

**dot. sprawy: 61/ZP/2025**

Szanowni Państwo,

Uprzejmie informuję, że w sprawie ogłoszonego przez 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie postępowania na **dostawę oprogramowań na potrzeby 5 WSZK**, wpłynęły pytania. Treść pytań wraz z odpowiedziami na nie przedstawiam poniżej:

**Pytanie nr 1**

Czy w pakiecie II wymagana będzie dostawa SQL Server 2022 Standard 2 core wraz z Software Assurance? Instalacja tej wersji oprogramowania na maszynie wirtualnej wymaga takiej aktywnej subskrypcji. Czy można zaoferować SQL Server 2019 2 core, które nie wymaga w tej sytuacji pakietu Software Assurance?

**Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ.**

**Pytanie nr 2**

**WNIOSEK O ZMIANĘ TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Działając w imieniu Wykonawcy, w oparciu o art. 284 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „PZP”), zwracam się z zapytaniem, oraz wnioskiem o zmianę treści, obowiązującej w Postępowaniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „OPZ”) wraz z załącznikami, w zakresie wskazanym poniżej.

**1. Wnioskowane zmiany**

**Załącznik nr 1 do SWZ - PAKIET I: Aktualne brzmienie:**

*Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie nowej licencji MS Office 2024*

(...)

8. Stan produktu Oryginalny, nie używany

(...)

11. Typ nośnika do pobrania ze strony producenta

**Proponowane brzmienie:**

*Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie **nowej** licencji MS Office 2024*

(...)

8. Stan produktu Oryginalny, **nie używany**

(...)

11. Typ nośnika do pobrania ze strony producenta, **lub dedykowanego portalu Wykonawcy**

**Załącznik nr 1 do SWZ - PAKIET II: Aktualne brzmienie:**

*Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie nowej licencji na dwa rdzenie procesora dla SQL Server 2022 Standard Edition (2 core)*

(...)

8. Stan produktu Oryginalny, nie używany

(...)

11. Typ nośnika do pobrania ze strony producenta

**Proponowane brzmienie:**

*Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie **nowej** na dwa rdzenie procesora dla SQL Server 2022 Standard Edition (2 core)*

(...)

8. Stan produktu Oryginalny, **nie używany**

(...)

11. Typ nośnika do pobrania ze strony producenta, **lub dedykowanego portalu Wykonawcy**

**Wnioskujemy o dodanie nowego zapisu o treści:**

1) Zamawiający dopuszcza dostawę oprogramowania w postaci licencji z rynku wtórnego, wobec których doszło do wyczerpania prawa producenta do zezwalania na dalszy obrót produktem po wprowadzeniu do obrotu oryginału albo egzemplarza produktu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego (zgodnie z art. 51 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, stanowiącym 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, oraz zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp., sygn. C-128/11).

Wykonawca, który oferuje licencje na oprogramowanie z rynku wtórnego, najpóźniej w momencie dostawy zobowiązany jest przedstawić dodatkowo „Oświadczenie pierwszego nabywcy licencji” wraz z dokumentacją towarzyszącą (np. umowy licencyjne, faktury), zawierające następujące informacje:

- Potwierdzenie odinstalowania 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 lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.
- Oprogramowanie zostało w pełni opłacone na rzecz producenta oprogramowania.
- Oprogramowanie zostało wydane na licencji wieczystej bez terminu wygaśnięcia.

Wymagane jest również przedstawienie tzw. „Łańcucha własności” – informacji o wszystkich poprzednich właścicielach licencji oraz ich oświadczeń o odinstalowaniu oprogramowania oraz ich faktur.

2) W celu pokrycia ewentualnych szkód, które mogłyby wystąpić w związku z zakupem od Wykonawcy jakiegokolwiek oprogramowania pochodzącego z rynku wtórnego, Zamawiający wymaga, aby każdy Wykonawca był objęty ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności zawodowej związanej ze sprzedażą oprogramowania z rynku wtórnego, z pokryciem co najmniej dwukrotności wartości ogłoszonego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ubezpieczenie powinno zawierać zapis, że Usługa Profesjonalnego Dostarczania Oprogramowania obejmuje dostawę kopii oprogramowania z rynku wtórnego. Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia zaświadczenia o posiadaniu takiego ubezpieczenia. Wykonawca wykaże posiadanie ubezpieczenia poprzez przedstawienie certyfikatu lub kopii umowy, w której nymóg ten został określony.

## 2. Uzasadnienie

### [Używane oprogramowanie]

2.1. Przedmiotem Zamówienia jest dostawa licencji dla oprogramowania Microsoft oraz serwerowe. Oznacza to, że celem Zamawiającego jest otrzymanie konkretnych uprawnień do oprogramowania, posiadającego określone funkcjonalności. W ocenie Wykonawcy, Zamówienie może zostać zrealizowane poprzez dostawę „nowych” (bezpośrednio z dystrybucji producenta), jak i „używanych” licencji na oprogramowanie Microsoft. Dopuszczenie licencji na oprogramowanie z rynku wtórnego zapewni możliwość zakupu oprogramowania o wymaganych cechach dotyczących jakości i bezpieczeństwa, a także prawidłową realizację zadań planowanych przez Zamawiającego przy jednoczesnym osiągnięciu najlepszego efektu ekonomicznego.

2.2. Potocznie określane jako „używane” licencje na oprogramowanie (kopie programów komputerowych) to oprogramowanie odsprzedane przez pierwotnego nabywcę, który najpóźniej w chwili odsprzedaży, odinstalowuje i zrzuca się prawa do korzystania z oprogramowania. Obrót oprogramowaniem z rynku wtórnego 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 na rynku wtórnym 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. 2 3 4

2.3. Wykonawca wskazuje jednocześnie, że w odniesieniu do produktu, jakim jest oprogramowanie komputerowe, przy tak opisanych wymogach OPZ i potrzebach określonych przez Zamawiającego, ustanowienie wymagań, by był to produkt „nowy”, „nieużywany” lub „nieaktywowany”, nie ma żadnego technicznego czy wręcz logicznego uzasadnienia. O ile bowiem używanie rzeczy w rozumieniu art. 45 Kodeksu Cywilnego (tj. przedmiotu materialnego) 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, w przeciwieństwie do np. samochodów czy książek, nie podlega bowiem jakimkolwiek „zużyciu”. Fakt wcześniejszej aktywacji w żaden sposób nie oznacza, że Zamawiający będzie miał ograniczony dostęp do oprogramowania lub do aktualizacji i poprawek bezpieczeństwa. Zamawiający będzie takim samym, pełnoprawnym użytkownikiem jakim byłby, gdyby licencje były „nowe” i „wcześniej nie aktywowane”.

2.4. Wykonawca zwraca również uwagę na treść art. 99 ust. 2 PZP, zgodnie z którym „zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego

*procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.”.* Prawo zezwala na definiowanie ograniczeń technicznych (funkcji, cech, procesów), ale **tylko wtedy, gdy są one proporcjonalne do celu i uzasadnione potrzebami Zamawiającego**. Tymczasem, w odniesieniu do Postępowania, należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji na oprogramowanie Microsoft. Tym samym, zidentyfikowaną przez Zamawiającego potrzebą jest wyposażenie pracowników w dostęp do oprogramowania, o określonej funkcjonalności oraz kompatybilności. Jak wskazano powyżej, **potrzeba Zamawiającego może w równym stopniu zostać spełniona w przypadku dostawy licencji na oprogramowanie pochodzących bezpośrednio z kanału dystrybucji producenta (tzw. „nowych” licencji) oraz oprogramowania pochodzącego z rynku wtórnego (tzw. „używanego oprogramowania“).**

2.5. Jak wykazano powyżej, zarówno **nowe oprogramowanie oferowane bezpośrednio w kanałach dystrybucji producenta oraz oprogramowanie z rynku wtórnego jest co do zasady produktem identycznym pod względem technicznym i jakościowym i różni się jedynie podstawą prawną jego wykorzystywania**. Instalacja i aktywacja oprogramowania z rynku wtórnego, przebiega tak samo, jak w przypadku „nowych” licencji na oprogramowanie. Rozwiązania z rynku wtórnego oferują niczym nie utrudnione i bezpieczne korzystanie z zakupionych programów, bez ryzyka nagłej dezaktywacji lub wyłączenia przez dostawcę i twórcę. Zapewniony jest również 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).

2.6. W przeszłości niektóre publiczne instytucje zamawiające mylnie uważały, że muszą kupować oprogramowanie wyłącznie od dystrybutorów „zatwierdzonych” przez producentów na podstawie różnych programów licencyjnych i umów ramowych, np. CSP, MPSA i inne. W tym kontekście należy zauważyć, że obrót licencjami na oprogramowanie z rynku wtórnego nie wymaga autoryzacji ze strony producenta oprogramowania, ponieważ nie jest on stroną w obrocie oraz nie ma wpływu i kontroli nad dalszą sprzedażą produktów zakupionych przez pierwszego nabywcę. Obrót może być swobodnie prowadzony przez podmioty niepowiązane z producentem oprogramowania, przy spełnieniu warunków wspomnianych w proponowanych zapisach SOPZ. Do sprzedaży, zakupu i wykorzystywania licencji z wolnego rynku nie jest wymagany żaden bezpośredni stosunek umowny z firmą Microsoft, dlatego wspomniany wymóg dostawy poprzez program dystrybucji nie ma żadnego uzasadnienia w Postępowaniu.

**Oprogramowanie z rynku wtórnego jest tożsame funkcjonalnie i technologicznie z nowym oprogramowaniem (zostało zakupione poprzez oficjalne programy dystrybucji; jak wskazano powyżej), jednak nie może być dostarczane bezpośrednio poprzez kanał dystrybucji producenta. Dostawa oprogramowania z rynku wtórnego oparta jest na dostarczeniu nabywcy odpowiednich dokumentów (wymienionych we wnioskowanym nowym zapisie SOPZ), przy czym ze względu na wspomniany brak bezpośredniego uczestnictwa producenta oprogramowania w transakcji, następuje bez przypisania licencji do konta zakupowego nowego nabywcy na portalu producenta. Możliwym jest jednak przygotowanie przez Wykonawcę dodatkowego portalu internetowego z indywidualnym kontem zakupowym Zamawiającego, poprzez które możliwym jest zarządzanie zakupionymi używanymi licencjami Microsoft oraz serwerowymi.**

### 3. Bezpieczny zakup używanego oprogramowania

3.1. Wykonawca jest świadomy tego, że Zamawiający może nie być zaznajomiony z rozwiązaniami z rynku wtórnego, a potencjalny zakup takiego oprogramowania może wiązać się z pytaniami dotyczącymi sposobu dostawy, bezpieczeństwa oraz gwarancji legalności. Ze względu na różną wiarygodność ofert składanych przez dostawców działających na polskim rynku, Wykonawca pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego na jakość i zakres dokumentów dostarczanych wraz z oprogramowaniem. W celu przedstawienia dodatkowych wyjaśnień, poniżej znajdują się najważniejsze informacje dotyczące warunków legalności i zakupu dla oprogramowania z rynku wtórnego.

3.2. Na podstawie europejskich aktów prawnych i orzeczeń TSUE, ukształtowały się cztery podstawowe warunki prawne dla legalnego przeniesienia własności oprogramowania.

- Oprogramowanie musi zostać po raz pierwszy wprowadzone do obrotu na terenie EOG.
- Produkt musi zostać w całości opłacony na rzecz właściciela praw autorskich.
- Produkt musi zostać wydany na licencji wieczystej, bez ograniczeń czasowych w użytkowaniu (nie może to być subskrypcja).
- Produkt nie może być dłużej użytkowany przez żadnego poprzedniego właściciela (musi zostać odinstalowany).

3.3. Każdy sprzedawca oprogramowania z rynku wtórnego jest prawnie zobowiązany do udzielenia informacji potwierdzającej spełnienie powyższych warunków. Informacje te zawarte są w dokumentacji towarzyszącej, którą nabywca powinien zawsze otrzymać przy zakupie, aby mieć dowód na to, że jest prawowitym właścicielem zakupionej kopii oprogramowania. Nie ma oficjalnego szablonu wyglądu dokumentacji, jednak jej treść powinna zawierać:

- Pochodzenie oprogramowania (pierwszy kraj użytkowania)
- Numer umowy licencyjnej podpisanej między pierwszym właścicielem a producentem oprogramowania
- Nazwa produktu i typ umowy licencyjnej

- Oświadczenie pierwszego właściciela zawierające:

- Oświadczenie dotyczące odinstalowania oprogramowania
- Potwierdzenie, że oprogramowanie jest wieczyste i zostało w pełni opłacone
- Potwierdzenie, że oprogramowanie zostało po raz pierwszy zakupione i oddane do użytku w UE (EOG)

- Łańcuch własności – listę wszystkich poprzednich właścicieli wraz z ich oświadczeniami o odinstalowaniu oprogramowania (jeśli dotyczy)

3.4. Należy podkreślić, że wykazanie powyższych okoliczności w dokumentacji składanej przez Wykonawcę zapewnia Zamawiającemu pełne bezpieczeństwo prawne. Jeżeli Zamawiający ma w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, to może przewidzieć dodatkowe mechanizmy kontraktowe przenoszące ryzyko na Wykonawcę – tego typu zapisy zostały zawarte w umowie przygotowanej przez Zamawiającego. Wykonawca w pełni akceptuje planowane postanowienia umowy w tym zakresie, a także wnioskuję dodanie zapisu w OPZ dotyczącego wymaganych dokumentów (jak powyżej).

#### 4. Oprogramowanie z rynku wtórnego w sektorze publicznym

Przykładowa dokumentacja.....

4.1. Na polskim rynku prywatnym „używane” oprogramowanie jest chętnie kupowane przez przedsiębiorców między innymi ze względu na to, że jak wskazano powyżej, oferuje ono takie same funkcje i narzędzia jak nowe oprogramowanie, natomiast wykonawcy są w stanie zaoferować je w konkurencyjnej cenie w porównaniu do średnich cen rynkowych „nowych” licencji. Również na rynku zamówień publicznych można znaleźć przykłady postępowań, w których dopuszczono i zakupiono oprogramowanie z rynku wtórnego.

4.2. Przykładem jest postępowanie pn. „Dostawa licencji na oprogramowanie Windows Server 2025 Datacenter, SQL Server Enterprise Edition w celu rozbudowy infrastruktury IT Państwowej Straży Pożarnej” prowadzone przez **Komendę Główną Państwowej Straży Pożarnej, nr ref. BF-IV.2370.26.2024** – zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy o zmianę poszczególnych postanowień wzoru umowy w celu dopuszczenia „używanych” licencji. Oferta Wykonawcy (Forscope a.s.) została wybrana przez zamawiającego.

4.3. Oprogramowanie z rynku wtórnego zostało również dopuszczone w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowy Instytut Medyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, numer ogłoszenia: CSKDZP 2375/13/09/01/2022** – zamawiający uwzględnił wniosek Wykonawcy i wprowadził zmiany pozwalające na składanie ofert na dostawę używanych licencji. Oferta Wykonawcy została wybrana przez zamawiającego.

4.4. Przykłady zamówień publicznych zrealizowanych przez Wykonawcę dotyczą również innych krajów UE, np. Republiki Czeskiej – dostawa oprogramowania MS Office dla dzielnicy **Praga 15 (Městská část Praha 15)**, a także Republiki Słowackiej – dostawa Core CAL Suite 2022 dla **Prokuratury Generalnej Republiki Słowackiej** o wartości ponad 100 000 euro.

4.5. Wszystkie przedstawione przykłady wskazują na zasadność dopuszczenia ofert na oprogramowanie z rynku wtórnego. Zakup tych rozwiązań pozwolił zamawiającym na realizację zadań publicznych przy zachowaniu zasady efektywności wydatkowania środków publicznych określonych w PZP oraz w art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zgodnie z którym „wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”.

#### 5. Podsumowanie

5.1. Mając na uwadze powyższe, uwzględnienie wnioskowanych zmian w OPZ jest prawnie dopuszczalne i konieczne, ponieważ **zagwarantuje efektywne wykorzystanie środków publicznych** do zakupu oprogramowania o wymaganych cechach dotyczących jakości i bezpieczeństwa oraz uczyni zadość **naczelnym zasadom prawa zamówień publicznych**, tj. zasadzie proporcjonalności i zapewnienia uczciwej konkurencji.

5.2. Dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawców oferujących używane oprogramowanie jest więc z jednej strony działaniem dalece korzystnym z punktu widzenia Zamawiającego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, a z drugiej strony koniecznym z uwagi na przepisy PZP, zakazujące nieuzasadnionej dyskryminacji określonych grup wykonawców.

**Odpowiedź : nie, zgodnie z SWZ.**

Równocześnie Zamawiający informuje, że zmienia termin składania i otwarcia ofert do dnia 27.06.2025 roku

Nowy termin składania ofert do dnia 27.06.2025 roku do godz. 09:00

Nowy termin otwarcia ofert dnia 27.06.2025 roku godz. 09:30

Załącznikiem jest zmodyfikowany SWZ I

Z poważaniem,

Sekcja Zamówień Publicznych