

Sygn. akt: KIO 3160/22

WYROK
z dnia 15 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Forscope a.s., Lidická 960/81, 602 00 Brno, Czechy** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Forscope a.s., Lidická 960/81, 602 00 Brno, Czechy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną Forscope a.s., Lidická 960/81, 602 00 Brno, Czechy tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Forscope a.s., Lidická 960/81, 602 00 Brno, Czechy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Gminę Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od Forscope a.s., Lidická 960/81, 602 00 Brno, Czechy na rzecz Gminy Pułtusk, ul. Rynek 41, 06-100 Pułtusk kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Pułtusk (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji postępowanie pn. „Dostawa komputerów, urządzeń drukujących, serwera i licencji dla Gminy Pułtusk”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00453505/01.

W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawca Forscope a.s. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w zakresie:

- a. ust. 1 pkt 4) Załącznika nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) dla Części IV Zamówienia, tj. wymogu, aby w ramach umowy wykonawca zapewnił udzielanie uprawnień na witrynie producenta oprogramowania wskazanym przez Zamawiającego osobom (pracownikom Zamawiającego) do pobierania kodu zamówionego oprogramowania i kluczy licencyjnych.
- b. ust. 1 pkt 1) (Tabela) OPZ dla Części IV Zamówienia, tj. wymogu, aby dostarczone licencje były w wersji dla jednostek administracji rządowej/samorządowej oraz wymogu, aby dostarczone licencje i oprogramowanie były nowe, nieużywane, nigdy wcześniej nieaktywowane.
- c. ust. 1 pkt 6) (Tabela) OPZ dla Części IV Zamówienia, tj. wymogu, aby wykonawca zapewnił dostęp do spersonalizowanej strony Producenta ze zdefiniowanym Kontem Zakupowym Zamawiającego pozwalającym upoważnionym osobom ze strony Zamawiającego na pobieranie zakupionego oprogramowania i kluczy licencyjnych oraz uzyskanie dostępu do usług.
- d. ust. 2 pkt 2) (Tabela) OPZ dla Części IV Zamówienia, tj. wymogu, aby wykonawca dostarczył licencje Microsoft MS SQL Server Standard 2019 Core 2 lic MOLP GOV lub w oparciu o zasady umowy Microsoft Products and Services (MPSA).
- e. ust. 3 OPZ dla Części IV Zamówienia, tj. wymogu, aby wykonawca dostarczył licencje w programie Microsoft Open License Program, oraz zarejestrował dostarczone licencje na

portalu Microsoft Volume Licensing Service Center na koncie użytkownika „Urząd Miejski w Pułtusk” e-mail: informatyk@pultusk.pl, lub dostarczył do Zamawiającego inne dokumenty wystawione przez producenta oprogramowania potwierdzające nabycie prawa licencji przez Zamawiającego.

f. §2 ust. 2 Załącznika Nr 2b do SWZ (dalej jako: „Wzór umowy”), tj. wymogu aby dostarczone licencje były fabrycznie nowe.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 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 uniemożliwienie dostarczenia przez wykonawców „używanego oprogramowania” spełniającego wymagania SWZ (tzw. *used soft*), podczas gdy uzasadnione potrzeby Zamawiającego będą zrealizowane także w przypadku dostarczenia „używanego oprogramowania” spełniającego wymagania SWZ;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

a. Modyfikację ust. 1 pkt 4) OPZ dla Części IV Zamówienia mającą na celu dopuszczenie dostarczenia *used soft*, tj. w następujący sposób:

4) W ramach umowy Wykonawca ma zapewnić udzielanie uprawnień na witrynie producenta oprogramowania **albo innej stronie internetowej lub portalu** wskazanym przez Zamawiającego osobom (pracownikom Zamawiającego) do pobierania kodu zamówionego oprogramowania i kluczy licencyjnych.

b. Modyfikację ust. 1 pkt 1) (Tabela) OPZ dla Części IV Zamówienia mającą na celu dopuszczenie dostarczenia *used soft*, tj. w następujący sposób:

Licencje bezterminowe na oprogramowanie Microsoft Office Standard 2019 PL, polska wersja językowa, ~~wersja dla jednostek z możliwością wykorzystania przez jednostki~~ administracji rządowej/samorządowej lub równoważny, tj. posiadający funkcjonalności w/w pakietu tzn.: zapewniający edycję dokumentów utworzonych przez w/w pakiet (np.: doc, docx, xls, xlsx, ppt, pptx) z zachowaniem prawidłowego formatowania, elementów i atrybutów dokumentu.

Licencja musi być przeznaczona do użytku komercyjnego i nie może być ograniczona czasowo.

~~Licencja i oprogramowanie musi być nowe, nieużywane, nigdy wcześniej nieaktywowane.~~ Zamawiający zastrzega sobie możliwość sprawdzenia legalności licencji u producenta oprogramowania.

c. Modyfikację ust. 1 pkt 6) (Tabela) OPZ dla Części IV Zamówienia mającą na celu dopuszczenie dostarczenia *used soft*, tj. w następujący sposób:

6. Wykonawca zapewni dostęp do spersonalizowanej strony Producenta ze zdefiniowanym Kontem Zakupowym Zamawiającego **albo innej strony internetowej lub portalu**, pozwalając ~~ymej~~ upoważnionym osobom ze strony Zamawiającego na:

a. Pobieranie zakupionego oprogramowania i kluczy licencyjnych

b. Uzyskanie dostępu do usług,

d. Modyfikację ust. 2 pkt 2) (Tabela) OPZ dla Części IV Zamówienia mającą na celu dopuszczenie dostarczenia *used soft*, tj. w następujący sposób:

Zamawiający dopuszcza dostarczenie licencji Microsoft MS SQL Server Standard 2019 Core 2 lic MOLP GOV lub w oparciu o zasady umowy Microsoft Products and Services (MPSA).

e. Modyfikację ust. 3 OPZ dla Części IV Zamówienia mającą na celu dopuszczenie dostarczenia *used soft*, tj. w następujący sposób:

W przypadku dostarczenia nowych licencji Zamawiający wymaga dostarczenia licencji w programie Microsoft Open License Programv, oraz zarejestrowania dostarczonych licencji na portalu Microsoft Volume Licensing Service Center na koncie użytkownika „Urząd Miejski w Pułtusku” e-mail: informatyk@pultusk.pl, lub dostarczenie do Zamawiającego innych dokumentów wystawionych przez producenta oprogramowania potwierdzających nabycie prawa licencji przez Zamawiającego.

W przypadku dostarczenia używanych licencji Zamawiający wymaga zarejestrowania dostarczonych licencji na portalu umożliwiającym zarządzanie licencjami.

f. Usunięcie §2 ust. 2 Wzoru Umowy w celu dopuszczenia dostarczenia *used soft*, tj.:

~~2. Wykonawca oświadcza, że asortyment będący przedmiotem sprzedaży jest fabrycznie nowy.~~

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z załączonych do odwołania dokumentów, tj.:

a. dokumentacja postępowania prowadzonego przez Powiat Zgorzelecki pn. Zakup serwera sql na potrzeby Starostwa Powiatowego w Zgorzelcu Wydział Geodezji, numer 4/PO/2022, w tym OPZ oraz Projektowane Postanowienia Umowy [Załącznik nr 5]

b. dokumentacja postępowania prowadzonego przez Miasto Chorzów pn. Dostawa 2 szt. licencji oprogramowania Microsoft SQL Server 2019 Standard Core - 2 Core License Pack.,

numer RZP.271.572.2022, w tym OPZ oraz Projektowane Postanowienia Umowy [Załącznik nr 6]

c. OPZ do postępowania prowadzonego przez Centralny Szpital Kliniczny MSWiA. [Załącznik nr 7]

d. Zmiana SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie. [Załącznik nr 8]

e. Zmiana treści SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Pomorskie. [Załącznik nr 9]

f. OPZ do postępowania prowadzonego przez Dzielnicę Praga 15, Czechy wraz z tłumaczeniem własnym Odwołującego na język polski. [Załącznik nr 10]

g. OPZ do postępowania prowadzonego przez Miasto Brzeclaw, Czechy wraz z tłumaczeniem własnym Odwołującego na język polski. [Załącznik nr 11]

w celu wykazania faktu dopuszczenia na rynku zamówień publicznych, zarówno polskim, jak i zagranicznym *used soft*.

Odwołujący wniósł 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.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia dla Części IV jest dostawa licencji oprogramowania Microsoft lub równoważnego. Oznacza to, że celem Zamawiającego jest otrzymanie konkretnego oprogramowania, posiadającego określone funkcjonalności. Tymczasem Zamawiający postawił w dokumentacji postępowania ograniczenia dotyczące źródła uprawnień do korzystania z oprogramowania, które nie mają żadnego uzasadnienia. Odwołujący zaznaczył przy tym, 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 ustawy Pzp.

Jak podał Odwołujący, przedmiotem postępowania dla Części IV jest:

- a. Pakiet Biurowy MS Office Standard 2019 PL (65 szt.),
- b. Licencja Microsoft SQL Server 2019 Standard 2 core (3 szt.),
- c. Licencja Windows Server 2022 Datacenter (2 szt.),
- d. Licencja CAL User Windows Server 2022 (120 szt.)

Odwołujący wywiódł, że zidentyfikowaną potrzebą Zamawiającego jest zakup oprogramowania o określonych funkcjonalnościach dla określonej liczby użytkowników.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał w SWZ i Wzorze umowy, że oferowany przedmiot zamówienia dla Części IV ma być nowy. Ponadto, Zamawiający wśród wymogów dotyczących poszczególnych licencji wskazał m.in., że (i) w ramach umowy wykonawca musi zapewnić udzielanie uprawnień na witrynie producenta oprogramowania, (ii) dostarczone licencje mają być w wersji dla jednostek administracji rządowej/samorządowej, (iii) wykonawca ma zapewnić dostęp do spersonalizowanej strony Producenta ze zdefiniowanym Kontem Zakupowym Zamawiającego, (iv) licencje mają być nowe, nieużywane i nigdy wcześniej nieaktywowane, (v) licencje Microsoft MS SQL Server Standard 2019 Core 2 mają być dostarczone w ramach MOLP GOV lub w oparciu o zasady umowy Microsoft Products and Services (MPSA), (vi) licencje mają być dostarczone w programie Microsoft Open License Programy, oraz zarejestrowane na portalu Microsoft Volume Licensing Service Center na koncie użytkownika „Urząd Miejski w Pułtusku” e-mail: informatyk@pultusk.pl, lub wykonawca ma dostarczyć do Zamawiającego inne dokumenty wystawione przez producenta oprogramowania potwierdzające nabycie prawa licencji przez Zamawiającego.

Powyższe wymogi, jak stwierdził Odwołujący, wykluczają możliwość zaoferowania w niniejszym Postępowaniu „używanego oprogramowania”, czyli tzw. *used soft*.

Odwołujący wskazał, że istota zarzutów się do tego, że potrzeba Zamawiającego, w zakresie Części IV, 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.

Odwołujący stwierdził, że 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).

Odwołujący wyjaśnił, że 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 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 używanym oprogramowaniem potwierdza także wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., sygn. C-128/11 (dalej: „wyrok UsedSoft”), w wyroku Aleksandrs Ranks i Jurijs Vasiļevičs przeciwko Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra i Microsoft Corp sygn. C-166/15 oraz w wyroku Krajowej Izby 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 r., sygn. akt XXIII Ga 1603/15.

Odwołujący podał, że 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. Przykładowo, w odpowiedzi na wniosek wykonawcy, Powiat Zgorzelecki wprowadził do dokumentacji postępowania zmiany umożliwiające zaoferowanie *used soft*. Inny zamawiający – Miasto Chorzów - w postępowaniu na „dostawę 2 szt. licencji oprogramowania Microsoft SQL Server 2019 Standard Core - 2 Core License Pack.” dopuścił *used soft* oraz zamieścił w pkt 1 lit. b. OPZ wymaganie, aby dostarczone przez wykonawcę licencje do oprogramowania pochodziły z legalnych źródeł oraz zostały dostarczone Zamawiającemu ze wszystkimi składnikami niezbędnymi do potwierdzenia legalności ich pochodzenia. Tym samym zamawiający zabezpieczył się przed otrzymaniem oprogramowania z nielegalnego źródła, jednocześnie dopuszczając do zamówienia wykonawców posiadających w swojej ofercie używane oprogramowanie. Odwołujący stwierdził, że przykładów dopuszczenia *used soft* przez zamawiających publicznych jest wiele. Poza powyższymi, Odwołujący wskazał na:

a) 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 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.”

b. Postępowanie pn. „Aktualizacja serwera pocztowego” prowadzone przez Województwo Podkarpackie, nr ref. OR-IV.272.1.18.20225 - zamawiający uwzględnił wniosek wykonawcy o zmianę poszczególnych postanowień wzoru umowy w celu dopuszczenia używanego oprogramowania.

c. Postępowanie pn. „Dostawa licencji oprogramowania biurowego” prowadzone przez Województwo Pomorskie, numer referencyjny: DAZ-Z.272.74.20226 - zamawiający uwzględnił w całości odwołanie 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.

W kontekście zagranicznego rynku zamówień publicznych, Odwołujący wskazał na następujące przykłady dopuszczenia *used soft*:

a. Postępowanie dot. zakupu licencji pakietu Office prowadzone przez Městská část Praha 15 (Dzielnica Praga 15, Czechy), nr ref. VZ01480567 - w części OPZ „Wymagania dotyczące dokumentacji legalności licencji” Zamawiający przedstawił warunki, które muszą spełnić wykonawcy oferujący używane oprogramowanie.

b. Postępowanie pn. „Dostawa licencji w celu zabezpieczenia działania MS Exchange” prowadzone przez Město Břeclav (Miasto Brzeclaw, Czechy), nr ref. P21V000000398 – w pierwszym akapicie OPZ Zamawiający wskazał, że „Wraz z przedmiotowym wykonaniem dostawy oprogramowania komputerowego Microsoft, Zamawiający wymaga nowych lub odsprzedanych produktów - licencji (tzw. „używanych”)”.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że tzw. używane oprogramowanie zaspokoi zapotrzebowanie Zamawiającego w zakresie Części IV, w równym stopniu co „nowe licencje”, a ich zaoferowanie jest w pełni zgodne z obowiązującymi w Unii Europejskiej, w tym w Polsce, przepisami.

Odwołujący podniósł, że w świetle przepisów ustawy Pzp oraz zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwem 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 orzecznictwie 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.”.

Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje, że ograniczenie możliwości dostarczenia przez wykonawców używanego oprogramowania jest nieproporcjonalne, a jego utrzymanie przez Zamawiającego będzie prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał 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.

Odwołujący podkreślił, że podobne stanowisko jest wyrażane w orzecznictwie innych krajów UE. Odwołujący podał przykład decyzji niemieckiej Izby Zamówień Publicznych w sprawie VK Westfalen z dnia 01.03.2016 r., VK 1 - 02 / 169, w którym organ ten wskazał, 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”. W podobnym tonie wypowiedział się Urząd Ochrony Konkurencji w Republice Czeskiej, w sprawie o sygn. ÚOHS-09585/2021/542/VHu10, gdzie stwierdził, że warunki techniczne dopuszczające wyłącznie nowe licencje na oprogramowanie są nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony ograniczają konkurencję.

Odwołujący wskazał ponadto, że w odniesieniu do produktu, jakim jest oprogramowanie komputerowe, przy tak opisanych wymogach, postawienie 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

jakiemukolwiek „zużyciu”. Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe wymaganie nie ma więc jakiegokolwiek oparcia w potrzebach Zamawiającego.

W kontekście powyższego, Odwołujący wskazał, że z prawnego punktu widzenia, sformułowanie „udzielenie licencji” lub „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. 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, w przekonaniu Odwołującego, 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 oraz Wzorze umowy, czyli żeby użytkownik oprogramowania uzyskał możliwość korzystania z niego w takim samym zakresie, jak wymaga tego Zamawiający.

Odwołujący podkreślił, 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, Odwołujący nie zakwestionował jego zastosowania.

Zdaniem Odwołującego, w celu zapewnienia zgodności z przepisami ustawy Pzp, Zamawiający powinien usunąć ograniczenie związane z brakiem możliwości zaoferowania *used soft* poprzez modyfikację SWZ zgodnie z żądaniem zawartym w petitum, w szczególności poprzez usunięcie wymagania, aby oferowany przedmiot zamówienia był nowy oraz pozostałych wymagań, wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący zwrócił również uwagę na wymóg zawarty w ust. 1 pkt 1) (Tabela) OPZ dla Części IV, gdzie Zamawiający wskazał, że licencja i oprogramowanie musi być nowe, nieużywane, nigdy wcześniej nieaktywowane. Natomiast we Wzorze Umowy, zawarto postanowienie, zgodnie z którym „wykonawca oświadcza, że asortyment będący przedmiotem sprzedaży jest fabrycznie nowy”.

Jak zaznaczył Odwołujący, fakt, iż oprogramowanie pochodzi z rynku wtórnego, a także było wcześniej aktywowane na innym urządzeniu, nie ma żadnego wpływu na działanie oprogramowania u Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że fakt wcześniejszej aktywacji w żaden sposób nie oznacza, że Zamawiający będzie miał ograniczony dostęp do oprogramowania lub do aktualizacji i poprawek - Zamawiający będzie takim samym, pełnoprawnym użytkownikiem jakim byłby, gdyby licencje były nowe i wcześniej nie aktywowane.

Podsumowując powyższe Odwołujący stwierdził, że postawienie wyżej wskazanych wymagań narusza art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp ze względu na to, że stanowią ograniczenie możliwości zaoferowania *used soft* przez wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał na kolejne wymogi wykluczające, jak stwierdził, możliwość zaoferowania *used soft* w niniejszym Postępowaniu:

- ust. 1 pkt 4) OPZ dla Części IV „W ramach umowy Wykonawca ma zapewnić udzielanie uprawnień na witrynie producenta oprogramowania wskazanym przez Zamawiającego osobom (pracownikom Zamawiającego) do pobierania kodu zamówionego oprogramowania i kluczy licencyjnych.”
- ust. 1 pkt 6) (Tabela) OPZ dla Części IV „Wykonawca zapewni dostęp do spersonalizowanej strony Producenta ze zdefiniowanym Kontem Zakupowym Zamawiającego pozwalającym upoważnionym osobom ze strony Zamawiającego na: a. Pobieranie zakupionego oprogramowania i kluczy licencyjnych b. Uzyskanie dostępu do usług.”
- ust. 3 OPZ dla Części IV „Zamawiający wymaga dostarczenia licencji w programie Microsoft Open License Programv, oraz zarejestrowania dostarczonych licencji na portalu Microsoft Volume Licensing Service Center na koncie użytkownika „Urząd Miejski w Pułtusk” e-mail: informatyk@pultusk.pl, lub dostarczenie do Zamawiającego innych dokumentów wystawionych przez producenta oprogramowania potwierdzających nabycie prawa licencji przez Zamawiającego.”

Odwołujący podniósł, że na rynku istnieją różne portale, które umożliwiają pobranie oprogramowania i kluczy licencyjnych, dostęp do usług oraz zarządzanie licencjami (w tym

ich uwidocznienie) i oprogramowaniem, natomiast Zamawiający uniemożliwił skorzystanie z portalu innego niż portal producenta.

W ocenie Odwołującego, że nie istnieje jakikolwiek powód, dla którego zarządzanie oprogramowaniem miałyby się odbywać wyłącznie poprzez portal Microsoft lub jakiegokolwiek innego producenta. Zdaniem Odwołującego, potrzeby Zamawiającego w tym zakresie mogą być zrealizowane również przy wykorzystaniu portalu innego niż portal Microsoft lub innego producenta. Odwołujący zaznaczył, że wykonawcy dostarczający *used soft* zazwyczaj udostępniają klientom również portale umożliwiające pobranie oprogramowania i kluczy licencyjnych, dostęp do usług oraz zarządzanie licencjami (w tym ich uwidocznienie) i oprogramowaniem, przy czym nie są to portale producenta. W przedmiotowym postępowaniu postawienie kwestionowanych wymagań prowadzi do takiego skutku, że nie jest możliwe dostarczenie oprogramowania w modelu obrotu używanym oprogramowaniem.

Wskazując na wymóg z ust. 1 pkt 1) (Tabela) OPZ dla Części IV „Licencje bezterminowe na oprogramowanie Microsoft Office Standard 2019 PL, polska wersja językowa, wersja dla jednostek administracji rządowej/samorządowej lub równoważny, tj. posiadający funkcjonalności w/w pakietu tzn.: zapewniający edycję dokumentów utworzonych przez w/w pakiet (np.: doc, docx, xls, xlsx, ppt, pptx) z zachowaniem prawidłowego formatowania, elementów i atrybutów dokumentu.” Odwołujący stwierdził, że sformułowanie „wersja dla jednostek administracji rządowej/samorządowej” może, w zależności od interpretacji Zamawiającego, implikować konieczność dostarczenia licencji w ramach „rządowego” kanału dystrybucji, np. MOLP GOV lub na podstawie umowy MPSA.

Odnosząc się do wymagania opisanego w ust. 2 pkt 2) (Tabela) OPZ dla Części IV „Microsoft MS SQL Server Standard 2019 Core 2 lic MOLP GOV lub w oparciu o zasady umowy Microsoft Products and Services (MPSA)” Odwołujący podniósł, że wskazanie MOLP GOV oraz MPSA oznacza, że Zamawiający wprost powołał konieczność dostarczenia licencji w ramach „rządowego” kanału dystrybucji.

W ocenie Odwołującego, takie wymogi, w sposób nieuzasadniony wykluczają z udziału w Postępowaniu zarówno część wykonawców oferujących nowe licencje, jak i tych, którzy oferują *used soft*, ponieważ wymóg dostawy oprogramowania MOLP GOV lub w ramach MPSA wyklucza inne kanały dystrybucji dla nowych licencji (Open Value, Cloud Solution Provider itp.), oraz „używane oprogramowanie” Microsoft, bowiem, o ile „używane oprogramowanie” Microsoft będzie tożsame funkcjonalnie i technologicznie z nowym oprogramowaniem, to nie może być dostarczone w ramach MOLP GOV ani MPSA.

Jak zauważył Odwołujący, MOLP GOV wskazuje na kanał dystrybucji licencji Microsoft przeznaczony dla jednostek z sektora publicznego, na preferencyjnych warunkach cenowych. Natomiast Microsoft Product and Services Agreement jest umową, która umożliwia organizacjom z sektora publicznego (takim jak np. instytucje rządowe czy samorządowe) staranie się, przy okazji postępowań z zakresu zamówień publicznych, o uzyskanie lepszych cen przy zakupie produktów i usług oferowanych przez Microsoft. Skorzystanie z kanału dystrybucji MOLP GOV lub MPSA nie ma natomiast żadnego wpływu na jakość, czy zakres przedmiotowy produktów.

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę fakt, że *used soft* jest co do zasady znacznie tańszym rozwiązaniem niż nowe oprogramowanie, okoliczność dostarczenia oprogramowania w ramach MOLP GOV lub umowy MPSA pozostaje bez znaczenia, bowiem *used soft* może być nadal tańszym produktem pomimo preferencyjnych warunków cenowych zapewnionych w umowie z Microsoft.

W opinii Odwołującego, uwzględnienie zarzutu odwołania w przedmiotowym zakresie otworzy Postępowanie na rynek i umożliwi udział zarówno wykonawcom oferującym oprogramowanie Microsoft w ramach umowy MPSA lub MOLP GOV, jak i wykonawcom oferującym to samo oprogramowanie w ramach innych kanałów dystrybucji lub *used soft*. Jedynym czynnikiem rozróżniającym kanały dystrybucji może być cena, który jednak może zostać zniwelowany poprzez zaoferowanie np. *used soft*.

Pismem z dnia 8 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów powołanych przez Odwołującego w odwołaniu.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Zważyć należy, że przepisy ustawy Pzp nie nakazują Zamawiającemu rezygnacji z własnych założeń i preferencji celem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów działających na danym rynku. W każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do ograniczenia konkurencji w pewnym stopniu z uwagi na opis wymagań zamawiającego, postawione warunki udziału w postępowaniu bądź kryteria oceny ofert. W szczególności, nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą ustanawiać pewną barierę wejścia dla części wykonawców. Zamawiający, świadomy swoich potrzeb i preferencji, jest uprawniony do ich odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia, o ile krąg wykonawców zdolnych do jego realizacji nie zostanie w sposób bezzasadny znacząco ograniczony.

W przedmiotowej sprawie krąg podmiotów, które są w stanie dostarczyć Zamawiającemu oprogramowanie o cechach opisanych w dokumentach postępowania jest bardzo szeroki. Niesporna między stronami jest okoliczność, że producenci oprogramowania nie ograniczają liczby podmiotów dostarczających oprogramowanie, model sprzedaży licencji spełniający wymagania Zamawiającego jest dostępny dla każdego podmiotu zainteresowanego taką działalnością. Wobec powyższego, okoliczność, iż Odwołujący posiada w swojej ofercie oprogramowanie o innych cechach niż požądane przez Zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu konkurencji przez Zamawiającego. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie w opisie przedmiotu zamówienia pełnej gamy oprogramowania oferowanego na rynku. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazuje wyłącznie na jeden produkt lub na jednego wykonawcę, nie uczynił tego również w taki sposób, który wyklucza z ubiegania się o zamówienie szereg wykonawców zdolnych do jego realizacji. Przeciwnie, jak wskazano powyżej, krąg podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia jest bardzo szeroki, czemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Analogicznie, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Sprowadza się ona do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Zasada ta nie oznacza jednak konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Izba nie stwierdziła również zachwiania równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w spełnieniu zidentyfikowanych

potrzeb, a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania (zasada proporcjonalności).

Izba dostrzegła natomiast, że w sytuacji, gdyby używane oprogramowanie zostało dopuszczone przez Zamawiającego, prawdopodobnie mogłoby dojść do zachwiania konkurencji, jako że to Odwołujący byłby podmiotem uprzywilejowanym z uwagi na oferowanie używanego oprogramowania, które jest konkurencyjne cenowo w stosunku do nowego oprogramowania.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp przez postawienie kwestionowanych przez Odwołującego wymagań. Argumentacja Odwołującego zmierzała do pozyskania możliwości zaoferowania produktu, który posiada Odwołujący w swojej ofercie. Izba mając na uwadze wielość podmiotów zdolnych do realizacji potrzeb Zamawiającego uznała, że prawem Zamawiającego jest zakup nowego, nieużywanego, nigdy wcześniej nieaktywowanego oprogramowania, co umożliwi Zamawiającemu m.in. uzyskanie wsparcia inżynierów producenta.

Bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy jest okoliczność, że kilka podmiotów wskazanych przez Odwołującego umożliwiło Odwołującemu ubieganie się o zamówienie. Kwestia ta jest zależna od indywidualnych właściwości i potrzeb poszczególnych zamawiających. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że konkurencja dopuszczona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest bardzo szeroka. Wpływu na kierunek rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie miał również złożony przez Odwołującego dowód w postaci opinii prawnej sporządzonej przez dr Z. O. na zlecenie Odwołującego. Opinia ta dotyczyła legalności obrotu używanym oprogramowaniem, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1),

koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (pkt 2 lit. a), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego. W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego i nakazała zwrot na rzecz Zamawiającego kwoty 3 600,00 zł poniesionej przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: