

Białystok, 12.06.2024 r.

BON-IV.272.19.2024.AR

**Wykonawcy
(uczestnicy postępowania)**

Zamawiający informuje, iż w postępowaniu przetargowym nr **BON-IV.272.19.2024.AR** pn.: „**Zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem i oprogramowania biurowego**” wpłynęły pytania o następującej treści:

Pytanie nr 1:

Działając w imieniu Wykonawcy, w oparciu o art. 284 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „**PZP**”), zwracam się z wnioskiem o zmianę treści, obowiązującej w Postępowaniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „**SWZ**”) wraz z załącznikami, w zakresie wskazanym poniżej.

1. Wnioskowane zmiany

1.1. Wstęp

Wykonawca zgłasza zastrzeżenia dotyczące bezwzględnego wymogu realizacji zamówienia na dostawę oprogramowania Microsoft poprzez autoryzowany kanał dystrybucji producenta, będącego w opozycji do zasady konkurencyjności, sformułowanej w przepisach PZP.

Zapis o dostarczeniu produktu przez autoryzowany kanał producenta powinien być zapisem opcjonalnym. W obecnym brzmieniu wyklucza on szeroką gamę wykonawców, zdolnych zaopatrzyć produkt identyczny pod względem technicznym i jakościowym, w tym przypadku będący oprogramowaniem.

Ogłoszenie w ten sposób sformułowane nie tylko stanowi czynnik dyskryminujący dla wielu wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu, grozi również powstaniem niebezpiecznego precedensu w postaci monopolizacji rynku zamówień publicznych dla wąskiej grupy wykonawców autoryzowanych przez producenta.

Dostawa realizowana wyłącznie poprzez autoryzowany kanał producenta nie ma również

uzasadnienia z punktu widzenia potencjalnych kosztów Zamawiającego, bowiem oprogramowanie z wolnego rynku prezentuje konkurencyjne ceny za tę samą jakość produktu, nawet z uwzględnieniem umów licencyjnych przeznaczonych dla sektora publicznego i związanych z tym rabatów od producenta (co Zamawiający mógłby z łatwością zweryfikować, dopuszczając i analizując ofertę oprogramowania z wolnego rynku).

W związku z powyższym Wykonawca wnioskuję o wprowadzenie wyszczególnionych poniżej zmian, oraz dodanie zapisu zapewniającego zgodność z przepisami prawa, także gwarancję bezpieczeństwa zakupu i jakości produktu dla Zamawiającego:

Załączniki 1.2 - Opis przedmiotu zamówienia oraz 3.2 - Opis oferowanego przedmiotu zamówienia:

Aktualne brzmienie:

- Zarejestrowanie licencji na dane Zamawiającego,
- Licencje muszą zostać dostarczone w ramach licencji MPSA. Numer konta zakupowego – numer zostanie podany w dniu podpisania umowy.
- W ramach umowy Wykonawca jest zobowiązany zapewnić udzielanie uprawnień na witrynie producenta oprogramowania wskazanym przez Zamawiającego osobom do weryfikacji ilości posiadanych licencji
- Wykonawca musi posiadać status partnerstwa producenta Oprogramowania umożliwiające dostarczenie licencji w wymaganym kanale dystrybucji lub w ramach wskazanych umów.
- Licencje muszą pochodzić z legalnego kanału dystrybucji na terenie kraju. Zamawiający ma prawo do weryfikacji źródła pochodzenia licencji u przedstawiciela producenta oprogramowania na terenie kraju lub bezpośrednio u producenta oprogramowania. W przypadku negatywnej weryfikacji źródła pochodzenia licencji Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych.
- Licencje nie pochodzą z rynku wtórnego, są legalne oraz przeznaczone do użytku na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.
- Możliwość kopiowania oprogramowania na wiele urządzeń przy wykorzystaniu jednego standardowego obrazu, z prawem Zamawiającego do wielokrotnego użycia jednego obrazu dysku w procesie instalacji i tworzenia kopii zapasowych.

Wszystkie elementy oprogramowania biurowego oraz jego licencje pochodzą od tego samego producenta.

- Klucz wymagany do instalacji/aktywacji oprogramowania jest identyczny dla każdej z licencji.
- Zamawiającemu przysługuje prawo do instalacji aktualizacji i poprawek do danej wersji oprogramowania, udostępnianych bezpłatnie przez producenta na jego stronie internetowej w okresie co najmniej 5 lat od daty zawarcia umowy.

Proponowane brzmienie:

- Zarejestrowanie licencji na dane Zamawiającego,
- Licencje muszą zostać dostarczone w ramach licencji MPSA. Numer konta zakupowego – numer zostanie podany w dniu podpisania umowy (nie dotyczy licencji oprogramowania z rynku wtórnego)
- W ramach umowy Wykonawca jest zobowiązany zapewnić udzielanie uprawnień na witrynie producenta oprogramowania wskazanym przez Zamawiającego osobom do weryfikacji ilości posiadanych licencji (w przypadku licencji oprogramowania z rynku wtórnego Wykonawca zapewni dostęp do dedykowanego portalu Wykonawcy)
- Wykonawca musi posiadać status partnerstwa producenta Oprogramowania umożliwiające dostarczenie licencji w wymaganym kanale dystrybucji lub w ramach wskazanych umów (nie dotyczy licencji oprogramowania z rynku wtórnego)

- Licencje muszą pochodzić z legalnego kanału dystrybucji na terenie UE Zamawiający ma prawo do weryfikacji źródła pochodzenia licencji u przedstawiciela producenta oprogramowania na terenie kraju lub bezpośrednio u producenta oprogramowania. W przypadku negatywnej weryfikacji źródła pochodzenia licencji Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych.

- Licencje są legalne oraz przeznaczone do użytku na terenie Unii Europejskiej

- Możliwość kopiowania oprogramowania na wiele urządzeń przy wykorzystaniu jednego standardowego obrazu, z prawem Zamawiającego do wielokrotnego użycia jednego obrazu dysku w procesie instalacji i tworzenia kopii zapasowych.

Wszystkie elementy oprogramowania biurowego oraz jego licencje pochodzą od tego samego producenta.

- Klucz wymagany do instalacji/aktywacji oprogramowania jest identyczny dla każdej z licencji.

- Zamawiającemu przysługuje prawo do instalacji aktualizacji i poprawek do danej wersji oprogramowania, udostępnianych bezpłatnie przez producenta na jego stronie internetowej w okresie co najmniej 5 lat od daty zawarcia umowy.

Wnioskujemy o dodanie nowego zapisu o treści:

Zamawiający dopuszcza dostawę oprogramowania w postaci licencji z rynku wtórnego, wobec których doszło do wyczerpania prawa producenta do zezwalania na dalszy obrót produktem po wprowadzeniu do obrotu oryginału albo egzemplarza produktu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego (zgodnie z art. 51 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, stanowiącym implementację art. 4 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych, oraz zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., sygn. C-128/11).

Wykonawca, który oferuje licencje na oprogramowanie z rynku wtórnego, najpóźniej w momencie dostawy zobowiązany jest przedstawić dodatkowo „Oświadczenie pierwszego nabywcy licencji” wraz z dokumentacją towarzyszącą (np. umowy licencyjne, faktury), zawierające następujące informacje:

- Potwierdzenie odinstalowania oprogramowania.

- Identyfikacja pierwszego nabywcy oraz numer umowy zawartej między pierwszym nabywcą a producentem oprogramowania.

- Potwierdzenie, że oprogramowanie zostało po raz pierwszy wydane i było przedmiotem obrotu na rynku Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

- Oprogramowanie zostało w pełni opłacone na rzecz producenta oprogramowania.

- Oprogramowanie zostało wydane na licencji wieczystej bez terminu wygaśnięcia.

Dodatkowo (jeśli dotyczy), wymagane jest przedstawienie tzw. „Łańcucha własności” – informacji o wszystkich poprzednich właścicielach licencji oraz ich oświadczeń o odinstalowaniu oprogramowania oraz ich faktur.

Uzasadnienie

[Używane oprogramowanie]

2.1. Przedmiotem Zamówienia jest dostawa licencji dla oprogramowanie Microsoft. Oznacza to, że celem Zamawiającego jest otrzymanie konkretnych uprawnień do oprogramowania, posiadającego określone

funkcjonalności. W ocenie Wykonawcy, Zamówienie może zostać zrealizowane poprzez dostawę „nowych” (bezpośrednio z dystrybucji producenta), jak i „używanych” licencji na oprogramowanie Microsoft Office. Dopuszczenie licencji na oprogramowanie z rynku wtórnego zapewni możliwość zakupu oprogramowania o wymaganych cechach dotyczących jakości i bezpieczeństwa, a także prawidłową realizację zadań planowanych przez Zamawiającego przy jednoczesnym osiągnięciu najlepszego efektu ekonomicznego.

2.2. Potocznie określane jako „używane” licencje na oprogramowanie (kopie programów komputerowych) to oprogramowanie odsprzedane przez pierwotnego nabywcę, który najpóźniej w chwili odsprzedaży, odinstalowuje i zrzeka się prawa do korzystania z oprogramowania. Obrót oprogramowaniem z rynku wtórnego jest całkowicie legalny i dopuszczalny, zgodnie z prawem i orzecznictwem polskim oraz europejskim. Taka możliwość wynika z wyczerpania prawa producenta do zezwalania na dalszy obrót produktem po wprowadzeniu do obrotu oryginału albo egzemplarza produktu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, co zostało uregulowane w art. 51 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych², który stanowi implementację art. 4 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych³. Możliwość obrotu na rynku wtórnym potwierdza także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴ (dalej jako: „TSUE”) z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., sygn. C-128/11 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO”) z dnia 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1712/15.

2.3. Wykonawca wskazuje jednocześnie, że w odniesieniu do produktu, jakim jest oprogramowanie komputerowe, przy tak opisanych wymogach SWZ i potrzebach określonych przez Zamawiającego, ustanowienie wymagań, by był to produkt „nowy”, „nieużywany” lub „nieaktywowany”, nie ma żadnego technicznego czy wręcz logicznego uzasadnienia. O ile bowiem używanie rzeczy w rozumieniu art. 45 Kodeksu Cywilnego (tj. przedmiotu materialnego) może prowadzić do pogorszenia jej jakości wskutek zwykłego zużycia, o tyle korzystanie z oprogramowania nie ma żadnego wpływu na jego cechy funkcjonalne czy inne parametry. Oprogramowanie, w przeciwieństwie do np. samochodów czy książek, nie podlega bowiem jakimkolwiek „zużyciu”. Fakt wcześniejszej aktywacji w żaden sposób nie oznacza, że Zamawiający będzie miał ograniczony dostęp do oprogramowania lub do aktualizacji i poprawek bezpieczeństwa. Zamawiający będzie takim samym, pełnoprawnym użytkownikiem jakim byłby, gdyby licencje były „nowe” i „wcześniej nie aktywowane”.

2.4. Wykonawca zwraca również uwagę na treść art. 99 ust. 2 PZP, zgodnie z którym „zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.”. Prawo zezwala na definiowanie ograniczeń technicznych (funkcji, cech, procesów), ale tylko wtedy, gdy są one proporcjonalne do celu i uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Tymczasem, w odniesieniu do Postępowania, należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji na oprogramowanie Microsoft. Tym samym, zidentyfikowaną przez Zamawiającego potrzebą jest wyposażenie pracowników w dostęp do oprogramowania, o określonej funkcjonalności oraz kompatybilności. Jak wskazano powyżej, potrzeba Zamawiającego może w równym stopniu zostać spełniona w przypadku dostawy licencji na oprogramowanie pochodzących bezpośrednio z kanału dystrybucji producenta (tzw. „nowych” licencji) oraz oprogramowania pochodzącego z rynku wtórnego (tzw. „używanego oprogramowania”).

2.5. Jak wykazano powyżej, zarówno nowe oprogramowanie oferowane bezpośrednio w kanałach dystrybucji producenta oraz oprogramowanie z rynku wtórnego jest co do zasady produktem identycznym pod względem technicznym i jakościowym i różni się jedynie podstawą prawną jego wykorzystywania. Instalacja i aktywacja oprogramowania z rynku wtórnego, przebiega tak samo, jak w przypadku „nowych” licencji na oprogramowanie. Rozwiązania z rynku wtórnego oferują niczym nie utrudnione i bezpieczne korzystanie z zakupionych programów, bez ryzyka nagłej dezaktywacji lub wyłączenia przez dostawcę i twórcę. Zapewniony jest również dostęp do poprawek oraz aktualizacji zabezpieczeń wydawanych przez producenta, zgodnie z polityką cyklu życia produktu (tzn. wsparcie producenta polegające na udostępnianiu aktualizacji jest zapewniane dopóki producent nie ogłosi zakończenia wspierania oprogramowania).

Bezpieczny zakup używanego oprogramowania

3.1. Wykonawca jest świadomy tego, że Zamawiający może nie być zaznajomiony z rozwiązaniami z rynku wtórnego, a potencjalny zakup takiego oprogramowania może wiązać się z pytaniami dotyczącymi sposobu dostawy, bezpieczeństwa oraz gwarancji legalności. Ze względu na różną wiarygodność ofert składanych przez dostawców działających na polskim rynku, Wykonawca pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego na jakość i zakres dokumentów dostarczanych wraz z oprogramowaniem. W celu przedstawienia dodatkowych wyjaśnień, poniżej znajdują się najważniejsze informacje dotyczące warunków legalności i zakupu dla oprogramowania z rynku wtórnego.

3.2. Na podstawie europejskich aktów prawnych i orzeczeń TSUE, ukształtowały się cztery podstawowe warunki prawne dla legalnego przeniesienia własności oprogramowania.

- Oprogramowanie musi zostać po raz pierwszy wprowadzone do obrotu na terenie EOG.
- Produkt musi zostać w całości opłacony na rzecz właściciela praw autorskich.
- Produkt musi zostać wydany na licencji wieczystej, bez ograniczeń czasowych w użytkowaniu (nie może to być subskrypcja).
- Produkt nie może być dłużej użytkowany przez żadnego poprzedniego właściciela (musi zostać odinstalowany).

3.3. Każdy sprzedawca oprogramowania z rynku wtórnego jest prawnie zobowiązany do udzielenia informacji potwierdzającej spełnienie powyższych warunków. Informacje te zawarte są w dokumentacji towarzyszącej, którą nabywca powinien zawsze otrzymać przy zakupie, aby mieć dowód na to, że jest prawowitym właścicielem zakupionej kopii oprogramowania. Nie ma oficjalnego szablonu wyglądu dokumentacji 5, jednak jej treść powinna zawierać:

- Pochodzenie oprogramowania (pierwszy kraj użytkowania)
- Numer umowy licencyjnej podpisanej między pierwszym właścicielem a producentem oprogramowania
- Nazwa produktu i typ umowy licencyjnej

Oświadczenie pierwszego właściciela zawierające:

- Oświadczenie dotyczące odinstalowania oprogramowania
- Potwierdzenie, że oprogramowanie jest wieczyste i zostało w pełni opłacone
- Potwierdzenie, że oprogramowanie zostało po raz pierwszy zakupione i oddane do użytku w UE (EOG)
- Łańcuch własności – listę wszystkich poprzednich właścicieli wraz z ich oświadczeniami o odinstalowaniu oprogramowania (jeśli dotyczy)

3.4. Należy podkreślić, że wykazanie powyższych okoliczności w dokumentacji składanej przez Wykonawcę zapewnia Zamawiającemu pełne bezpieczeństwo prawne. Jeżeli Zamawiający ma w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, to może przewidzieć dodatkowe mechanizmy kontraktowe przenoszące ryzyko na Wykonawcę – tego typu zapisy zostały zawarte w umowie przygotowanej przez Zamawiającego. Wykonawca w pełni akceptuje planowane postanowienia umowy w tym zakresie, a także wnioskuję dodanie zapisu w OPZ dotyczącego wymaganych dokumentów (jak powyżej).

4. Oprogramowanie z rynku wtórnego w sektorze publicznym

4.1. Na polskim rynku prywatnym „używane” oprogramowanie jest chętnie kupowane przez przedsiębiorców między innymi ze względu na to, że jak wskazano powyżej, oferuje ono takie same funkcje i narzędzia jak nowe oprogramowanie, natomiast wykonawcy są w stanie zaoferować je w konkurencyjnej cenie w porównaniu do średnich cen rynkowych „nowych” licencji. Również na rynku zamówień publicznych można znaleźć przykłady postępowań, w których dopuszczono i zakupiono oprogramowanie z rynku wtórnego.

4.2. Przykładem jest postępowanie pn. „Aktualizacja serwera pocztowego” prowadzone przez **Województwo Podkarpackie**, nr ref. OR-IV.272.1.18.20225 6 – zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy o zmianę poszczególnych postanowień wzoru umowy w celu dopuszczenia „używanych” licencji. Oferta Wykonawcy (Forscope a.s.) została wybrana przez zamawiającego.

4.3. Oprogramowanie z rynku wtórnego zostało również dopuszczone w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego**, numer ogłoszenia: 2022/BZP00470653/01 – zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy i wprowadził zmiany pozwalające na składanie ofert na dostawę używanych licencji. Oferta Wykonawcy została wybrana przez zamawiającego.

4.4. Przykłady zamówień publicznych zrealizowanych przez Wykonawcę dotyczą również innych krajów UE, np. Republiki Czeskiej – dostawa oprogramowania MS Office dla dzielnicy **Praga 158** (Městská část Praha 15), a także Republiki Słowackiej – dostawa Core CAL Suite 2022 dla **Prokuratury Generalnej Republiki Słowackiej** o wartości ponad 100 000 euro.

4.5. Wszystkie przedstawione przykłady wskazują na zasadność dopuszczenia ofert na oprogramowanie z rynku wtórnego. Zakup tych rozwiązań pozwolił zamawiającym na realizację zadań publicznych przy zachowaniu zasady efektywności wydatkowania środków publicznych określonych w PZP oraz w art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zgodnie z którym „wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”.

5. Podsumowanie

5.1. Mając na uwadze powyższe, uwzględnienie wnioskowanych zmian w SWZ jest prawnie dopuszczalne i konieczne, ponieważ **zagwarantuje efektywne wykorzystanie środków publicznych** do zakupu oprogramowania o wymaganych cechach dotyczących jakości i bezpieczeństwa oraz uczyni zadość **naczelnyim zasadom prawa zamówień publicznych**, tj. zasadzie proporcjonalności i zapewnienia uczciwej konkurencji.

5.2. Dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawców oferujących używane oprogramowanie jest więc z jednej strony działaniem dalece korzystnym z punktu widzenia Zamawiającego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, a z drugiej strony koniecznym z uwagi na przepisy PZP, zakazujące nieuzasadnionej dyskryminacji określonych grup wykonawców.

Odpowiedź:

Zamawiający zgadza się na zmianę zapisu w Załączniku nr 1.2 do SWZ cz.2 oraz w Załączniku Nr 3.2 – opis oferowanego przedmiotu zamówienia na:

- Licencje muszą pochodzić z legalnego kanału dystrybucji na terenie UE. Zamawiający ma prawo do weryfikacji źródła pochodzenia licencji u przedstawiciela producenta oprogramowania na terenie kraju lub bezpośrednio u producenta oprogramowania. W przypadku negatywnej weryfikacji źródła pochodzenia licencji Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych.

Zamawiający podtrzymuje pozostałe zapisy z Załącznika nr 1.2 do SWZ oraz Załącznika 3.2 do SWZ dla części nr 2

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę pozostałej treści obowiązujących zapisów SWZ w Postępowaniu dla części nr2.

z up. MARSZAŁKA WOJEWÓDZTWA

Marian Malinowski
Zastępca Dyrektora
Biura Organizacji i Nadzoru
/podpisano elektronicznie/