

**DZIAŁ ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH
UNIwersytetu Jagiellońskiego**

ul. Straszewskiego 25/3 i 4, 31-113 Kraków

tel. +4812-663-39-03

e-mail: bzp@uj.edu.pl

<https://www.uj.edu.pl> ; <https://przetargi.uj.edu.pl>



Kraków, dnia 13 stycznia 2023 r.

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji, zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1710), którego przedmiotem jest wylonienie Wykonawcy w zakresie wykonania dedykowanego portalu internetowego dla jednostki Instytucja Otoczenia Biznesu - Business Idea Center Uniwersytetu Jagiellońskiego („BIC”) - platformy wspierającej przedsiębiorczość akademicką wśród społeczności akademickiej UJ, nr 80.272.445.2022.

PYTANIA I ODPOWIEDZI DO SWZ

Szanowni Państwo,

Informujemy, iż Zamawiający przedstawia poniżej treść pytań i udzielonych odpowiedzi do treści SWZ

Pytanie nr 3:

Czy, zgodnie z zapisami art 99 ustawy PZP, dopuszczają Państwo zaoferowanie rozwiązań alternatywnych w stosunku do produktu opisanego w OPZ? Punkt 1.5.1 w sposób nie zasadny ogranicza konkurencję uniemożliwiając zastosowanie komercyjnych i lepszych rozwiązań względem rozwiązań darmowych. Co warto zaznaczyć rozwiązania typu Open Source są podatne na liczne ataki co przy obecnym najwyższym stopniu alarmowym CHARLIE-CRP obowiązującym w całym kraju i doniesieniami o cyber atakach wydaje się decyzją mogącą narazić zamawiającego na liczne trudności. Dodatkową zaletą rozwiązań komercyjnych jest nie dostępność na publicznych repozytoriach kodu źródłowego co przekłada się na znacznie trudniejsze a wręcz nie możliwe przeprowadzenie skutecznego ataku na taką stronę.

Odpowiedź nr 3:

Zamawiający informuje, że wymóg dotyczące właściwości Portalu BIC zawarty w pkt 1.5.1. Opisu przedmiotu zamówienia - Załącznika nr 3 do SWZ, stanowiącym, że: „Portal musi być zbudowany na systemie CMS opartym na licencji Open Source” był podyktowany poniżej wskazanymi uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Po pierwsze należy podnieść, iż z samej definicji tego rodzaju oprogramowania komputerowego wynika, że: „Open source (oprogramowanie otwarte) to rodzaj oprogramowania, dla którego oryginalny kod źródłowy jest udostępniany bezpłatnie i może być rozpowszechniany i modyfikowany bez uiszczania opłat. Oprogramowanie typu open source (OSS) to dowolne oprogramowanie komputerowe rozpowszechniane z kodem źródłowym dostępnym do modyfikacji. Oprogramowanie o otwartym kodzie źródłowym jest zazwyczaj

rozwijane przez szeroką społeczność programistów... Licencja open source pozwala na legalne oraz nieodpłatne kopiowanie programu. Ponadto zapewnia swoim użytkownikom prawo do samodzielnego modyfikowania, analizowania, rozbudowy istniejących kodu, a nawet rozpowszechniania oprogramowania w ramach licencji wolnego oprogramowania”¹. Po drugie, nie można pominąć faktu, iż: „Systemy typu Open Source, czyli systemy oparte na otwartym kodzie źródłowym. Jak sama nazwa wskazuje taki system CMS oparty na bezpłatnej licencji open source”². Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w treści rekomendacji ogólnej nr 13 jasno wskazał, że: „Z zasad opisanych we wcześniejszych częściach Rekomendacji, a w szczególności z zasady określoności przedmiotu zamówienia zakorzenionej w art. 99 ust. 1 PZP (zob. rozdział III „Określoność przedmiotu zamówienia”) oraz zasady sporządzania niedyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia (zob. rozdział IV „Niedyskryminacyjny OPZ, czyli zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców”) wywodzonej z art. 99 ust. 4 PZP jasno wynika, że opis przedmiotu zamówienia powinien być sporządzony w sposób jasny i przejrzysty, uwzględniać wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także nie powinien być on opisany w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W kontekście powyżej wspomnianych zasad, bardzo istotne, a jednocześnie w praktyce powodujące spore trudności, jest odpowiednie opisanie przez zamawiających wymaganych przez nich uprawnień do zamawianych systemów informatycznych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że systemy informatyczne, składające się w głównej mierze z programów komputerowych, z którymi zwykle połączone są dodatkowe elementy graficzne czy tekstowe - co do zasady stanowią utwory prawnoautorskie. Tym samym zamawiający, aby przelamać monopol twórcy (uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich) do korzystania z takiego systemu – powinien w sposób wyraźny i jasno opisany zapewnić sobie możliwość korzystania z zamawianego przez niego systemu informatycznego poprzez odpowiednie opisanie zakresu wymaganych przez niego uprawnień zarówno do dostarczanego oprogramowania jak i innych utworów składających się na zamówienie. Na istotne znaczenie opisanie w OPZ kwestii uprawnień do korzystania z utworów wskazuje również art. 99 ust. 7 PZP, który wprost wskazuje, że zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji”³.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający odnośnie oprogramowania typu open source oraz to, iż korzystanie z niego jest zalecane w administracji publicznej, o czym świadczą następujący schemat zaprezentowany przez Rafała Malujdy: „Usługi publiczne społeczeństwa informacyjnego (e-government) → narzędzia kontaktu obywatela z państwem powinny (być): (1) neutralne technologicznie (równość rozwiązań), (2) interoperacyjne, (3) bazować na

¹ <https://thenewlook.pl/open-source/#:~:text=Open%20source%20%28oprogramowanie%20otwarte%29%20to%20rodzaj%20oprogramowania%2C%20dla,komputerowe%20rozpowszechniane%20z%20kodem%20%20C5%BAr%C3%B3d%20C5%82owym%20dost%C4%99pnym%20do%20modyfikacji.>, dostęp w dniu 12 stycznia 2023 r.

² <https://thenewlook.pl/open-source/#:~:text=Open%20source%20%28oprogramowanie%20otwarte%29%20to%20rodzaj%20oprogramowania%2C%20dla,komputerowe%20rozpowszechniane%20z%20kodem%20%20C5%BAr%C3%B3d%20C5%82owym%20dost%C4%99pnym%20do%20modyfikacji.>, dostęp w dniu 12 stycznia 2023 r.

³ „Rekomendacje Prezesa UZP dotyczące zamówień publicznych na systemy informatyczne. Tom II”, Warszawa 2021 r., str. 33.

otwartych standardach = wykorzystywać wolne i otwarte oprogramowanie”⁴, przyjął model korzystania z oprogramowania typu open source, ponieważ zapewnia on Uniwersytetowi Jagiellońskiemu w Krakowie autonomię w korzystaniu z Portalu BIC, możliwości jego niemal nieograniczonej modyfikacji w zależności od aktualnych potrzeb i zadań stojących przed Akademickim Inkubatorem Przedsiębiorczości UJ, jak również w swobodnym doborze podmiotu świadczącego na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie usługi wsparcia serwisowego Portalu, które Wykonawca umowy nr 80.272.445.2022 będzie świadczył na rzecz Zamawiającego przez okres 24 miesięcznego wsparcia serwisowego na przedmiot zamówienia, którego bieg rozpocznie się od dnia zakończenia realizacji Etapu 2, potwierdzonego podpisanym protokołem odbioru częściowego Systemu bez zastrzeżeń (zob. § 4 ust. 1 umowy – Załącznika nr 2 do SWZ). Oparcie Systemu o rozwiązanie, jakim jest autorski CMS stanowiłoby dla Zamawiającego niezwykle poważne zagrożenie, bowiem skutkowałoby to koniecznością związania się Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie z dotychczasowym Wykonawcą przedmiotowego zamówienia publicznego. Taki stan rzeczy z pewnością godziłoby w interesy samego Zamawiającego, ponadto poważnie ograniczając podstawowe zasady systemu zamówień publicznych – zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania Wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1710)).

Zamawiający zauważa również, że wybór CMS Portalu BIC zbudowanego na oprogramowaniu typu open source realizuje także jego uzasadnione potrzeby w sensie ekonomicznym, urzeczywistniając tym samym zasady wydatków środków publicznych wyrażonej w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1634), stanowiącym, że: „Wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań”. Powyższe wynika, że zbudowanie rzeczonoego Portalu opartego na dedykowanym – autorskim CMS może podnieść koszt jego stworzenia.

Zamawiający podnosi jednak, że wspomniane powyżej zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców nie są nieograniczone. Ewa Wiktorowska trafnie stwierdziła, że: „Oczywiście należy mieć na uwadze, że zasada nienaruszenia uczciwej konkurencji nie może być traktowana jako zasada o charakterze absolutnym, która uniemożliwia zamawiającemu sporządzenie opisu stosownie do swoich rzeczywistych potrzeb. Za oczywiste należy uznać, że wprowadzanie wymogów co do przedmiotu zamówienia prawie zawsze skutkuje niemożnością wzięcia udziału w postępowaniu jakimś wykonawcy, jednakże nie oznacza to, że zawsze mamy do czynienia z naruszeniem komentowanej zasady. ◀To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki ma osiągnąć. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Dlatego też jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w

⁴ <https://www.slideshare.net/SquizPoland/open-source-w-administracji-publicznej>, dostęp w dniu 12 stycznia 2023 r.

odniesieniu do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Należy bowiem dostrzec, iż Zamawiający, opisując warunki zamówienia, w pierwszej kolejności staje przed zadaniem takiego ich ukształtowania, aby spełniały jego uzasadnione potrzeby oraz cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych” (Ewa Wiktorowska [w:] Andrzej Gawrońska – Baran (red.), „Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany”, Lex 2022 r., teza nr 4 komentarza do art. 99).

Na zakończenie Uniwersytet Jagielloński w Krakowie przywołuje nadal zachowujące swoją aktualność orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, świadczące o tym, że opis przedmiotu zamówienia na świadczenie usługi w zakresie stworzenia oprogramowania komputerowego opartego na rozwiązaniu typu open source w żadnym stopniu nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Pierwszym z nich jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 1244/10 z dnia 6 lipca 2010 r., który zawiera następujące wyrzeczenie: „Izba potwierdza stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, iż przedstawienie oświadczeń wskazanych w siwz odnośnie oprogramowania typu open source nie było wymagane, w szczególności w świetle zasad rozpowszechniania i udostępniania tego typu oprogramowania było zbędne. Odnośnie powyższego Izba dopuściła oraz przeprowadziła dowody z przedstawionych przez przystępującego: materiałów Open Source Initiative (Inicjatywa Open Source) zawierających definicję pojęcia "open source" oraz Powszechnej Licencji Publicznej GNU, na podstawie której rozpowszechniane jest, według deklaracji przystępującego, m.in. oprogramowanie Alfresco. Na tej podstawie stwierdzono, iż **oprogramowanie typu open source jest oprogramowaniem powszechnie dostępnym (m.in. przez udostępnianie kodu źródłowego), którego swobodne kopiowanie, rozpowszechnianie oraz jakiegokolwiek użytkowanie czy modyfikowanie jest dozwolone na mocy pierwotnie udzielonej, generalnej licencji przez twórcę/właściciela majątkowych praw autorskich do oprogramowania**”.

Jednak przesądzające znaczenie dla dopuszczalności systemu CMS open source w treści opisu przedmiotu zamówienia bez konieczności dopuszczalności przez Zamawiającego rozwiązania równoważnego ma wyrok o sygn. akt KIO/UZP 1853/09, podjęty przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 11 lutego 2010 r.: „**Określenie "baza open source" nie wskazuje na konkretną bazę, konkretnego producenta, a odnosi się jedynie do typu bazy, zastosowanej technologii. W tym przypadku zamawiający nie ma obowiązku określenia parametrów równoważności w stosunku do wskazanego typu bazy open source**”.

W konsekwencji brzmienie pkt 1.5.1. Opisu przedmiotu zamówienia - Załącznika nr 3 do SWZ nie ulegnie zmianie.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż powyższe pytania i odpowiedzi do treści SWZ stanowią jej integralną część, a terminy składania i otwarcia ofert ulegają zmianie na dzień 20 stycznia 2023 r., przy czym godziny oraz sposób składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian. Wykonawca jest związany złożoną ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 18 lutego 2023 r. włącznie.

Z poważaniem,

Jerzy Wordliczek