

Wrocław, dnia 30.12.2022r.

Dotyczy: TP 85/22- dostawa licencji Microsoft Windows Server Datacenter 2022 oraz licencji dostępowych (CAL) do Windows Server 2022 liczonych per urządzenie (DevCAL)

Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela odpowiedzi na następujące pytania:

[Wnioskowane zmiany]

I. Załącznik nr 2 do SWZ-TP 85/22, tabela nr 1, pkt. 3 Licencja

Aktualne brzmienie:

3 Licencja

- Zarejestrowanie licencji na dane Zamawiającego,
- Licencja CSP w modelu dożywotnim
- Dostępność licencji w portalu Microsoft 365

Admin Center

Spełnia/ nie spełnia

Proponowane brzmienie:

3 Licencja

- Zarejestrowanie licencji na dane Zamawiającego

(w przypadku dostawy nowych licencji)

- Licencja CSP lub inna licencja komercyjna w modelu dożywotnim

- Dostępność licencji w portalu Microsoft 365

Admin Center (w przypadku dostawy nowych licencji) lub innym portalu zarządzania licencjami.

Spełnia/ nie spełnia

II. Załącznik nr 2 do SWZ-TP 85/22

Wnioskujemy o dodanie nowego punktu 6 o treści:

6. Wykonawca, który oferuje używane licencje na oprogramowanie, zobowiązany jest przedstawić

dodatkowo Oświadczenie pierwszego nabywcy licencji zawierające następujące informacje:

- Potwierdzenie odinstalowania i zrzeczenie się prawa do korzystania z 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/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.

III. Załącznik Nr 5 do SWZ

Aktualne brzmienie:

4. Wykonawca oświadcza, że dostarczony Przedmiot Umowy jest nowy i odpowiada wymaganiom określonym w OPZ.

Proponowane brzmienie:

4. Wykonawca oświadcza, że dostarczony Przedmiot Umowy odpowiada wymaganiom określonym w OPZ.

[Uzasadnienie]

1. Przedmiotem Zamówienia jest dostawa licencji Microsoft Windows Server DataCenter 2022 oraz licencji dostępowych (CAL) do Windows Server 2022 (DevCAL) na urządzenie lub równoważne na potrzeby Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu.

2. Tym samym, zidentyfikowaną przez Zamawiającego potrzebą jest wyposażenie pracowników Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego w licencje na oprogramowanie serwerowe, 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 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 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 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. 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. 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 wnioskowanym nowym punkcie 6 do OPZ (Załącznik nr 2 SWZ).

7. Mając na uwadze powyższe, należy z całą stanowczością uznać, że używane licencje na oprogramowanie zaspokoją zapotrzebowanie Zamawiającego w równym stopniu co nowe licencje.

8. Tymczasem, aktualne wymogi dotyczące dostawy nowego oprogramowania, opisane w SWZ, m.in.: „Wykonawca oświadcza, że dostarczony Przedmiot Umowy jest nowy i odpowiada wymaganiom określonym w OPZ.”

wykluczają możliwość udziału w Postępowaniu wykonawców oferujących used soft.

9. 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.

10. Dopuszczenie used soft poszerzyłoby krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w Postępowaniu oraz istotnie zwiększyłoby konkurencyjność. Należy mieć również na uwadze, że głównym kryterium oceny ofert 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.

11. 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”.

12. Mając na uwadze powyższe, wspomniane powyżej wymogi opisane SWZ są w obecnym kształcie nieproporcjonalne, a ich 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.

13. 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\(reguvis.de\)](http://VergabePortal(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).

14. 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 \(uohs.cz\)](http://UradOchonyKonkurencji|Sprawozdaniazdecyzji(uohs.cz))), gdzie stwierdził, że warunki techniczne dopuszczające wyłącznie nowe licencje na oprogramowanie są nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję.

15. Na polskim rynku prywatnym used soft jest chętnie kupowane przez przedsiębiorców między innymi ze względu na to, że używane oprogramowanie jest takie samo jak nowe oprogramowanie, natomiast wykonawcy są w stanie zaoferować za nie korzystniejszą cenę. Również na rynku publicznym można znaleźć przykłady zamówień, w których dopuszczono używane oprogramowanie.

16. Przykładem jest postępowanie pn. „Dostawa licencji na potrzeby budowy Hurtowni Danych w projekcie "e-Zdrowie w SP ZOZ MSWiA: rozwój nowoczesnych e-usług publicznych dla pacjentów”, prowadzone przez Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, nr ref.CSKDZP 2375/13/09/01/20224 – w akapicie trzecim rozdziału Opis 4 Ogólnych Wymagań, OPZ, zamawiający wskazał, że „Dopuszcza się dostawę używanych licencji o ile ich zakup nie był finansowany ze środków unijnych ani z krajowych środków pomocy publicznej lub pomocy de minimis.”

17. Kolejnym przykładem jest postępowanie pn. „Aktualizacja serwera pocztowego” prowadzone przez Województwo Podkarpackie, nr ref. OR-IV.272.1.18.202255 - zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy o zmianę poszczególnych postanowień wzoru umowy w celu dopuszczenia używanego oprogramowania.

18. Zmiany proponowane przez Wykonawcę zostały wcześniej uwzględnione także w postępowaniu pn.

„Dostawa licencji oprogramowania biurowego” prowadzonym przez Województwo Pomorskie, numer referencyjny: DAZ-Z.272.74.20226 - zamawiający uwzględnił w całości odwołanie 6 Forscope i zmienił SWZ i Ogłoszenie zgodnie z żądaniem, zmieniając lub usuwając wszystkie postanowienia, które wykluczały możliwość zaoferowania used soft. W konsekwencji postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 2771/22) zostało umorzone w całości.

19. Używane oprogramowanie zostało również dopuszczone w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, numer ogłoszenia: 2022/BZP 00470653/017 - zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy i wprowadził zmiany pozwalające na składanie ofert na dostawę used soft.

20. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Wykonawcy, uwzględnienie wnioskowanych zmian w SWZ oraz

załącznikach jest prawnie dopuszczalne i konieczne w celu dochowania naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, tj. proporcjonalności i zapewnienia uczciwej konkurencji.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuści oprogramowania pochodzącego z drugiego obiegu.