że wymóg aby podgląd odbywał się w czasie rzeczywistym jest nadmierny i w sposób nieuzasadniony ogranicza możliwość zaoferowania



szeregu innych niż MyQ rozwiązań. Logi ze swej istoty służą do przeglądania zdarzeń historycznych w celu zdiagnozowania problemów. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że podgląd logów w czasie rzeczywistym dla systemu, który posiada kilka tysięcy użytkowników jest niemożliwy do odczytania i przeanalizowania na bieżąco z uwagi na ilość zdarzeń i danych, które pojawiają się w danej sekundzie na ekranie. Zapewnienie bezpieczeństwa oraz możliwości natychmiastowego zidentyfikowania powstałej usterki i podjęcia odpowiednich działań czyli cele jakim ma służyć opisany przez zamawiającego w pkt 12 wymóg, zostaną z powodzeniem spełnione w przypadku realizacji przez system funkcjonalności polegającej na podglądzie logów sytemu, który nie będzie odbywał się w czasie rzeczywistym. Stąd Izba uznała za uzasadnione żądanie odwołującego wykreślenia z rozdziału II pkt 4 ppkt 12 OPZ sformułowania *„w czasie rzeczywistym".*
Oświadczenia producentów – Samsung Elektronics Polska Sp. z o.o., Xerox Polska Sp. z o.o., złożone przez odwołującego jako dowody w sprawie, potwierdzają okoliczności, które z uwagi na dokonaną w dniu 21 maja 2014 roku modyfikację siwz są już bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy. Są to okoliczności, które odnoszą się do potwierdzenia, że nikt poza producentem Kycoera oraz oprogramowania MyQ nie posiada funkcjonalności obsługi wydruku podążającego i poufnego, możliwości monitorowania zajętości dysku czy podglądu logów w czasie rzeczywistym – realizowanej przez urządzenia.

Odnośnie wymagań określonych w rozdziale II pkt 5 dotyczących oprogramowania do raportowania stanu liczników urządzeń, Izba zważyła, co następuje:
Wymaganie określone w pkt 5 ppkt 3 i 4, aby oprogramowanie do raportowania stanu liczników posiadało funkcję generowania raportów online – między innymi: ilość stron, drukowanie, kopiowanie, skanowanie, monochromatyczne/kolorowe strony, na użytkownika, departamenty, działy, z podziałem na dzień, miesiąc, rok, możliwość ustawienia spersonalizowanych okresów" oraz „umożliwiać „osobne zliczanie stron formatu A4/A3, kolor/mono, skanowanie strony, kopiowanie strony i wygenerowanie zbiorczego raportu dla wszystkich dostarczonych urządzeń".
Izba uznała, że wymagania powyższe są uzasadnione obiektywnymi przesłankami, funkcja ta

umożliwi zamawiającemu uzyskiwanie raportów o ilości wykonanych zadań w zakresie skanowania, co pozwoli mu z kolei na weryfikację procedur w zakresie klasyfikacji dokumentów wyłączonych z wydruku i dokonywanie bieżącej kontroli wykorzystania urządzeń. Wymóg ten nie jest nadmiarowy i nie stanowi bariery w możliwości zaoferowania innego niż MyQ oprogramowania. Na możliwość spełnienia tego wymagania przez inne niż MyQ oprogramowania wskazuje załączona do opinii biegłego dr inż., Zalewskiego tabela, w której wskazano, że funkcjonalności te są spełnione w przypadku oprogramowania: SafeQ, QVision, Eqiutrack i SafeCom.



Izba dostrzega, że sporym między stronami jest ocena czy postanowienia siwz w kształcie zaproponowanym przez zamawiającego nakładają na wykonawców obowiązek zaoferowania sprzętu jednego producenta we wszystkich segmentach drukarek D1-D3 i urządzeń wielofunkcyjnych M1 – M4 a także dostarczenia jednego oprogramowania kompatybilnego z tymi urządzeniami a tym samym ograniczają możliwość zaoferowania innego rozwiązania niż urządzenia Kyocera i oprogramowanie MyQ.
Niespornym jest, że wymóg dotyczący dostarczenia sprzętu jednorodnego (pochodzącego od jednego producenta) nie został literalnie wprowadzony w treści siwz. Odwołujący wywodził jednak, że wymóg taki, choć nie wpisany wprost to jednak wynika pośrednio z wymagania dotyczącego dostarczenia oprogramowania do raportowania stanu liczników obsługującego wszystkie dostarczone modele w zakresie zdalnej aktualizacji firmware'u a aktualizacja taka ma odbywać się jednocześnie na wielu urządzeniach. Na wymóg dostarczenia sprzętu jednorodnego, zdaniem odwołującego wskazuje także wymaganie opisane w pkt 11 rozdziału 5 umożliwiające wsadową rekonfigurację wszystkich urządzeń jednocześnie.
Zdaniem Izby, poza sporem pozostaje także to, że oprogramowanie realizujące aktualizację firmware'u dostarcza producent sprzętu/urządzenia. Okoliczność ta w zestawieniu z wymaganiem dotyczącym dostarczenia oprogramowania do raportowania stanu liczników urządzeń, które ma umożliwiać zdalną aktualizację firmware'u na wszystkich dostarczonych urządzeniach jednocześnie oraz umożliwiać wsadową rekonfigurację wszystkich urządzeń jednocześnie powoduje, że w przypadku dostarczenia sprzętu różnych producentów brak jest możliwości dostarczenia jednego typu oprogramowania do raportowania stanu liczników urządzeń. Wymagania tak określone w istocie wskazują pośrednio: po pierwsze na konieczność dostarczenia urządzeń jednego producenta, a po drugie: dostarczenia oprogramowania do raportowania stanu liczników urządzeń, które będzie realizowało wymagane funkcjonalności na wszystkich urządzeniach jednocześnie. Zgodnie z opinią biegłego dr inż. Zalewskiego „zbieg wymagań dotyczących urządzeń D1-D3 i M1-M3 z wymaganiami stawianymi oprogramowaniu do raportowania stanu liczników urządzeń dyskryminuje innych producentów sprzętu niż Kyocera (a w efekcie także dostawców innego oprogramowania niż MyQ), która jako jedyna może dostarczyć sprzęt i kompatybilne do niego oprogramowanie, spełniające wymagania siwz". Oświadczenia producentów Hewlett – Packard Polska, Canon Polska Sp. z o.o. Brother Polska Sp. z o.o., Xerox Polska Sp. z o.o. czy Samsung Electronics Polska S. o.o., złożone jako dowody w sprawie przez odwołującego, odnoszą się do braku możliwości zaoferowania „pełnej gamy urządzeń" danego producenta we wszystkich segmentach, co powoduje, że niemożliwość spełnienia wszystkich „funkcjonalności przypisanych do oprogramowania, które dedykowane jest do urządzeń wyłącznie jednego producenta". Z uwagi na to, że w oświadczeniach w tych założono



konieczność dostarczenia sprzętu jednego producenta, która w istocie nie została wpisana w siwz, stwierdzić należy że są one bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sporu.
Izba uznał, że z treści wskazywanych wyżej wymagań w ppkt 10 i 11 nie wynika intencja wyrażona przez zamawiającego w toku rozprawy, że jego celem nie jest uzyskanie ofert obejmujących sprzęt jednego producenta we wszystkich segmentach D1 –D3 i M1 – M4. W szczególności z treści siwz nie wynikają twierdzenia zamawiającego, które złożył do protokołu rozprawy, że oprogramowanie do raportowania stanu liczników musi obsługiwać wszystkie dostarczone modele danego producenta, zaś aktualizacja firmware'u oraz wsadowa rekonfiguracja ma odnosić się jednocześnie do wszystkich urządzeń ale wyłącznie danego typu w danej lokalizacji. Stąd, zdaniem Izby, istnieje potrzeba doprecyzowania przez

zamawiającego wymagań opisanych w ppkt 10 i 11 w ten sposób, aby funkcjonalności te odnosiły się do danego typu (producenta) urządzeń w danej lokalizacji. Odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że „nie kwestionuje funkcjonalności, jakie mają być spełnione, ale kwestionuje to, że funkcje te mają być spełnione przez oprogramowanie do raportowania stanu liczników urządzeń". Dlatego też Izba uznała, że celem zwiększenia konkurencyjności należy wskazać, iż funkcjonalności z ppkt 10 i 11 mogą być zrealizowane także przez inne, zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie. Istotne jest bowiem osiągnięcie tych funkcji a nie sposób ich uzyskania i zastosowane rozwiązanie.
Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, treść siwz nie wyklucza możliwości dostarczenia kilku oprogramowań kompatybilnych z urządzeniami różnych producentów.
Z treści siwz nie wynika konieczność zaoferowania jednego, multifunkcyjnego oprogramowania, które będzie kompatybilne ze wszystkimi dostarczonymi modelami drukarek we wszystkich segmentach. Wniosku o konieczności dostarczenia wyłącznie jednego oprogramowania nie można wywodzić, jak czyni to odwołujący z konstrukcji samego formularza ofertowego, który jest jedynie przykładowym wzorem i może zostać zmieniony i dostosowany do potrzeb wykonawcy, który będzie proponował więcej niż jedno oprogramowanie.
Izba dopuściła jako dowody w sprawie opinie prywatne złożone zarówno przez odwołującego jaki i zamawiającego, stwierdzając jednakże, że opinie te z uwagi na swój charakter mogą być ocenione wyłącznie jako stanowisko strony w sprawie. Oceniając merytoryczną zawartość opinii stwierdzić należy, że opinia dr P…….. G……., przedstawiona przez zamawiającego, wskazuje na urządzenia różnych producentów, które spełniają wymagania siwz i w tym zakresie jest co do zasady zbieżna z opinią dr inż. A…….. Z…… czy też CPU Service AiZ Maryniaka. Jednak opinia dr P……. G……. nie odnosi się do zbiegu wymagań co do parametrów technicznych urządzeń oraz wymaganej funkcjonalności przypisanej oprogramowaniu, przez co nie dotyka istoty problemu, który został przedstawiony w opiniach złożonych przez odwołującego. Podobnie, złożone przez zamawiającego w toku



rozprawy oświadczenia producentów/dystrybutorów sprzętu i oprogramowania potwierdzają jedynie możliwość spełniania wymagań w zakresie albo samego sprzętu albo oprogramowania.

Zarzuty dotyczące rozdziału II pkt I.4 ppkt 9 OPZ i pkt 3.9 Załącznika nr 9 oraz rozdziału II pkt I.5 ppkt 2 OPZ i pkt 4.2 Załącznika nr 9 w zakresie jaki w jednej części siwz zamawiający dopuszcza na poziomie administratora interfejs w języku polskim a w innej w języku polskim lub angielskim a także zarzuty dotyczące rozdziału II pkt I. 4 ppkt 7 OPZ i pkt 3.7 Załącznika nr 9 oraz rozdziału II pkt I.5 ppkt 9 OPZ i pkt 4.9 Załącznika nr 9 w zakresie w jakim zamawiający w jednej części OPZ wymaga oprogramowania funkcjonującego pod kontrolą działającego u zamawiającego Windows Server 2008 i nowszego a w innej wymaga zgodności z systemami Windows 7/Windows Server 2003/Windows Server2008/Windows Server 2012, z uwagi na złożenie przez pełnomocnika odwołującego oświadczenia o ich wycofaniu, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Zarzuty dotyczące opisania przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, wskazane w pkt 2 lit. k,l i m odwołania Izba uznała za niezasadne.
Zdaniem Izby podane w treści siwz informacje dotyczące danych adresowych 44 jednostek organizacyjnych, dla których będą realizowane dostawy oraz sumaryczna ilość drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych stanowią wystarczające dane dla prawidłowego skalkulowania ceny ofert, w tym kosztów związanych z dostarczeniem i transportem sprzętu. Dokładna liczba drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych przypadająca na poszczególne jednostki ZUS po pierwsze: jak wyjaśnił sam zamawiający na tym etapie postępowania nie jest możliwa do precyzyjnego określenia i zostanie przekazana wykonawcy w dniu podpisania umowy, po drugie: ma niewielki wpływ na cenę oferty, szczególnie w sytuacji, gdy znane są dokładne lokalizacje (adresy), do których ma być dostarczony sprzęt.
Zamawiający wskazał także w sposób wystarczający lokalizacje, w których ma być świadczona 45- miesięczna usługa serwisowa. Podał bowiem w siwz, że wykonawca będzie świadczył obsługę serwisową we wszystkich lokalizacjach zamawiającego na terenie całego kraju (w centrali, 43 oddziałach, 216 inspektoratach oraz 66 Biurach Terenowych), których adresy są wskazane na stronie internetowej zamawiającego.

Ponadto, zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił co rozumie pod skrótami SPR, SPV i SFS wskazując, że chodzi tu o wewnętrzne nazwy serwerów zamawiającego, które nie mają żadnego znaczenia dla realizacji zamówienia czy przygotowania oferty, zatem żądnie odwołującego co do konieczności rozwinięcia tych skrótów jest nieuzasadnione. Nieuzasadnione jest także żądanie opracowania procedury postępowania, w przypadku gdy zamawiający nie dokona etapu wdrożenia. Z postanowień wzoru umowy wynika, że

16

---

wykonawca zobowiązany będzie wdrożyć oprogramowanie konieczne do rozliczeń wyłącznie w Centrali, zaś wdrożenie oprogramowania w jednostkach organizacyjnych będzie dokonywane przez samego zamawiającego w ramach Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS i pozostaje ono bez faktycznego związku z rozliczeniami pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Zatem nie dojdzie do sytuacji, w której w przypadku nie wykonania wdrożenia w KSI wykonawca nie będzie mógł uzyskać wynagrodzenia za wykonane usługi.
Ad. 3 zarzut dotyczący naruszenia art. 353 1 i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art.139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie Załącznika nr 2 do SIWZ, Wzór Umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Izba nie uwzględniła żądania dotyczącego wykreślenia § 1 ust. 3 pkt 6 umowy, gdzie zawarto oświadczenie wykonawcy, że posiada on prawa własności intelektualnej, w tym autorskie prawa majątkowe do dostarczonego przez niego oprogramowania lub jest podmiotem uprawnionym do udzielania bądź dostarczania licencji na korzystanie z oprogramowania m.in. na polu eksploatacji dotyczącym przystosowania, wprowadzenia zmian układu lub innych zmian wyłącznie w zakresie, w jakim to przystosowanie lub zmiany będą niezbędne do korzystania zgodnie z przeznaczeniem. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że postanowienie to odnosi się do uprawnień wykonawcy w zakresie programu komputerowego a autorskie prawa majątkowe do programu komputerowego, zgodnie z art. 75 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 2006, nr 90, poz. 631) obejmują prawo m.in. do tłumaczenia, przystosowania, zmiany układu lub jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym, z zachowaniem praw osoby, która tych zmian dokonała. Zbędne jest także, zdaniem Izby dookreślenie procedury postępowania w przypadku, gdy zamawiający nie będzie w stanie dokonać instalacji drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych lub w przypadku, gdy w wyniku niezastosowania się do wytycznych instrukcji obsługi urządzenie ulegnie uszkodzeniu. Zamawiający dysponuje wyszkolonymi pracownikami i zamierza samodzielnie dokonać instalacji sprzętu, w oparciu o dostarczone przez wykonawcę instrukcje obsługi a wszelkie hipotetyczne sytuacje, w których sprzęt mógłby zostać uszkodzony na skutek błędnych działań pracowników zamawiającego zostały uregulowane w sposób wystarczający we wzorze umowy jak również w przepisach kodeksu cywilnego, które znajdą zastosowanie choćby na podstawie zawartego w §10 ust. 2 wzoru umowy odesłania.

17

---

Izba uznała, że zastrzeżone w § 5 ust. 1 i ust 3 i 6 wzoru umowy kary umowne, nie naruszają zasad wynikających z art. 5 i art. 353 1 kodeksu cywilnego. W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że kara przewidziana w ust. 1 i ust. 3 dotyczy tych samych okoliczności i powoduje, że wykonawca może zostać karany „podwójnie” za tą samo zdarzenie. W ust. 1 przewidziano karę za opóźnienie w terminach realizacji umowy, zaś kara z ust. 3 dotyczy innej sytuacji, gdy opóźnienie przekraczające ponad 21 dni skutkuje koniecznością odstąpienia przez zamawiającego od umowy a więc jest karą związaną z odstąpieniem od umowy. Izba nie uznała również za wygórowaną kary umownej określonej w § 5 ust 6 w wysokości 20% całkowitej ceny brutto umowy, którą wykonawca będzie zobowiązany ponieść w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zasada swobody umów, wynikająca z art. art. 353 1 kc pozwala na ustalenie przez strony zarówno zakresu, jak i sposobu naprawienia szkody w przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika Obwarowanie sytuacji, w której dochodzi do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy karą umową w wysokości 20% jest wyrazem raczej wysokiej dbałości

zamawiającego o należyte zabezpieczenie realizowanego kontraktu. Wskazać należy, że zastrzeżenie kary umownej jest środkiem jurydycznym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi między stronami oraz zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

18

---

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: ……..……...…..**

19