

Białystok, 01 września 2022 r.

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA PODLASKIEGO
15-888 BIAŁYSTOK
ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 1

BZP.272.43.2022

**Wykonawcy
(uczestnicy postępowania)**

Zamawiający informuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Zakup sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem i oprogramowania biurowego**”, nr BZP.272.43.2022 wpłynęły pytania, których treść wraz z odpowiedziami przekazuję poniżej:

Pytania:

„Działając w imieniu Wykonawcy, w oparciu o art. 135 ust. 1 oraz 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.

[Wnioskowane zmiany]

- I. Załącznik nr 1.2 do SWZ, SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – Część nr 2, punkt 1, tabela „Warunki ogólne”

Aktualne brzmienie:

Warunki ogólne	<i>Oprogramowanie powinno pochodzić z legalnej dystrybucji oraz być przeznaczone do sprzedaży na terenie Polski.</i>
	<i>Oprogramowanie nowe, nie dopuszcza się licencji z rynku wtórnego.</i>
	<i>Licencja bezterminowa.</i>
	<i>Możliwość przenoszenia/installacji na inny komputer co 90 dni lub częściej.</i>
	<i>Możliwość instalacji na dowolnym komputerze w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Podlaskiego.</i>
	<i>Nośnik tradycyjny(CD/DVD) lub wersja elektroniczna do pobrania.</i>

	<i>Polska wersja językowa, lub wielojęzyczna z możliwością wyboru języka polskiego.</i>
	<i>Typ/sposób licencjonowania: dowolny, dopuszczony przez producenta do zastosowania w administracji publicznej (np. OPEN/MOLP Gov, Medialess, ESD, Box itp.)</i>
	<i>Oprogramowanie oraz plany licencyjne nie są oparte o rozwiązania chmury, oraz nie wymagają stałych opłat w okresie używania zakupionego produktu.</i>
	<i>Instalacja w Windows 10/Windows 11.</i>

Proponowane brzmienie:

<i>Warunki ogólne</i>	<i>Oprogramowanie powinno pochodzić z legalnej dystrybucji oraz być przeznaczone do sprzedaży na terenie Polski.</i>
	<i>Licencja bezterminowa.</i>
	<i>Możliwość przenoszenia/instalacji na inny komputer co 90 dni lub częściej.</i>
	<i>Możliwość instalacji na dowolnym komputerze w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Podlaskiego.</i>
	<i>Nośnik tradycyjny(CD/DVD) lub wersja elektroniczna do pobrania.</i>
	<i>Polska wersja językowa, lub wielojęzyczna z możliwością wyboru języka polskiego.</i>
	<i>Typ/sposób licencjonowania: dowolny, dopuszczony przez producenta do zastosowania w administracji publicznej (np. OPEN/MOLP Gov, Medialess, ESD, Box itp.)</i>
	<i>Oprogramowanie oraz plany licencyjne nie są oparte o rozwiązania chmury, oraz nie wymagają stałych opłat w okresie używania zakupionego produktu.</i>
	<i>Instalacja w Windows 10/Windows 11.</i>

II. Rozdział IX SWZ - OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA

Wnioskujemy o dodanie w Rozdziale IX SWZ, w punkcie 8, dodatkowego zapisu dla Części nr 2, o treści:

„Zamawiający nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych do Części nr 2

w przypadku Wykonawców oferujących nowe licencje na oprogramowanie. W przypadku Wykonawców, którzy w ramach realizacji Części nr 2 oferują używane licencje na oprogramowanie, Zamawiający wymaga przedstawienia następujących dokumentów:

1) Oświadczenie pierwszego nabywcy licencji zawierające następujące informacje:

- Potwierdzenie odinstalowania i zrzeczenie się prawa do korzystania z oprogramowania.
- Identyfikacja pierwszego nabywcy (informacja zalecana) oraz numer umowy zawartej między pierwszym nabywcą a producentem oprogramowania (informacja obowiązkowa).
- Potwierdzenie, że oprogramowanie zostało po raz pierwszy wydane i było przedmiotem obrotu na rynku Unii Europejskiej/Europejskiego Obszaru Gospodarczego.
- Oprogramowanie zostało w pełni opłacone i nie są z nim związane prawa osób trzecich.
- Oprogramowanie zostało wydane na licencji wieczystej bez terminu wygaśnięcia.

2) Listę pełnego łańcucha właścicieli wraz z oświadczeniem wszystkich poprzednich właścicieli o odinstalowaniu i zrzeczeniu się prawa do użytkowania.”

[Uzasadnienie]

1. Przedmiotem Zamówienia w części numer 2 jest pakiet biurowy MS Office lub produkt równoważny przeznaczony do instalacji na komputerach Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego.
2. Tym samym, zidentyfikowaną przez Zamawiającego potrzebą jest wyposażenie pracowników Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w licencje na oprogramowanie biurowe, o określonej funkcjonalności oraz kompatybilności.
3. W ocenie Wykonawcy, potrzeba Zamawiającego może zostać zaspokojona zarówno przez nowe, jak i używane licencje na oprogramowanie (tzw. *used soft*).
4. Odnosząc się do powyższego, należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, że nowe i używane licencje na oprogramowanie są co do zasady produktem identycznym pod względem technicznym, a pod względem funkcjonalności i jakości nie zachodzą między nimi żadne różnice. Używane oprogramowanie, podobnie jak ‘nowe oprogramowanie’, otrzymuje wszystkie poprawki oraz aktualizacje zabezpieczeń wydawane przez producenta, zgodnie z polityką cyklu życia produktu. Zamawiający otrzymałby oryginalny produkt, z tymi samymi funkcjami

i możliwościami użytkowania co nowe oprogramowanie, który spełnia wymagania przedstawione w SWZ oraz w „Załączniku nr 1.2 do SWZ”, w zakresie funkcjonalności i kompatybilności.

5. Używane licencje na oprogramowanie to licencje odsprzedane przez pierwotnego nabywcę, który najpóźniej w chwili odsprzedaży, odinstalowuje oprogramowanie i zrzeka się prawa do korzystania z niego. Obrót używanymi licencjami na oprogramowanie jest całkowicie legalny i dopuszczalny, zgodnie z prawem i orzecnictwem 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 pokrewnych, 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 komputerowych. Możliwość obrotu *used soft* potwierdza także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (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.
 6. Mając na uwadze powyższe, należy z całą stanowczością uznać, że używane licencje na oprogramowanie zaspokoją zapotrzebowanie Zamawiającego w równym stopniu co nowe licencje.
 7. Tymczasem, aktualne wymogi opisane w Załączniku nr 1.2 do SWZ, tabela „Warunki ogólne”: „*Oprogramowanie nowe, nie dopuszcza się licencji z rynku wtórnego.*” wykluczają możliwość udziału w Postępowaniu wykonawców oferujących *used soft*.
 8. Z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, ujawnionych w SWZ, powyższe wymogi nie mają żadnego uzasadnienia, a wykluczenie wykonawców oferujących używane licencje na oprogramowanie w żaden sposób nie wpływa na prawa lub obowiązki Zamawiającego w związku z korzystaniem z oprogramowania będącego przedmiotem Zamówienia w części nr 2.
 9. Dopuszczenie *used soft* poszerzyłoby krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w Postępowaniu oraz istotnie zwiększyłoby konkurencyjność. Należy mieć również na uwadze, że jedynym kryterium oceny ofert dla części nr 2 jest cena, co oznacza, że czynnik finansowy jest dla Zamawiającego kluczowy. Tymczasem, używane licencje na oprogramowanie są

co do zasady tańsze niż nowe. Z uwagi na to, dopuszczenie *used soft* wpisuje się zarówno w założenia Zamawiającego, jak i w zasady gospodarowania środkami publicznymi.

10. Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że w świetle przepisów ustawy PZP oraz zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO, opis przedmiotu zamówienia powinien znajdować uzasadnienie w obiektywnych i rzeczywistych potrzebach Zamawiającego oraz zostać sporządzony w sposób ściśle z nimi skorelowany, aby nie doprowadzić do wykluczenia przy tym kręgu wykonawców, którzy są w stanie przedmiotowe potrzeby zaspokoić, np. poprzez dostarczenie rozwiązań równoważnych. Powyższy pogląd był wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 938/21, gdzie Izba wskazała, że *„sposób opisanie przedmiotu zamówienia ma na celu takie ukształtowanie przez zamawiającego zamawianego produktu, który z jednej strony wypełni potrzeby zamawiającego dla zrealizowania zamierzonego celu, z drugiej zaś strony ma zagwarantować szeroko rozumianą konkurencyjność postępowania.”* Warto zwrócić przy tym uwagę na treść wyroku KIO z dnia 7 września 2016 r., sygn. akt KIO 1582/16, orzeczonego wprawdzie na gruncie poprzedniego stanu prawnego, niemniej zachowującego aktualność. Jak wskazane zostało w przedmiotowym wyroku, *„stwierdzić należy iż przepis ustawy nie daje Zamawiającemu prawa wyboru, kiedy można dopuścić rozwiązania równoważne. Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika iż dopuszczenie rozwiązań równoważnych musi mieć miejsce zawsze, kiedy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia niezgodnie z wymogiem ust. 2 art. 29 i winno to nastąpić wg reguł wskazanych w ust. 3 tegoż artykułu”*.
11. Mając na uwadze powyższe, wymóg opisany w Załączniku nr 1.2 do SWZ, tabela „Warunki ogólne” jest w obecnym kształcie nieproporcjonalny, a jego utrzymanie przez Zamawiającego może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Warto w tym kontekście wskazać na uchwałę KIO z dnia 2 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 109/14, w której Izba zauważyła, że *„przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest [...] także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia”*. Warunki techniczne muszą być uzasadnione przedmiotem zamówienia i określone w sposób jasny, obiektywny i wyrażający cel Zamawiającego, który nie

może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez autorytatywne określenie konkretnej metody rozwiązania, w sytuacji, gdy cel może zostać osiągnięty za pomocą różnych porównywalnych środków, tj. równoważnych rozwiązań.

12. Należy podkreślić, że podobne stanowisko jest wyrażane w orzecznictwie innych krajów Unii Europejskiej. Przykładowo, niemiecka Izba Zamówień Publicznych (odpowiednik polskiej KIO), w sprawie VK Westfalen, decyzja z dnia 01.03.2016, VK 1 - 02 / 16 (link do rozstrzygnięcia: [VergabePortal \(reguvis.de\)](https://www.reguvis.de)), wskazała, że *„przy zakupie licencji zbiorczych na oprogramowanie instytucja zamawiająca nie może zobowiązać wykonawców do dostarczenia nowych licencji i jednocześnie wykluczyć dostawę używanych licencji [...] Wymagając ograniczenia do nowych licencji i rejestracji oferentów w ramach "zamówienia Microsoft Select Plus", zamawiający od początku ograniczył grupę dostawców w niedopuszczalny sposób”* (tłumaczenie własne Wykonawcy z jęz. niemieckiego).
13. W podobnym tonie wypowiedział się Urząd Ochrony Konkurencji w Republice Czeskiej, w sprawie o sygn. ÚOHS-09585/2021/542/VHu (link do rozstrzygnięcia: [Urząd Ochrony Konkurencji | Sprawozdania z decyzji \(uohs.cz\)](https://uohs.cz)), gdzie stwierdził, że warunki techniczne dopuszczające wyłącznie nowe licencje na oprogramowanie są nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję.
14. W dalszej kolejności należy wskazać, że wykonawca oferujący używane licencje na oprogramowanie, zgodnie z obowiązującymi przepisami i orzecznictwem, jest zobowiązany przedstawić odpowiednie informacje oraz dokumenty potwierdzające spełnienie wymogów legalności tego typu rozwiązania. Nie jest przy tym wymagane, aby wykonawca oferujący tego typu produkty posiadał status autoryzowanego dystrybutora oprogramowania. Nabywca używanych licencji również nie jest zobowiązany do ubiegania się o autoryzację ze strony producenta, w celu potwierdzenia legalności wykorzystywanego rozwiązania. W związku z tym, w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do przedmiotu oferty, Zamawiający powinien wymagać od wykonawców oferujących używane licencje, złożenia dokumentów, o których mowa we wstępie.
15. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Wykonawcy, uwzględnienie wnioskowanych zmian w SWZ oraz załącznikach jest prawnie dopuszczalne i konieczne w celu dochowania naczelných zasad prawa zamówień publicznych, tj. proporcjonalności i zapewnienia uczciwej konkurencji.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapis z Załącznika nr 1.2 do SWZ dla części nr 2, punkt 1, tabela „Warunki ogólne”.

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie w Rozdziale IX SWZ, w punkcie 8 dodatkowego zapisu dla części nr 2.

z up. MARSZAŁKA WOJEWÓDZTWA

Marian Malinowski

Dyrektor Biura Zamówień Publicznych

/podpisano elektronicznie/