

## **Prawo zamówień publicznych w zamówieniach IT**

Jednostki samorządu terytorialnego działają jako podmioty szeroko rozumianej administracji publicznej. W ramach swojej działalności wykonują m.in. zadania z zakresu administracji świadczącej polegające w szczególności na dostarczaniu usług publicznych, których zakres wciąż rośnie. Są to usługi typu społecznego (np. z zakresu oświaty, ochrony zdrowia, opieki społecznej, kultury), jak również o charakterze technicznym (m.in. komunikacja zbiorowa, energetyka).

Jednostki samorządu terytorialnego jako jednostki sektora finansów publicznych w ramach swojej działalności np.: decydując się na przeprowadzenie inwestycji, zobowiązane są do stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 178, poz. 1058, dalej PZP). Jak wynika z przepisów PZP, gminy, powiaty czy samorządy województwa (występujący w postępowaniu o zamówienie publiczne jako „zamawiający”) zobowiązane są do jej bezwarunkowego stosowania w przypadku zamówień, których wartość przekracza wyrażoną w złotych kwotę 14.000 euro. Przedsięwzięcia o wartości niższej nazywane są „małymi zamówieniami”.

### **Małe zamówienia**

Nowelizacją PZP z września 2006 r. ustawodawca podwyższył próg stosowania PZP z 6.000 euro do 14.000 euro, poszerzając tym samym spektrum zamówień, które nie będą podlegały reżimowi PZP.

Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 8) PZP, ustawy tej nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro, co stanowi równowartość 54 279,40 zł według kursu złotego w stosunku do euro określonego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów<sup>1</sup>. Jeżeli ponadto uwzględni się, że na zakup (dostawę) określonego przedmiotu zamówienia będzie obowiązywała 22% stawka VAT, to faktycznie zamawiający bez stosowania PZP będą mogli wydatkować środki publiczne do kwoty 66 220,87 zł. Dla zamawiających stanowi to zatem istotne ułatwienie w toku udzielania tzw. małych zamówień, o wartości nieprzekraczającej wspomnianego progu.

---

<sup>1</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1763).

Dzięki takiemu rozwiązaniu z pewnością szybko i bez zbędnych formalności można realizować nie niosące wysokich kosztów przedsięwzięcia.

Taka konstrukcja prawna wydaje się być stworzona dla zamówień polegających np.: na stworzeniu na zamówienie urzędu samorządowego strony internetowej służącej ułatwieniu komunikacji urzędu z obywatelami. W celu realizacji takiego przedsięwzięcia urząd ma dwie możliwości: może zdecydować się na zlecenie wykonania witryny internetowej własnym pracownikom (informatykom) w ramach ich zadań służbowych bądź wybrać podmiot zewnętrzny – firmę specjalizującą się w projektowaniu, wykonaniu oraz hostingu takiej witryny internetowej. Umowy zawierane na zaprojektowanie i wykonanie nieskomplikowanej strony internetowej urzędu w większości przypadków nie powinny przekraczać wartości wspomnianego progu. Należy jednak pamiętać, że zamawiający, korzystając z ustawowego udogodnienia, powinni dążyć do zapewnienia przejrzystości i konkurencyjności procedur. Brak obowiązku stosowania PZP do tego typu zamówień nie zwalnia zamawiających od racjonalnego wydatkowania środków publicznych zgodnie z zasadami zawartymi w ustawie o finansach publicznych<sup>2</sup>. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Dlatego każdy zamawiający powinien stosować procedury wewnętrzne własnej instytucji, które pozwolą uznać za zgodny z prawem sposób wydatkowania środków publicznych dla zamówień o wartości nieprzekraczającej 14 000 euro.

### **Zamówienia powyżej 14.000 euro**

W sytuacji gdy szacowana wartość zamówienia wskazuje na konieczność stosowania PZP przez jednostkę samorządową (np.: zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego – w tym dostarczenie odpowiedniego oprogramowania wraz z odpowiednim sprzętem komputerowym i infrastrukturą), zamawiający będzie musiał rozważyć możliwości wyboru trybu zamówienia w związku z konkretnym przedmiotem zamówienia.

Ustawa PZP daje zamawiającym możliwość zastosowania jednego z dwóch podstawowych trybów tj.: przetargu nieograniczonego bądź przetargu ograniczonego. Ponadto, w aktualnym stanie prawnym zamawiający mogą udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej, jednakże tylko w przypadkach

---

<sup>2</sup> Patrz: w art. 35 ust. 3 pkt 1) ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

określonych w tej ustawie.

Wybór trybu zależy od wielu czynników. Jednakże celem niniejszego artykułu nie jest przedstawienie zasad wyboru trybu postępowania przetargowego czy też przedstawienie zalet lub wad konkretnego postępowania ani też przedstawienie kolejnych kroków dla konkretnego trybu postępowania przetargowego.

Z uwagi na niedawną nowelizację ustawy PZP pomocne wydaje się przedstawienie podstawowych problemów wynikających ze zmienionych przepisów, uchwalonych przez ustawodawcę 4 września 2008 r. W związku z tym, poniżej przedstawiono główne problemy natury tak prawnej, jak i faktycznej, na jakie może natknąć się zamawiający w procesie przetargowym.

**- opracowanie opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) w sposób ograniczający konkurencję (zakaz używania nazw własnych);**

Jak to wynika z PZP, zamawiający powinien określić przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiot zamówienia powinien być określony w taki sposób, aby wykonawcy mogli sporządzić i złożyć stosowne oferty. Zamawiający, sporządzając specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami z uwzględnieniem takiego określenia przedmiotu zamówienia, żeby nie zarzucono mu naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

I tak na przykład, wskazanie przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca, będzie prowadzić do eliminacji konkurencji. Dotychczasowa praktyka wskazuje, że w postępowaniach protestacyjnych i odwoławczych stawiane są często zarzuty dotyczące opisu przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Okazuje się jednak, że nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców taki sposób oceny warunków udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, który powoduje, że warunki udziału w postępowaniu spełnia ograniczona liczba wykonawców.

Z powyższego wynika, że podstawowym problemem w przetargach jest sporządzenie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. W sprawach o udzielenie zamówienia

publicznego dotyczącego branży informatycznej zasadniczy problem wynika z zakazu używania nazw własnych – jak mówi ustawa: "znaków towarowych, patentów lub pochodzenia". Doświadczenie wskazuje jednakże, że zarówno Urząd Zamówień Publicznych jak i Krajowa Izba Odwoławcza prezentują wyważone podejście do wykładni tego przepisu. W wielu przypadkach przetargów dotyczących branży IT organy nadzoru uznają, że OPZ jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia, która przejawia się w ten sposób, że zamawiający nie mogą opisać danego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, co w rezultacie w pewnych sytuacjach sankcjonuje (usprawiedliwia) stosowanie nazw własnych. Jednostki samorządu nie mogą jednak zapominać, że stosując nazwy własne należy pamiętać, by ich wskazaniu towarzyszyło określenie "lub równoważny". Ważne jest, aby kryteria „równoważności” zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ma to o tyle istotne znaczenie, że nawet w przypadku gdy „równoważne” rozwiązanie w rzeczywistości nie istnieje, zamieszczenie w SIWZ zwrotu „lub równoważny” pozwoli zamawiającemu uniknąć problemów wynikających z późniejszych protestów wniesionych w postępowaniu. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje żadnych ułatwień w związku ze sposobem sporządzania OPZ dla zamówienia, które dotyczy określonego rozwiązania informatycznego. Formalizm PZP powoduje, że bezwzględnie koniecznym wymogiem jest opisanie kryteriów równoważności dla dowolnego oprogramowania, którego nazwa zostanie użyta w opisie przedmiotu zamówienia.

Istnieje w tym kontekście możliwość innego podejścia do przygotowania OPZ. Jest nim opisanie przedmiotu zamówienia w ogóle bez używania nazw własnych. Takie podejście zamawiających wiąże się niejednokrotnie z opisywaniem przedmiotu zamówienia poprzez wpisywanie wymagań, które powodują, że może je spełnić tylko sprzęt lub oprogramowanie jednego producenta. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie reagowała już w takich sytuacjach, co skutkowało zmianą tych wymagań. Nowelizacja PZP z października 2008 r. spowodowała, że co do zasady, we wspomnianych sytuacjach, nie można już domagać się unieważnienia postępowania. Jeśli taka sytuacja miałaby miejsce jest wysoce prawdopodobne, że KIO nakaże zmianę zapisów SIWZ bądź ogłoszenia o zamówieniu.

Istnieją wyjątkowe sytuacje, w których mimo posłużenia się nazwą własną produktu, nie trzeba zastosować określenia "lub równoważny". Jest to możliwe w przypadku, gdy przedmiot zamówienia obejmuje rozbudowę już posiadanego sprzętu, upgrade, usługi utrzymania zaimplementowanego rozwiązania technicznego (maintenance) albo rozszerzenie zakresu licencji dla posiadanego już oprogramowania.

**- zmiany umowy;**

Przygotowując się do przeprowadzenia postępowania przetargowego, jednostki samorządu terytorialnego muszą zwrócić szczególną uwagę na jedną z najistotniejszych zmian w prawie zamówień publicznych z października 2008 r. Polega ona na wprowadzeniu nowego brzmienia art. 144 ust. 1 ustawy, który dotyczy możliwości zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Dotychczas obowiązujący przepis dopuszczał możliwość zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, o ile spełniona została co najmniej jedna z dwóch wymienionych przez ustawodawcę przesłanek, tj.

1) zmiana umowy była korzystna dla zamawiającego  
lub

2) konieczność wprowadzenia zmian wynikała z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Komisja Europejska kwestionowała tak sprecyzowaną regulację szczególnie w aspekcie przesłanki dotyczącej „zmian korzystnych dla zamawiającego”. Zdaniem Komisji tak sformułowany przepis powodował wysokie ryzyko dowolności w interpretacji pojęcia „zmiany korzystne”.

Nowe brzmienie art. 144 ust. 1 wskazuje, że przepis ten wprowadzi znaczne utrudnienia w przypadku ewentualnej zmiany umowy w stosunku do treści oferty. Wspomniany przepis obecnie brzmi następująco:

*„Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.”*

Z tego wynika, że aby zamawiający mógł w ogóle wprowadzić jakąkolwiek zmianę do zawartej umowy musi spełnić dwa warunki – zamawiający musi w ogóle przewidzieć możliwość dokonania zmian zawartej umowy, a w następnej kolejności określić warunki takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu bądź w SIWZ. Umieszczenie przez zamawiającego we wspomnianej dokumentacji przetargowej swobodnego stwierdzenia, że „w przyszłości dopuszcza się zmiany zawartej umowy” nie będzie wystarczające do skutecznej zmiany zawartej umowy. Jak to określił ustawodawca, konieczne jest również „określenie warunków zmiany”, oznacza to, że należy przewidzieć, w jakim zakresie oraz czego będą dotyczyły

potencjalne zmiany. Od razu można rozwiać wątpliwości, że niewystarczający również będzie zapis, iż „dopuszcza się zmiany zawartej umowy, o ile będą korzystne dla zamawiającego”, gdyż właśnie to pierwotne brzmienie przepisu ustawodawca zdecydował się zmodyfikować. Dlatego moim zdaniem trudne jest do zaakceptowania podejście prezentowane przez niektórych zamawiających, że wystarczy przytoczyć treść poprzedniego przepisu art. 144 ust. 1 PZP, aby uzasadnić skuteczną zmianę umowy.

Przy ocenie możliwości zmiany umowy należy w pierwszej kolejności, niezależnie od postanowień SIWZ, wziąć pod uwagę możliwości, które przewiduje sama konstrukcja umowy. Jest prawdopodobne, że w niektórych postępowaniach dla skutecznej zmiany umowy wystarczy skorzystać z klauzuli waloryzacyjnej w zakresie zmiany wynagrodzenia czy też można będzie zastosować tzw. prawo opcji, wynikające z art. 34 PZP (tj.: przewidziana już na etapie przygotowania postępowania możliwość zwiększenia zakresu zamówienia, uzależniona od woli zamawiającego).

#### **- termin umowy licencyjnej na oprogramowanie komputerowe;**

W zamówieniach publicznych dotyczących branży IT istotne są terminy zawierania umów. Jest to wciąż kluczowa kwestia w szczególności jeśli chodzi o umowy na budowę systemów IT, czy inne przedsięwzięcia polegające na wdrożeniu mniej lub bardziej skomplikowanego rozwiązania technicznego, dla których tworzone jest oprogramowanie dedykowane dla danego rozwiązania IT czy też implementowane oprogramowanie standardowe. W czerwcu 2007 r. znowelizowano przepis art. 143 ust. 1 pkt 5 PZP, rozwiązując w ten sposób ważki problem branży, związany z uprzednio obowiązującym zakazem zawierania umów licencyjnych na czas nieokreślony.

Istnieje jednak pogląd wśród teoretyków prawa, że generalny zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony dotyczyć będzie wszelkiego rodzaju innych licencji, np. dotyczących baz danych czy licencji prawno-autorskich dotyczących innych utworów niż programy komputerowe. W związku z tym w praktyce zamawiający (gminy, powiaty) powinni zmierzać do zapewnienia sobie możliwość nieograniczonego w czasie korzystania z utworów, takich jak dokumentacja czy projekty rozwiązań informatycznych, stawiając warunek przeniesienia do tych utworów autorskich praw majątkowych. Z oczywistych względów spotykać się to będzie ze sprzeciwem i próbą wynegocjowania innych warunków przekazania praw autorskich przez podmioty z branży IT.