

Mirosław Świerk

**OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO
A PRODUKTY W POSTACI OPROGRAMOWANIA
KOMPUTEROWEGO**

I. Wstęp

Niniejsza praca ma na celu analizę obowiązujących przepisów prawa w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia publicznego i wykładnię tych przepisów w dziedzinie zamówień na oprogramowanie komputerowe. Praca niniejsza stanowi również, w pewnej mierze, analizę opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Polskie Radio S.A. w postępowaniu na *zaprojektowanie, wykonanie oraz wdrożenie Multimedialnej Radiowej Bazy Danych dla PR S.A. (MRBD II)*.

II. Opis przedmiotu zamówienia. Unormowania krajowe i wspólnotowe. Próba wykładni

Głównym aktem prawnym rangi ustawowej w Polsce, regulującym tematykę zamówień publicznych jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) zwana dalej „**Ustawą**”.

W interesującym nas zakresie, w przypadku kategorii dostaw lub usług, najbardziej adekwatne do naszych rozważań normy wynikają z przepisów art. 29 – 30 Ustawy.

Przepisy podstawowe

Art. 29 Ustawy w ustępie 1 stanowi, że *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Norma wpływająca z niniejszego przepisu niesie bardzo silny przekaz dla zamawiającego. Wykładnia tego przepisu nie nastrocza również problemów, ponieważ przepis ten jest pod względem techniki legislacyjnej sformułowany dobrze. Dużo gorzej niestety bywa z zastosowaniem praktycznym i to nie z chęci utrudnienia życia wykonawcom przez zamawiających, lecz z faktycznych trudności wynikających z przełożenia tego przepisu na praktykę. Co dla jednych jest jednoznaczne i wyczerpujące, dla innych może okazać się niewystarczające i mało przejrzyste. Otóż w celu eliminacji niejednoznaczności, dobrą dyrektywę działania daje zamawiającym końcowa część ww. przepisu. Zamawiający powinien pamiętać, że po drugiej stronie stoi wykonawca, jako odbiorca treści opisu przedmiotu zamówienia. Warto wczuć się w jego pozycję i spróbować sporządzić ofertę spełniającą opisane wymagania. Leży to po pierwsze w interesie zamawiającego, gdyż pomoże mu to opisać przedmiot zamówienia w sposób, który pozwoli mu otrzymać najlepszy (zakładając, że

oprócz ceny mają tu znaczenie funkcjonalność i dopasowanie do potrzeb zamawiającego) produkt, a tym samym interes publiczny zyska na trafnym zakupie. Jak wynika z rozważań poprzedzających, przepis art. 29 ust. 1 należy wyklądać funkcjonalnie i systemowo, w duchu idei funkcjonowania zamówień publicznych. Taki opis przedmiotu zamówienia wymaga od zamawiającego przede wszystkim wiedzy co do tego, jakie się ma potrzeby, co warunkuje to, co się chce zamówić oraz wiedzy, jak zamówić to w najbardziej ekonomiczny i zyskowy dla interesu publicznego sposób.

Art. 29 ust. 2 Ustawy sformułowany jest od strony negatywnej. Zakazane jest bowiem opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na początku warto zauważyć, że wystarczy już istnienie potencjalnego, ewentualnego stanu zagrożenia dla funkcjonowania owej uczciwej konkurencji, żeby doszło do naruszenia przepisów ustawy.

Dla wykładni tego przepisu istotne jest zdefiniowanie pojęcia *uczciwa konkurencja*. Otóż samo pojęcie *konkurencja* nie jest prawnie zdefiniowane. Nie ma też takiej potrzeby, gdyż jest to pojęcie o charakterze ekonomicznym i społecznym; w celu jego definicji dla naszych potrzeb należy odnieść się do nauki ekonomii, gdyż w brzmieniu Ustawy chodzi o konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami, czyli konkurencję gospodarczą. Konkurencja jest związana z istnieniem wolnego rynku. O jej pożytkach przekonuje fakt, że w krajach, gdzie panuje wolny rynek państwo ingeruje w stosunki zagrażające konkurencji ustanawiając odpowiednie organy antymonopolowe. Nie inaczej jest również w dziedzinie zamówień publicznych. Tutaj, organy publiczne działają na platformie gospodarki wolnorynkowej, której konkurencja jest podstawowym filarem. Z tego też względu obowiązane są przestrzegać reguł uczciwej konkurencji, a nadto taką uczciwą konkurencję promować. Istotnym w tej sprawie jest również fakt, że sam organ publiczny jako zamawiający dobra z wolnego rynku sam jest beneficjentem zjawiska konkurencji; na skutek jej działania może uzyskać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, najlepsze na rynku świadczenie.

Przy analizie art. 29 ust. 2 Ustawy, do terminu *uczciwa konkurencja*, należy z uwzględnieniem wiadomości płynących z nauki ekonomii, odnieść się do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jednolity Dz.U. z 2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) – dalej „**Uznk**”. Ustawa ta ma charakter cywilnoprawny i stosuje się ją do stosunków pomiędzy przedsiębiorcami, a także pomiędzy przedsiębiorcami a

klientami (art. 1 Uznk). Uznk nie definiuje pojęcia *uczciwa konkurencja*, lecz posługuje się sformułowaniem *czyn nieuczciwej konkurencji*. Prawną definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera art. 3 ust. 1 Uznk, który za taki uznaje *działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta*. Przykładowe wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji zawiera art. 3 ust. 2. Uznk, a art. 5 – 17e Uznk, stanowiące jej Rozdział 2 opisują je bardziej szczegółowo.

Przepis art. 29 ust. 3 Ustawy jest sformułowany jednoznacznie (z wyłączeniem końca zdania) i stanowi niejako logiczny wynik istnienia przepisów art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy. Problem z praktycznym zastosowaniem normy ukrytej w tym przepisie powoduje użycie sformułowań *równoważne*. Sformułowanie to dotyczy rozwiązań równoważnych do tych opisanych za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Problem tkwi jednak w kwestii sformułowania pod jakim względem ma to być rozwiązanie równoważne. W przypadku zamówień zaawansowanych technologicznie nastroczać to może poważne problemy w prawidłowym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia wymaga, w związku z brzmieniem tego przepisu, dokładnej analizy potrzeb zamawiającego. Literalne odczytanie ww. przepisu prowadzić bowiem może do obejścia prawa i pogwałcenia zasad uczciwej konkurencji oraz powodować straty dla interesu publicznego polegające na pozyskaniu za publiczne pieniądze świadczenia, które nie jest w zupełności odpowiednie dla danego organu publicznego.

W praktyce często spotyka się przykłady złamania przy opisywaniu przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 3. Zamawiający sprzęt komputerowy często w specyfikacjach opisują procesory poprzez wskazanie znaku towarowego Intel i częstotliwości taktowania zegara mikroprocesora, którą akurat ten producent oferuje. Konkurenci Intel'a często oprotestowują takie specyfikacje. W sprawę włączyła się również Komisja Europejska; w październiku 2004 zażądała od Francji, Holandii, Finlandii i Szwecji wyjaśnień w sprawie formułowania opisów przedmiotów zamówień z użyciem znaków towarowych Intel oraz z oznaczeniem częstotliwości taktowania zegara mikroprocesora. Komisja Europejska ustaliła m.in., że częstotliwość taktowania zegara mikroprocesora nie jest kryterium wystarczającym do stwierdzenia jego wydajności. Wydajność procesora testuje specjalne oprogramowanie, które sprzęgając poszczególne cechy danego procesora oblicza tzw. *benchmark'i*. Więcej o akcji Komisji Europejskiej można dowiedzieć się na stronie internetowej pod adresem <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/1210&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> . Wadliwe opisy przedmiotu zamówienia w

postaci użycia znaków towarowych zdarzają się również w zamówieniach dotyczących oprogramowania. Często w specyfikacjach pojawiają się nazwy Microsoft, Veritas, Novell i inne.

Prawo techniczne

Artykuł 30 Ustawy nakazuje opisywanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów prawa technicznego, czyli norm technicznych. W zakresie techniki informatycznej pojawiają się standardy ISO/IEC wydane przez organizację ISO (www.iso.org) oraz IEC (www.iec.ch), dostępne również na stronie <http://www.standardsinfo.net/isoiec/index.html>, które w tej dziedzinie utworzyły **Wspólny Komitet Techniczny ISO/IEC JTC 1** (ang. *Joint Technical Committee*).

Z punktu widzenia interpretatora, treść art. 30 Ustawy nie nastęrcza problemów wykładni. Jest sformułowany dosyć jasno i zrozumiale. Niezmiernie jednak istotne postanowienia zawiera ust. 4 tego artykułu, który stanowi, że *do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień*. Jest to niezmiernie istotne postanowienie, ponieważ Wspólny Słownik Zamówień stanowi narzędzie, które, pomimo barier językowych, pozwala zorientować się w przedmiocie zamówienia wykonawcom z obszaru całej Unii Europejskiej. Wspólny Słownik Zamówień (ang. *Common Procurement Vocabulary* bądź w skrócie *CPIV*), pod względem formalnym i ustrojowym jest rozporządzeniem Komisji Europejskiej z dnia 16 grudnia 2003 Nr 2151/2003 (OJ L 329/2003) zawierającym nazwy i kody oznaczające dobra będące przedmiotem zamówień publicznych. Zgodnie z art. 249 Traktatu o Ustanowieniu Wspólnot Europejskich (dalej „**TWE**”) rozporządzenie to wiąże państwa członkowskie bezpośrednio i stanowi bezpośrednio część również polskiego porządku prawnego.

Przepisy prawa wspólnotowego

Przepisy Ustawy wywodzą się z postanowień aktów prawa wspólnotowego. Przede wszystkim muszą być zgodne z postanowieniami TWE oraz odpowiadać aktom niższego wobec TWE rzędu, w tym przypadkiem dyrektywom. Chociaż Ustawa w obecnym kształcie była tworzona o starsze dyrektywy, to w niniejszych rozważaniach skupię się na dyrektywach 2004/17 (OJ L 134/2004), która dotyczy zamówień sektorowych oraz 2004/18 (OJ L 134/2004). Wdrożenie postanowień ww. dyrektyw do porządku prawnego państw członkowskich musi się dokonać do 31 stycznia 2006.

Przepisy TWE, swoistej konstytucji Wspólnot, zawierają wiele postanowień dotyczących swobodnego przepływu osób, towarów, kapitału, ochrony i wspierania konkurencji. Z tych powodów oraz z przyczyn o których piszę wyżej przy analizie art. 29 ust. 2 Ustawy dotyczącej konkurencji, akty niższego rzędu, którymi w przypadku zamówień publicznych są dyrektywy, regulują kwestie gospodarcze z zachowaniem ww. zasad. Zgodnie z art. 249 TWE, *dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie co do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków*. Na skutek swojego specyficznego charakteru przepisy dyrektyw zawierają przepisy o dość ogólnym charakterze. Ich konkretyzacja należy do organów poszczególnych państw. Pomimo tego jednak, porównując treść art. 23 Dyrektywy 2004/18 rzuca się w oczy niedoskonałość obecnej regulacji ustawowej w Polsce. Przepisy Dyrektywy 2004/18 są w tym zakresie bardziej precyzyjne. Dla przykładu podam tutaj sformułowanie z art. 23 ust. 3 pkt. b), zdanie drugie Dyrektywy 2004/18, gdzie ustawodawca wyraźnie wskazuje na cel w jakim dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia; chodzi o to by wykonawca mógł zrozumieć, co zamawiający chce nabyć lub otrzymać oraz, żeby sam zamawiający mógł w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, tego zamówienia udzielić i tym samym otrzymać żądane dobra lub świadczenia. Oczywiście należy pamiętać, że analizowana dyrektywa pojawiła się po uchwaleniu Ustawy, niemniej jednak ustawodawca w nowelizacji Ustawy powinien tak ułożyć przepisy, by były one dostatecznie zrozumiałe i łatwe w praktycznym zastosowaniu.

III. Analiza wybranych fragmentów opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Polskie Radio S.A.

Przetarg na zaprojektowanie, wykonanie oraz wdrożenie Multimedialnej Radiowej Bazy Danych dla Polskiego Radia S.A. to olbrzymie przedsięwzięcie. Sam przedmiot zamówienia stanowi bardzo skomplikowaną materię, ponieważ oprócz jego jądra czyli bazy danych z systemem operacyjnym oraz oprogramowaniem narzędziowym i aplikacyjnym, zamawiający zamawia sprzęt komputerowy w postaci serwerów (chodzi o stworzenie klastra), szafę typu *Rack* oraz okablowanie. Analiza całego opisu tak obszernego przedmiotu zamówienia jest zadaniem na dużo szerszą skalę niż ramy niniejszej pracy. Dlatego postanowiłem się skupić na postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) udostępnionej przez Polskie Radio S.A., które dotyczą samego oprogramowania. Zanalizuje jedynie te postanowienia, które są moim zdaniem sprzeczne z przepisami Ustawy.

Pkt. 6.3.7. SIWZ

Wprowadzenie

Postanowienia ww. punktu zawierają opis cech systemu operacyjnego sterującego całym systemem, w którym funkcjonować ma baza danych. W ppkt. a) zamawiający napisał:

System operacyjny powinien należeć do grupy oprogramowania komercyjnego. Rozwiązania oparte o systemy operacyjne oparte o projekty typu Open Source nie mogą być przedmiotem dostawy.

W ppkt. b) zamawiający zawarł wymóg stanowiący, że:

Kod źródłowy systemu operacyjnego nie powinien być ogólnie dostępny.

Tytułem wstępu informacyjnego, oprogramowanie *open source*, to oprogramowanie o otwartym, czyli publicznie dostępnym kodzie źródłowym. Jest on udostępniany powszechnie i darmowo, chyba, że zostaje wykorzystany do celów komercyjnych, to wtedy pojawia się przymus odpłatności. Zaletą tego typu oprogramowania jest:

- a) wysoka jakość techniczna i zaawansowanie technologiczne, wynikające z faktu, że praktycznie całe światowe środowisko programistyczne może kody typu *open source* ulepszać i doskonalić;
- b) niska cena;

Znanym powszechnie systemem operacyjnym opartym na wolnym oprogramowaniu jest system Linux.

Tymczasem, Polskie Radio S.A. zawarło w SIWZ postanowienia eliminujące rozwiązania oparte na oprogramowaniu *open source*. Warto zauważyć, iż system operacyjny, którego kod źródłowy nie jest ogólnie dostępny oferuje firma Microsoft. Microsoft jest też jedyną firmą produkującą oprogramowanie na świecie, która nie udostępniła należących do niej kodów źródłowych oprogramowania (części tych kodów) publicznie. Dla przykładu firma IBM udostępniła w ramach *open source* kody pięciuset swoich rozwiązań programistycznych (np. projekt *eclipse* na www.eclipse.org) . Zatem, już na pierwszy rzut oka nasuwają się dwa spostrzeżenia:

- a) Takie sformułowanie SIWZ stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji;
- b) Sformułowanie to faworyzuje Microsoft, jako dostawcę systemu operacyjnego;

Postanowienia SIWZ a przepis art. 29 ust. 1 Ustawy

Postanowienia pkt. 6.3.7. ppkt. a) i ppkt. b) SIWZ, są co prawda sformułowane w sposób jednoznaczny, lecz nie do końca pewne jest, czy uwzględnione przy takim opisie zostały wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednakże, w tym przypadku trudno by było udowodnić zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy.

Postanowienia SIWZ a przepis art. 29 ust. 3 Ustawy

Podobnie, jak w przypadku zgodności z art. 29 ust. 1 Ustawy, rzecz się ma z art. 29 ust. 3 Ustawy. Literalnie patrząc, przedmiot zamówienia nie jest opisany za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. W praktyce jednak, przedmiot zamówienia sprowadza się do zakupu systemu operacyjnego firmy Microsoft.

Naruszenie postanowień art. 29 ust. 2 Ustawy

Opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez Polskie Radio S.A. w pkt. 6.3.7. ppkt. a) i ppkt. b) SIWZ **w sposób rażąco narusza postanowienia art. 29 ust. 2 Ustawy**. Przepis powyższy zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który **mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**. Zastosowany przez Polskie Radio S.A. opis nie tylko stanowi potencjalne zagrożenie dla uczciwej konkurencji, ale wręcz wprost ją utrudnia. Utrudnia nie tylko uczciwą, ale **jakąkolwiek konkurencję**. Z przyczyn, o których mowa powyżej (Microsoft, jako jedyna nie udostępnia swoich kodów otwarcie, w tym nawet części, Microsoft produkuj oprogramowanie komercyjne, system operacyjny Microsoft nie jest oparty o rozwiązania *open source*), powyższy opis, w sensie faktycznym eliminuje **wszelką konkurencję**. Jest to zjawisko niedopuszczalne, gdyż narusza to zasady wolnego rynku oraz negatywnie wpływa na interes publiczny, uniemożliwiając dokonanie jakiegokolwiek wyboru, przy istnieniu wielu wartościowych rozwiązań. W sensie prawnym, opis taki stoi w jawnej sprzeczności z postanowieniami art. 29 ust. 2 Ustawy oraz aktów wspólnotowych, a co za tym idzie również i art. 7 ust. 1 Ustawy. Stanowi również naruszenie art. 15 ust. 1 Uznk, gdyż zamawiający opisując w ten sposób przedmiot zamówienia ogranicza innym niż Microsoft przedsiębiorstwom dostęp do rynku zbytu. Dodatkowo, zamawiającemu można postawić zarzut o naruszenie zasad prawidłowej gospodarki środkami publicznymi, czyli złamanie art. 28 ust. 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998 *o finansach publicznych* (tekst jednolity Dz.U. z 2003, Nr 15, poz. 148 z późn. zm.).

Pkt. 6.3.8. SIWZ

W powyższym punkcie, który dotyczy wymagań technicznych samej bazy danych, zamawiający w ppkt. d) oraz e) zawarł identyczne, jak opisane powyżej, w przypadku systemu operacyjnego, wymagania:

ppkt d) - *System bazy danych powinien należeć do grupy oprogramowania komercyjnego. Rozwiązania oparte o systemy baz danych oparte o projekty typu Open Source nie mogą być przedmiotem dostawy.*

ppkt e) - *Kod źródłowy bazy danych nie może być ogólnie dostępny.*

Taki opis, faworyzuje jedynie nieliczne przedsiębiorstwa dostarczające bazy danych, w szczególności wielkie koncerny międzynarodowe. Analiza naruszeń przepisów jest w tym momencie identyczna, jak powyżej, przez co decyduje się jej zaniechać.

IV. Podsumowanie

System zamówień publicznych musi być oparty na jasnych i przejrzystych zasadach. Interes publiczny wymaga, aby zwycięzcy przetargów publicznych byli wybierani zgodnie z regułami uczciwej konkurencji i równego traktowania. Niezbędne, w celu należytego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokładne i jasne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia. Informacja stworzona przez zamawiającego musi dojść do wykonawcy w takiej formie, aby był on w stanie sformułować ofertę spełniającą wszelkie oczekiwania zamawiającego. To wymaga od zamawiającego dokładnej analizy własnych potrzeb i sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami prawa oraz w duchu ochrony interesu publicznego.

Mirosław Świerk

LICENCJA:

Niniejsza praca udostępniona jest na zasadzie otwartej licencji. Jest to licencja niewyłączna, na okres jednego roku licząc od dnia dzisiejszego tj. 12 sierpnia 2005. W ramach niniejszej licencji można nieodpłatnie korzystać z niniejszej pracy na wszelkich polach eksploatacji przewidzianych w art. 50 ustawy z dnia 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity Dz.U. z 2000, Nr 80, poz. 904 z późn. zm), o ile jest to wykonywane w celach wyłącznie niekomercyjnych (w tym nie zarobkowych). W szczególności, w zakresie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, dozwolone jest:

- a) Tworzenie dzieł zależnych;*
- b) Kopiowanie, robienie wydruków, instalacja na twardych dyskach komputera, jak i przechowywanie we wszystkich rodzajach pamięci;*

Wszelkie komercyjne wykorzystanie niniejszej pracy musi odbyć się na zasadach odrębnej umowy.

Mirosław Świerk