

Warszawa, dnia 27 września 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Forscope a.s.
Lidická 960/81
602 00 Brno, Czechy
czeski numer identyfikacyjny: 04885414
numer VAT: CZ04885414
e-mail: sales@forscope.pl
tel.: +48 221 032 347

reprezentowany przez:
adw. Michała Nawrockiego
Maruta Wachta Sp. k.,
ul Wspólna 62, 00-684 Warszawa,
fax: +48 22 32 32 321, tel.: +48 22 128 00 00
e-mail: biuro@maruta.pl, mnawrocki@maruta.pl
(dalej: „Odwołujący” lub „Forscope”)

Zamawiający:

Główny Inspektorat Farmaceutyczny
ul. Senatorska 12, 00-082 Warszawa
tel.: (22) 635 99 66
e-mail: gif@gif.gov.pl
(dalej: „Zamawiający”)

dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: „PZP”) pn. „Dostawa licencji oprogramowania serwerowego na potrzeby Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego”, znak sprawy: BAG.261.17.2022.ICI, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 22 września 2022 r., numer 2022/BZP 00360114/01 (dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”).

¹ Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 t.j.
Maruta Wachta sp.k.

ODWOŁANIE wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

Działając w imieniu Forscope, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej: „PZP”), niniejszym:

- I. wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) **w zakresie:**
- a. **pkt 1 tiret pierwszy** Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) postawienia wymagania, aby dostarczone licencje (Windows DataCenter Server 2022) były *nowe* i *nieużywane* [Zarzut #1A];
 - b. **pkt 1 tiret drugi OPZ** postawienia wymagania, aby dostarczone licencje (Microsoft Windows Server User CAL) były *nowe* i *nieużywane* Zarzut #1B];
 - c. **pkt 2 lit. a. OPZ** postawienia wymagania, aby wszystkie zakupione licencje były uwidocznione przez Wykonawcę w portalu Microsoft VLSC lub Microsoft Business Center lub innym portalu licencjonowania zbiorowego firmy Microsoft [Zarzut #2];
 - d. **§7 ust. 1 Załącznika nr 2** do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej: „Umowa”), w zakresie zobowiązania Wykonawcy do złożenia oświadczenia i zagwarantowania, że Zamawiający w ramach wynagrodzenia wskazanego w §6 ust. 1 Umowy, uzyska prawa do korzystania z oprogramowania i jego aktualizacji wyłącznie **na podstawie licencji**, [Zarzut #3];
- II. w zakresie powyższych postanowień, **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

[Zarzut #1A i 1B]

- a. **art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, poprzez **wymóg dostarczenia wyłącznie nowych i nieużywanych wieczystych licencji**, podczas gdy uzasadnione potrzeby Zamawiającego będą zrealizowane także w przypadku dostarczenia licencji na korzystanie z „używanego oprogramowania” spełniającego wymagania SWZ (tzw. *used soft*);

[Zarzut #2]

- b. **art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, **poprzez wymóg uwidocznienia dostarczonych licencji wyłącznie w portalach Microsoft**, podczas gdy jest to nieuzasadnione, gdyż Zamawiający może posiadać wgląd w licencje oraz mieć możliwość zarządzania licencjami i oprogramowaniem również za pośrednictwem innych portali niż Microsoft;

[Zarzut #3]

- c. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny, poprzez wymóg zapewnienia Zamawiającemu prawa do korzystania z oprogramowania i jego aktualizacji **wyłącznie na podstawie licencji**, podczas gdy wyżej wskazane uprawnienia, określone w §7 ust. 1 Umowy mogą być zapewnione Zamawiającemu na innych podstawach prawnych;

III. stawiając powyższe zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

[Zarzut #1A i 1B]

- a. dopuszczenie możliwości dostarczenia używanego oprogramowania, tzw. *used soft* poprzez usunięcie określeń „*nowych, nieużywanych*”, to jest modyfikację OPZ w następujący sposób:

- i. pkt 1 tiret pierwszy OPZ (str. 26):

1. Przedmiotem postępowania jest dostawa:

- 6 szt. ~~nowych, nieużywanych~~, **wieczystych licencji** typu na szesnaście rdzeni procesora na łączną ilość 96 core'ów Windows DataCenter Server 2022, lub równoważnych (szczegóły opisu równoważności poniżej). Zamawiający wymaga licencji łączonych po 16 rdzeni fizycznych w ramach jednej licencji,

- ii. pkt 1 drugi pierwszy OPZ (str. 26):

1. Przedmiotem postępowania jest dostawa:

- 170 szt. ~~nowych, nieużywanych~~, **wieczystych licencji Microsoft Windows Server User CAL** dla 170 użytkowników, lub rozwiązania równoważnego.

[Zarzut #2]

- b. dopuszczenie uwidocznienia zakupionych licencji w portalu innym niż Microsoft oraz doprecyzowanie, że jest to portal zarządzania licencjami, to jest modyfikację OPZ w następujący sposób:

2. Wymagania i informacje dla Wykonawcy:

- a. Wszystkie zakupione licencje muszą zostać przez Wykonawcę uwidocznione w portalu Microsoft VLSC lub Microsoft Business Center lub innym portalu ~~licencjonowania zbiorowego firmy Microsoft~~ zarządzania licencjami.

[Zarzut #3]

- b. dopuszczenie zapewnienia Zamawiającemu uprawnień, o których mowa w §7 Umowy w inny sposób, niż wyłącznie na podstawie licencji, to jest modyfikację Umowy w następujący sposób:

§7

Licencje na oprogramowanie

1. Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że Zamawiający w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 6 ust. 1 Umowy, uzyskuje prawo do korzystania z oprogramowania i jego aktualizacji ~~na podstawie~~ **w zakresie** licencji:

- 1) niewyłącznych,
- 2) rozciągających się na całe terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- 3) udzielonych przez producenta Oprogramowania lub podmiot przez niego upoważniony,
- 4) na czas określony w Umowie w przypadku oprogramowania, a w przypadku ~~licencji na aktualizacje aktualizacji~~ – na czas, na jaki Zamawiającemu przysługuje prawo do korzystania z oprogramowania,
- 5) których warunki producent lub podmiot przez niego upoważniony dołączył do oprogramowania,
- 6) na następujących polach eksploatacji:
 - a) wykorzystanie w zakresie wszystkich funkcjonalności zgodnie ze standardowymi warunkami licencyjnymi producenta,
 - b) wprowadzenie i zapisywanie w pamięci komputerów, odtwarzanie, utrwalanie, przekazywanie, przechowywanie, wyświetlanie i stosowanie,
 - c) instalowanie i deinstalowanie pod warunkiem zachowania liczby udzielonych licencji,
 - d) sporządzanie kopii zapasowej (kopii bezpieczeństwa),
 - e) publikacja i wyświetlanie w Internecie i innych mediach oraz publiczne udostępnianie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w celu wykorzystania w miejscu i czasie przez siebie wybranym,
 - f) korzystanie z produktów powstałych w wyniku eksploatacji oprogramowania, w szczególności danych, raportów, zestawień oraz innych dokumentów kreowanych w ramach tej eksploatacji oraz modyfikowania tych produktów i dalszego z nich korzystania.

- IV. Wnoszę ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

V. INTERES I SZKODA ODWOŁUJĄCEGO

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym Postępowaniu i zamierza w nim złożyć ofertę, a czynności Zamawiającego polegające na wadliwym sporządzeniu dokumentacji Zamówienia uniemożliwiają mu udział w Postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania Zamówienia.
2. Istnienie interesu Odwołującego na obecnym etapie potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 23 kwietnia 2018 r. (KIO 642/18) Izba stwierdziła, że „[k]rąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samy wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.”.
3. Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało nakazaniem Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentacji Postępowania oraz umożliwienie złożenia przez Odwołującego konkurencyjnej oferty i ubiegania się o uzyskanie Zamówienia.

VI. DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I WARUNKI FORMALNE

1. Zamawiający w dniu 22 września 2022 r. zamieścił na stronie internetowej SWZ wraz z dokumentacją Postępowania oraz tego samego dnia zostało opublikowane Ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2) PZP odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów na stronie internetowej w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Odwołujący składa odwołanie w dniu 27 września 2022 r., co oznacza, że termin przewidziany w PZP został dotrzymany.
2. Odwołujący przekazał kopię niniejszego Odwołania Zamawiającemu w dniu 27 września 2022 r. oraz załączył potwierdzenie przekazania do Odwołania, czyniąc tym samym zadość obowiązkowi wskazanemu w art. 516 ust. 2 pkt 2) ustawy.
3. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości 7.500 zł, a potwierdzenie wykonania przelewu załączył do Odwołania.

VII. OGŁOSZENIE

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 22 września 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00360114/01.

UZASADNIENIE

1. INFORMACJE WSTĘPNE

- 1.1. Przedmiotem niniejszego Postępowania jest dostawa licencji oprogramowania serwerowego na potrzeby Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego. Z OPZ oraz Umowy wynika, że celem Zamawiającego jest otrzymanie oprogramowania bez dodatkowych usług, tymczasem w dokumentacji Postępowania znajdują się ograniczenia niemające uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Ograniczenia te powodują brak możliwości dostarczenia rozwiązań, które otworzą Postępowanie na konkurencję, a od strony technicznej i funkcjonalnej nie różnią się od tego, czego wymaga Zamawiający. W dalszej części Odwołania znajduje się szczegółowe uzasadnienie podniesionych zarzutów.
- 1.2. Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z nadal aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku złożenia odwołania wobec SWZ, Odwołujący zobowiązany jest wyłącznie uprawdopodobnić utrudnienie konkurencji, natomiast to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że SWZ nie narusza przepisów PZP. Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, że „*naruszenie normy wynikającej z art. 29 ust. 2 p.z.p. [obecnie art. 99 ust. 4 PZP-przyp. Odwołującego] może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub **produkt**) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt **rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia**. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Oznacza to, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia”².*

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1534/18

2. ZARZUT #1A i 1B

- 2.1. Zamawiający w pkt 1 OPZ wskazał, że przedmiotem Postępowania jest dostawa wieczystych licencji, podając liczbę licencji, nazwę oraz ich typ, określając także warunki równoważności. Tym samym, zidentyfikowaną potrzebą Zamawiającego jest zakup oprogramowania o określonych funkcjonalnościach. Istota zarzutów niniejszego odwołania sprowadza się do tego, że potrzeba Zamawiającego może być zaspokojona zarówno przez nowe, jak i „używane” oprogramowanie, czyli takie, które zostało wprowadzone do obrotu (np. w modelu licencyjnym), a następnie odsprzedane dalej przez pierwotnego licencjobiorcę. Zawężenie przez Zamawiającego możliwych modeli obrotu oprogramowaniem jedynie do modelu licencjonowania bezpośrednio przez producenta, jest w ocenie Odwołującego nieuprawnionym i nieuzasadnionym w żaden sposób ograniczeniem konkurencji.
- 2.2. Zarówno *nowe* jak i *używane* oprogramowanie jest co do zasady produktem **identycznym pod względem technicznym, funkcjonalnym i jakościowym i różni się jedynie podstawą prawną jego wykorzystywania**. *Używane oprogramowanie*, podobnie jak nowe licencje na oprogramowanie opisane przez Zamawiającego, zapewnia też 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). Należy także podkreślić, że przedmiotem zamówienia jest najnowsza wersja oprogramowania (Windows DataCenter Server **2022**). Bez względu na to, czy Zamawiający będzie korzystał z Windows DataCenter Server 2022 na podstawie nowej licencji, czy w modelu obrotu *używanym oprogramowaniem*, będzie miał dostęp do takich samych funkcjonalności i do aktualizacji.
- 2.3. **Używane oprogramowanie to oprogramowanie sprzedane przez pierwotnego nabywcę, który najpóźniej w chwili odsprzedaży, odinstalowuje oprogramowanie i zrzeka się prawa do korzystania z niego**. Obrót *używanym oprogramowaniem* 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 pokrewnych³, 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 komputerowych⁴. Możliwość obrotu *używanym oprogramowaniem* 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, w wyroku Aleksandrs Ranks i Jurijs Vasīļevičs przeciwko Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra i Microsoft Corp sygn. C-166/15 oraz w wyroku Krajowej Izby

³ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1062 ze zm.

⁴ Dz.U.UE L z dnia 5 maja 2009 r.

Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1712/15, a następnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2015 (Sygn. XXIII Ga 1603/15).

- 2.4. Mając na uwadze powyższe, należy z całą stanowczością uznać, że tzw *używane oprogramowanie* zaspokoi zapotrzebowanie Zamawiającego w równym stopniu co “nowe licencje”, a ich zaoferowanie jest w pełni zgodne z obowiązującymi w Unii Europejskiej, w tym w Polsce, przepisami.
- 2.5. 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. Powyższy pogląd był wielokrotnie wyrażany w orzecnictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 938/21, w którym 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.”*.
- 2.6. Mając na uwadze powyższe, ograniczenie możliwości dostarczenia przez wykonawców *używanego oprogramowania* jest nieproporcjonalne, a jego utrzymanie przez Zamawiającego będzie prowadziło 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, tak jak w przedmiotowej sprawie – używanymi licencjami na oprogramowanie.
- 2.7. Należy podkreślić, że podobne stanowisko jest wyrażane w orzecnictwie 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: https://www.reguvis.de/xaver/vergabeportal/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27vergabeportal_xav_id_23619%27%20and%20%40outline_id%3D%27vergabeportal_Entscheidungen%27%5D#__vergabeportal__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27vergabeportal_xav_id_23619%27%5D__1664280373066), 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).

- 2.8. W podobnym tonie wypowiedział się Urząd Ochrony Konkurencji w Republice Czeskiej, w sprawie o sygn. ÚOHS-09585/2021/542/VHu (link do rozstrzygnięcia: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-17629.html>), gdzie stwierdził, że **warunki techniczne dopuszczające wyłącznie nowe licencje na oprogramowanie są nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję.**
- 2.9. Mając na uwadze powyższe, w celu zapewnienia zgodności z przepisami PZP, Zamawiający powinien usunąć ograniczenie związane z brakiem możliwości zaoferowania *used soft*, poprzez modyfikację OPZ zgodnie z żądaniem zawartym w pkt III.a *petitum*.
- 2.10. Na marginesie należy wskazać, że opisana przez Zamawiającego równoważność (pkt 3 OPZ) nie odnosi się wprost do cech licencji (tj. *nowa, nieużywana, wieczysta*), tym samym opisana równoważność nie umożliwia zaoferowania *used soft*. Natomiast jeżeli intencją Zamawiającego było dopuszczenie *used soft*, to literalna wykładania OPZ nie pozwala na taką interpretację wymagań w sposób jednoznaczny.
- 2.11. Odwołujący wskazuje także, że w odniesieniu do produktu, jakim jest oprogramowanie komputerowe, stawienie wymagania, by był to produkt "nieużywany" nie ma żadnego technicznego czy wręcz logicznego uzasadnienia. O ile bowiem używanie rzeczy 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 nie podlega bowiem jakimkolwiek "zużyciu". Przedmiotowe wymaganie nie ma więc jakiegokolwiek oparcia w potrzebach Zamawiającego.

3. ZARZUT #2

- 3.1. Zamawiający postawił wymaganie (pkt 2 lit. a. OPZ), zgodnie z którym Wykonawca powinien zapewnić, aby wszystkie licencje były przez Wykonawcę uwidocznione w portalu Microsoft VLSC lub Microsoft Business Center lub innym portalu licencjonowania zbiorowego firmy Microsoft. Zamawiający nie wskazał co oprócz „uwidocznienia” jest dla niego istotne, natomiast z doświadczenia Wykonawcy oraz z opisu funkcjonalnego portalu Microsoft wynika, że „uwidocznienie” w portalu ma na celu zarządzanie licencjami oraz dostęp do plików i kluczy licencyjnych. Na rynku istnieją różne portale, które umożliwiają zarządzanie licencjami (w tym ich uwidocznienie) i oprogramowaniem, natomiast Zamawiający uniemożliwił skorzystanie z portalu innego niż Microsoft, tym samym wyłączając możliwość zaoferowania oprogramowania innego, niż pochodzącego od tego producenta. Mając na uwadze przede wszystkim obowiązek sporządzenia przez Zamawiającego Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez określenie cech funkcjonalnych a nie nazw i znaków towarowych, konieczna jest zmiana ww. wymagania w następujący sposób:

2. Wymagania i informacje dla Wykonawcy:

- a. Wszystkie zakupione licencje muszą zostać przez Wykonawcę uwidocznione w portalu Microsoft VLSC lub Microsoft Business Center lub innym portalu ~~licencjonowania zbiorowego firmy Microsoft~~-zarządzania licencjami.

umożliwi zaoferowanie *used soft* i zarządzania nim w portalu innym niż Microsoft.

- 3.2. Należy przy tym podkreślić, że nie istnieje jakikolwiek powód, dla którego zarządzanie oprogramowaniem miałyby się odbywać poprzez portal Microsoft. Odwołujący podkreśla ponownie, że przedmiotem zamówienia jest wyłącznie dostawa oprogramowania, a nie jakiekolwiek towarzyszące mu usługi. Funkcjonalność wymaganego portalu jest więc potrzebna wyłącznie do zarządzania tym oprogramowaniem, a ta potrzeba Zamawiającego może być zrealizowana również przy wykorzystaniu narzędzia innego niż zapewnione przez Microsoft. W przedmiotowym postępowaniu postawienie kwestionowanego wymagania prowadzi do takiego skutku, że nie jest możliwe dostarczenie oprogramowania w modelu obrotu *używanym oprogramowaniem*, a dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych do oprogramowania Microsoft, jest jedynie pozorne. Kwestionowane wymagania należy bowiem odczytać w ten sposób, że możliwe jest dostarczenie oprogramowania Microsoft lub równoważnego, ale tylko pod warunkiem, że to równoważne będzie uwidocznione w portalu Microsoft, w którym znajduje się wyłącznie oprogramowanie Microsoft. Jest oczywiste, że taka konstrukcja równoważności jest wprost zaprzeczeniem jej istoty.

4. ZARZUT #3

- 4.1. W pierwszej kolejności należy wskazać, że z prawnego punktu widzenia, stwierdzenie, iż przedmiotem Zamówienia jest “dostawa licencji” na oprogramowanie, jest pewnym uproszczeniem stosowanym powszechnie w praktyce. W rzeczywistości, przedmiotem Zamówienia jest dostawa produktu, w postaci oprogramowania, z którego może korzystać określona liczba użytkowników, w określonym zakresie, zgodnie z jego przeznaczeniem. Źródłem prawa do korzystania z oprogramowania i jego aktualizacji może być licencja, czyli upoważnienie prawnoautorskie do korzystania z utworu, ale może być to również inna podstawa prawna, jak np. Art. 75 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Konstrukcje inne niż licencja, są powszechnie stosowane w obrocie, przykładowo w wypadku rozwiązań udostępnianych w modelu SaaS, czy właśnie w modelu obrotu tzw. *używanym oprogramowaniem*.
- 4.2. W przypadku *używanego oprogramowania*, w rzeczywistości źródłem uprawnień Zamawiającego będzie umowa sprzedaży kopii oprogramowania, co do której nastąpiło wyczerpanie prawa producenta do zezwalania na dalszy obrót. Zamawiający będzie mógł z niego korzystać w oparciu o art. 75 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jako legalny posiadacz kopii

oprogramowania. Zamawiający nie stanie się przy tym stroną umowy licencyjnej. Co istotne, w przypadku dostawy „nowych licencji” doszłoby w rzeczywistości do dostawy „nowej” (identycznej) kopii oprogramowania wraz z umową licencyjną, która określałaby zakres praw tożsamy z wymaganym przez Zamawiającego i spełniony również w wypadku dostarczenia *używanego oprogramowania*. Tym samym, z punktu widzenia Zamawiającego, nie ma żadnej różnicy, czy źródłem jego uprawnień jest umowa sprzedaży kopii oprogramowania czy umowa licencyjna. Istotnym jest, aby zakres uprawnień spełniał wymogi przedstawione w OPZ, czyli żeby użytkownik oprogramowania uzyskał możliwość korzystania z niego w takim samym zakresie, jak wymaga tego Zamawiający.

- 4.3. Tym samym, wnioskowane w ramach niniejszego zarzutu zmiany Umowy znajdują uzasadnienie, bowiem **istotą jest, aby Zamawiający uzyskał uprawnienia w określonym zakresie**, natomiast bez znaczenia pozostaje czy uprawnienia te wynikają z licencji, czy też z innej umowy.
- 4.4. Należy również podkreślić, że sformułowanie „dostawa licencji” jest stosowane przez Zamawiającego w całej dokumentacji Postępowania. Jednak mając na uwadze fakt, że jest to jedynie uproszczenie powszechnie stosowane w obrocie (również w wyrokach Trybunału), Odwołujący nie kwestionuje jego zastosowania w innych fragmentach dokumentacji. Niniejszy zarzut jest natomiast istotny z punktu widzenia ewentualnej realizacji Umowy przez wykonawcę oferującego *używane oprogramowanie*, ponieważ literalna interpretacja §7 Umowy przez Zamawiającego mogłaby skutkować brakiem możliwości należytego wykonania Umowy przez takiego wykonawcę. To z kolei skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postaci uniemożliwienia dostępu do Zamówienia wykonawcom oferującym *używane oprogramowanie*.

5. PODSUMOWANIE

- 5.1. Żądania modyfikacji SWZ stawiane przez Odwołującego zmierzają faktycznie do tego, że Zamawiający może otrzymać identyczny produkt (zarówno w zakresie funkcjonalności, jak i uprawnień) jaki otrzymałby na podstawie nowych, „nieużywanych” licencji Microsoft. Analogicznie, uprawnienia i korzyści wynikające z dostępu do portalu licencjonowania zbiorowego firmy Microsoft mogą być zapewnione również przez portale inne niż Microsoft. Modyfikacja SWZ, polegająca na usunięciu ograniczeń (które od strony użytkowej nie mają dla Zamawiającego znaczenia) pozwoli na otwarcie Zamówienia na konkurencję zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych.
- 5.2. Jak już wskazano we wstępie, w przypadku zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP oraz art. 16 pkt 1) PZP od wykonawcy składającego odwołanie wymagane jest jedynie uprawdopodobnienie sporządzenia przez Zamawiającego treści SWZ niezgodnie z zasadami określonymi w tych przepisach, a nie ich udowodnienie. Ciężar dowodu w zakresie sporządzenia treści SWZ zgodnie z przepisami spoczywa na Zamawiającym. Potwierdzeniem w tym zakresie nadal pozostaje aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wydane na gruncie analogicznych

przepisów poprzednio obowiązującej ustawy PZP). Poniżej Odwołujący przytacza przykładowe orzeczenia Izby:

- 5.2.1. wyrok z 20 sierpnia 2018 r. (sygn. KIO 1518/18), w którym Izba stwierdziła, że „w konsekwencji fakt naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia (...) w konsekwencji **ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym**. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeżeli zamawiający wykaże, że odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełnienia tych wymagań opis przedmiotu zamówienia uzasadniony jest szczególnymi. (...) wykazanie wymagać musi odbyć w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, przez wyspecyfikowanie co było podstawą takich a nie innych wymaga. Naturalnie nie może stanowić takiego uzasadnienia jak miało to miejsce w tym przypadku jedynie gołosłowne oświadczenie zamawiającego”;
- 5.2.2. wyrok z dnia 2 grudnia 2010 r. (sygn. KIO 2528/10): „Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem dla uznania zasadności zarzutu naruszenia tych przepisów **wystarczające jest uprawdopodobnienie przez wykonawcę możliwości ograniczenia konkurencji przez dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia**. (...) Jednocześnie Izba podziela wyrażony również w orzecznictwie pogląd, iż w razie postawienia zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 to na nim spoczywa ciężar udowodnienia, iż zawarty w s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia nie został sformułowany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.
- 5.3. Mając zatem na uwadze całą przedstawioną powyżej argumentację, Odwołujący uprawdopodobnił naruszenie przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego, a zarzuty postawione przez Odwołującego są w pełni uzasadnione i zasługują na uwzględnienie.

Za Odwołującego:

Załączniki:

Załącznik nr 1 - pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej

Załącznik nr 2 - dowód uiszczenia wpisu od odwołania

Załącznik nr 3 - aktualna informacja z dokumentów rejestrowych Odwołującego wraz z tłumaczeniem własnym Odwołującego na język polski

Załącznik nr 4 - dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu