

Działając na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych niniejszym składamy wniosek o zmianę, ewentualnie wyjaśnienie zapisów związanych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) dotyczącego w/w przetargu .

W związku z pojawiającymi się na rynku wątpliwościami (wynikającymi z aktywności jednego z producentów oprogramowania komputerowego) w zakresie:

- zgodności z prawem oprogramowania, które nie zostało nabyte bezpośrednio od producenta lub jego autoryzowanego dystrybutora,
- możliwości „przenoszenia” oprogramowania typu OEM z jednego komputera na kolejny komputer,
- możliwości rozróżnienia na oprogramowanie „używane” oraz „nowe”,

prosimy o odpowiedź na poniższe pytania:

a) Czy zamawiający dopuszcza oprogramowanie, którego wykonawca jest właścicielem na podstawie tzw. prawa wyczerpania uregulowanego w art. 51 ust.3 prawa autorskiego?

Zgodnie z tym (powszechnie obowiązującym) przepisem „*wprowadzenie do obrotu oryginału albo egzemplarza utworu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem jego najmu lub użyczenia*”.

W myśl tego przepisu możliwy jest łańcuch nabyć np. producent sprzedaje oprogramowanie podmiotowi trzeciemu (w tym momencie producent traci prawo decydowania o dalszym statusie tego oprogramowania, a co z a co za tym idzie może ono być dowolnie przenoszone na kolejne podmioty) a podmiot trzeci dostarcza je wykonawcy. Jest to proces w pełni zgodny z prawem. Na tej samej zasadzie, dopuszczalne jest nabycie oprogramowania wraz z komputerem (tj. w wersji OEM) a następnie dalszy obrót już tylko samym oprogramowaniem.

Nie jest przy tym kwestią problematyczną weryfikacja legalności takiego oprogramowania. Decydujące jest w tym kontekście stwierdzenie unikalności klucza aktywacyjnego – jeżeli przy jego pomocy możliwa jest instalacja oraz aktywacja oprogramowania na serwerach producenta to niewątpliwie ma on charakter legalny oraz oryginalny, jeżeli nie to zachodzić może podejrzenie jego nielegalności (w trakcie instalacji dochodzi do połączenia on-line z serwerem producenta, który na bieżąco weryfikuje unikalność klucza). Innymi słowy, jeśli użytkownikowi uda się uruchomić oprogramowanie (nie zostanie ono zablokowane przez producenta) to stanowi to dowód na jego legalność.

Jest to przy tym test zupełnie wystarczający i brak jest przesłanek do obciążania wykonawców obowiązkiem dalszego udowadniania zgodności z prawem oferowanego systemu. W szczególności zamawiający nie powinien ulegać w tym zakresie żądaniom producentów mających jednoznaczny interes ekonomiczny w ograniczeniu obrotu tańszymi (lecz identycznymi pod względem funkcjonalnym) programami.

Niniejsze pytanie jest ważkie co najmniej z czterech punktów widzenia:

- opisane wyżej oprogramowanie jest w pełni legalne, a także odznacza się taką samą funkcjonalnością jak oprogramowanie nabyte pierwotnie od producenta,
- niedopuszczanie tego typu oprogramowania stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego dostępu do rynku oraz równego traktowania wykonawców,
- jest to najczęściej oprogramowanie tańsze, a więc korzystniejsze dla zamawiającego (w szczególności z uwagi na spoczywający na nim obowiązek dbania o interes publiczny i obowiązek przestrzegania zasad dyscypliny finansów publicznych),
- niedopuszczalne, jak i godzące w zasadę uczciwej konkurencji jest uleganie przez podmiot publiczny wpływom prywatnych podmiotów trzecich (producentów oprogramowania), którzy za pomocą pytań/insynuacji starają się moderować warunki przedmiotowe postępowania, tak by sprzyjały one ich wąsko rozumianym interesom ekonomicznym.

Powyższe rozważania zostały potwierdzone w wyrokach, których obszernie fragmenty wykonawcy cytuje poniżej:

**Z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2015 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1712/15**

*„Zgodnie z art. 51 ust. 3 PrAut, wprowadzenie do obrotu oryginału albo egzemplarza utworu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem na terytorium RP, z wyjątkiem jego najmu lub użyczenia. Przepis ten jest wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego przepisu art. 4 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 09/24/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych. Stanowi on, że pierwsza sprzedaż na terytorium Wspólnoty kopii programu komputerowego przez uprawnionego lub za jego zgodą wyczerpuje prawo dystrybucji na terytorium Wspólnoty tej kopii, z wyjątkiem prawa do kontroli dalszych wypożyczeń programu lub jego kopii.*

*Institucja wyczerpania prawa do zezwalania na dalszy obrót odnosi się do danego, konkretnego egzemplarza oprogramowania. Wyczerpanie odnosi skutek wobec majątkowego prawa autorskiego w zakresie korzystania z utworu polegającego na uprawnieniu do zezwalania na dalszy obrót. Zgodnie z przywołanymi przepisami, prawo to zostaje „wyczerpane”, a więc już nie służy uprawnionemu, jeżeli doszło do wprowadzenia do obrotu tego egzemplarza przez uprawnionego lub za jego zgodą na obszar EOG. Jak wskazuje się w piśmiennictwie poświęconemu tego zagadnieniu, celem omawianej instytucji*

jest usunięcie kolizji pomiędzy koniecznością ochrony autorskich praw majątkowych z jednej strony, a koniecznością ochrony prawa własności. W braku omawianej instytucji uprawniony z autorskich praw majątkowych mógłby zakazywać nabywcy egzemplarza utworu dalszego nim obracania, co godziłoby w prawo własności i naruszałoby zasadę zgodnie z którą dobra podlegają obiegowi w gospodarce. Ponadto celem instytucji jest także zapewnienie bezpieczeństwa obrotu dobrami i usunięcie stanu niepewności w tym zakresie. Ustawodawca unijny a w ślad za nim i ustawodawca krajowy doszli do przekonania, że interes uprawnionego jest chroniony w dostateczny sposób, gdyż adekwatne świadczenie może zapewnić sobie na etapie pierwszego wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu na terenie EOG. Nie ulega również wątpliwości Izby, że ewentualne postanowienia umów licencyjnych, które naruszałyby przepis art. 51 ust. 3 PrAut byłyby nieważne z mocy art. 58 KC w zw. z art. 14 ZamPublU.

Jak słusznie dostrzegł na rozprawie odwołujący, wprowadzenie egzemplarza oprogramowania do obrotu na terenie EOG nastąpi wcześniej aniżeli w momencie sprzedaży tego egzemplarza przez odwołującego na rzecz zamawiającego. Zamawiający będzie wprowadzić użytkownikiem końcowym oprogramowania, ale sprzedaż na rzecz zamawiającego zostanie poprzedzona wcześniejszymi transakcjami sprzedaży. Na podstawie tych transakcji podmiot działający na szczeblu hurtowym sam lub za pośrednictwem jeszcze dalszych ogniw kupi egzemplarz oprogramowania od jego producenta, a następnie tak nabyty produkt sprzeda odwołującemu. Wobec powyższego skutek wyczerpania prawa do zezwalania na dalszy obrót nastąpi zanim jeszcze zamawiający wejdzie w posiadanie produktu. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, wyczerpanie nie wymaga, by przeniesienie własności nastąpiło na rzecz odbiorcy (użytkownika) końcowego. Także przeniesienie własności na podmiot działający na szczeblu hurtowym obrotu spełnia przesłanki art. 51 ust. 3 (T. Targosz, komentarz do art. 51 PrAut, w: Bukowski M, Flisak D, Okoń Z., Podrecki P, Raglewski J., S. K., Targosz T. PrAut. Komentarz). O tym, że proces wchodzenia zamawiającego w posiadanie egzemplarza oprogramowania jest bardziej złożony należało wnioskować choćby z wydruku korespondencji pocztą elektroniczną złożonego przez odwołującego na rozprawie. Z wydruku tego wynikało, że oprócz odwołującego, który będzie sprzedawał egzemplarz utworu na rzecz zamawiającego, w transakcję - na wcześniejszym etapie - będzie zaangażowany co najmniej jeszcze jeden podmiot - S. S.A. w W. Przeniesienie własności egzemplarza oprogramowania na podstawie umowy sprzedaży lub innej umowy wywołującej skutek rozpogadzający i wprowadzenie go do obrotu na terenie EOG nastąpi zatem już na wcześniejszym etapie, a nie na etapie sprzedaży produktu zamawiającemu. Po drugie, transakcja na podstawie której produkt zostanie wprowadzony do obrotu, zostanie dokonana za wiedzą i zgodą uprawnionego z autorskich praw majątkowych. Brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, jakoby podmioty działające na rynku hurtowym pozyskiwały egzemplarze oprogramowania w sposób nieuprawniony. Po trzecie, uprawniony otrzyma za to stosowne wynagrodzenie. Wobec spełnienia wszystkich znamion przepisu art. 51 ust. 3 PrAut, uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych z momentem wprowadzenia egzemplarza utworu do obrotu na terytorium EOG utraci prawo do zezwalania na dalszy obrót z mocy tego przepisu. Przeciwnie postanowienia umów licencyjnych - jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy - musiałyby zostać uznane za nieważne."

Z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 26 listopada 2015 roku w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 1603/15 (utrzymujący w mocy cytowany wcześniej wyrok KIO)

„Już tylko z tego powodu należało uwzględnić odwołanie, co słusznie uczyniła KIO. Mimo tego Izba podjęła się dalszej hipotetycznej analizy zgodności tak przedstawionych postanowień umowy licencyjnej z obowiązującymi przepisami prawa. W świetle przeprowadzonych rozważań w ocenie Sądu Okręgowego słusznie KIO wywiódła, że zgodnie z art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach

pokrewnych w zw. z art. 58 k.c. zakaz „przenoszalności” oprogramowania jaki rzekomo wynika z postanowień licencji na oprogramowanie typu O. jest niezgodny z prawem i postanowienia takie byłyby bezwzględnie nieważne. Zarzut naruszenia art. 51 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych okazał się zatem niezasadny, Izba dokonała prawidłowej interpretacji tego przepisu i słusznie wywiodła, że w świetle postanowień tego przepisu prawa prawo do zezwalania na dalszy obrót kopii oprogramowania ulega wyczerpaniu, tj. nie służy już uprawnionemu, jeżeli doszło do wprowadzenia do obrotu takiego egzemplarza przez podmiot uprawniony lub za jego zgodą na obszar Wspólnoty. Nie zostało z pewnością w niniejszym postępowaniu dowiedzione, że przedmiotowe oprogramowanie zostało wprowadzone do obrotu przez podmiot nieuprawniony, niezasadne zatem byłoby wyciąganie takich wniosków. W przypadku zatem wprowadzenia oprogramowania typu O. do obrotu wraz ze sprzętem komputerowym przez uprawnionego, nabywcę takiego sprzętu wraz z oprogramowaniem nie wiąże obowiązek uzyskania zgody na obrót – a tym bardziej na przeniesienie oprogramowania na swój inny komputer, po uprzedniej deinstalacji z poprzedniego sprzętu (argumentum ad maiori ad minus) – od uprawnionego, bowiem uprawniony z tytułu autorskich praw majątkowych z chwilą m.in. otrzymania wynagrodzenia traci uprawnienie do wyrażania zgody na obrót danym dobrem. Postanowienia licencji sprzeczne z tym powszechnie obowiązującym przepisem prawa byłyby zatem nieważne na mocy art. 58 k.c.”

[wyrok dostępny na portalu internetowym: Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych]

b) Jednocześnie sygnalizujemy, że zarówno oprogramowanie nabyte wprost od producenta, jak i oprogramowanie nabyte od dystrybutora (niezależnego od producenta) jest oprogramowaniem oryginalnym. Próba kategoryzacji tego oprogramowania jako „nowego” i „starego” jest w związku z tym pozbawiona sensu.

O ile bowiem definicja „nowości” w odniesieniu do sprzętu komputerowego jest w pełni zrozumiała, o tyle w zakresie oprogramowania jest zupełnie nieadekwatna. Pozbawiony jakichkolwiek podstaw jest bowiem pogląd jakoby kryterium „nowości” oraz „nieużywalności” mogło w ogóle odnosić się do programów komputerowych. Program komputerowy jest to przecież „sekwencja symboli opisująca realizowanie obliczeń zgodnie z pewnymi regułami zwanymi językiem programowania”. Niezależnie od tego, czy przyjmiemy wyżej wymienioną (cytowaną za Wikipedia) czy też jakąkolwiek inną definicję, nie powinno budzić wątpliwości że pojęcie „nowe” czy „nieużywane” możemy odnosić do nośnika danego utworu (np. płyty CD), a nie samego utworu. Utwór – program komputerowy jako ciąg znaków, nie może być nowy czy używany.

Wnosimy więc o rezygnację z wprowadzenia wymogu „nowości” lub „nieużywalności” oprogramowania.