

WYROK
z dnia 20 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:

1

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*utrzymanie, rozwój i szkolenia systemu Elektronicznego Postępowania Upominawczego (EPU)*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2016 r. pod numerem 2016/S 060-101665.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ w zakresie określenia przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia – publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie opisu przedmiotu – zamówienia oraz wzoru umowy w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zaniechanie usunięcia powyższego naruszenia w dokonanej zmianie SIWZ;
- art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób – niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zaniechanie usunięcia powyższego naruszenia w dokonanej zmianie SIWZ;
- naruszenie innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w uzasadnieniu niniejszego – odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób zgodny z żądaniami określonymi

szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł następującą argumentację.

- 1) *Nieuwzględnienie w zmianach SIWZ z dnia 24 maja 2016 r. zarzutu przedstawionego w pkt 1 uzasadnienia odwołania z dnia 22 kwietnia 2016 r. (brak jednoznacznej informacji co do posiadania praw autorskich i kodów źródłowych).*

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 22 kwietnia 2016 r. Odwołujący złożył odwołanie, w którym zarzut 1 odnosił się do braku uwzględnienia zarzutu I.1 oraz 1.2 odwołania złożonego przez wykonawcę w dniu 4 kwietnia 2016 r.

2

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej i Odwołującego poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 22 kwietnia 2016 r. oraz jednocześnie poinformował, że dokona zmiany treści SIWZ w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu (postępowanie odwoławcze o sygn. akt: KIO 627/16).

Następnie, jak podał Odwołujący, pismem z dnia 24 maja 2016 r. (Odpowiedzi na pytania oraz zmiany SIWZ - Zestaw VI) Zamawiający opublikował zmiany treści SIWZ, w których w zakresie zarzutu 1, z odwołania z dnia 22 kwietnia 2016 r. wprowadził następującą modyfikację SIWZ:

„Poz. nr 8, SIWZ, Tom II Wzór umowy, Zamawiający wprowadza w § 10 po ust 6 ust. 7 w następującym brzmieniu:

7. Zamawiający informuje, że posiada prawa autorskie. W przypadku kiedy na etapie realizacji dokumentacji wstępnej okazałoby się, że Zamawiający nie posiadałby praw autorskich do poszczególnych modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć rozwiązanie zastępcze o nie gorszych funkcjonalnościach oraz parametrach technicznych i nie gorszej wydajności. Dostarczenie rozwiązania zastępczego będzie realizowane w ramach wynagrodzenia określonego w § 7 ust 1 umowy (wsparcie eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcia technicznego dla systemu § 2 ust 1 pkt 1 umowy). Rozwiązanie zastępcze będzie dostarczone niezwłocznie w terminie umożliwiającym prawidłowe funkcjonowanie systemu, jednak nie później niż w terminie 60 dni od dnia zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego lub zidentyfikowania przez Wykonawcę konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego i Zatwierdzeniu przez Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do zidentyfikowania konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego nie później niż do momentu odbioru dokumentacji wstępnej. W razie niezgłoszenia w powyższym terminie konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia na własny koszt i ryzyko ewentualnych modułów, usług, apletów i aplikacji itp. koniecznych do prawidłowego funkcjonowania Systemu z poszanowaniem praw autorskich ”

Odwołujący zwrócił uwagę, że zarówno w odwołaniu z dnia 4 kwietnia 2016 r., jak i w odwołaniu z dnia 22 kwietnia 2016 r. wykonawca podnosił, iż z treści SIWZ nie wynika, do których komponentów Systemu EPU, którego utrzymanie stanowi przedmiot zamówienia, Zamawiający posiada prawa autorskie, a do których komponentów systemu ich nie posiada. Wykonawca podkreślał, iż dla znaczącej części wskazanych w SIWZ komponentów oprogramowania, jako producent wskazana została spółka Currenda, będąca podmiotem, który był wykonawcą tego Systemu oraz jest podmiotem świadczącym usługę jego utrzymania. Jeżeli podmiot ten posiada prawa autorskie do komponentów Systemu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien dopuścić możliwość wymiany tych komponentów na

3

inne przez nowego wykonawcę. Odwołujący dostrzegł również ryzyko, iż spółce Currenda przysługiwać mogą prawa autorskie do kluczowych komponentów Systemu, co oznacza w praktyce, że bez wymiany tych komponentów inny wykonawca nie będzie w stanie świadczyć usługi będącej przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego, wprowadzona w piśmie z dnia 24 maja 2016 r. modyfikacja treści SIWZ w żaden sposób nie stanowi ani nie uwzględnienia żądań wykonawcy, określonych w odwołaniu, ani również i w inny sposób nie zapewnia możliwości złożenia oferty przez innego wykonawcę niż wykonawca, który obecnie świadczy usługę utrzymania Systemu. Odwołujący zauważył, że wprowadzona modyfikacja zawiera co prawda

informację, iż Zamawiający posiada prawa autorskie do poszczególnych modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu, ale jednocześnie zawiera zastrzeżenia mówiące, że gdyby okazało się, że jednak Zamawiający ich nie posiada, to wykonawca zobowiązany będzie, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, do zastąpienia tych komponentów Systemu, w terminie do 60 dni od zgłoszenia takiej potrzeby. Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, iż Zamawiający dopuszczając taką możliwość - pomimo deklaracji o posiadaniu praw autorskich, przedstawionej w zdaniu 1. dodanego zapisu - wciąż nie ma pewności czy posiada prawa autorskie do całości Systemu EPU (nie licząc oczywiście gotowego oprogramowania narzędziowego w rozumieniu SIWZ, na które są udzielane licencje).

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z cytowanym powyżej zapisem wprowadzonym do SIWZ, to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek identyfikacji konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego, zastępującego komponent, do którego Zamawiający nie ma jednak praw autorskich, a więc innymi słowy, na gruncie wprowadzonego zapisu, to wykonawca jest zobligowany do ustalenia na etapie realizacji projektu, czy Zamawiający posiada prawa autorskie majątkowe do danego komponentu systemu EPU.

Odwołujący podniósł, iż zadanie weryfikacji posiadania praw autorskich do komponentów systemu, należy zaliczyć do czynności o charakterze *stricto* prawnym, a nie czynności o charakterze technicznym. Zdaniem Odwołującego, postawiony wymóg jest oderwany od głównego przedmiotu zamówienia i nie powinien być kreowany względem wykonawców z branży informatycznej. Co równie ważne, w ocenie Odwołującego, iż posiadanie praw autorskich majątkowych do poszczególnych elementów Systemu EPU wynika ze stosunku prawnego łączącego dotychczasowego wykonawcę usługi zaprojektowania, budowy i utrzymania systemu EPU oraz Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż w takim układzie, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania przetargowego zostanie wyłoniony nowy wykonawca usługi utrzymania Systemu, to nie będzie miał on żadnych mechanizmów oddziaływania na dotychczasowego wykonawcę, zmierzających do wyjaśnienia stanu faktycznego i prawnego, celem rozstrzygnięcia

4

wszelkich wątpliwości związanych z kwestią praw autorskich majątkowych do poszczególnych elementów Systemu. W sytuacji, gdy Odwołujący nie ma wiedzy na temat treści umowy łączącej dotychczasowego wykonawcę usługi i Zamawiającego oraz treści dokumentacji zarządczej realizowanego projektu, nie jest w stanie oszacować skali problemów interpretacyjno – prawnych, związanych z przeniesieniem praw autorskich do poszczególnych elementów Systemu EPU.

Po drugie Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z wprowadzonym do wzoru umowy ust. 7 w § 10, dostarczenie rozwiązania zastępczego w miejsce elementu Systemu, do którego Zamawiający nie posiada praw autorskich, będzie realizowane w ramach wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy (wsparcie eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcia technicznego dla systemu § 2 ust. 1 pkt. 1 umowy). Odnosząc się do powyższego, Odwołujący podniósł, iż Wykonawca nie jest w stanie oszacować ryzyka związanego z ilością komponentów Systemu, które będą wymagały zastąpienia ze względu na brak praw autorskich, a co za tym idzie, nie jest w stanie skalkulować ceny ryczałtowej podawanej w pkt 3.1 Formularza ofertowego za wsparcie eksploatacji, serwis i wsparcie.

Odwołujący podał, że Zamawiający informuje, iż co do zasady posiada prawa autorskie, lecz może jednak się okazać, że od tej zasady są wyjątki. Zdaniem Odwołującego, trudno więc wymagać od wykonawcy, ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, umiejętności przewidzenia skali problemu w sytuacji, gdy sam Zamawiający nie wie do końca, jaki jest stan prawny związany z aktualnym projektem. W opisanej sytuacji, w opinii Odwołującego, ceny poszczególnych ofert zostaną ustalone jedynie na podstawie domysłów, co będzie mogło doprowadzić do sytuacji, że złożone oferty będą w istocie oparte na diametralnie innych założeniach, a przez to nieporównywalne.

Odwołujący wskazał również, iż - pomimo deklaracji o uwzględnieniu odwołania z dnia 22 kwietnia 2016 r. w całości - Zamawiający nie uczynił w żaden sposób zadość żądaniu odwołania w zakresie dopuszczenia możliwości zastąpienia komponentów systemu, do których Zamawiający posiada nieaktualne lub niekompletne kody źródłowe, własnymi komponentami. Odwołujący zwrócił uwagę, iż dodany ust. 7 odnosi się jedynie do problematyki praw autorskich i pomija kwestię braku aktualnych kodów źródłowych. W sytuacji, gdy w trakcie realizacji projektu okaże się, że Zamawiający nie posiada aktualnych

lub kompletnych kodów do pewnych komponentów Systemu EPU, wykonawca nie będzie w stanie - w trakcie świadczenia usługi serwisu Systemu - dokonać usunięcia błędu występującego w danym komponencie Systemu lub dokonać jego modyfikacji zgodnie ze zleceniem, wynikającym z usługi rozwoju. Okoliczność, iż Zamawiający nie posiada w pełni aktualnych i kompletnych kodów źródłowych wynika m.in. z odpowiedzi na pytanie nr 50 udzielone w piśmie z dnia 24 maja 2016 r. (Zestaw V): „Zamawiający, w ramach przeprowadzonych testów oprogramowania nie wykrył na dzień dzisiejszy nieprawidłowości

5

w kodzie źródłowym, natomiast zakłada, iż przyszłe testy mogą takie nieprawidłowości wykazać (wykryte w okresie pomiędzy wszczęciem postępowania a przystąpieniem przez Wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia) wówczas Wykonawca zobowiązany jest doprowadzić do stanu zgodności. Czynności nie będą traktowane jako modyfikacje. Pełne ryzyko w tym zakresie winien wyszacować i ponieść w toku przygotowania oferty oraz w toku wykonania zamówienia Wykonawca”.

Zdaniem Odwołującego, w powyższej odpowiedzi Zamawiający zakłada, że w kodzie źródłowym poszczególnych komponentów mogą wystąpić nieprawidłowości i w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia stanu zgodności, co na gruncie cytowanego stanowiska oznacza obowiązek poprawienia wszelkich niezgodności pomiędzy kodem źródłowym komponentu a programem wykonywalnym oraz uzupełniania ewentualnych braków w kodzie poprzez dopisanie brakujących części. Zdaniem Odwołującego, na etapie składania ofert wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie są w stanie oszacować skali problemów, związanych z uzupełnieniem braków w kodzie źródłowym, a co za tym idzie może to doprowadzić do sytuacji, analogicznie jak w przypadku braku wiedzy na temat praw autorskich, że złożone oferty będą oparte na diametralnie innych założeniach, a przez to nieporównywalne.

Odwołujący wskazał ponadto, iż w przypadku, gdy niezgodności w kodzie źródłowym mają charakter istotny, doprowadzenie do stanu zgodności jest bardzo trudne. W takiej sytuacji dużo bardziej ekonomicznym i efektywnym rozwiązaniem jest wymiana komponentu, którego kod źródłowy zawiera niezgodności na komponent wykonawcy, posiadający nie gorsze parametry i prawidłowy kod źródłowy. Odwołujący wskazał, że konsekwentnie proponował takie rozwiązanie w poprzednich odwołaniach składanych w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, lecz Zamawiający niestety nie zrealizował tego żądania.

2. Niejednoznaczność i niedokładność postanowień SIWZ w zakresie wykonania Dokumentacji wstępnej Systemu.

Odwołujący podał, że Zamawiający w piśmie z dnia 24 maja 2016 r. (Zestaw VI), Zmiana treści SIWZ nr 6, wprowadził modyfikację, zgodnie z którą element przedmiotu zamówienia, którym jest wykonanie Dokumentacji wstępnej Systemu, został przeniesiony do części przedmiotu zamówienia, który rozliczany jest w sposób ryczałtowy, w ramach ceny podanej w pkt 3.1. Formularza ofertowego. Jednocześnie zamawiający w tym samym piśmie, w odpowiedzi na pytanie nr 9, określił, jak wyjaśnił Odwołujący, że Dokumentacja wstępna zostanie zlecona w ramach usługi rozwoju systemu rozliczanej kosztorysowo, w ramach ceny z pkt. 3.2 Formularza ofertowego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że wykonanie Dokumentacji wstępnej regulowane jest treścią Załącznika nr 12 do wzoru umowy, w którym opisana jest procedura zlecenia wykonania powyższej dokumentacji (pkt 4), co również

6

świadczy o kosztorysowym charakterze rozliczania usługi w ramach wynagrodzenia za usługę rozwoju Systemu. Gdyby przyjąć odmienną interpretację, zapisy pkt 4 Załącznika nr 12 - dotyczące szacowania pracochłonności wykonania Dokumentacji wstępnej, zdaniem Odwołującego, nie miałyby sensu.

Odwołujący stoi na stanowisku, że opisane powyżej sprzeczności pomiędzy poszczególnymi zapisami SIWZ oraz brak konsekwencji we wprowadzonych modyfikacjach skutkuje tym, że dokumentacja przetargowa jest niejednoznaczna, niedokładna, a w konsekwencji uniemożliwia poprawną wycenę zamówienia.

W ocenie Odwołującego, wykonanie Dokumentacji wstępnej powinno być obligatoryjnym elementem zamówienia, realizowanym w okresie poprzedzającym realizację usług utrzymania Systemu. Przy tym wykonanie dokumentacji powinno zostać rozliczone w

ramach wynagrodzenia kosztorysowego, przewidzianego za rozwój Systemu, bowiem na etapie postępowania wykonawcy nie są w stanie zbadać rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym Systemu a przekazaną przez Zamawiającego Dokumentacją Systemu.

Odwołujący podkreślił, iż w odwołaniu z dnia 22 kwietnia 2016 r. żądał umożliwienia Wwykonawcom przeprowadzenia audytu Systemu wraz z zapewnieniem dostępu do środowiska testowego oraz zapewnieniem udziału osób dysponujących wiedzą techniczną i merytoryczną, udzielających wyjaśnień i odpowiedzi na temat aktualnej architektury Systemu, jego budowy, użytych komponentów oprogramowania, funkcjonalności Systemu oraz pozostałych jego parametrów. Zamawiający w dniu 31 maja 2016 r. przeprowadził dla wykonawców prezentację Systemu, która jednak nie miała charakteru zebrania wykonawców, w rozumieniu art. 38 ust. 3 Pzp, ponieważ Zamawiający uniemożliwił zadawanie pytań przez przedstawiciela Odwołującego, a przekazywane treści były ogólne i lakoniczne.

Świadczenie usługi utrzymania bez aktualnej dokumentacji Systemu jest, zdaniem Odwołującego, niemożliwe, gdyż brak będzie punktu odniesienia do stwierdzenia, czy wszystkie usługi Systemu działają prawidłowo, jak również wykonawca nie będzie posiadał informacji na temat aktualnej konfiguracji Systemu, niezbędnych do należytej realizacji usługi. Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, wykonanie Dokumentacji wstępnej, której celem jest m.in. aktualizacja dokumentacji systemu, jest w tym stanie rzeczy niezbędne i powinno być obligacyjnym elementem zamówienia, zleconym i wykonanym przed rozpoczęciem usługi utrzymania Systemu. Według stanu obecnego dokumentacji przetargowej, wykonanie Dokumentacji wstępnej może być zlecone przez Zamawiającego i w tej sytuacji powinno być wykonane w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy (pismo z dnia 24 maja 2016 r., Zestaw VI, Zmiana treści SIWZ nr 6, poz. nr 3). Natomiast świadczenie utrzymania powinno zostać rozpoczęte w terminie 60 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego dokumentacji systemu i kodów źródłowych. Z uwagi na powołane

7

powyżej argumenty, taka sytuacja, w ocenie Odwołującego, nie powinna mieć miejsca.

Podsumowując Odwołujący podał, że Zamawiający - pomimo deklaracji o uwzględnieniu w całości odwołań z dnia 4 i 22 kwietnia 2016 r. - nie uwzględnił w pełni do dnia dzisiejszego zarzutów w nich stawianych, w zakresie powyżej opisanym.

W ocenie Odwołującego, przy obecnych zapisach SIWZ, wykonawca w dalszym ciągu nie jest w stanie stwierdzić, co okaże się podczas realizacji umowy w zakresie posiadania lub nie posiadania przez Zamawiającego praw autorskich do komponentów systemu, do których Zamawiający przedstawił informację, że stanowią one oprogramowanie dedykowane (czyli oprogramowanie, do którego Zamawiający być może nie posiada praw autorskich). Powyższa uwaga, zdaniem Odwołującego, znajduje również odniesienie do kwestii posiadania aktualnych i kompletnych kodów źródłowych Systemu oraz kwestii posiadania aktualnej dokumentacji Systemu.

W opinii Odwołującego, obecna sytuacja w sposób oczywisty narusza podstawowe zasady uczciwej konkurencji, w szczególności faworyzuje wykonawcę, który wykonał System oraz obecnie świadczy usługę jego utrzymania, gdyż ten wykonawca posiada pełną wiedzę na temat przekazanych Zamawiającemu praw autorskich (jeżeli w jakimś zakresie prawa te nie zostały przekazane Zamawiającemu, to należą one do tego wykonawcy) oraz stanu kodu źródłowego i dokumentacji Systemu.

Niedopuszczalnym zatem jest, w ocenie Odwołującego, aby ryzyko polegające na tym, iż Zamawiający nie ma pełnej wiedzy na temat posiadanych przez niego praw autorskich oraz posiadanych kodów i dokumentacji zostało przerzucone na wykonawcę, zwłaszcza, że takie przerzucenie faworyzuje jednego wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, iż dopuszczenie dostarczenia rozwiązania zastępczego dopiero w przypadku stwierdzenia braku posiadania praw autorskich na etapie realizacji dokumentacji wstępnej (który to wymóg nie jest obligacyjny) oraz w terminie 60 dni od zgłoszenia takiej potrzeby powoduje, iż w przypadku, jeżeli Zamawiający nie będzie posiadał praw autorskich do części komponentów Systemu, to okres na ich wymianę pokrywa się z okresem świadczenia usługi utrzymania systemu, w którym wykonawca zobowiązany jest m.in. do usuwania awarii i naprawy błędów w bardzo restrykcyjnych rygorach czasowych.

Rzeczą oczywistą jest, w ocenie Odwołującego, iż jeżeli okaże się, że dla części komponentów Systemu Zamawiający nie będzie posiadał praw autorskich, wykonawca nie będzie mógł przykładowo wprowadzić zmiany w kodzie źródłowym tego komponentu w celu

usunięcia jego błędnego działania, a co za tym idzie wywiązania się przez wykonawcę z postanowień zawartej umowy. Z tego powodu, zdaniem Odwołującego, taka wymiana powinna mieć miejsce przed rozpoczęciem świadczenia usługi wsparcia eksploatacji, serwisu i wsparcia technicznego Systemu, czyli w okresie przewidzianym w umowie na pozyskanie przez wykonawcę gotowości do przejęcia utrzymania Systemu.

8

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z ustaloną praktyką rynkową - w sytuacji gdy istnieją wątpliwości co do praw autorskich majątkowych, przysługujących do

lub i - oprogramowania aktualności kodów źródłowych dokumentacji czynnością poprzedzającą postępowanie, mające na celu wyłonienie kontynuatora usługi utrzymania, powinno być przeprowadzenie profesjonalnego audytu systemu, mającego na celu usunięcie wszelkich wątpliwości i zagwarantowanie wykonawcom równych szans w zakresie dostępu do wiedzy o systemie.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ polegającej na:

- 1) wprowadzeniu zmiany, zgodnie z którą Zamawiający (a nie wykonawca) będzie zobowiązany do weryfikacji posiadania praw autorskich do poszczególnych modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu i przekazania wyników tych ustaleń wykonawcy przed rozpoczęciem usługi utrzymania Systemu;
- 2) wprowadzeniu zmiany, zgodnie z którą Zamawiający zezwala na zastąpienie komponentów Systemu, do których Zamawiający nie posiada praw autorskich lub aktualnych kodów źródłowych, komponentami Wykonawcy, w terminie:
 - a) poprzedzającym rozpoczęcie świadczenia usługi utrzymania Systemu, nie krótszym niż 150 dni, liczonym od przekazania Wykonawcy informacji na temat praw autorskich, kodów źródłowych i dokumentacji Systemu,
 - b) lub alternatywnie w trakcie świadczenia usługi utrzymania Systemu, w terminie ustalonym przez strony, z jednoczesnym zawieszeniem czasów usunięcia awarii i błędów na czas realizacji zadania polegającego na zastąpieniu komponentu;
- 3) wprowadzeniu zmiany, zgodnie z którą zadanie polegające na zastąpieniu komponentów Systemu komponentami wykonawcy, o którym mowa w żądaniu nr 2, rozliczane było w ramach wynagrodzenia przewidzianego za usługę rozwoju Systemu z § 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy (pkt 3.2 Formularza ofertowego);
- 4) wprowadzeniu zmiany, jednoznacznie przesądzającej, czy Dokumentacja wstępna Systemu jest obligatoryjnym czy fakultatywnym elementem przedmiotu zamówienia oraz zapewniającej rozliczanie wykonania powyższej dokumentacji w ramach wynagrodzenia przewidzianego za usługę rozwoju Systemu z § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (pkt 3.2 Formularza ofertowego);
- 5) wprowadzeniu zmiany, zgodnie z którą wykonanie Dokumentacji wstępnej Systemu powinno zostać wykonane w okresie poprzedzającym rozpoczęcie świadczenia usługi utrzymania Systemu.

9

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Odwołujący w dniu 4 kwietnia 2016 r. wniósł odwołanie, w którym postawił m.in. zarzut dotyczący braku informacji w zakresie posiadania przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Oprogramowania dedykowanego oraz braku informacji o udostępnianiu kodów źródłowych do Oprogramowania dedykowanego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przedstawił w SIWZ informacji pozwalającej na stwierdzenie, iż posiada prawa autorskie do Oprogramowania dedykowanego oraz posiada i udostępni Wykonawcy wszelkie niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia kody źródłowe do Oprogramowania dedykowanego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający jedynie określił w SIWZ, Tom II - Wzór umowy, § 3, ust. 3, iż przekaze wykonawcy posiadane kody źródłowe, nie wskazując jednocześnie, co obejmują te kody oraz, czy są wystarczające do realizacji przedmiotu umowy.

Odwołujący podkreślił, iż rzeczą oczywistą jest, że jeżeli Zamawiający nie posiada praw autorskich lub kodów źródłowych do komponentów wykorzystanych do budowy

systemu, które nie są oprogramowaniem standardowym powszechnie dostępnym na rynku, to w sposób wyraźny preferowany jest wykonawca, posiadający prawa autorskie i/lub kody źródłowe do takich elementów systemu i tylko on jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że podejrzenia w powyższej kwestii dodatkowo budzi również zamieszczony w punkcie 4.5 Załącznika nr 1 do umowy - Opis systemu, Wykaz wykorzystanego oprogramowania, w którym to przy jednej z pozycji nie wskazano nazwy producenta oprogramowania, a zamieszczony opis wskazuje na to, iż komponent ten stanowi dedykowany moduł komunikacji systemu.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał określenia „w sposób jednoznaczny w SIWZ, że Zamawiający posiada prawa autorskie do Oprogramowania dedykowanego wraz z określeniem obowiązku Zamawiającego udostępnienia Wykonawcy na potrzeby realizacji Umowy kodów źródłowych (wraz ze wszystkimi niezbędnymi skryptami i dokumentacją niezbędną do kompilacji) do wszystkich komponentów wchodzących w skład systemu, które są niezbędne do realizacji przedmiotu umowy”.

Dalej Odwołujący podniósł zarzut, dotyczący braku pełnej listy oprogramowania wykorzystanego do budowy systemu. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie przedstawił w SIWZ pełnej specyfikacji wykorzystanego do budowy Systemu licencji Oprogramowania gotowego/narzędziowego. Zdaniem Odwołującego, w przedstawionym w rozdziałach 4.4, 4.5 Załącznika nr 1 do umowy - Opis Systemu - Wykazie wykorzystywanego oprogramowania, wiele elementów zostało określonych w sposób ogólny, bez wskazania producenta oprogramowania, ani jego wersji.

10

W związku z powyższym Odwołujący zażądał określenia w sposób jednoznaczny w SIWZ pełnego wykazu licencji wszystkich komponentów wykorzystanego Oprogramowania gotowego/narzędziowego wraz z określeniem: producenta oprogramowania, pełnej nazwy oprogramowania, typie wykorzystanych licencji, ilości posiadanych licencji z podziałem na posiadane środowiska (produkcyjne i testowe), wersji oprogramowania, informacji o posiadaniu przez Zamawiającego usługi wsparcia producenta/prawa do nowych wersji w całym okresie trwania umowy, informacji, czy zapewnienie prawa do nowych wersji Oprogramowania gotowego/narzędziowego stanowi przedmiot zamówienia, określenie pełnego wykazu oraz szczegółowej specyfikacji wszystkich komponentów sprzętowych wykorzystanych w Systemie, precyzyjne określenie w SIWZ dostawa, jakich dokładnie licencji/sublicencji stanowi przedmiot zamówienia wraz ze wskazaniem ich ilości.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował (Zestaw III), że „dokonuje zmian w wyniku uwzględnienia odwołania:

Zmiana nr 1. SIWZ Tom II Załącznik nr 1 do umowy pkt 4 Architektura Systemu w wyniku postawionego przez Odwołującego zarzutu nr 1 dotyczącego braku informacji w zakresie posiadania autorskich praw majątkowych do Oprogramowania dedykowanego oraz braku informacji o udostępnianiu kodów źródłowych do Oprogramowania dedykowanego:

Zamawiający dodaje niżej wymienioną treść:

„Zamawiający oświadcza, że posiada prawa autorskie do Oprogramowania dedykowanego niezbędnego do realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający udostępni Wykonawcy posiadane kody źródłowe do Oprogramowania dedykowanego niezbędnego do realizacji umowy. Jednocześnie Zamawiający informuje, że przekazane Wykonawcy kody źródłowe mogą odbiegać od wersji produkcyjnej oprogramowania.

Zmiana nr 2, SIWZ Tom II Załącznik nr 1 do umowy

w wyniku postawionego przez Odwołującego zarzutu nr 2 dotyczącego braku pełnej listy oprogramowania wykorzystanego do budowy systemu:

Zamawiający dokonuje zmiany w załączniku nr 1, który zastępuje się załącznikiem o treści stanowiącej Załącznik nr 1 do niniejszych zmian SIWZ.

Lista oprogramowania narzędziowego wykorzystywanego do działania systemu jest wyspecyfikowana w punkcie 4.4”.

W tym kontekście należy również zauważyć, że Zamawiający w dniu 30 marca 2016 r. dokonał zmiany treści SIWZ – Zestaw I, m.in. w zakresie § 2 ust. 8 wzoru umowy nadając mu następujące brzmienie: „Wykonawca będzie zobowiązany do protokolarnego

narzędziowego bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, przez okresy, o których mowa w ust. 2 oraz § 6”.

W dniu 22 kwietnia 2016 r. Odwołujący w analizowanym aspekcie podniósł, że wprowadzonych w dniu 13 kwietnia 2016 r. modyfikacji SIWZ w żaden sposób nie można uznać, za uwzględnienie zarzutów odwołania z 4 kwietnia 2016 r. w całości.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dalszym ciągu wykonawca nie posiada informacji, jakie dokładnie licencje wchodziły w skład Oprogramowania gotowego/narzędziowego oraz jaką część Systemu stanowi Oprogramowanie dedykowane, do którego Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe oraz udostępnił kody źródłowe.

Zdaniem Odwołującego, w dalszym ciągu SIWZ nie zawiera pełnego wykazu licencji wszystkich komponentów wykorzystanego Oprogramowania gotowego/narzędziowego wraz z określeniem: producenta oprogramowania; pełnej nazwy licencji; typu wykorzystanych licencji; ilości posiadanych licencji z podziałem na posiadane środowiska (produkcyjne i testowe); wersji oprogramowania; informacji o posiadaniu przez Zamawiającego usługi wsparcia producenta/prawa do nowych wersji w całym okresie trwania Umowy; informacji, czy zapewnienie prawa do nowych wersji Oprogramowania gotowego/narzędziowego stanowi przedmiot zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, treść SIWZ nie zawiera ponadto: precyzyjnego określenia, dostawa jakich dokładnie licencji/sublicencji stanowi przedmiot zamówienia wraz ze wskazaniem ich ilości oraz pełnego wykazu oraz szczegółowej specyfikacji wszystkich komponentów sprzętowych wykorzystanych w Systemie.

Odwołujący wtenczas podkreślił, iż konsekwentne unikanie przez Zamawiającego jednoznacznego określenia w SIWZ, które dokładnie komponenty Oprogramowania stanowią Oprogramowanie dedykowane a które Oprogramowanie gotowe/narzędziowe, podania pełnej i jednoznacznej informacji o wykorzystanym Oprogramowaniu gotowym/narzędziowym, uniemożliwienie nowemu wykonawcy, w ramach uzyskania gotowości do realizacji zamówienia, wymiany komponentów Systemu, które nie są oprogramowaniem standardowo, dostępnym na rynku i do których Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych (oprogramowanie firmy Currenda) oraz uniemożliwienie wykonawcy zapoznania się faktycznym stanem Systemu, w sposób wyraźny faworyzuje wykonawcę, który zbudował System oraz obecnie go utrzymuje (Currenda Sp. z o.o.), gdyż tylko ten podmiot posiada pełną wiedzę m.in. na temat aktualnego stanu Systemu oraz komponentów, z jakich został zbudowany. Podmiot ten również jako jedyny dysponuje aktualnymi kodami źródłowymi.

Odwołujący zgłosił następujące żądania:

- 1) Z uwagi na konieczność odtworzenia elementów Systemu co do których

12

Zamawiający nie dysponuje aktualnymi kodami źródłowymi, wydłużenie czasu niezbędnego na uzyskanie gotowości do przejęcia utrzymania Systemu do 150 dni, wraz z dopuszczeniem wymiany komponentów Systemu, do których Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych, w szczególności komponentów, których producentem jest spółka Currenda lub posiada nieaktualne kody źródłowe, na inne komponenty pełniące tę samą rolę w Systemie oraz wprowadzenie stosownych modyfikacji SIWZ umożliwiających nowemu wykonawcy dokonanie tej zmiany.

- 2) Przekazanie Wykonawcom posiadanych przez Zamawiającego kodów źródłowych, wraz ze wszystkimi skryptami kompilującymi i instrukcjami niezbędnymi do odtworzenia środowiska Systemu.
- 3) Określenie w sposób jednoznaczny w SIWZ pełnego wykazu licencji wszystkich komponentów wykorzystanego Oprogramowania gotowego/narzędziowego wraz z określeniem dla każdego komponentu:
 - a. Producenta oprogramowania,
 - b. Pełnej nazwy oprogramowania,
 - c. Typu wykorzystanych licencji,

- d. Ilości posiadanych licencji z podziałem na posiadane środowiska (produkcyjne i testowe),
 - e. Wersji oprogramowania,
 - f. Informacji o posiadaniu przez Zamawiającego usługi wsparcia producenta/prawa do nowych wersji w całym okresie trwania Umowy,
 - g. Jednoznacznej informacji czy zapewnienie prawa do nowych wersji Oprogramowania gotowego/narzędziowego stanowi przedmiot zamówienia.
- 4) Przekazanie Wykonawcom jednoznacznej informacji, do których komponentów Oprogramowania Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe oraz kody źródłowe.
- 5) Umożliwienie Wykonawcom przeprowadzenia audytu Systemu, wraz z zapewnieniem dostępu do środowiska testowego oraz zapewnieniem udziału osób dysponujących wiedzą techniczną i merytoryczną udzielających wyjaśnień i odpowiedzi na temat aktualnej architektury Systemu, jego budowy, użytych komponentów Oprogramowania, funkcjonalności Systemu oraz pozostałych jego parametrów.

Pismem z dnia 24 maja 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom treść zapytań zadanych przez wykonawców wraz z udzielonymi odpowiedziami, w tym zmiany dokonane w treści SIWZ (Zestaw V). Zdaniem Izby, istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy są poniżej przytoczone treści:

13

„Pytanie nr 1

Wzór Umowy: § 1 Oprogramowanie gotowe/narzędziowe: Prosimy o wyjaśnienie czy oprogramowanie gotowe/narzędziowe jest zapewnione przez Zamawiającego dla środowisk testowego i produkcyjnego?

Czy posiada wykupiony serwis dla Oprogramowania gotowego/narzędziowego od producentów tego oprogramowania na cały okres realizacji Umowy? Czy wykupiony przez serwis prawo do nowych wersji oprogramowania Zamawiającego obejmuje gotowego/narzędziowego dla środowisk produkcyjnego i testowego?

Czy w ramach przedmiotu umowy Wykonawca ma zapewnić świadczenie serwisu i wsparcia również dla tego Oprogramowania gotowego/narzędziowego?

Odpowiedź

Zgodnie z definicją nr 15 w paragrafie 1 Umowy, oprogramowanie gotowe/narzędziowe dla środowiska testowego i produkcyjnego zapewnia Zamawiający.

Zamawiający na chwilę obecną nie posiada wykupionego serwisu dla Oprogramowania gotowego/narzędziowego od producentów tego oprogramowania na cały okres realizacji Umowy, który by obejmował prawo do nowych wersji oprogramowania gotowego/narzędziowego dla środowisk produkcyjnego i testowego. Zamawiający planuje zakup takich usług i praw dla oprogramowania gotowego/narzędziowego dla środowisk produkcyjnego i testowego. W ramach umowy Wykonawca nie zapewnia świadczenia serwisu i wsparcia dla oprogramowania gotowego/narzędziowego (za wyjątkiem środowiska do kompilacji kodów źródłowych), jednakże będzie zobowiązany wykonywać czynności określone w Załączniku nr 7 do Umowy.

Pytanie nr 50

Wzór Umowy Załącznik 1 Rozdział 4 Czy z uwagi na fakt, że Zamawiający nie gwarantuje aktualności kodów źródłowych tzn. kody źródłowe mogą odbiegać od wersji produkcyjnej oprogramowania, Zamawiający będzie zlecał Wykonawcy modyfikacje w przypadku rozbieżności działania wersji skompilowanej z kodów źródłowych z wersją produkcyjną.

Odpowiedź

Zamawiający, w ramach przeprowadzonych testów oprogramowania, nie wykrył na dzień dzisiejszy nieprawidłowości w kodzie źródłowym, natomiast zakłada, iż przyszłe testy mogą takie nieprawidłowości wykazać (wykryte w okresie pomiędzy wszczęciem postępowania a przystąpieniem przez Wykonawcę do wykonywania przedmiotu zamówienia) wówczas Wykonawca zobowiązany jest doprowadzić do stanu zgodności. Czynności te nie będą traktowane jako modyfikacje. Pełne ryzyko w tym zakresie winien wyszacować i ponieść w toku przygotowania oferty oraz w toku wykonywania zamówienia Wykonawca”.

14

Pismem z dnia 24 maja 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom treść zapytań zadanych przez wykonawców wraz z udzielonymi odpowiedziami, w tym zmiany dokonane w treści SIWZ (Zestaw VI). Zdaniem Izby, istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy są poniżej przytoczone treści:

„Pytanie nr 19

Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niedostępność Systemu lub jego błędne działanie spowodowane awarią lub błędnym działaniem Infrastruktury technicznej oraz Oprogramowania gotowego/narzędziowego, tj. Oprogramowania zapewnionego przez Zamawiającego, niezbędnego do funkcjonowania Systemu.

Odpowiedź

Zamawiający potwierdza, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niedostępność Systemu lub jego błędne działanie spowodowane awarią lub błędnym działaniem Infrastruktury technicznej oraz Oprogramowania gotowego/narzędziowego, tj. Oprogramowania zapewnionego przez Zamawiającego, niezbędnego do funkcjonowania Systemu. W razie wątpliwości rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności nastąpi po ostatecznym wyjaśnieniu i zidentyfikowaniu okoliczności faktycznych w tym zakresie.

Pytanie nr 20

Dotyczy zapisu SIWI: Tom II Wzór Umowy, §2, ust. 8.

- a) Prosimy o określenie wszystkich licencji oraz sublicencji jakie są aktualnie w posiadaniu Zamawiającego oraz są wykorzystywane w przedmiotowym Systemie, wraz z podaniem ich nazwy, producenta oprogramowania, wersji oprogramowania, ilości oraz typu licencjonowania.*
- b) Prosimy o określenie wszystkich licencji oraz sublicencji, jakie są aktualnie niezbędne do skompilowania i utrzymania Systemu, wraz z podaniem ich nazwy, producenta oprogramowania, wersji oprogramowania, ilości oraz typu licencjonowania*
- c) Prosimy o precyzyjne określenie jakie licencje oraz sublicencje na oprogramowanie narzędziowe stanowią przedmiot zamówienia, wraz z podaniem ich nazwy, producenta oprogramowania, wersji oprogramowania, ilości, wymaganego typu licencjonowania.*

Odpowiedź

Zamawiający w zmienionym załączniku nr 1 określił, wszystkie informacje odnoszące się do nazwy oprogramowania, producenta oprogramowania i wersji oprogramowania, które w jego opinii są wystarczające do przygotowania oferty i do realizacji zamówienia, szczególnie, że za te elementy odpowiada Zamawiający - patrz odpowiedź na pytanie nr 19. Zamawiający nie narzuca Wykonawcy jakie oprogramowanie jest niezbędne do skompilowania systemu (narzędzia mają być dostarczone przez Wykonawcę), ponieważ stanowi to autonomiczną decyzję Wykonawcy.

15

Pytanie nr 21

Dotyczy zapisu SIWZ: Tom II Wzór Umowy, §2, ust. 9.

- a) Prosimy o określenie jakie oprogramowanie, licencje, biblioteki, itp., są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania środowiska developerskiego w chwili obecnej.*
- b) Prosimy o określenie minimalnych parametrów infrastruktury sprzętowej wymaganej na potrzeby będącego przedmiotem zamówienia środowiska deweloperskiego.*

Odpowiedź

Odpowiedź została udzielona w pytaniu nr 20.

Pytanie nr 24

Dotyczy zapisu SIWZ: Załącznik nr 1 do Umowy, pkt 4.1.1 - 4.1.19 Zamawiający wymienił szereg modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu, których jako producent w większości została wskazana spółka Currenda, wraz z określeniem wykorzystywanego
gotowego/narzędziowego
programistycznych, tj.:

*imageviewer2.ocx (producent: Viscom Software),
cryptox.dll (producent: Currenda Sp. z o. o.),
interop.sigcapicomlib.dll (producent: brak wskazania),
cryptox.pdb (producent: brak informacji),
epulib.dll (producent: Currenda Sp. z o.o.),*

epulib.tlb (producent: brak informacji),
epuLib.dll (producent: Currenda Sp. z o.o.),
epuLibrary2.dll (producent: Currenda Sp. z o.o.)
epulib.dll" (producent: Currenda Sp. z o.o.),
„Aspose. Words.dll" (producent: Aspose Pty LTD),
„Aspose.Forms.dll" (producent: Aspose Pty LTD),
PrzeglądarkaAspose.dll" (producent: brak informacji),
zlib.net.dll (producent: Componentace).

- a) Prosimy o określenie czy wymienione w punktach 4.1.1 - 4.1.19 moduły, usługi, aplety i aplikacje Systemu stanowią Oprogramowanie dedykowane, czy Oprogramowanie gotowe/narzędziowe.
- b) Prosimy o określenie, czy wskazane powyżej biblioteki programistyczne stanowią Oprogramowanie dedykowane, czy Oprogramowanie gotowe/narzędziowe.
- c) Prosimy o określenie, czy Zamawiający posiada prawa autorskie oraz kody źródłowe do wszystkich modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu wskazanych w nagłówkach punktów 4.1.1-4.1.19 Załącznika nr 1 do Umowy.
- d) Czy Zamawiający posiada i udostępni Wykonawcy w celu realizacji Umowy kody źródłowe do wymienionych wyżej bibliotek programistycznych?

16

- e) Czy Zamawiający posiada prawa autorskie do wymienionych wyżej bibliotek programistycznych?
- f) Czy przedmiot wskazanych wyżej bibliotek zamówienia obejmuje utrzymanie programistycznych?
- g) Czy w zakresie modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu określonych w punktach 4.1.1 - 4.1.19 pozostałe oprogramowanie (poza wymienionym oprogramowaniem narzędziowym oraz bibliotekami programistycznymi) stanowi własność Zamawiającego, do którego Zamawiający posiada prawa autorskie oraz kody źródłowe? Jeżeli nie, prosimy o szczegółowe wymienienie wszystkich komponentów Oprogramowania gotowego/narzędziowego użytego do budowy Systemu.

Odpowiedź

Ad a) Wszystkie elementy wymienione w pkt 1-19 będą traktowane przez Zamawiającego jako oprogramowanie dedykowane, lub elementy oprogramowania dedykowanego.

Ad b) odpowiedź identyczna jak ad a).

Ad c) Zamawiający dokonuje zmiany nr 8 i nr 9 SIWZ.

Ad d) patrz odpowiedź ad c).

Ad e) patrz odpowiedź ad c).

Ad f) Tak z uwagi na fakt, że Zamawiający będzie je traktował jako elementy oprogramowania dedykowanego.

Ad g) patrz odpowiedź ad c).

Pytanie nr 25

- a) Prosimy o informację, które ze wskazanych w punkcie 4.4 Załącznika nr 1 do Umowy elementów Oprogramowania, w szczególności:

- Windows Server 2012 Standard,
- Windows Server 2008 Standard,
- Windows Server 2008 Enterprise,
- Sybase EA Server Workgroup 6.2,
- Appeon Workgroup Edition ForEAS 6.2.0109.00,
- SQL Anywhere (ASA) 10.0.1.3976,
- URL Rewrite Module 2 7.2.2,
- IBM WebSphere MQ 7.0.1.1Hyper-v,
- Sybase EA Server Workgroup 6.2,
- Exchange Server 2010 wersja 14.03.0123.003,
- Exchange Server 2010 wersja 14.03.0181.006,
- Server Microsoft SQL Server 2008 (SP3) - 10.0.5500.0 (X64) Enterprise Edition (64-bit) Failover Cluster Manager,
- Server Microsoft SQL Server 2008 (SP3) - 10.0.5500.0 (X64) Enterprise Edition (64-bit)

17

- Failover Cluster Manager,
- Licencja EC (External Connector),
- Stunnel 5.22,
- epuCASen/ice - Serwis urzędu certyfikacji,
- EPU - Weryfikacja wniosków w replce PESEL Ministerstwa Sprawiedliwości,
- Epu - dekretacja środków odwoławczych,
- EpuCacheCleaningDispatcher,
- epuCRLPublisherSen/ice,
- epuCRLService,
- EpuMemcachedRunner
- epuCRLPublisherService,
- epuCRLSen/ice,
- EpuMemcachedRunner
- EEKS-EPUAktualizacja,
- EPU - weryfikacja płatności ECARD,
- EPU - Weryfikacja wniosków w replce PESEL Ministerstwa Sprawiedliwości,
- REGEX_Tozsamosc,
- Symantec Backup Exec2012 ver 14.0,

stanowią Oprogramowanie gotowe/narzędziowe, a które Oprogramowanie dedykowane.

Prosimy o określenie dla każdego z komponentów Oprogramowanie gotowego/narzędziowego:

- Ilości posiadanych licencji z podziałem na posiadane środowiska (produkcyjne i testowe),
- Typu wykorzystanych licencji,
- Informacji o posiadaniu przez Zamawiającego usługi wsparcia producenta/prawa do nowych wersji w całym okresie trwania Umowy,
- Informacji czy zapewnienie prawa do nowych wersji Oprogramowania gotowego/narzędziowego stanowi przedmiot zamówienia.

Odpowiedź

a) Zamawiający informuje, że oprogramowaniem gotowym/narzędziowym jest:

- Windows Server2012 Standard,
- Windows Server 2008 Standard,
- Windows Server 2008 Enterprise,
- Sybase EA Server Workgroup 6.2,
- Appeon Workgroup Edition For EAS 6.2.0109.00,
- SQL Anywhere (ASA) 10.0.1.3976,
- URL Rewrite Module 2 7.2.2,

18

-
- IBM WebSphere MQ 7.0.1.1Hyper-v,
 - Sybase EA Server Workgroup 6.2,
 - Exchange Serwer 2010 wersja 14.03.0123.003,
 - Exchange Serwer 2010 wersja 14.03.0181.006,
 - Server Microsoft SQL Server 2008 (SP3) - 10.0.5500.0 (X64) Enterprise Edition (64-bit)
 - Failover Cluster Manager,
 - Server Microsoft SQL Server 2008 (SP3) - 10.0.5500.0 (X64) Enterprise Edition (64-bit)
 - Failover Cluster Manager,
 - Licencja EC (External Connector),
 - Stunnel 5.22,
 - Symantec Backup Exec2012 ver 14.0.

Zamawiający informuje, że oprogramowaniem dedykowanym jest:

- epuCAService - Serwis urzędu certyfikacji,
- EPU - Weryfikacja wniosków w replce PESEL Ministerstwa Sprawiedliwości,
- Epu - dekretacja środków odwoławczych,
- EpuCacheCleaningDispatcher,
- epuCRLPublisherService,
- epuCRLService,
- EpuMemcachedRunner
- epuCRLPublisherService,
- epuCRLService,

- EpuMemcachedRunner
- EEKS-EPUAktualizacja,
- EPU - weryfikacja płatności ECARD,
- EPU - Weryfikacja wniosków w replce PESEL Ministerstwa Sprawiedliwości,
- REGEX_Tozsamosc.

b) Zamawiający wyjaśnia, że do przygotowania oferty nie są wymagane wymienione w pytaniu informacje, ponieważ ilości i rodzaje licencji na środowiskach produkcyjnym i testowym są zapewniane przez Zamawiającego.

Pytanie nr 28

Dotyczy zapisu SIWZ: Tom II Załącznik nr 1 do Umowy, pkt 4 Architektura Systemu.

„Jednocześnie Zamawiający informuje, że przekazane Wykonawcy kody źródłowe mogą odbiegać od wersji produkcyjnej oprogramowania.”

Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie na czym może polegać różnica pomiędzy kodami źródłowymi przekazanymi Wykonawcy, a kodami źródłowymi produkcyjnej wersji systemu.

Odpowiedź

Patrz od powiedz na pytanie nr 50 zmiany SIWZ - zestaw V.

19

Pytanie nr 29

Dotyczy zapisu SIWZ: Tom II Załącznik nr 1 do Umowy, pkt 4.4:

„Jednocześnie Zamawiający informuje, że ww. posiadane oprogramowanie może różnić się od stanu faktycznego.” Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie na czym może polegać różnica pomiędzy wymienionym oprogramowaniem, a stanem faktycznym.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na pytanie nr 50 - zmiany SIWZ - zestaw V.

Pytanie nr 34

Zamawiający wymaga dostarczenia licencji na narzędzia wymagane dla kompilacji i budowania Systemu. Prosimy o określenie, ile dokładnie i jakich licencji należy dostarczyć, by spełnić wymagania Zamawiającego. Jest to niezbędne do oszacowania kosztów.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na pytanie nr 20.

Pytanie nr 38

Prosimy o potwierdzenie, że zapewnienie/dostarczenie licencji na potrzeby aktualizacji wersji oprogramowania standardowego (np. Appeon) oraz budowy środowiska deweloperskiego jest poza zakresem przedmiotu zamówienia i będzie w gestii Zamawiającego.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że odpowiada za zapewnienie oprogramowania gotowego/narzędziowego w zakresie środowisk produkcyjnego i testowego. W pozostałym zakresie, w tym w szczególności do budowy środowiska deweloperskiego odpowiada Wykonawca.

Pytanie nr 40

Wzór Umowy: § 1 System W związku z tym, iż System zbudowany jest z Oprogramowaniu gotowym/narzędziowym oraz Oprogramowaniu dedykowanym wykonanym przez innych wykonawców prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający posiada prawo zlecenia wykonania przedmiotu Umowy inny podwykonawcom oraz iż Wykonawca w związku z realizacją przedmiotu Umowy otrzyma prawo do korzystania Systemu (w tym modyfikacji, rozwoju)?

Odpowiedź

Zamawiający posiada prawa autorskie do oprogramowania dedykowanego, a tym samym posiada prawo zlecenia wykonania przedmiotu Umowy innym wykonawcom. Wykonawca otrzyma prawo do wykonywania czynności określonych w przedmiocie Umowy.

Dodatkowo patrz odpowiedź na pytanie nr 24. (...)

Poz. nr 8, SIWZ, Tom II Wzór umowy. Zamawiający wprowadza w § 10 po ust. 6 ust. 7 w następującym brzmieniu:

20

„7. Zamawiający informuje, że posiada prawa autorskie. W przypadku kiedy na etapie realizacji dokumentacji wstępnej okazałoby się, że Zamawiający nie posiadałby praw

autorskich do poszczególnych modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć rozwiązanie zastępcze o nie gorszej funkcjonalności oraz parametrach technicznych i nie gorszej wydajności. Dostarczenie rozwiązania zastępczego będzie realizowane w ramach wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy (wsparcie eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne dla systemu § 2 ust. 1 pkt. 1 umowy). Rozwiązanie zastępcze będzie dostarczone niezwłocznie w terminie umożliwiającym prawidłowe funkcjonowanie systemu, jednak nie później niż w terminie 60 dni od dnia zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego lub zidentyfikowania przez Wykonawcę konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do zidentyfikowania konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego nie później niż do momentu odbioru dokumentacji wstępnej. W razie niezgłoszenia w powyższym terminie konieczności dostarczenia rozwiązania zastępczego Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia na własny koszt i ryzyko ewentualnych modułów, usług, apletów i aplikacji itp. koniecznych do prawidłowego funkcjonowania Systemu z poszanowaniem praw autorskich”.

Jednocześnie we wzorze umowy Zamawiający zawarł następujące definicje:

„Oprogramowanie - Oprogramowanie dedykowane i Oprogramowanie gotowe/narzędziowe umożliwiające Odbiorcom usług korzystanie z Systemu.

Oprogramowanie dedykowane - Oprogramowanie niezbędne do funkcjonowania Systemu, posiadane przez Zamawiającego, oraz modyfikowane i rozwijane w ramach niniejszej Umowy.

Oprogramowanie gotowe/narzędziowe - Dostarczane przez Zamawiającego

Oprogramowanie niezbędne do funkcjonowania Systemu, wytworzone przez osoby trzecie” (§ 1 odpowiednio pkt 13, 14, 15).

Zaś, w § 2 wzoru umowy zawarte są następujące postanowienia: „Wykonawca będzie zobowiązany do protokolarnego dostarczenia/dostarczania Zamawiającemu licencji niezbędnych do skompilowania i utrzymywania Systemu, w tym do oprogramowania narzędziowego bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, przez okres, o którym mowa w ust.2” (ust. 8). „Zamawiający nie zapewnia środowiska deweloperskiego. Wykonawca dostarczy, przy pierwszej modyfikacji Systemu, środowisko deweloperskie wraz z instrukcją instalacji i konfiguracji oraz ze wszystkimi niezbędnymi licencjami, bibliotekami itp., które pozwolą wytwarzać Zamawiającemu kody źródłowe i wynikowe Oprogramowania dostarczanego w ramach modyfikacji. Wykonawca zobowiązany

21

jest do aktualizacji środowiska deweloperskiego wraz z instrukcjami w przypadku konieczności jego modyfikacji niezbędnej do wytwarzania kodów źródłowych i wynikowych. Zamawiający nie dopuszcza przekazania przez Wykonawcę wirtualnej maszyny zawierającej środowisko deweloperskie do wytwarzania kodów Systemu, ani podłączenia tego środowiska do sieci Internet w celu pozyskania komponentów niezbędnych do prawidłowego procesu kompilacji” (ust.9).

Pismem z dnia 24 maja 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom treść zapytań zadanych przez wykonawców wraz z udzielonymi odpowiedziami, w tym zmiany dokonane w treści SIWZ (Zestaw VI). Zamawiający w zakresie dotyczącym dokumentacji wstępnej Systemu podał następujące informacje:

„Pytanie nr 9

Wzór Umowy Załącznik 1 Czy z uwagi na fakt, że Zamawiający nie gwarantuje aktualności dokumentacji i Zamawiający chce, by Wykonawca wytworzył wstępną dokumentację systemu, to usługa ta będzie zlecona w ramach roboczogodzin przeznaczonych na modyfikację systemu?

Odpowiedź

Dokumentacja wstępna będzie zlecona w ramach usługi rozwoju Systemu.

Zmiany treści SIWZ nr 6:

Poz. nr 1. SIWZ Tom II Wzór umowy § 2 ust. 1 pkt 1 lit. d otrzymuje brzmienie:

„d. aktualizacji Dokumentacji Systemu na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy, związanych z realizacją eksploatacji, świadczeniem serwisu i wsparcia

technicznego dla Systemu oraz wykonanie Dokumentacji wstępnej Systemu, na zasadach

określonych w Załączniku nr 12 do Umowy,"

Poz. nr 2, SIWZ Tom II Wzór umowy § 2 ust. 1 pkt 2 lit. b otrzymuje brzmienie:

„b. aktualizacji Dokumentacji Systemu na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy, związanych z rozwojem Systemu.”

Poz. nr 3, SIWZ Tom II Wzór umowy - Załącznik nr 12 do Umowy w pkt 4 wprowadza się ppkt 10 o następującym brzmieniu:

„10. Dokumentacja wstępna zostanie wykonana przez Wykonawcę w ciągu 6 m-cy od daty podpisania umowy.

Jednocześnie zauważyć należy, że dotychczas § 2 ust. 1 pkt 1 lit. d wzoru umowy brzmiał następująco: „przedmiotem umowy jest wsparcie eksploatacji, świadczenie serwisu i wsparcie techniczne dla Systemu polegające na: aktualizacji Dokumentacji Systemu na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy”.

22

Dalej, należy dostrzec, że przedmiotem umowy jest również „rozwój Systemu o łącznej pracochłonności nieprzekraczającej 30 000 roboczogodzin albo 7 500 punktów funkcyjnych (przy czym obie jednostki są wzajemnie wymienne w stosunku: 4 roboczogodziny = 1 punkt funkcyjny), obejmujący swym zakresem wykonanie Dokumentacji Systemu, na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy” (§ 2 ust. 1 pkt 2 lit. b wzoru umowy).

Zamawiający postanowił również (§ 7 ust. 1 i 3 wzoru umowy, Formularz ofertowy pkt 3.1 i 3.2), że wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy będzie miało charakter ryczałtowy, zaś wynagrodzenie za wykonanie robót wymienionych w (§ 2 ust. 1 pkt 2) będzie obliczane zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 6, 8, 9a oraz 12 do umowy, z zastosowaniem określonej stawki za jedną roboczogodzinę pracy albo za 1 punkt funkcyjny (w zależności od wybranej jednostki).

Pismem z dnia 24 maja 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, że „dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie żądań podniesionych w odwołaniu:

I. Zarzut Odwołującego:

Nieuwzględnienie w Zmianach SIWZ z dnia 13 kwietnia 2016 r. zarzutów 1.1 i 1.2 odnoszących się do braku w SIWZ informacji w zakresie posiadania autorskich praw majątkowych oraz kodów źródłowych do Oprogramowania dedykowanego oraz braku pełnej listy licencji Oprogramowania gotowego/narzędziowego wykorzystanego do budowy systemu, sformułowanych w odwołaniu z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Żądanie nr 1 Odwołującego

Z uwagi na konieczność odtworzenia elementów Systemu co do których Zamawiający nie dysponuje aktualnymi kodami źródłowymi, wydłużenie czasu niezbędnego na uzyskanie gotowości do przejęcia utrzymania Systemu do 150 dni, wraz z dopuszczeniem wymiany komponentów Systemu, do których Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych, w szczególności komponentów, których producentem jest spółka Currenda lub posiada nieaktualne kody źródłowe, na inne komponenty pełniące tą samą rolę w Systemie oraz wprowadzenie stosownych modyfikacji SIWZ umożliwiających nowemu Wykonawcy dokonanie tej zmiany.

Odpowiedź

Zamawiający w zmianach treści SIWZ - zestaw III przychylił się już do żądania

Odwołującego złożonego w pierwszym odwołaniu z dnia 4 kwietnia 2016 r. o wydłużenie terminu rozpoczęcia realizacji usług do 30 dni i dokonał wydłużenia tego terminu do 60 dni w celu umożliwienia nowemu Wykonawcy bezkolizyjnego przejęcia systemu.

23

Według rozeznania Zamawiającego termin 30 dniowy na przejęcie systemu po innym Wykonawcy jest w realiach rynkowych czasem wystarczającym i ogólnie przyjętym w stosowanych rozwiązaniach. Zamawiający dbając o właściwą współpracę z Wykonawcą oraz uwzględniając niedoskonałości dokumentacji wydłużył ten termin do 60 dni. Zakres dotyczący praw autorskich został rozważony w żądaniu nr 2 Odwołującego.

Żądanie nr 2 Odwołującego

Przekazanie Wykonawcom posiadanych przez Zamawiającego kodów źródłowych, wraz ze wszystkimi skryptami kompilującymi i instrukcjami niezbędnymi do odtworzenia środowiska Systemu.

Odpowiedź

Zamawiający dokonał stosownej zmiany SIWZ - zestaw VI - odpowiedź na pytanie nr 24 i zmiana nr 8 i nr 9 SIWZ.

Żądanie nr 3 Odwołującego

1. Określenie w sposób jednoznaczny w SIWZ pełnego wykazu licencji wszystkich komponentów wykorzystanego Oprogramowania gotowego/narzędziowego wraz z określeniem dla każdego komponentu:

- a. Producenta oprogramowania,*
- b. Pełnej nazwy oprogramowania,*
- c. Typu wykorzystanych licencji,*
- d. Ilości posiadanych licencji z podziałem na posiadane środowiska {produkcyjne i testowe},*
- e. Wersji oprogramowania,*
- f. Informacji o posiadaniu przez Zamawiającego usługi wsparcia producenta/prawa do nowych wersji w całym okresie trwania Umowy,*
- g. Jednoznacznej informacji czy zapewnienie prawa do nowych wersji Oprogramowania gotowego/narzędziowego stanowi przedmiot zamówienia.*

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na pytanie nr 19 i 20 zmiany SIWZ - zestaw VI.

Żądanie nr 4 Odwołującego

Przekazanie Wykonawcom jednoznacznej informacji, do których komponentów Oprogramowania Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe oraz kody źródłowe.

Odpowiedź

Zamawiający dokonał stosownej zmiany SIWZ - zestaw VI - odpowiedź na pytanie nr 24 i zmiana nr 8 i nr 9 SIWZ.

Żądanie nr 5 Odwołującego

Umożliwienie Wykonawcom przeprowadzenia audytu Systemu, wraz z zapewnieniem dostępu do środowiska testowego oraz zapewnieniem udziału osób dysponujących wiedzą techniczną i merytoryczną udzielających wyjaśnień i odpowiedzi na temat aktualnej

24

architektury Systemu, jego budowy, użytych komponentów Oprogramowania, funkcjonalności Systemu oraz pozostałych jego parametrów.

Odpowiedź

Zamawiający zaprasza Wykonawców do udziału w prezentacji Systemu EPU, która odbędzie się w dniu 31.05.2016 r. o godz. 11:00 w: Sądzie Apelacyjnym w Lublinie, (...)

II. Zarzut Odwołującego:

Brak opublikowania dokumentacji Systemu.

Żądanie nr 6 Odwołującego

Opublikowanie wskazanej w pkt 10 Załączniku nr 1 do Umowy dokumentacji Systemu na stronie internetowej Zamawiającego.

Odpowiedź

Zamawiający udostępnił część posiadanej dokumentacji wraz z odpowiedziami na pytania Wykonawców - zmiana SIWZ - zestaw III.

Zamawiający dodatkowo udostępnia na stronie internetowej całą zanonimizowaną dokumentację będącą w posiadaniu Zamawiającego wraz z odpowiedziami na pytania zestaw V i VI

Żądanie nr 7 Odwołującego

Umożliwienie Wykonawcom przeprowadzenia audytu Systemu, wraz z zapewnieniem dostępu do środowiska testowego oraz zapewnieniem udziału osób dysponujących wiedzą techniczną i merytoryczną udzielających wyjaśnień i odpowiedzi na temat aktualnej architektury Systemu, jego budowy, użytych komponentów Oprogramowania, funkcjonalności Systemu oraz pozostałych jego parametrów.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na żądanie nr 5

Żądanie nr 8 Odwołującego

Z uwagi na konieczność odtworzenia elementów Systemu co do których Zamawiający nie dysponuje aktualnymi kodami źródłowymi, wydłużenie czasu niezbędnego na uzyskanie gotowości do przejęcia utrzymania Systemu do 150 dni, wraz z dopuszczeniem wymiany komponentów Systemu, do których Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych, w szczególności komponentów, których producentem jest spółka Currenda lub posiada nieaktualne kody źródłowe, na inne komponenty pełniące tą samą rolę w Systemie oraz wprowadzenie stosownych modyfikacji SIWZ umożliwiających nowemu Wykonawcy dokonanie tej zmiany.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na żądanie nr 1 Odwołującego”.

25

Pismem z dnia 8 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o treści pytań zadanych przez wykonawców i udzielonych odpowiedzi. Warte odnotowania, zdaniem Izby, jest następujące pytanie:

„Pytanie nr 3

Dot. pytania 9 i odpowiedzi (zmiany VI treści SIWZ) – W odpowiedzi Zamawiający stwierdza, że wykonanie Dokumentacji wstępnej Systemu będzie zlecona w ramach usługi rozwoju systemu i jednocześnie wprowadza zmianę SIWZ, według której wykonanie Dokumentacji wstępnej Systemu jest elementem wsparcia eksploatacji, świadczenia serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu (§ 2 ust. 1 pkt 1) ppkt d). Prosimy o potwierdzenie, że wykonanie Dokumentacji wstępnej Systemu będzie przedmiotem zlecenia w ramach usługi rozwoju systemu i jego koszty będą pokryte zgodnie z wyceną pracochłonności.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że w przekazanej odpowiedzi na pytanie nr 9 – zestaw VI z dn. 24.05.2016 r. została omyłkowo wskazana usługa rozwoju Systemu, na co wskazują dalsze zmiany dokonane w treści SIWZ w tym zakresie. W związku z powyższym Zamawiający zastępuje ją prawidłową odpowiedzią o brzmieniu: „Dokumentacja wstępna systemu będzie wytworzona przez Wykonawcę w ramach usług utrzymania systemu, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. d umowy.”

Zgodnie z § 3 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający zobowiązał się do:

- 1) „udostępnienia Wykonawcy posiadanych informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy, w tym posiadanej dokumentacji Systemu, o ile nie narusza to przepisów wewnętrznych Zamawiającego; zakres tych informacji oraz procedury ich pozyskiwania określi Zamawiający w uzgodnieniu z Wykonawcą,
- 2) przekazania Wykonawcy posiadanych kodów źródłowych i posiadanej dokumentacji Systemu oraz udostępnienia środowiska testowego w terminie do 7 dni od dnia zawarcia Umowy”.

Nadto wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 13 kwietnia 2016 r., na skutek wniesionego przez Odwołującego odwołania (Zmiany SIWZ – Zestaw III), dokonał zmiany nr 6, SIWZ Tom II Załącznik nr 1 do umowy, podając: „w wyniku postawionego przez Odwołującego zarzutu nr 4 dotyczącego braku udostępnienia kompletnej dokumentacji systemu: Zamawiający dodaje w Załączniku nr 1 do Umowy pkt 10 „Dokumentacja systemu”. Zamawiający informuje, iż Dokumentacja Systemu będąca w jego posiadaniu nie jest kompletna oraz nie odzwierciedla faktycznego stanu Systemu a posiadaną Dokumentacją Systemu. Wykonawca zobowiązany będzie w ramach przedmiotu Umowy do wytworzenia Wstępnej Dokumentacji Systemu”.

26

W dniu 31 maja 2016 r. odbyła się prezentacja systemu EPU. Rzeczona prezentacja została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Krajowa Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wyjaśnić należy, że uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w sytuacji, w której po stronie zamawiającego nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden z wykonawców lub

takie przystąpienie co prawda zostało zgłoszone, ale nie wniesiono sprzeciwu, skutkuje umorzeniem postępowania odwoławczego przez Izbę i jednocześnie kreuje dla zamawiającego obowiązek w postaci wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Jednocześnie ocena przez Izbę czynności dokonanych przez Zamawiającego pod kątem zgodności z prawem może nastąpić również w sytuacji, w której są one podjęte w wyniku uwzględnienia odwołania, jednakowoż przeprowadzona ocena w istocie nie może zmierzać do rozstrzygnięcia wcześniej wniesionego odwołania, pomimo iż była przyczynkiem do podjęcia przez Zamawiającego kolejnych czynności. Oznacza to, że rozpoznanie odwołania w istocie nie może prowadzić do rozstrzygnięcia uprzednio zgłoszonego odwołania.

Analizując przedmiot niniejszego odwołania należy dojść do przekonania, że ocena czynności podjętych w wyniku uwzględnienia odwołania z dnia 4 kwietnia 2016 r. nie jest możliwa z uwagi na upływ terminu do ich zakwestionowania (art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp). Zamawiający uwzględniając odwołanie zakomunikował o zmianach SIWZ - Zestaw III, a zatem upływ terminu nie budzi wątpliwości.

Jeśli chodzi o odwołanie z dnia 22 kwietnia 2016 r. to Izba stoi na stanowisku, iż zadośćuczynienie żądanom tam zgłoszonym należy oceniać przez pryzmat nie tylko powołanej przez Odwołującego zmiany SIWZ – Zestaw VI (poz. nr 8, SIWZ, Tom II Wzór umowy, § 10 ust. 7), ale również całokształtu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, co do których Izba poczyniła ustalenia.

Zdaniem Izby, analiza treści zapytań wykonawców kierowanych do Zamawiającego odnośnie treści SIWZ w sposób jednoznaczny pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający posiada prawa autorskie do Oprogramowania dedykowanego niezbędnego do realizacji przedmiotu umowy i udostępnił posiadane kody źródłowe do przedmiotowego oprogramowania. Zamawiający złożył w tym przedmiocie jednoznaczne oświadczenie (Zmiany SIWZ – Zestaw III). Zamawiający poinformował również, że w ramach przeprowadzonych testów oprogramowania nie wykrył nieprawidłowości w kodzie

27

źródłowym, zaś jeśli by się takie pojawiły, to wykonawca jest zobowiązany doprowadzić do stanu zgodności (Zmiany SIWZ – Zestaw V). Zamawiający wskazał również, co rozumie pod pojęciem Oprogramowania dedykowanego lub elementów Oprogramowania dedykowanego, stwierdzając, że są to elementy wymienione w pkt 4.1.1 – 4.1.19 załącznika nr 1 do wzoru umowy.

Jednocześnie Zamawiający opublikował, jak wyjaśnił, pełną listę oprogramowania gotowego/narzędziowego do budowy systemu (Zmiany SIWZ – Zestaw III) i potwierdził, że to oprogramowanie dla środowiska testowego i produkcyjnego zapewnia Zamawiający (Zmiany SIWZ – Zestaw V, Zestaw VI). Natomiast wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu licencji niezbędnych do skompilowania i utrzymywania Systemu (Zmiany SIWZ – Zestaw I).

W tym kontekście należy zauważyć, że Zamawiający wielokrotnie potwierdzał swoje stanowisko w tym przedmiocie. Dla przykładu, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 25 (Zmiany SIWZ – Zestaw VI) wskazał, które oprogramowanie z pkt 4.4 Załącznika nr 1 do umowy stanowi oprogramowanie gotowe/narzędziowe. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że nie posiada wykupionego dla serwisu oprogramowania gotowego/narzędziowego na cały okres realizacji umowy, który by obejmował prawo do nowych wersji tego oprogramowania dla środowisk produkcyjnego i testowego, niemniej jednak planuje zakup przedmiotowych usług i praw (Zmiany SIWZ – Zestaw V).

Reasumując stwierdzić należy, że uwzględnienie żądania Odwołującego zawartego w odwołaniu z dnia 22 kwietnia 2016 r. nie budzi wątpliwości. Odwołujący uzyskał informację co do posiadania przez Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Oprogramowania dedykowanego i zapewnienie co do udostępnienia kodów źródłowych, posiadanych przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący uzyskał specyfikację oprogramowania gotowego/narzędziowego.

W tym miejscu dodać należy, że nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż podniesiony zarzut nie tyle miał zwrócić uwagę Izby na okoliczność braku zadośćuczynienia żądanom odwołania pomimo jego uwzględnienia przez Zamawiającego, ale stworzenia wrażenia, że kluczowe komponenty Systemu stworzyła spółka Currenda, a zatem jej przysługują

najprawdopodobniej prawa autorskie, stąd też Zamawiający winien przewidzieć możliwość wymiany tych komponentów. Jednakże twierdzenia te, biorąc pod uwagę rozważania uczynione powyżej, są nieuzasadnione.

Izba stoi na stanowisku, iż oceny tej nie zmienia powoływana przez Odwołującego modyfikacja § 10 wzoru umowy, polegająca na dodaniu zastrzeżenia, że gdyby się okazało, że Zamawiający jednak nie posiada praw autorskich do poszczególnych modułów, usług, apletów i aplikacji Systemu to wykonawca jest zobowiązany dostarczyć rozwiązanie

28

zastępcze. Na tle dokonanych wyjaśnień i modyfikacji SIWZ postanowienie powyższe należy interpretować w ten sposób, że zgodnie z wiedzą Zamawiającego, posiada on autorskie prawa majątkowe do rzeczzonego Oprogramowania dedykowanego. Przy czym należy zauważyć, że jedynie nieprofesjonalne w tym wypadku zachowanie wykonawców, w tym Odwołującego, legło u podstaw dokonania przez Zamawiającego owego zastrzeżenia.

Jak wskazują bowiem ustalenia Izby (Zmiany SIWZ – Zestaw III, Zestaw V, Zestaw VI) stanowisko Zamawiającego było w tym zakresie precyzowane w sposób konsekwentny i jednoznaczny. Na tym tle nie sposób nie zauważyć, że pomimo wielokrotnych zapytań w tym przedmiocie i zapewnień Zamawiającego, Odwołujący ciągle czuł się nieusatsfakcjonowany, co zdaje się potwierdzać, że kolejne odwołania w tym przedmiocie miały na celu doprowadzenie do przewlekłości postępowania. Zaś, pewna już bezradność Zamawiającego wobec ciągłych oczekiwań co do oświadczeń w tym przedmiocie, który wielokrotnie był podstawą wyjaśnień, doprowadziła do spornej zmiany, która mogła i stała się przyczynkiem do wniesienia rozpatrywanego odwołania, jednakowoż cel jego jest wątpliwy.

Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że ciężar ustalenia, komu przysługują autorskie prawa majątkowe został przerzucony na wykonawcę. Zamawiający wskazał wprost, co rozumie pod pojęciem Oprogramowania dedykowanego, potwierdził, że do tego Oprogramowania i jego elementów przysługują mu autorskie prawa majątkowe. Wydaje się, że w tych okolicznościach profesjonalista mając do dyspozycji również dokumentację Systemu i zapewniony dostęp do prezentacji Systemu jest w stanie ocenić, czy wymienione przez Zamawiającego komponenty stanowią zbiór zamknięty, czy też może wystąpić konieczność przewidzenia rozwiązań zastępczych. Nadto, biorąc pod uwagę, że Zamawiający złożył oświadczenie, że jego wiedza jest taka, iż posiada autorskie prawa majątkowe do Systemu i jego komponentów należy założyć, że zaproponowanie rozwiązania zastępczego będzie miało charakter incydentalny, co zdaniem Izby, nie przekreśla możliwości właściwego skalkulowania ceny i złożenia ofert porównywalnych.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że istotną wynagrodzenia ryczałtowego jest to, iż określone jest ono z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła, wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej (zob. S. Buczkowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 435; A. Brzozowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, 2004, s. 344; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, 2006, s. 825; K. Kołakowski (w:) G. Bieniek, *Komentarz*, t. II, 2006, s. 180). Jednocześnie w doktrynie akceptuje się, że rzeczzone wynagrodzenie może odnosić się również do dzieł o skomplikowanym (złożonym) charakterze, jeżeli strony umowy o dzieło uznają je za właściwe w określonej sytuacji (K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Komentarz*, 2013, s. 1143–1144).

29

Nadto, nie można pomijać, że jak wskazuje doświadczenie życiowe, złożenie oferty i skalkulowanie ceny częstokroć wymaga uwzględnienia wielu ryzyk, a jednocześnie powyższe nie stoi, zdaniem Izby, na przeszkodzie przygotowaniu oferty. Duże zainteresowanie wykonawców postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego świadczy o tym, iż mimo wysokich wymagań zamawiających, możliwe jest sprostanie im.

Kolejny zarzut Odwołującego opiera się na twierdzeniu, iż kwestionowana modyfikacja SIWZ odnosi się do autorskich praw majątkowych, zaś kwestię braku aktualnych kodów źródłowych pominięto. Rzeczywiście, faktem jest, iż Zamawiający przekaże posiadane kody źródłowe, ale mogą one odbiegać od wersji produkcyjnej oprogramowania,

choć Zamawiający na dzień 24 maja 2016 r. (Zmiany SIWZ – Zestaw V) potwierdził, że nie wykrył nieprawidłowości. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, powyższe nie stoi na przeszkodzie realizacji zamówienia. Wykonawca wtenczas zobowiązany jest do zapewnienia wersji skompilowanej z kodów źródłowych z wersją produkcyjną i zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego nie będzie to stanowiło modyfikacji (Zmiany SIWZ – Zestaw V, pytanie nr 50 i odpowiedź na nie).

Powyższe pokazuje, że Odwołujący konstruując przedmiotowe odwołanie dąży w istocie do zapewnienia sobie możliwości wymiany komponentów (zastąpienie dotychczasowych komponentów własnymi), który to zabieg mógłby przynieść Odwołującemu określone, dodatkowe korzyści, również finansowe. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący wykorzystuje przy tym pewne postanowienia SIWZ, które mogłyby wskazywać, że postępowanie Zamawiającego jest wadliwe, pomijając milczeniem inne okoliczności.

Na tym tle należy wskazać, że „system żyje”, zatem nie można całkowicie wykluczyć, że wszystkie przekazane kody źródłowe będą aktualne. Jednocześnie zaś trudno odmówić Zamawiającemu prawa doprowadzenia do stanu zgodności, który jak przyznał Odwołujący, jest możliwy do osiągnięcia.

Co do rozważań Odwołującego na temat skali trudności oszacowania przedmiotowego zagadnienia aktualne pozostają rozważania Izby dotyczące wynagrodzenia ryczałtowego i kalkulowania ryzyk w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ocena Odwołującego, iż wymiana komponentów w tej sytuacji byłaby rozwiązaniem bardziej ekonomicznym i efektywnym jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia. Nadto, dodać należy, że wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy wskazują, że twierdzenia Odwołującego i w tym przedmiocie nie są trafne. Zamawiający zwrócił bowiem uwagę, że dopuszczenie takiego rozwiązania spowodowałoby uzyskanie przez Zamawiającego w przyszłości pewnego zlepkę komponentów, który niekoniecznie stanowiłby kompatybilną całość.

30

Chybione jest stanowisko Odwołującego co do niejednoznaczności SIWZ w zakresie sporządzenia Dokumentacji wstępnej Systemu. Wszelkie niejasności, które mogły się pojawić na tle modyfikacji SIWZ (Zmiany SIWZ – Zestaw VI) zostały rozwiązane w piśmie Zamawiającego z dnia 8 czerwca 2016 r. Zamawiający wyjaśnił tam, iż Dokumentacja wstępna systemu będzie wytworzona w ramach usług utrzymania systemu, a nie jak omyłkowo wskazano, w ramach usługi rozwoju systemu.

W tym miejscu wskazać należy, że profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, a do takich zalicza się Odwołujący, śledzi zmiany SIWZ i w ocenie Izby, Odwołujący rzeczono wyjaśnienie również dostrzegł. W związku z powyższym podtrzymywanie przedmiotowego zarzutu chyba jednak wpisuje się w cel Odwołującego – dążenia do przewlekłości tego postępowania bądź też uzyskania wymiernych dla siebie korzyści przez stworzenie wrażenia, że jednak jest inaczej niż wyjaśnił Zamawiający.

Przechodząc dalej do oceny zarzutów Odwołującego podnieść należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonanie Dokumentacji wstępnej stanowi element zamówienia. Wskazują na to postanowienia wzoru zawarte w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. d.

Izby, nie również podstaw do Zdaniem ma zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie przedmiotowej Dokumentacji. Doświadczenie wskazuje, o czym była już mowa, że bardzo skomplikowane zamówienia są kalkulowane na zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego, a zatem brak uzasadnienia, aby stosunkowo prosta praca, jaką stanowi wykonanie Dokumentacji wstępnej (aktualizacji dokumentacji Systemu) musiało być rozliczana kosztorysowo. Okoliczność, że przedmiotowe rozwiązanie jest korzystniejsze dla Odwołującego nie uzasadnia jeszcze jego trafności.

Jeśli idzie o żądanie Odwołującego, aby wykonanie Dokumentacji wstępnej zostało zlecone i wykonane przez rozpoczęciem świadczenia utrzymania Systemu jest, zdaniem Izby, nieuzasadnione. W piśmie z dnia 24 maja 2016 r. Zamawiający informując wykonawców o uwzględnieniu odwołania wskazał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że jak wskazują realia rynkowe, 30-dniowy termin na przejęcie systemu po innym wykonawcy jest czasem wystarczającym. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wydłużył ten termin, uwzględniając niedoskonałości dokumentacji. Dodatkowo, Zamawiający zorganizował prezentację Systemu.

Okoliczność, iż Zamawiający nie wyraził zgody na audyt, w ocenie Izby, nie stanowi

przeszkody w realizacji zamówienia. Jak trafnie wskazał Zamawiający, audyt jest stwierdzeniem pewnego stanu rzeczy w określonej dacie, zaś przy założeniu, „że system żyje” i mając na uwadze zachowanie Odwołującego, z pewnością Odwołujący podnosiłby w dalszym doku postępowania, że stan znany Odwołującemu jest już nieaktualny. W tych okolicznościach, zdaniem Izby, 60-dniowy termin, który pozwala wykonawcy na zapoznanie się z dokumentacją i z systemem w środowisku testowym, jednocześnie zapewnia

31

możliwość realizacji usługi utrzymania, a przynajmniej Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W ocenie, Izby, okoliczność, iż wykonawca Systemu posiada najpełniejszą wiedzę o nim nie świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zjawisko to jest powszechne i akceptowalne. Wiedza płynąca z doświadczenia, jakie nabył wykonawca przy realizacji Systemu stanowi o pewnej przewadze nad innymi wykonawcami, ale jednocześnie nie sposób kwestionować pozycji wykonawcy zbudowanej w sposób zgodny z prawem.

Izba nie podziela również zarzutu, iż dopuszczenie do sytuacji, w której dostarczenie rozwiązania zastępczego będzie mogło następować w toku realizacji przedmiotowego zamówienia przy utrzymaniu restrykcyjnych rygorów czasowych w przypadku, np. usuwania awarii i naprawy błędów systemu, uniemożliwiać będzie wykonawcy wywiązanie się z postanowień zawartej umowy. Odwołujący pomija bowiem, że Zamawiający przewidział czas na uzyskanie przez wykonawcę gotowości do przejęcia utrzymania systemu. Rzeczony okres, zdaniem Izby, wobec niewykazania przez Odwołującego okoliczności przeciwnej, pozwala profesjonalnemu uczestnikowi rynku, na zgłoszenie potrzeby zaimplementowania rozwiązań zastępczych, co spowoduje, że z chwilą realizacji przedmiotu umowy będzie co do zasady możliwe ich wdrożenie. Wobec powyższego, w ocenie Izby, dopuszczenie do wdrożenia rozwiązań zastępczych przed rozpoczęciem świadczenia usługi nie jest konieczne.

Żądanie, aby zastąpienie komponentów, co do których Zamawiający nie posiada praw autorskich lub aktualnych kodów źródłowych, komponentami wykonawcy nastąpiło w poprzedzających świadczenie usługi utrzymania systemu, nie krótszym niż 150, liczonym od dnia przekazania wykonawcy informacji na temat praw autorskich, kodów źródłowych i dokumentacji systemu lub alternatywnie w trakcie świadczenia usługi utrzymania Systemu, w terminie ustalonym przez strony, z jednoczesnym zawieszeniem czasów usunięcia awarii i błędów na czas realizacji zadania polegającego na zastąpieniu komponentu jest nieuzasadnione z przyczyn, o których była mowa powyższej i braku wskazania przez Odwołującego uzasadnienia co do tak długiego terminu, niezbędnego do wymiany komponentów.

Nieuzasadnione jest również żądanie wprowadzenia zmiany, zgodnie z którą zadanie polegające na zastąpieniu komponentów Systemu komponentami wykonawcy, o którym mowa w żądaniu nr 2, rozliczane było w ramach wynagrodzenia przewidzianego za usługę rozwoju Systemu z § 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy (pkt 3.2 Formularza ofertowego), wobec niewskazania okoliczności faktycznych przez Odwołującego, które przemawiałby za jej dokonaniem.

32

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

33