

ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH DOTYCZĄCYCH TECHNOLOGII INFORMATYCZNYCH

Tomasz Filipowicz

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business

**ZASADA RÓWNEGO
TRAKTOWANIA
WYKONAWCÓW
W ZAMÓWIENIACH
PUBLICZNYCH
DOTYCZĄCYCH TECHNOLOGII
INFORMATYCZNYCH**

Tomasz Filipowicz



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2015

Stan prawny na 1 października 2014 r.

Recenzent

Dr hab. Andrzej Panasiuk

Wydawca

Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący

Ewa Fonkowicz

Opracowanie redakcyjne

Agata Walkowska

Łamanie

Wolters Kluwer

Układ typograficzny

Marta Baranowska

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.



SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2015

ISBN 978-83-264-3465-5

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 33

tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Źonie i rodzicom

Spis treści

Wykaz skrótów / 11

Wprowadzenie / 17

Rozdział I

**Problem uzależniania zamawiających od wykonawców
(*vendor lock-in*) – specyfika zamówień publicznych IT / 33**

1. Uwagi ogólne / 33
2. *Vendor lock-in* w świetle praktyk wolnorynkowych / 34
3. *Vendor lock-in* w zamówieniach publicznych IT / 43

Rozdział II

**Prawna ochrona własności intelektualnej w zakresie technologii
informatycznych – specyfika przedmiotu zamówienia
publicznego IT / 52**

1. Uwagi wprowadzające / 52
2. Ochrona prawnoautorska programów komputerowych / 55
 - 2.1. Prawna ochrona programów komputerowych – źródła prawa i podstawowa charakterystyka / 55
 - 2.2. Zagadnienie zdolności patentowej programów komputerowych / 65
 - 2.3. Wolne i otwarte oprogramowanie a oprogramowanie własnościowe (zamknięte) / 68
3. Ochrona prawnopatentowa wynalazków z zakresu technologii informatycznych / 75
 - 3.1. Prawna ochrona wynalazków z zakresu technologii informatycznych – źródła prawa i podstawowa charakterystyka / 75
 - 3.2. Otwarte standardy i zamknięte standardy / 86
4. Ochrona baz danych / 101

5. Podsumowanie / 105

Rozdział III

Zasada równego traktowania wykonawców w systemie zamówień publicznych w Unii Europejskiej i w Polsce / 108

1. Uwagi wprowadzające / 108
2. Zasada równego traktowania w systemie zamówień publicznych Unii Europejskiej / 111
 - 2.1. Zasada równego traktowania – rys historyczny / 111
 - 2.2. Zasada równego traktowania w systemie zamówień publicznych Unii Europejskiej / 124
3. Zasada równego traktowania wykonawców w polskim systemie zamówień publicznych / 131
 - 3.1. Zasada równego traktowania w Konstytucji RP / 131
 - 3.2. Zasada równego traktowania wykonawców a zasada równego traktowania przez władze publiczne / 142
 - 3.3. Zasada równego traktowania wykonawców w prawie zamówień publicznych / 153
4. Podsumowanie / 165

Rozdział IV

Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych IT w praktyce organów administracji polskiej / 169

1. Uwagi wprowadzające / 169
2. Zasada równego traktowania wykonawców a zjawisko *vendor lock-in* / 176
 - 2.1. Przyczyny technologiczne powstania zjawiska *vendor lock-in* / 178
 - 2.2. Przyczyny kontraktowe powstania zjawiska *vendor lock-in* / 193
 - 2.3. Udzielanie zamówień publicznych IT w trybie z wolnej ręki jako przejaw zjawiska *vendor lock-in* – orzecznictwo / 203
3. Zasada neutralności technologicznej a zasada równego traktowania wykonawców / 214
4. Podsumowanie / 227

Rozdział V

Propozycje rozwiązania problemu *vendor lock-in*

z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców / 231

1. Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych / **232**
2. Rekomendacje dotyczące stosowania otwartych standardów oraz wolnego i otwartego oprogramowania w ramach programów IDA, IDABC i ISA / **240**
 - 2.1. Preferencje dla otwartych standardów oraz wolnego i otwartego oprogramowania / **254**
 - 2.2. Rekomendacje w zakresie zamówień publicznych wolnego i otwartego oprogramowania / **261**
3. Inne analizy prawno-ekonomiczne dotyczące zagadnienia *vendor lock-in* / **264**
4. Wnioski / **286**

Rozdział VI

Zarys postulowanych działań władz publicznych w zakresie

zamówień publicznych IT / 290

1. System zamówień publicznych jako instrument kształtowania krajowej polityki gospodarczej / **290**
2. Zarys działań władz publicznych polegających na sprzyjaniu wykorzystania w zamówieniach publicznych IT otwartych standardów / **296**
 - 2.1. Preferowanie otwartych standardów w zamówieniach publicznych IT / **298**
 - 2.2. Inne elementy działań władz publicznych w zamówieniach publicznych IT / **306**

Zakończenie / 311

Bibliografia / 319

Wykaz aktów prawnych / 335

Wykaz orzecznictwa / 341

Wykaz stron internetowych / 347

Wykaz skrótów

Akty prawne i dokumenty

decyzja IDA	decyzja Parlamentu i Rady nr 1720/1999/WE z dnia 12 lipca 1999 r. przyjmująca szereg działań i środków w celu zapewnienia interoperacyjności i dostępu do transeuropejskich sieci elektronicznej wymiany danych między administracjami (IDA) (Dz. Urz. WE L 203 z 03.08.1999, s. 9 z późn. zm.)
decyzja IDABC	decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/387/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie interoperatywnego świadczenia ogólnoeuropejskich usług eGovernment dla administracji publicznej, przedsiębiorstw i obywateli (IDABC) (Dz. Urz. UE L 144 z 30.04.2004, s. 62; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 34, s. 864)
decyzja ISA	decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 922/2009/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie rozwiązań interoperacyjnych dla europejskich administracji publicznych (ISA) (Dz. Urz. UE L 260 z 03.10.2009, s. 20)
dyrektywa klasyczna	dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114)

	z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 132 z późn. zm.)
dyrektywa obronna	dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, s. 76 z późn. zm.)
dyrektywa sektorowa	dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 7, s. 19)
EIF	European Interoperability Framework (Europejskie Ramy Interoperacyjności); EIF v 1.0, http://ec.europa.eu/idabc/en/document/3473/5585.html ; EIF v 2.0, http://ec.europa.eu/isa/documents/isa_annex_ii_eif_en.pdf
EIS	European Interoperability Strategy (Europejska Strategia Interoperacyjności)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
konwencja berneńska	Akt paryski Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych, sporządzony w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474 zał.)

KPE (Konwencja o patencie europejskim)	Konwencja o udzielaniu patentów europejskich, sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737 z późn. zm.) – European Patent Convention
KPP	Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 1)
porozumienie GPA	Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (Government Procurement Agreement), załącznik 4 do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 98, poz. 483 zał.)
porozumienie TRIPS	Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights), załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143)
pr. aut.	ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.)
prawo telekomunikacyjne	ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 243 z późn. zm.)
p.w.p.	ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410)
p.z.p.	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 115 z 09.05.2008, s. 47 – wersja skonsoli-

	dowana; Dz. U z 2004 r. Nr 90, poz. 864 zał. t. II z późn. zm.)
Traktat z Lizbony	Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569)
TUE	Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.)
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Traktat ustanawiający EWG zmieniony Traktatem o Unii Europejskiej, podpisanym w Maastricht 7 lutego 1992 r., tekst skonsolidowany uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Nicei Dz. Urz. WE C 325 z 24.12.2002; https://polskawue.gov.pl/files/polska_w_ue/prawo/traktaty/TWE_skonsolidowany_2002.pdf)
u.f.p.	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.)
u.i.d. (ustawa o informatyzacji)	ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1114)
u.o.b.d.	ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych (Dz. U. Nr 128, poz. 1402 z późn. zm.)

Organy, organizacje i instytucje

BSA	Business Software Alliance
CBKE	Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej (http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/)
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej)

ETSI	European Telecommunications Standards Institute (Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych)
FSF	Free Software Foundation
ISO	International Organization for Standardization (Międzynarodowa Organizacja Normalizacyjna)
KE	Komisja Europejska
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
MIT	Massachusetts Institute of Technology
PAP	Polska Agencja Prasowa
PARP	Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
TK	Trybunał Konstytucyjny
UKIE	Urząd Komitetu Integracji Europejskiej
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
WTO	World Trade Organization (Światowa Organizacja Handlu)
ZA	Zespół Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

Czasopisma i publikatory

CMLR	Common Market Law Reports
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE (WE)	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (Wspólnot Europejskich)
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych

OTK ZU	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
Zb. Orz.	Zbiór Orzeczeń

Inne

BSD	Berkeley Software Distribution
ERP	Enterprise Resource Planning
EUR-Lex	baza aktów prawnych Unii Europejskiej (http://eur-lex.europa.eu/)
FLOSS	free libre/open source software
ICT	information and communication technology (technologia informacyjno-komunikacyjna, TIK)
IDA	Interchange of Data between Administrations
IT	information technology (technologia informacyjna)
ODF	open document format
program IDABC	Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Businesses and Citizens (Program interoperatywnego świadczenia ogólnoeuropejskich usług eGovernment dla administracji publicznej, przedsiębiorstw i obywateli)
program ISA	Interoperability Solutions for European Public Administrations (Program rozwiązań interoperacyjnych dla europejskich administracji publicznych)
SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Wprowadzenie

Problematyka niniejszej pracy dotyczy zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych, których przedmiotem są dostawy sprzętu informatycznego i oprogramowania wraz z usługami informatycznymi, które dla uproszczenia nazywane będą zamówieniami publicznymi IT¹.

¹ Akronym IT wywodzi się z terminu *information technology* (technologia informacyjna), jednej z dziedzin informatyki, tj. nauki zajmującej się zagadnieniami związanymi z opracowaniem informacji, ich przechowywaniem, transmisją i wykorzystaniem w komputerach. W niniejszej pracy w kontekście zamówień publicznych akronym IT jest używany wyłącznie jako oznaczenie zakresu przedmiotu zamówienia, tj. sprzętu informatycznego (w tym komputerowego) oraz oprogramowania, które może być przedmiotem dostawy bądź usługi, według zasad przewidzianych w prawie zamówień publicznych. W tytule monografii występuje określenie „technologie informatyczne”, gdyż zakres analizy prawnej odnosi się zarówno do dóbr materialnych (sprzętu informatycznego), jak i dóbr niematerialnych (programy komputerowe), które łącznie mają charakter produktów opisywanych parametrami technicznymi i funkcjonalnymi, jak również podlegają szczególnemu reżimowi ochrony prawnej jako własność intelektualna. Niniejsze opracowanie nie analizuje wyżej wspomnianych produktów w kontekście pojęcia technologii informacyjnych, lecz w zakresie, w jakim produkty te stanowią wytwór podmiotów działających na rynku informatycznym, a zarazem ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Pojęcia zamówień publicznych IT nie należy również mylić z odrębnym zjawiskiem tzw. informatyzacji procedur udzielania zamówień publicznych. Plan informatyzacji procedur zamówień publicznych, oznaczający kompleksową organizację udzielania zamówień publicznych przez odejście od czynności „papierowych” na rzecz czynności podejmowanych przez wykonawców i zamawiających w postaci elektronicznej z wykorzystaniem systemów informatycznych, oprogramowania i sieci internetowej, stanowił inicjatywę Urzędu Zamówień Publicznych, który w grudniu 2012 r. przedłożył Komitetowi Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji projekt *Planu informatyzacji procedur udzielania zamówień publicznych w Polsce*. Dokument ten nie stanowi aktu prawnego, jego stworzenie niewątpliwie miało jednak wpływ na opracowanie w marcu 2013 r. przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji dokumentu *Program zintegrowanej informatyzacji państwa*, <https://mac.gov.pl/files/wp-content/uploads/2013/03/PZIP-konsultacje-spoeczne-3.pdf> (dostęp: 10.09.2014 r.).

Temat monografii wyznacza ramy analizy prawnej, która obejmuje swoim zakresem następujące zagadnienia:

- treść i zakres zasady równego traktowania wykonawców, sformułowanej w przepisach zarówno krajowych, jak i wspólnotowych (unijnych) regulujących system zamówień publicznych,
- problematykę udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem jest sprzęt informatyczny (komputerowy) oraz oprogramowanie podlegające ochronie w reżimie prawa własności intelektualnej.

Przyjęcie powyższych ram analizy prawnej wynika z kilku przyczyn. Jedną z najważniejszych jest dostrzegane, co najmniej od kilku lat, zarówno w Polsce, jak i w innych krajach Unii Europejskiej, negatywne zjawisko uzależniania się zamawiających od pojedynczych dostawców (wykonawców) w zakresie realizacji zamówień publicznych IT. Zjawisko to ma istotny wymiar prawny, wiąże się ono ze zderzeniem istniejącego modelu ochrony własności intelektualnej w zakresie produkowanego i dystrybuowanego przez producentów (dostawców) sprzętu informatycznego i oprogramowania z reżimem prawnym zamówień publicznych, w ramach którego fundamentalne znaczenie mają dwie podstawowe zasady, tj. zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców. Kwestia ta ma niebagatelny wymiar faktyczny (w szczególności w sferze ekonomicznej), którego istotę oddaje stosowane w naukach ekonomicznych pojęcie *vendor lock-in*², opisujące zjawisko uzależnienia podmiotu zamawiającego od usług lub produktu jednego dostawcy. Niesie ono ze sobą negatywne skutki na przyszłość w postaci nałożenia na zamawiających ograniczeń w podejmowaniu autonomicznych i możliwie najbardziej racjonalnych decyzji

² Pojęcie *vendor lock-in* lub *lock-in* stosowane jest w naukach ekonomicznych. Szerzej zob. S.E. Margolis, S.J. Liebowitz, *Path dependence*, <http://www.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/palpd.html> (dostęp: 10.09.2014 r.). Pośrednio problematykę zagadnienia *vendor lock-in* poruszają: B. Targański, *Ochrona konkurencji w działalności platform handlu elektronicznego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010; G. Piesiewicz-Stępniewska, *Oszustwo... bezkonkurencyjne? O stosowaniu unijnego prawa konkurencji do praw własności przemysłowej: wykorzystywanie praw wyłącznych w procesie normalizacji (w:) Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, red. B. Kurcz, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010. Więcej informacji na temat *vendor lock-in* można znaleźć przykładowo w witrynie internetowej The Linux Information Project: http://www.lininfo.org/vendor_lockin.html (dostęp: 10.09.2014 r.) lub w Wikipedii: *Vendor lock-in*, http://en.wikipedia.org/wiki/Vendor_lock-in (dostęp: 10.09.2014 r.).

inwestycyjnych (gospodarczych) ze względu na ekonomiczne konsekwencje dokonania zmiany dostawcy na innego (ang. *switching costs*).

Zjawisko *vendor lock-in* występuje w szeroko rozumianym obrocie gospodarczym. O ile na tzw. wolnym rynku nie budzi ono nadzwyczajnych emocji i jest postrzegane jako efekt walki rynkowej podmiotów gospodarczych, o tyle na rynku zamówień publicznych ma szczególny wymiar, gdyż jego powstanie bardzo często przekłada się na fakt naruszenia podstawowych zasad leżących u podstaw systemu zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wypada podkreślić, że duża skala zjawiska *vendor lock-in* w zamówieniach publicznych IT³ wywiera znaczący wpływ na funkcjonowanie gospodarki danego kraju w aspekcie zidentyfikowania nieprawidłowości wydatkowania środków publicznych czy też faktycznego uprzywilejowania pewnej grupy wykonawców względem innych. Aspekty gospodarcze (ekonomiczne) wskazanego zjawiska nie stanowią przedmiotu analizy niniejszego opracowania, są jedynie pomocniczo poruszane w kontekście rozważań na temat możliwych skutków działań prawnych podejmowanych przez władze publiczne bądź zaniechań z ich strony.

Podstawowym zagadnieniem prawnym poddanym analizie w niniejszej pracy jest zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych. Wyjaśnienie źródeł prawa wspomnianej zasady, określenie jej treści, wskazanie sposobów jej realizacji w ramach krajowego i wspólnotowego systemu zamówień publicznych, a ostatecznie zestawienie tej zasady z typowym dla zamówień publicznych IT zjawiskiem *vendor lock-in* pozwoli sformułować ostateczne wnioski badawcze co do postulowanych zmian w powszechnie obowiązującym prawie oraz przyjęcia przez władze publiczne polityki gospodarczej w obszarze zamówień publicznych IT.

³ Skala zjawiska *vendor lock-in* wpłynęła na przygotowanie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, i udostępnienie w 2010 r. na stronie internetowej UZP, dokumentu *Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Rekomendacje*, UZP 2009, www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=2428 (dostęp: 10.09.2014 r.); później opublikowane jako *Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych. Rekomendacje Prezesa UZP, PARP, UZP*, Warszawa 2011, <http://www.parp.gov.pl/index/more/24858> (dostęp: 10.09.2014 r.). Również w Unii Europejskiej zjawisko to jest postrzegane jako istotny problem systemu zamówień publicznych, zob. *EC wants to improve procurement to avoid vender lock-in*, <http://www.osor.eu/news/ec-wants-to-improve-procurement-to-avoid-vender-lock-in> (dostęp: 10.09.2014 r.).

Objęcie niniejszym opracowaniem tylko jednej z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców, a pominięcie dogłębnej analizy drugiej zasady (uczciwej konkurencji) podyktowane jest przede wszystkim chęcią zachowania spójności i klarowności prowadzonych badań oraz przyjętych na ich podstawie wniosków. Ponadto taki zakres badań prawnych ma dodatkowy walor porządkujący. Warto bowiem zwrócić uwagę, iż zamieszczenie obu zasad w jednej jednostce redakcyjnej (art. 7 ust. 1 p.z.p.) niejednokrotnie powodowało, że obie zasady były mylnie traktowane jako pojedyncza zasada⁴. Niniejsza publikacja służyć ma w tej sytuacji podkreśleniu autonomicznego charakteru zasady równego traktowania wykonawców, w tym jej niewątpliwego związku z zasadą równości sformułowaną w art. 32 Konstytucji RP. Jednocześnie należy mieć świadomość, że analiza zjawiska *vendor lock-in* w zamówieniach publicznych IT prowadzi m.in. do wniosku, że ma ono istotne znaczenie dla obu zasad systemowych wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p. Naruszenie jednej z nich oznacza zarazem, w kontekście badanego zjawiska uzależnienia, że dochodzi również do naruszenia drugiej. W tym sensie wzajemny związek obu zasad jest niepodważalny, co znajduje potwierdzenie w piśmiennictwie⁵, jak też w dalszych rozważaniach prowadzonych w niniejszym opracowaniu.

Kolejną ważną przyczyną, z uwagi na którą podjąłem się przeprowadzenia niniejszej analizy, jest to, że żadne dotychczasowe działania w zakresie legislacji czy też stosowania prawa w Polsce nie przyniosły znaczącej poprawy w zakresie przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców przez zamawiających w zamówieniach publicznych IT. Należy przy tym zauważyć, że zamówienia te tworzą rynek zamówień publicznych w obszarze rozwiązań informatycznych (sprzętu informatycznego, komputerowego oraz oprogramowania), który w ostatnich latach, zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, cechuje się wydatkowaniem każdego roku wielomilionowych kwot przez pojedynczych

⁴ Na zjawisko łącznego traktowania zasad z art. 7 ust. 1 p.z.p. zwraca uwagę P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2007, s. 223–224.

⁵ Zob. *ibidem*; Z. Czarnik, *Zamówienia publiczne – po nowelizacji*, Infor, Warszawa 1998, s. 25, którego zdaniem „elementem tej zasady [równego traktowania wykonawców – przyp. aut.] jest również takie działanie zamawiającego, w którym nie narusza on zasady uczciwej konkurencji”.

zamawiających⁶. W Stanach Zjednoczonych wyłącznie rynek oprogramowania komercyjnego (własnościowego) w roku 2000 wyceniono, na podstawie osiąganych dochodów, na 171 mld dolarów, co stanowiło w tym okresie około 1/5 wartości przemysłu motoryzacyjnego. Dla porównania w tym samym okresie rynek produkcji filmowej wyceniono na 74 mld dolarów⁷. Dynamikę rozwoju rynku technologii informacyjno-komunikacyjnej (TIK) – ang. *information and communication technology*, ICT⁸ – które są bardzo ważnym motorem konkurencyjności oraz stanowią jeden z kluczowych sektorów przemysłu XXI w., pokazują dane z 2007 r., z których wynika, że wartość obrotów w branży ICT w Europie wyniosła 670 mld euro, a pracowało w niej ponad 5% ogółu zatrudnionych w Unii Europejskiej⁹. Niewątpliwie istotną część tego rynku obejmują transakcje dokonywane w obszarze zamówień publicznych IT, przy czym w wartościach ogólnych rynek zamówień publicznych w Polsce w 2009 r. objął swoim zakresem ponad 170 000 zamówień o łącznej wartości przekraczającej ponad 120 mld zł¹⁰. W 2011 r. w Polsce opublikowano ponad 200 000 ogłoszeń o udzieleniu zamówie-

⁶ Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Rekomendacje, s. 3.

⁷ D.S. Evans, B.J. Reddy, *Government preferences for promoting open-source software: A solution in search of a problem*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review 2003, nr 9, s. 324, <http://www.mttlr.org/volnine/evans.pdf> (dostęp: 10.09.2014 r.).

⁸ *Information and communications technology* (ICT) – pojęcie tłumaczone powszechnie jako technologie informacyjno-komunikacyjne, będące synonimem pojęcia IT (ang. *information technology*), jednak o szerszym znaczeniu, oznaczające wszelkie działania związane z produkcją i wykorzystaniem urządzeń telekomunikacyjnych i informatycznych oraz usług im towarzyszących, a także gromadzenie, przetwarzanie, udostępnianie informacji w formie elektronicznej z wykorzystaniem technik cyfrowych i wszelkich narzędzi komunikacji elektronicznej. Przyjęta w ramach strategii lizbońskiej przez Komisję Europejską w dniu 1 czerwca 2005 r. inicjatywa *i2010 – Europejskie społeczeństwo informacyjne na rzecz wzrostu zatrudnienia*, stwierdza m.in., że technologie informacyjne i komunikacyjne wykorzystywane w administracji publicznej, małych i średnich przedsiębiorstwach oraz gospodarstwach domowych są motorem trwałego wzrostu i warunkiem zbudowania społeczeństwa informacyjnego. Szerzej na temat etymologii ICT zob. http://en.wikipedia.org/wiki/Information_and_communications_technology (dostęp: 10.09.2014 r.).

⁹ Biała Księga. *Modernizacja normalizacji technologii informacyjno-komunikacyjnych w UE. Droga naprzód*, KOM(2009) 324 wersja ostateczna, EUR-Lex nr CELEX 52009DC0324.

¹⁰ *Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia*, PARP, UZP, Warszawa 2011, s. 18, <http://www.parp.gov.pl/files/74/81/469/12702.pdf> (dostęp: 10.09.2014 r.).

nia¹¹. W 2013 r. opublikowano ponad 181 000 ogłoszeń o udzieleniu zamówienia¹², zaś wartość rynku zamówień w tym roku w Polsce wyniosła ponad 143 mld zł¹³.

Mając na względzie powyższe okoliczności, postrzegam przyjętą przez władze publiczne postawę neutralną (bierną) względem przyczyn powstawania problemu zamykania zamawiających w obszarze produktów i usług jednego dostawcy – w tak istotnej dla gospodarki kraju sferze, jak zamówienia publiczne IT – jako zjawisko negatywne, które skutkuje podtrzymywaniem patologicznego uzależniania zamawiających w zamówieniach publicznych i przyczynia się do powszechnego naruszania przez zamawiających zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych.

Główną tezę opracowania, znajdującą potwierdzenie w analizowanym materiale prawnym, krajowym i europejskim orzecznictwie oraz w poglądach doktryny, jest stwierdzenie, że do pełnej realizacji zasady równego traktowania w zamówieniach publicznych IT niezbędna jest aktywna polityka władz publicznych w sferze zamówień publicznych IT z uwagi na negatywne zjawisko uzależniania zamawiających od pojedynczych dostawców, którego źródłem jest zderzenie modelu ochrony prawnej własności intelektualnej technologii informacyjno-komunikacyjnych z fundamentalnymi zasadami systemu zamówień publicznych. W ramach analizy ustalenia wymaga, czy instrumenty stosowane dotychczas w dziedzinie zamówień publicznych są wystarczające do zapewnienia realizacji podstawowej zasady systemu zamówień publicznych – zasady równego traktowania wykonawców.

Temat publikacji oraz związany z nim charakter badań przesądzają o wyborze w znacznym zakresie rozważań jako dominującej dogmatyczno-prawnej metody badawczej, polegającej na analizie obowiązujących aktów prawnych i orzecznictwa. Nie jest to jednak jedyna metoda badawcza zastosowana w opracowaniu. Została ona uzupełniona o analizę

¹¹ *Analizy systemowe. Biuletyn informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2011–30.12.2011*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2012, nr 1, s. 47, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1961> (dostęp: 10.09.2014 r.).

¹² Dane przedstawione na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, opracowane na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (stan na dzień 31 grudnia 2013 r.), <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2845> (dostęp: 10.09.2014 r.).

¹³ *Rynek zamówień publicznych wzrósł; najwięcej na roboty budowlane*, PAP, Puls Biznesu z 6 czerwca 2014 r., <http://www.pb.pl/3723420,17877,rynek-zamowien-publicznych-wzrosl-najwiec-na-roboty-budowlane> (dostęp: 10.09.2014 r.).

poglądów natury ekonomicznej, zwłaszcza w kontekście rynku produktów informatycznych oraz właściwych temu rynkowi praktyk wyłącznościowych. W pracy znalazły się również aspekty natury filozoficzno-prawnej wynikające z podziału rynku producentów oprogramowania na podmioty stosujące dwa skrajne modele biznesowe produkcji i dystrybucji produktów informatycznych, tj. model własnościowy oraz model wolnego oprogramowania. Drugi z wymienionych modeli biznesowych cechuje często postawa ideologiczna twórców i dystrybutorów oprogramowania. Analiza nie mogła obyć się bez wyjaśnień natury technicznej, przybliżających najważniejsze pojęcia, których rozumienie jest niezbędne do przedstawienia głównego problemu podlegającego analizie prawnej, tj. wpływu zjawiska *vendor lock-in* na realizację zasady równego traktowania wykonawców.

Bardzo ważny w kontekście przyjętych w publikacji postulatów działań prawnych jest aspekt doktrynalno-praktyczny, który pozwolił ująć zmiany zachodzące w modelach prawnej ochrony produktów programistyczno-technologicznych przyjmowanych na rynku. Oprócz *stricte* doktrynalnej analizy prawa opracowanie zawiera analizę prowadzonej polityki regulacyjnej na szczeblu wspólnotowym (unijnym) i krajowym, jak również uwzględnia raporty rynkowe, stanowiska wyrażone w dokumentach o charakterze studialnym, stanowiska podmiotów rynkowych, organizacji pozarządowych, fundacji, organizacji standaryzacyjnych itp., które składają się na rodzaj piśmiennictwa, które w Polsce nie jest szczególnie bogate, lecz stanowi bardzo ważny punkt odniesienia dla analizy problemu poszanowania zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych IT i może przyczynić się do zwiększenia aktywności podmiotów zarówno publicznych, jak i niepublicznych w sferze kreowania polityki państwa w zakresie stosunków gospodarczo-społecznych. Istotna część piśmiennictwa pochodzi z krajów wspólnotowych i Stanów Zjednoczonych, w których toczy się publiczna dyskusja na temat roli państwa w systemie zamówień publicznych IT oraz wpływu modelu prawnego ochrony własności intelektualnej na rozwój gospodarczy kraju.

Wyniki analizy prawnej odniesione zostały do praktyki przygotowywania i prowadzenia zamówień publicznych IT. Pozwoliło to na określenie specyfiki problemów zamówień publicznych IT, ściśle związanych z realizacją zasady równego traktowania, a w konsekwencji wysunięcie postulatów działań zaradczych polegających na spójnym określeniu rządowej polityki w obszarze zamówień publicznych IT.

Takie podejście znajduje odzwierciedlenie w poglądach nauki prawa oraz ośrodków badawczych funkcjonujących przy Komisji Europejskiej, przy czym w niniejszej publikacji uwzględniono również poglądy przeciwnie, które mają jednak charakter ogólnych zastrzeżeń niekoncentrujących się na szczególnych uwarunkowaniach systemu zamówień publicznych przyjętego w Polsce, zresztą w tym zakresie zgodnego ze wspólnotowym systemem zamówień publicznych. Dotychczasowe stanowisko doktryny (choć nieliczne) odnośnie do omawianego zagadnienia oraz przyjęta metoda badań determinują źródła wykorzystane w niniejszej pracy. Zagadnienie dyskutowane jest w oparciu o opracowania prawne, ekonomiczne i techniczne oraz własne doświadczenia zawodowe.

Struktura przyjętego modelu analizy prawnej w niniejszej pracy jest następująca. Praca składa się z sześciu rozdziałów.

Rozdział I zatytułowany „Problem uzależniania zamawiających od wykonawców (*vendor lock-in*) – specyfika zamówień publicznych IT” stanowi wprowadzenie do głównego problemu charakterystycznego dla zamówień publicznych IT. W ramach tego rozdziału przybliżone zostały źródła pochodzenia zjawiska *vendor lock-in* w wymiarze ekonomicznym, jako zjawiska wynikającego z mechanizmów walki rynkowej. Ponadto przybliżony został szczególny, negatywny aspekt tego zjawiska, a mianowicie jego wpływ na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Rozdział I ma charakter wprowadzający do problematyki zamówień publicznych IT, dlatego przede wszystkim w sposób ogólny sygnalizuje, jakie elementy zamówień publicznych IT będą przedmiotem dalszej analizy w ramach opracowania.

W rozdziale II zatytułowanym „Prawna ochrona własności intelektualnej w zakresie technologii informatycznych – specyfika przedmiotu zamówienia IT” przybliżony został system prawnej ochrony własności intelektualnej w obszarze tzw. rozwiązań informatycznych, ze szczególnym wyróżnieniem rozwiązań natury technicznej (ochrona patentowa technologii informacyjno-komunikacyjnych) oraz oprogramowania komputerowego (ochrona prawnoautorska). Aspekt prawnomaterialny popadania zamawiających w zależności od jednego dostawcy związany jest z istnieniem systemu ochrony prawnej rozwiązań informatycznych oraz programistycznych, które wchodzi w skład przedmiotu zamówienia, a które odpowiednio podlegają ochronie patentowej bądź prawnoautorskiej. Nagminne nieuwzględnianie powyższego aspektu ochrony prawnej elementów przedmiotu zamówienia lub niejednokrotnie nie-

uwzględnianie przez zamawiających zawilości prawnych wynikających z tej ochrony powoduje negatywne skutki w postaci zjawiska *vendor lock-in*. Częstość dopiero skuteczne skorzystanie (egzekwowanie) przez wykonawców z przepisów z zakresu ochrony patentowej regulowanej ustawą z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej¹⁴ czy też przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁵ (w przypadku ochrony prawnej programów komputerowych) uświadamia zamawiającym ich patową sytuację prawną i faktyczną, w jakiej się znaleźli.

W rozdziale III zatytułowanym „Zasada równego traktowania wykonawców w systemie zamówień publicznych w Unii Europejskiej i w Polsce” przedstawiono źródła pochodzenia zasady równego traktowania wykonawców, jak również ujęto zakres i treść wspomnianej zasady, z uwzględnieniem podziału na regulacje wspólnotowe oraz krajowe. Rozważania dotyczące zakresu oraz treści zasady równego traktowania prowadzą do stwierdzenia, iż ogólna zasada równości, w tym zasada równego traktowania, nie ma charakteru absolutnego i dopuszczalne są działania prawne kształtujące ramy wspomnianej zasady, w szczególności ze względu na występowanie tzw. cechy relewantnej, z uwagi na którą możliwe jest różnicowanie prawne podmiotów w ramach i w zgodzie z zasadą równości. Ponadto wnioskiem z przeprowadzonej analizy jest stwierdzenie, iż zasada równego traktowania wykonawców, wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p., z jednej strony pozostaje poza zakresem stosowania przysługującego każdemu prawa do równego traktowania przez władze publiczne (art. 32 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji RP), z drugiej zaś stanowi doprecyzowanie treści i zakresu generalnej zasady równości wynikającej z art. 32 Konstytucji RP, jako całości normatywnej, i zawiera się w tej zasadzie.

Rozdział IV zatytułowany „Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych IT w praktyce organów administracji polskiej” zawiera szczegółowe omówienie problemu, jakim jest zjawisko uzależniania się zamawiających od dostawców rozwiązań informatycznych, w świetle obowiązujących przepisów prawa w obszarze zamówień publicznych. Analiza problemu wymaga przedstawienia mechanizmu (przyczyn) popadania zamawiających w uzależnienie w świetle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, która stanowi reżim

¹⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410.

¹⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

prawny wyboru wykonawcy (dostawcy). Następnie omówione zostały przepisy prawa, zarówno w aspekcie proceduralnym, jak i materialnym, powodujące utrzymywanie stanu uzależnienia zamawiających. W szczególności w tej części opracowania przedstawione zostaną prawne przesłanki odstąpienia przez zamawiających od stosowania otwartych (konkurencyjnych) procedur przetargowych na rzecz niekonkurencyjnego trybu udzielania zamówień w tzw. trybie z wolnej ręki, który został uregulowany w art. 66–68 p.z.p., ze szczególnym uwzględnieniem przesłanek warunkujących skorzystanie z tego trybu przez zamawiających, zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a, b p.z.p. W rozdziale tym zestawiono zjawisko *vendor lock-in* z zasadą równego traktowania wykonawców, uwzględniając przede wszystkim dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz judykaturę sądów administracyjnych. Analiza orzecznictwa skłania do konstatacji, iż bierność władz publicznych w świetle zderzenia dwóch porządków prawnych – prawa zamówień publicznych z jednej strony i regulacji dotyczących praw wyłącznych z drugiej (prawo własności przemysłowej oraz ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych) – przyczynia się, w mojej ocenie, do pogłębiania zjawiska uzależnienia wykonawców, a na poziomie aksjologii prawa powoduje, w sposób zarówno pośredni, jak i bezpośredni, naruszenie zasady równego traktowania wykonawców sformułowanej w art. 7 ust. 1 p.z.p., a w pewnych przypadkach również ogólnej zasady równości sformułowanej w art. 32 Konstytucji RP. Analiza prawna w ramach tego rozdziału zawiera się w obszarze *de lege lata*.

W związku z powyższym na podstawie analizy przepisów, dokonanej faktografii oraz dotychczasowego orzecznictwa przedstawiona została teza niniejszego opracowania, która sprowadza się do stwierdzenia, iż w związku z powszechnym zjawiskiem uzależniania zamawiających od pojedynczych dostawców niepodjęcie przez władze publiczne działań mających ograniczyć to negatywne zjawisko w obszarze zamówień publicznych IT skutkuje jego podtrzymaniem. Argumentacja wskazująca na konieczność całkowitej neutralności, rozumianej jako obojętność (bierność) władz publicznych w stosunku do istniejącego zjawiska *vendor lock-in* w zamówieniach publicznych IT, stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Sformułowanie powyższej tezy opiera się na dokonanej w ramach niniejszego opracowania analizie, która prowadzi do przedstawienia propozycji rozwiązania problemu *vendor lock-in* w zamówieniach publicznych IT

w rozdziale V zatytułowanym „Propozycje rozwiązania problemu *vendor lock-in* z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców”.

W ostatnim rozdziale (VI) sformułowano propozycję koniecznych działań władz publicznych w celu eliminacji negatywnego zjawiska uzależniania zamawiających od wykonawców. W szczególności może to oznaczać podjęcie działań *de lege ferenda*, przy czym w rozdziale tym przedstawione zostały główne postulaty składające się na zarys proponowanej polityki rządowej w obszarze zamówień publicznych IT. W ramach postulowanych działań stanowiących główne elementy szeroko rozumianej polityki gospodarczej rządu władze publiczne powinny użyć proporcjonalnych – zgodnych z zasadą równego traktowania – instrumentów w celu skłonienia zamawiających do przeciwdziałania zjawisku *vendor lock-in*. Główne działania będą musiały polegać na opracowaniu dokumentów o charakterze rekomendacji oraz uruchomieniu procesu szkoleń.

Dalsze kroki w ramach postulowanej polityki rządowej, włącznie z wprowadzeniem stosownych regulacji powszechnie obowiązujących, mogą wynikać z konieczności koordynacji działań w obszarze zamówień publicznych IT z obszarem informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Działania legislacyjny sprowadzałyby się do odejścia od biernej postawy władz publicznych w stosunku do negatywnego zjawiska *vendor lock-in* na rzecz aktywności regulacyjnej o charakterze reformatorskim.

Granica działań regulacyjnych (interwencyjnych) jest zakres i treść zasady równości, stąd konstrukcja polityki rządowej w obszarze zamówień publicznych IT wymaga ważenia wartości, których ta reformatorska aktywność władz publicznych może bezpośrednio dotyczyć czy wręcz stanowić dla nich zagrożenie (skutkować ich ograniczeniem).

Problem uzależnienia się zamawiających od pojedynczych dostawców w zamówieniach publicznych IT jest zjawiskiem, które łączy w sobie problemy o charakterze faktycznym, opisywane przez ekonomistów, i fenomen prawny, gdy rozpatrywane jest w świetle regulacji systemu zamówień publicznych, w szczególności leżącej u podstaw systemu zasady równego traktowania wykonawców. Analiza zjawiska *vendor lock-in* nie tylko wymaga możliwie najbardziej wyczerpującego badania prawnego. W jej ramach podjąłem próbę określenia instrumentów prawnych, które mogą pomóc w jego ograniczeniu i w ostateczności

zmarginalizowaniu do poziomu zjawiska niemającego wpływu na polską gospodarkę w obszarze wydatkowania środków publicznych.

Podjęta przeze mnie próba opisanego negatywnego zjawiska *vendor lock-in* w świetle realizacji zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych IT oraz przedstawienia wskazówek wyjścia z patowej sytuacji, w jakiej od kilku lat znajdują się zamawiający, wpisuje się w ostatnio podejmowane działania strategiczne na szczeblu rządowym oraz w ramach Komisji Europejskiej. Chodzi m.in. o dokumenty¹⁶:

- 1) *Polska 2030. Trzecia fala nowoczesności. Polska cyfrowa*¹⁷, dokument przygotowany przez Zespół Doradców Strategicznych Prezesa Rady Ministrów;
- 2) *Europejska agenda cyfrowa*¹⁸, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 19 maja 2010 r.;
- 3) *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*¹⁹, dokument przygotowany we współpracy Ministerstwa Gospodarki oraz Urzędu Zamówień Publicznych, przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r.;
- 4) *Przewodnik po innowacyjnych rozwiązaniach w zamówieniach publicznych*²⁰, dokument opracowany w ramach inicjatywy PRO

¹⁶ Wymienione dokumenty mają charakter przykładowy i wskazują jedynie pewne tendencje w polityce gospodarczej zarówno Polski, jak i Unii Europejskiej. W dalszej części opracowania przywołane zostaną kolejne dokumenty różnej rangi.

¹⁷ Dokument dostępny na stronie internetowej Zespołu Doradców Strategicznych Prezesa Rady Ministrów: <http://www.zds.kprm.gov.pl/node/189> (dostęp: 10.09.2014 r.).

¹⁸ W komunikacie znajdują się postulaty m.in. budowania rozwiązań cyfrowych, internetowych na podstawie standardów uzgodnionych i wytworzonych przez europejski przemysł (wspieranie otwartych innowacji); KOM(2010) 245 wersja ostateczna, EUR-Lex nr CELEX 52010DC0245.

¹⁹ Dokument dostępny na stronie internetowej Ministerstwa Gospodarki: <http://www.mg.gov.pl/Wspieranie+przedsiębiorczosci/Polityki+przedsiębiorczosci+i+innowacyjnosci/Nowe+podejscie+do+zamowien+publicznych> (dostęp: 10.09.2014 r.).

²⁰ *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practice*, SEC(2007) 280 z dnia 23 lutego 2007 r., <http://ec.europa.eu/research/era/docs/en/ec-era-instruments-3.pdf> (dostęp: 10.09.2014 r.). Dokument będący wynikiem badań mających na celu wskazanie najlepszych sposobów dla rozwoju innowacyjnej gospodarki. Znajduje się w nim 10 rekomendacji, z których jedna dotyczy poszukiwania w zamówieniach publicznych najkorzystniejszego bilansu jakości przedmiotu zamówienia do ceny, w tym stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, w celu uzyskania najkorzystniejszego efektu z poniesionych nakładów finansowych.

INNO Europe²¹, nad którą opiekę sprawuje Dyrekcja Generalna do spraw Przedsiębiorców i Przemysłu Komisji Europejskiej²²;

- 5) *Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Rekomendacje*, wytyczne w zakresie prawidłowego udzielania zamówień publicznych IT opracowane i opublikowane przez Urząd Zamówień Publicznych w 2009 r.

Zespół Doradców Strategicznych Prezesa Rady Ministrów, kierowany przez dr. Michała Boniego, ministra – członka Rady Ministrów, przygotował w latach 2007–2011 wiele analiz i ocen sytuacji społeczno-ekonomicznej kraju, brał udział w opracowywaniu planów strategicznych rządu oraz formułował cele strategii gospodarczego i społecznego rozwoju kraju²³. Efektem prac zespołu jest m.in. pierwszy z wymienionych dokumentów, który zawiera w szczególności postulaty wykorzystania ICT w celu udostępnienia obywatelom zasobów będących w posiadaniu instytucji publicznych, co miałyby nastąpić m.in. poprzez „wdrożenie otwartych standardów udostępniania informacji publicznej w postaci elektronicznej”, jak również poprzez „regulacje gwarantujące neutralność technologiczną oraz wykorzystanie otwartych standardów w systemach administracji publicznej, zgodnie z podejściem przedstawionym w Europejskiej Agendzie Cyfrowej”²⁴.

Tendencje działań na rzecz kreowania nowoczesnej gospodarki opartej na rozwoju nowych technologii oraz wykorzystaniu instrumentów gospodarczych, politycznych i społecznych w celu wzrostu poziomu innowacyjności tej gospodarki nie mają wyłącznie charakteru krajowego, lecz również ogólnoeuropejski, na co wskazuje odwołanie w dokumentach strategicznych zespołu ministra M. Boniego do *Europejskiej agendy cyfrowej*²⁵. Te strategiczne dokumenty przekładają się jednak w zbyt małym stopniu na skonkretyzowane działania, w tym w obszarze odpowiedniego kształtowania systemu zamówień publicznych w Polsce.

²¹ Więcej informacji na temat PRO INNO Europe w witrynie internetowej: <http://cordis.europa.eu/innovation/en/policy/pro-inno.htm> (dostęp: 10.09.2014 r.).

²² Do głównych celów polityki prowadzonej przez Dyrekcję Generalną do spraw Przedsiębiorców i Przemysłu Komisji Europejskiej należy m.in. wspieranie innowacji w celu tworzenia nowych źródeł wzrostu gospodarczego czy też wspieranie tworzenia i rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw. Więcej zob. http://ec.europa.eu/enterprise/dg/index_en.htm (dostęp: 10.09.2014 r.).

²³ Więcej informacji na temat prac ZDS PRM w witrynie internetowej: <http://www.zds.kprm.gov.pl/> (dostęp: 10.09.2014 r.).

²⁴ *Polska 2030. Trzecia fala nowoczesności. Polska cyfrowa*, s. 135.

²⁵ Podobne podejście prezentuje Rafał Trzaskowski, następca ministra Boniego.

Kolejne dokumenty, powstające nieco poniżej szczybla strategicznego, jednakże dotyczące obszaru zarządzania publicznego (ang. *governance*), nie przynoszą wyraźnych (wymiernych) efektów w sferze właściwego stosowania czy tworzenia prawa w zakresie systemu zamówień publicznych²⁶. Przykładami działań na poziomie zarządzania publicznego są powyżej wymienione dokumenty nr 3–5.

W ramach niniejszej pracy staram się wykazać, że propozycje zmian systemu zamówień publicznych w obszarze zamówień publicznych IT wpisują się w strategiczne zamierzenia rządu na najbliższe dziesięciole-

²⁶ W chwili przygotowywania niniejszego opracowania w innych obszarach podjęto działania prawodawcze, przykładowo weszła w życie ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 84, poz. 455) dotycząca m.in. możliwości współpracy ośrodków akademickich poprzez tzw. centra naukowe w celu wsparcia prowadzenia badań, jak również umożliwienia komercjalizacji wyników badań, co może nastąpić przez zawiązanie spółki celowej. Podjęto również prace legislacyjne nad rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (tzw. ustawa *re-use*) z uwagi na konieczność wdrożenia przez Polskę dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego (Dz. Urz. UE L 345 z 31.12.2003, s. 90), których efektem było uchwalenie ustawy z dnia 16 września 2011 r. (Dz. U. Nr 204, poz. 1195 z późn. zm.). W chwili obecnej (2014 r.) Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji prowadzi działania zmierzające do stworzenia nowego projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego (ustawa *re-use*). Celem takiej ustawy byłaby implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/37/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. zmieniającej dyrektywę 2003/98/WE w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (Dz. Urz. UE L 175 z 27.06.2013, s. 1), a jednocześnie nowy sposób wdrożenia zmienionej dyrektywy w polskim porządku prawnym, który miałby zapewnić, że rozwiązania dotyczące ponownego wykorzystywania będą bardziej przejrzyste i łatwiejsze w stosowaniu. Jak podaje MaiC: „Przyjęta w 2013 r. dyrektywa stanowi wykonanie celów, o których mowa w Komunikacie (2011)882 *Otwarte dane – siła napędowa innowacji, wzrostu gospodarczego oraz przejrzystego zarządzania*. Dokument ten jest jednym z trzech opublikowanych przez Komisję Europejską w ramach pakietu *Open Data Package*, który zakłada lepsze wykorzystanie potencjału informacji sektora publicznego dla wzrostu konkurencyjności i innowacyjności gospodarki europejskiej”. Minister wyznaczył do dnia 17 czerwca 2014 r. termin konsultacji społecznych dotyczących projektu ustawy *re-use*, czyli Projektu założeń projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego, <http://mac.bip.gov.pl/projekty-aktow-prawnych/projekt-zalozen-projektu-ustawy-o-ponownym-wykorzystywaniu-informacji-sektora-publicznego.html> (dostęp: 10.09.2014 r.). Raport z konsultacji publicznych dotyczących Projektu założeń projektu ustawy o ponownym wykorzystaniu informacji sektora publicznego z dnia 23 lipca 2014 r. dostępny jest na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji: <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/220632> (dostęp: 10.09.2014 r.).

cia. Analiza dokumentów strategicznych skłania jednak do konstatacji, że na poziomie tworzenia strategii rozwoju gospodarczego nie wzięto pod uwagę możliwych do wykorzystania instrumentów prawnych, które z jednej strony pozwoliłyby na rozwiązanie problemu uzależniania zamawiających od wykonawców, z drugiej zaś w pełni wpisywałyby się w strategiczne plany rządowe wykorzystania systemu zamówień publicznych jako narzędzia kreowania rozwoju gospodarczego kraju, właśnie w kontekście tworzenia nowoczesnej gospodarki opartej na innowacyjnych produktach i usługach małych i średnich przedsiębiorstw, których udział w PKB (pomimo niskiego wskaźnika innowacyjności) wynosił w 2008 r. 46,9%²⁷. Według danych Eurostatu udział sektora przedsiębiorstw w PKB w Polsce wyniósł w 2010 r. 46,9%²⁸, zaś w 2011 r. – 47,3% i jest na nieco niższym poziomie niż przeciętna dla krajów Unii Europejskiej (48,3%)²⁹.

Reasumując, niniejsze opracowanie mogłoby stanowić podstawę podjęcia konkretnych działań w obszarze tworzenia polityki gospodarczej przy wykorzystaniu instrumentów prawnych w ramach systemu zamówień publicznych. Wybór instrumentów zależny jest od wyboru scenariusza działań władz publicznych, jednakże pozostawienie *status quo* w zamówieniach publicznych IT nie pozwoli na uporządkowanie i ograniczenie patologii w tej sferze. Tylko aktywna polityka gospodarcza rządu w tym obszarze stworzyłaby możliwość rozwiązania piętrzących się od ponad dekady problemów w obszarze zamówień publicznych IT (oraz w obszarze informatyzacji państwa), a zarazem wpisałaby się w cele już podejmowanych przez rząd działań na poziomie wdrażania przyjętych strategii rozwoju gospodarczego i społecznego kraju.

Stan prawny publikacji: 1 października 2014 r.

²⁷ Polska 2030 – Trzecia fala nowoczesności. Wyzwania rozwojowe dla Polski i polskich przedsiębiorców, Michał Boni, Szef Zespołu Doradców Strategicznych, Kongres Kadry 9 maja 2011 r., s. 32, <http://www.zds.kprm.gov.pl/raporty> (dostęp: 10.09.2014 r.).

²⁸ P. Chaber i in., *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce w latach 2011–2012*, PARP, Warszawa 2013, s. 15, <http://www.parp.gov.pl/files/74/81/626/18355.pdf> (dostęp: 10.09.2014 r.).

²⁹ *Ibidem*, s. 16.

Rozdział I

Problem uzależniania zamawiających od wykonawców (*vendor lock-in*) – specyfika zamówień publicznych IT

1. Uwagi ogólne

Zapewnienie prawidłowej realizacji zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych IT napotyka wiele trudności właściwych dla innych zamówień publicznych, bez względu na rodzaj przedmiotu zamówienia. Jednakże problematyka niniejszej pracy dotyczy przede wszystkim problemów w realizacji zasady równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych, których przedmiotem są produkty i usługi informatyczne.

W niniejszym rozdziale przedstawione zostały podstawowe zagadnienia charakterystyczne, a zarazem wynikające z procesu udzielania zamówień publicznych IT. Specyfika przygotowania i prowadzenia zamówień publicznych IT ściśle wiąże się z dostrzeżonym, m.in. przez Prezesa UZP i Krajową Izbę Odwoławczą, negatywnym zjawiskiem uzależniania zamawiających od produktów i usług pojedynczych dostawców (ang. *vendor lock-in*).

Zanim przeprowadzona zostanie szczegółowa analiza przyczyn oraz skutków powyższego problemu, a przede wszystkim jego wpływu na realizację podstawowej zasady systemu zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców, niezbędne jest wyjaśnienie zasadniczych zjawisk rynkowych, ich źródeł i terminologii, które składają się na siatkę pojęć pozwalającą na dogłębne zbadanie problematyki będącej przedmiotem niniejszej pracy. Problematyka udzielania zamówień publicznych IT w świetle zasady równego traktowania wykonaw-

ców oraz scharakteryzowanie zjawiska *vendor lock-in* wymagają opisanie wielu zagadnień faktycznych i prawnych w szerszym kontekście ekonomicznym, technicznym, a przede wszystkim prawnym, z uwzględnieniem regulacji dotyczących ochrony własności intelektualnej.

2. *Vendor lock-in* w świetle praktyk wolnorynkowych

Podając się do analizy zjawiska *vendor lock-in* w zamówieniach publicznych IT, w pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czym właściwie jest i jakie ma źródło zjawisko uzależniania nabywcy produktów lub usług od sprzedawcy (dostawcy). Poszukując odpowiedzi na to pytanie, nieuniknione staje się odwołanie do zjawisk gospodarczych regulowanych w ramach szeroko rozumianego prawa konkurencji.

Uzależnianie nabywców (konsumentów) od produktów lub usług sprzedawcy jest naturalnym zjawiskiem wynikającym z mechanizmów rynkowych. Wynika ono m.in. z naturalnego dążenia sprzedawców do maksymalizacji zysku. Sprzedawca stara się, aby raz zdobyty klient stale korzystał z jego produktów lub usług. Z perspektywy sprzedawcy idealną sytuacją (najbardziej korzystną ekonomicznie) jest całkowite uzależnienie klienta wyłącznie od jego produktów lub usług. „Ścieżka do uzależnienia”, jak twierdzą S.J. Liebowitz i S.E. Margolis³⁰, prowadzi przez różne mechanizmy, zarówno faktyczne (rynkowe), jak i prawne, przy czym uzależnienie może nastąpić również w warunkach swobodnego i świadomego podejmowania decyzji przez nabywców (zamawiających). Autorzy zwracają uwagę na istnienie trzech stopni (ścieżek) prowadzących do uzależnienia. Trzy stopnie ściśle wiążą się z początkowymi decyzjami podejmowanymi przez nabywców oraz z początkowymi warunkami wejścia na ścieżkę uzależnienia.

Pierwszy, najniższy stopień uzależnienia wiąże się z podjęciem przez nabywcę jakiegokolwiek decyzji o zakupie produktu lub usługi, w wyniku której ponoszone są koszty transakcji, które w naturalny sposób wiążą strony tej transakcji. W takiej sytuacji trudno mówić o negatywnym zjawisku uzależnienia, gdyż nawet z perspektywy czasu ocena działania nabywcy może być wciąż uznawana za racjonalną (nawet jeśli inicjalnie nie była podjęta na podstawie racjonalnych

³⁰ S.J. Liebowitz, S.E. Margolis, *Path dependence, lock-in, and history*, <http://www.utdallas.edu/~liebowit/paths.html> (dostęp: 10.09.2014 r.).

przesłanek) i optymalną z punktu widzenia korzyści ekonomicznych nabywcy. Drugi stopień uzależnienia wiąże się z brakiem dostatecznej informacji o rynku w trakcie podejmowania decyzji zakupowej. Przykładowo brak informacji (wiedzy) o możliwych produktach lub usługach substytucyjnych powoduje, że pierwotna decyzja w chwili jej podjęcia wydawała się optymalna. Pierwotna decyzja podjęta bez pełnej wiedzy o możliwych alternatywnych rozwiązaniach prowadzi po pewnym czasie do uznania jej za decyzję błędną, przy czym nie jest możliwe cofnięcie zapadłej decyzji oraz uniknięcie już poniesionych kosztów transakcji, co byłoby możliwe w przypadku pierwotnego wyboru alternatywnych decyzji. Trzeci i najwyższy stopień uzależnienia dotyczy inicjalnie podjętej błędnej decyzji zakupowej powodującej nieefektywność poniesionego wydatku, przy czym w chwili jej podejmowania kupujący miał możliwość podjęcia innej, korzystniejszej decyzji zakupowej, która jednak nie została podjęta.

Charakterystyczne dla dwóch pierwszych przypadków wejścia na ścieżkę uzależnienia jest to, że decyzja kupującego w chwili jej podejmowania nie mogła być inna, natomiast wybór trzeciej ścieżki uzależnienia był możliwy do uniknięcia. Ponadto dwa pierwsze stopnie uzależnienia występują powszechnie jako typowe zjawiska rynkowe, trzeci z nich występuje zdecydowanie rzadziej i jednocześnie niesie za sobą określone negatywne skutki dla nabywców, co w skrajnym przypadku może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z tzw. niedoskonałością lub ułomnością rynku³¹.

Przyczyny uzależnienia można upatrywać w cechach fizycznych i prawnych produktu, standardzie lub technologii, składających się na produkt bądź usługę, które mogą mieć nieodwracalny wpływ na osta-

³¹ Niedoskonałość lub ułomność rynku, czasem używane jest również pojęcie „zawodność rynku” (ang. *market failure*, *market imperfections*), w teorii ekonomii oznacza sytuację, w której na rynku konkurencja ulega ograniczeniu bądź następuje jej eliminacja. Wskazuje się również, że jest to sytuacja, w której mechanizm rynkowy nie prowadzi do efektywnej alokacji zasobów. Zaistnienie zawodności rynku jest często argumentem na rzecz interwencji państwa na tym rynku. Dlatego kluczowe jest ustalenie, czy w konkretnej sytuacji mamy do czynienia z zawodnością rynku, czy też dane zjawisko (zawodność) zostanie pod wpływem mechanizmów rynkowych usunięte. Mechanizm interwencji państwa w sytuacji zawodności rynku jest często kwestionowany z uwagi na istnienie zjawiska zawodności państwa (ang. *government failure*). Zob. B. Targański, *Ochrona...*, s. 26. Szerzej na temat pojęcia zawodności rynku zob. *Zawodność rynku*, Wikipedia, http://pl.wikipedia.org/wiki/Zawodno%C5%9B%C4%87_ryнку (dostęp: 10.09.2014 r.).