

Warszawa: Świadczenie - w odniesieniu do oprogramowania ASSECO SOFTLAP ERP - moduły Finansowe i Księgowość oraz Środki Trwałe (w ramach posiadanej licencji): 1. usługi serwisowej, 2. usług rozwojowych, 3. udostępnienia aktualizacji systemu, 4. usługi związanej z wymianą wersji
Numer ogłoszenia: 29191 - 2016; data zamieszczenia: 21.03.2016
OGŁOSZENIE O ZAMIARZE ZAWARCIA UMOWY - Usługi

SEKCJA I: ZAMAWIAJĄCY

I. 1) NAZWA I ADRES: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, al. Solidarności 77, 00-090

Warszawa, woj. mazowieckie, tel. 22 5517756, 5517846, faks 22 8280740 , strona internetowa
www.brpo.gov.pl

I. 2) RODZAJ ZAMAWIAJĄCEGO: Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał.

SEKCJA II: PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

II.1) Nazwa nadana zamówieniu przez zamawiającego: Świadczenie - w odniesieniu do oprogramowania ASSECO SOFTLAP ERP - moduły Finansowe i Księgowość oraz Środki Trwałe (w ramach posiadanej licencji): 1. usługi serwisowej, 2. usług rozwojowych, 3. udostępnienia aktualizacji systemu, 4. usługi związanej z wymianą wersji.

II.2) Rodzaj zamówienia: Usługi.

II.3) Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie - w odniesieniu do oprogramowania ASSECO SOFTLAP ERP - moduły Finansowe i Księgowość oraz Środki Trwałe (w ramach posiadanej licencji): 1) usługi serwisowej mającej na celu utrzymanie bieżącej sprawności systemu, 2) usług rozwojowych w tym między innymi: a) prace rozwojowe, b) prace instalacyjne związane ze zmianą ilości stanowisk, c) prace konfiguracyjne, d) konsultacje, e) konfiguracje systemu operacyjnego serwera oraz serwera bazy danych na potrzeby w/w oprogramowania, f) pomoc przy odtwarzaniu danych z kopii zapasowej, g) inne prace zlecone przez Biuro, 3) udostępnienia aktualizacji systemu, 4) usługi związanej z wymianą wersji.

II.4) Wspólny Słownik Zamówień (CPV): 72.25.00.00-2, 72.24.00.00-9, 48.44.00.00-4.

II.5) Szacunkowa wartość zamówienia (bez VAT): jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

SEKCJA III: PROCEDURA

Tryb udzielenia zamówienia: Zamówienie z wolnej ręki

- **1. Podstawa prawna**

Postępowanie wszczęte zostało na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

- **2. Uzasadnienie wyboru trybu**

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli dostawy/usługi mogą być świadczone tylko przez jednego Wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów - autorskich praw majątkowych. Uzasadnienie: Oprogramowanie Softlab SQL, zwane dalej oprogramowaniem, zostało zakupione przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, zwane dalej Zamawiającym, w 1999 roku, na podstawie umowy licencyjnej nr L/0400/1999, zwanej dalej umową licencyjną, zawartej z Wykonawcą: SOFT - LAB TRADE Lidia Kwiatkowska, którego następcą prawnym jest: Asseco Business Solutions S.A., zwane dalej Wykonawcą. Z tytułu umowy licencyjnej Zamawiający uzyskał bezterminową, niewyłączną licencję do oprogramowania. Zgodnie z art. 3 umowy licencyjnej, Zamawiający wykonuje autorskie prawa majątkowe w zakresie wymienionych poniżej pól eksploatacji: - trwałego lub czasowego zwielokrotnienia oprogramowania w całości w jakiegokolwiek formie (art. 74 ust. 4 pkt 1 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych) z zastrzeżeniem, że liczba równocześnie działających kopii oprogramowania nie może przekroczyć wymienionej w Specyfikacji; - publicznego rozpowszechniania, w tym najmu lub dzierżawy oprogramowania Asseco Softlab ERP (art. 74 ust. 4 pkt 3 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych) z zastrzeżeniem, że liczba równocześnie działających kopii oprogramowania nie może przekroczyć wymienionej w Specyfikacji. W 2007 roku został dokonany upgrade z wersji 7.2 oprogramowania, która pracowała pod DOS. Do oprogramowania Zamawiający zakupił upgrade, który był standardową wersją modułu F-K i został dopasowany do potrzeb Zamawiającego. Najnowsza wersja oprogramowania to oprogramowanie Asseco Softlab ERP, zwane dalej oprogramowaniem Asseco Softlab ERP. Przedmiotowe oprogramowanie służy do prowadzenia ksiąg rachunkowych, w tym: 1) ewidencji księgowej operacji gospodarczych (moduł FK); 2) ewidencji środków trwałych i wartości niematerialnych i prawnych, które podlegają umorzeniu (moduł ST). Oprogramowanie Asseco Softlab ERP jest oparte na bazie Microsoft SQL Server i wspierane wyłącznie przez jego producenta - Wykonawcę. Microsoft SQL Server to środowisko przechowywania danych oraz części funkcjonalności systemu (tu właścicielem kodu środowiska jest Microsoft). Natomiast oprogramowanie Asseco Softlab ERP jest produktem Wykonawcy i właścicielem kodu jest Wykonawca. W związku z koniecznością zapewnienia wysokiego poziomu bezpieczeństwa danych podczas wykonywania modyfikacji

funkcjonalności oprogramowania Asseco Softlab ERP, niezbędna jest odpowiednia specjalistyczna wiedza. Wiedzę i umiejętności niezbędne do przeprowadzenia tych zadań posiadają pracownicy Wykonawcy. Oprócz wiedzy kluczowe jest również doświadczenie, biegłość oraz zaplecze techniczne (m.in. wyspecjalizowani w systemie programiści), które można było uzyskać wyłącznie podczas pracy nad stworzeniem i ulepszaniem oprogramowania Asseco Softlab ERP w minionych latach. Pracownicy komórki właściwej ds. informatyki Zamawiającego od wielu lat wykonują podstawowe czynności administracyjne w zakresie zabezpieczenia środowiska pracy dla oprogramowania Asseco Softlab ERP oraz kopii bezpieczeństwa baz danych, natomiast nie posiadają możliwości realizacji prac rozwojowych oraz usuwania awarii, które to zawsze były wykonywane przez Wykonawcę. Ze względu na krytyczne znaczenie oprogramowania Asseco Softlab ERP dla Zamawiającego jest szczególnie istotne, aby jego utrzymanie i prace rozwojowe były realizowane przez doświadczonych specjalistów, którzy posiadają bardzo dobrą znajomość jego budowy. Z tytułu umowy licencyjnej Zamawiający uzyskał gwarancję, polegającą na usuwaniu błędów w kodzie. Gwarancji takiej nie podlegają natomiast błędy powstałe w wyniku modyfikacji oprogramowania Asseco Softlab ERP przez inne osoby niż Wykonawca. Ze względu na powyżej wskazane okoliczności, przy założeniu zlecenia innym podmiotom wykonywania usługi, występuje wysokie ryzyko zakłócenia prawidłowego, w tym terminowego wykonywania zadań przez Wydział Finansowy Zamawiającego. To zaś może skutkować poważnymi konsekwencjami prawnymi. Do końca roku 2015 Zamawiającego i Wykonawcę wiązały w zakresie szeroko pojętej obsługi oprogramowania Asseco Softlab ERP w szczególności: 1) umowa nr 2014/12/S/3U01/000001 (numer wg. Rejestru umów Zamawiającego: BRPO/316/150/2014), zawarta w dniu 30 grudnia 2014 roku, której przedmiotem było świadczenie przez Wykonawcę następujących usług w odniesieniu do oprogramowania Asseco Softlab ERP: a) usługi usuwania awarii tego oprogramowania, w tym w ramach udzielonej gwarancji, o której mowa w § 3 ust. 7 Umowy na utrzymanie oprogramowania Asseco Softlab ERP nr 2014/12/U/3U01/000006; b) usługi serwisowej, świadczonej przez dedykowanych konsultantów Wykonawcy; 2) umowa nr 2014/12/U/3U01/000006 (numer wg. Rejestru umów Zamawiającego: BRPO/316/151/2014), zawarta w dniu 30 grudnia 2014 roku, której przedmiotem było świadczenie przez Wykonawcę na rzecz BRPO następujących usług w odniesieniu do oprogramowania Asseco Softlab ERP: a) usług subskrypcji nowych wersji i uaktualnień oprogramowania Asseco Softlab ERP; b) usługi wykonywania wymiany wersji. Obydwie umowy przestały obowiązywać z końcem 2015 roku. W roku 2016, celem kontynuacji usług, wykonywanych przez Wykonawcę, Zamawiający udzielił części zamówienia publicznego, w trybie art. 4 pkt 8 w zw. z art. 6a ustawy Prawo zamówień publicznych, na

podstawie następujących umów, obowiązujących do dnia 29.02.2016 r.: 1) umowa nr 2016/3/0012 (numer wg. Rejestru umów Zamawiającego: BDG-WF.024.012.2016), zawarta w dniu 01 lutego 2016 roku, której przedmiotem było świadczenie przez Wykonawcę następujących usług w odniesieniu do oprogramowania Asseco Softlab ERP: a) usługi usuwania awarii tego oprogramowania, w tym w ramach udzielonej gwarancji, o której mowa w § 3 ust. 5 Umowy na utrzymanie oprogramowania Asseco Softlab ERP nr 2016/3/011; b) usługi serwisowej, świadczonej przez dedykowanych konsultantów Wykonawcy; 2) umowa nr 2016/3/0011 (numer wg. Rejestru umów Zamawiającego: BDG-WF.024.013.2016), zawarta w dniu 01 lutego 2016 roku, której przedmiotem było świadczenie przez Wykonawcę na rzecz BRPO usługi subskrypcji nowych wersji i uaktualnień oprogramowania Asseco Softlab ERP. W dniu 11 lutego 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z zapytaniem o możliwość zakupienia od niego kodów źródłowych do oprogramowania Asseco Softlab ERP (kopia pisma Zamawiającego w załączeniu). Do dnia dzisiejszego Wykonawca nie zadeklarował chęci renegotjacji umowy licencyjnej w zakresie tych kodów źródłowych. Biorąc pod uwagę powyższe niezbędne jest zawarcie kolejnej umowy z Wykonawcą w celu zapewnienia ciągłości niezakłóconych usług (wraz z gwarancją na oprogramowanie Asseco Softlab ERP). II. Zakres przedmiotowy zamówienia publicznego, określony we wniosku o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, znak: BDG-WZP.261.3.2016. Świadczenie - w odniesieniu do oprogramowania Asseco Softlab ERP - moduły Finanse i Księgowość oraz Środki Trwałe (w ramach posiadanej licencji): 1) usługi serwisowej; 2) usług rozwojowych; 3) udostępnienia aktualizacji systemu; 4) usługi związanej z wymianą wersji. Ad. pkt 1-2) W celu zapewnienia poprawnego funkcjonowania pracy w Wydziale Finansowym, opierającej się głównie na oprogramowaniu Asseco Softlab ERP, niezbędne jest zapewnienie ciągłości usług serwisowych świadczonych przez dedykowanych konsultantów Wykonawcy. Usługi obejmować będą, w ramach posiadanej licencji, modyfikację oprogramowania oraz dostosowywanie aplikacji do bieżących potrzeb Wydziału Finansowego. Zlecane modyfikacje uwzględniać mają głównie procedury kontrolne, dodatkowe wydruki oraz dodatkowe funkcje, które pomagają sprawniej przeprowadzić proces kontroli formalno-rachunkowej, która spoczywa na pracownikach Wydziału Finansowego. Oprogramowanie to służy również do sporządzania sprawozdań budżetowych, finansowych i innych wymaganych przepisami w zakresie finansów i księgowości. Umowa przedłuży gwarancję na przedmiotowe oprogramowanie oraz zapewni podjęcie przez Wykonawcę w określonym czasie działań zmierzających do usunięcia awarii. Ad. pkt 3-4) Nowe wersje oprogramowania dostosowywane są do aktualnych wersji Windows oraz do zmian w przepisach. Posiadają nowe funkcjonalności, bardziej przyjazny interfejs użytkownika oraz są łatwiejsze w obsłudze. W

sytuacji awaryjnej wymiany komputera z najnowszym systemem operacyjnym, dzięki przedmiotowej usłudze, aplikacja będzie działała prawidłowo i bez zakłóceń. Instalacja najnowszej stabilnej wersji odbywać się będzie raz w roku po wcześniejszym uzgodnieniu z Wykonawcą terminu wymiany wersji. Zawarcie umowy gwarantuje stałą opłatę za usługę wymiany wersji, niezależnie od czasu jej trwania (łącznie z instalacją próbną, instalacją w siedzibie Zamawiającego oraz testami i usuwaniem błędów).

III. Przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, określona w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych - przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych). Wykonawca jako następca prawny Softlab Trade sp. z o.o., jest jedynym posiadaczem majątkowych praw autorskich do oprogramowania Asseco Softlab ERP, będącego najnowszą wersją aplikacji Softlab SQL, która została wdrożona u Zamawiającego i jako jedyny może nimi rozporządzać. Ponadto, jako jedyny ma prawo do modyfikowania, rozwijania i serwisowania oprogramowania Asseco Softlab ERP wdrożonego u Zamawiającego w najszerszym możliwym zakresie z uwzględnieniem regulacji ustawowych (oświadczenie Wykonawcy z dnia 28 grudnia 2015 r. w załączeniu do wniosku BDG-WZP.261.2.2016). Wykonawca do dnia dzisiejszego nie odpowiedział na pismo Zamawiającego z dnia 11 lutego 2016 r. w zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych do kodów źródłowych oprogramowania Asseco Softlab ERP, nie wyraził gotowości do przeniesienia tych praw. Skutkiem powyższego nie jest możliwe zlecenia usług innym wykonawcom, a konieczność wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

W uchwale z dnia 30 marca 2012 r., KIO/KD 31/12, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórca przysługuje wyłączone prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Podobnie jak właściciel rzeczy, twórca może z wyłączeniem innych osób korzystać z utworu, upoważniać inne osoby do takiego korzystania oraz dokonywać czynności rozporządzania prawem do korzystania z utworu. Cechą prawa własności jest sposób kształtowania jego treści: właścicielowi wolno wszystko, co nie zostało mu wyraźnie zabronione. Z takim kształtowaniem treści prawa łączymy domniemanie na rzecz jego podmiotu, że dane uprawnienie czy dany sposób korzystania z rzeczy przysługuje temu podmiotowi. Własnościowa koncepcja monopolu autorskiego rodzi podobne domniemanie. Oznacza to, że twórca utworu może przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, przy czym umowa przenosząca te prawa obejmuje wyłącznie te pola eksploatacji, które są w niej wyraźnie wymienione. Przeniesienie w drodze umowy autorskiego prawa majątkowego na

danym polu eksploatacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem twórcy. Zawarcie umowy mającej za przedmiot autorskie prawa majątkowe może nastąpić w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku zawarta umowa musi odpowiadać wymogom zawartym zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i przepisom Kodeksu cywilnego. Ustawa P.z.p. statuuje warunki, jakim winny odpowiadać zawierane na jej podstawie umowy, jak - przykładowo - forma umowy, zakres świadczenia w stosunku do zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie, czas obowiązywania itp. Żaden z przepisów ustawy P.z.p. nie nakłada na podmiot zamawiający projekt budowlano-wykonawczy, będący utworem w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, obowiązku nabywania w drodze umowy uprawnienia do wykonywania zależnego prawa autorskiego, jakim jest wprowadzenie zmian do tego projektu. Obowiązku takiego nie da się również wywieść z żadnego przepisu Kodeksu cywilnego. Wręcz przeciwnie - zawarta w art. 3531 k.c. zasada swobody umów umożliwiła stronom zawierającym umowę ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest, że zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, nie może być w pełni realizowana, niemniej jednak ograniczenie jej stosowania może wynikać wyłącznie z ustawy. Jak już wyżej wskazano - żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie statuuje obowiązku przenoszenia przez twórcę utworu na jego nabywcę zależnego prawa autorskiego. Z kolei w uchwale z dnia 7 kwietnia 2010 r., KIO/KD 23/10, www.uzp.gov.pl, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż nawet gdyby hipotetycznie nie doszło do faktycznego przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego to okoliczność ta nie mogłaby stanowić także przesłanki do skutecznego powołania się na dyspozycję określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy p.z.p. Autorskie prawa majątkowe, w odróżnieniu od praw osobistych, jako prawa zbywalne mogą być bowiem przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegecje umów zawartych z autorem. Skoro jednak Zamawiający podjął próbę renegecji umowy licencyjnej, co otworzyłoby mu drogę do zlecenia usług w trybach konkurencyjnych i mimo tego dotychczas nie uzyskał na to zgody Wykonawcy, to zachodzi przesłanka zastosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z tytułu praw wyłącznych. Tylko Wykonawca może wykonać zamówienie publiczne, na mocy przysługujących mu praw, na podstawie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zapewnienie niezakłóconego świadczenia usług jest konieczne ze względu na strategiczny charakter oprogramowania Asseco Softlab ERP. Zlecenie innemu wykonawcy usług, wchodzących w zakres zamówienia, byłoby możliwe jedynie w przypadku wykupienia przez takiego wykonawcę licencji

deweloperskiej od Wykonawcy i to w przypadku, gdy Wykonawca na to się zgodzi. Zatem zlecenie innemu wykonawcy usług jest jedynie teoretycznie możliwe. Przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym w przedmiotowym zakresie prowadzić może do zмовy pomiędzy Wykonawcą i innymi wykonawcami oraz skutkować zawyżeniem ceny ofertowej. Jak wynika z oświadczenia Wykonawcy, załączonego do niniejszego uzasadnienia, Wykonawca nie udzielił dotąd takiej licencji deweloperskiej i rozważania w powyższym zakresie są jedynie teoretyczne. W celu zapewnienia poprawnego funkcjonowania pracy w Wydziale Finansowym, opierającej się głównie na oprogramowaniu Asseco Softlab ERP, niezbędne jest zapewnienie ciągłości usług serwisowych, świadczonych przez dedykowanych konsultantów Wykonawcy.

IV. Uzasadnienie trybu udzielenia zamówienia publicznego - zamówienie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w szczególności dostawy lub usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Na rynku istnieje tylko jeden Wykonawca, który może wykonać przedmiotowe zamówienie publiczne z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych (autorskich praw majątkowych). Wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe ze względu na przysługującą Wykonawcy ochronę praw wyłącznych, a istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu Wykonawcy. Tym samym spełnione zostały przesłanki - istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi zachodzi związek przyczynowo - skutkowy. W związku z powyższym należy stwierdzić, że w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia publicznego uzasadnione jest skorzystanie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawy dla wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający ponadto powinien podjąć kolejną próbę renegotjacji umowy w kierunku uzyskania praw do kodów źródłowych, co pozwoliłoby w przyszłości dokonywać wyboru wykonawców świadczących usługi w trybie konkurencyjnym. Okoliczności stanu faktycznego ustalono w uzgodnieniu z pracownikami Wydziału Finansowego i Wydziału Informatyki Biura Rzecznika Praw Obywatelskich.

SEKCJA IV: UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

NAZWA I ADRES WYKONAWCY KTÓREMU ZAMAWIAJĄCY ZAMIERZA UDZIELIĆ ZAMÓWIENIA

- Asseco Business Solutions S.A., ul. Konrada Wallenroda 4c, 20-607 Lublin, kraj/woj. lubelskie.