

E-URZĄD I PRAWO

32__Prawo opcji na zakup oprogramowania

34__Administracja publiczna jako wiarygodne źródło danych

38__Cyfrowy wymiar urzędu

41__Jak podpisać sprawozdanie wysłane przez ePUAP

Prawo opcji na zakup oprogramowania

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Instytucje publiczne, chcąc sprawnie realizować swoje zadania, muszą regularnie zaopatrywać się w oprogramowanie komputerowe. Można je zakupić, korzystając z zamówienia uzupełniającego lub z prawa opcji.

Piotr Schmidt

Urzędy, kupując sprzęt komputerowy, muszą jednocześnie kupować oprogramowanie umożliwiające korzystanie z tego sprzętu. Bywa też tak, że chcąc realizować inne zadania, muszą kupować samo oprogramowanie, np. graficzne lub wyspecjalizowane programistyczne. Niezależnie od sytuacji zawsze należy kupować oprogramowanie wraz z licencją. Od producenta sprzętu natomiast zależy, jak prowadzi swoją politykę licencyjną, a mianowicie czy oferuje licencje wraz z oprogramowaniem dla nieokreślonej liczby użytkowników tego konkretnego oprogramowania, czy też liczba użytkowników mogących legalnie korzystać z oprogramowania jest ograniczona. Powyższe determinuje sposób kupowania tych produktów przez zamawiających.

Zamawiającymi są te podmioty, które przy zakupowaniu dysponują środkami publicznymi – są to przede wszystkim

jednostki sektora finansów publicznych, o których mowa w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 885 ze zm.). Oznacza to, że zakupy muszą być wykonywane za pośrednictwem systemu zamówień publicznych, regulowanego ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 907 ze zm.; pzp).

Planowanie użytkowania oprogramowania

Pzp w szczególny sposób reguluje kwestie kupowania oprogramowania i licencji. W stosunku do oprogramowania trzeba stosować standardowe zasady i regulacje pzp, w tym w zakresie dopuszczalnego, maksymalnego terminu, na jaki może zostać zawarta umowa w omawianym przedmiocie. Inaczej rzecz się ma z licencjami na oprogramowanie, ponieważ art. 143 ust. 1 pkt 5 pzp jednoznacznie wskazuje, że na czas

nieoznaczony może być zawierana umowa, której przedmiotem są dostawy licencji na oprogramowanie komputerowe. Taka konstrukcja przepisów ma swoje uzasadnienie. Mianowicie dostawa oprogramowania jako takiego jest prostą czynnością polegającą na przeniesieniu prawa władania tym oprogramowaniem z producenta na użytkownika, w związku z czym konieczna jest jedynie krótkoterminowa umowa. Natomiast korzystanie z oprogramowania wymaga dysponowania licencją, a ponieważ zamawiający najczęściej nie wie, jak długo takie oprogramowanie będzie wykorzystywał, ustawodawca słusznie założył, że musi istnieć możliwość kupowania na czas nieokreślony licencji umożliwiających legalne korzystanie z oprogramowania. Wyrazem tego jest właśnie regulacja art. 143 pzp.

Każde oprogramowanie starzeje się niebywale szybko, dlatego musi być regularnie aktualizowane. Przeważnie każda taka aktualizacja wymaga poniesienia

kolejnych kosztów przez zamawiającego. Przecież producent oprogramowania nie zgodzi się, by zamawiający samodzielnie wprowadzał modyfikacje. Zamawiający muszą więc dokładnie planować i przewidywać konieczność aktualizacji oprogramowania już na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na oprogramowanie w „wersji wyjściowej” tak, by uniknąć w przyszłości konieczności zawierania odrębnych umów, których przedmiotami będą kolejne aktualizacje posiadane go już oprogramowania. Pzp przewiduje dwa możliwe sposoby rozwiązania postawionego problemu: zamówienia uzupełniające albo prawo opcji.

Lepsza opcja

Obie wskazane wyżej metody mają swoje zalety i wady, jednak w przypadku aktualizacji oprogramowania i zakupu nowych licencji lepsze wydaje się zastosowanie prawa opcji. Możliwość zastosowania prawa opcji została implementowana do polskiego systemu zamówień publicznych dyrektywą 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 (tzw. dyrektywa klasyczna). Niestety, pzp o prawie opcji wspomina tylko w jednym artykule, nie dając jakiegokolwiek jego definicji legalnej. Zgodnie z art. 34 ust. 5 pzp zamawiający realizujący zamówienie na dostawy lub usługi przy szacowaniu wartości zamówienia musi uwzględnić największy możliwy zakres tego zamówienia wraz z prawem opcji, jeżeli je przewiduje.

Zastosowanie prawa opcji daje zamawiającemu możliwość poszerzenia zakresu realizowanej umowy, zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może natomiast prowadzić do zmniejszenia zakresu udzielanego zamówienia publicznego. Zastosowanie prawa opcji zależy tylko i wyłącznie od woli zamawiającego, zatem wykonawca nie może sobie rościć prawa do realizacji tej części zamówienia, objętego opcją. Opisując przedmiot zamówienia, zamawiający określa minimalny zakres zamówienia, jaki na pewno będzie musiał

zrealizować wykonawca, każde natomiast świadczenie ponad podane minimum stanowiłoby opcję.

Opcja musi być związana z przedmiotem zamówienia, nie jest jednak ograniczona wartością procentową w stosunku do wartości zamówienia podstawowego, tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień uzupełniających. Zamawiający musi zatem w siwz precyzyjnie określić zakres przewidywanej opcji. Natomiast wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno, oraz tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

Jedynie minimalne zobowiązanie

Prawa opcji nie można utożsamiać z instytucją zamówień uzupełniających. Zamówienie uzupełniające stanowi rozszerzenie wielkości świadczenia określonego

zarówno z prawa opcji, jak i z zamówień uzupełniających, o ile zostaną one przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Ma to być gwarancją rzetelnego opisanie przedmiotu zamówienia oraz wycenienia go w sposób właściwy. Urząd Zamówień Publicznych słusznie podkreśla, że instytucja prawa opcji różni się w sposób zasadniczy od zamówień uzupełniających. Prawo opcji nakłada na zamawiającego obowiązek realizacji zamówienia jedynie w zakresie minimalnym określonym w umowie, a rozszerzonym o przewidzianą i wyczerpująco opisaną opcję. Wszystko na podstawie jednej umowy. Zamówienie uzupełniające jest dodatkową umową, zawartą po przeprowadzeniu procedury w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Bez dodatkowych postępowań i umów

Z punktu widzenia ekonomiki funkcjonowania zamawiającego realizującego zamówienia na dostawę oprogramowania

Zastosowanie prawa opcji daje zamawiającemu możliwość poszerzenia zakresu realizowanej umowy, zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie może natomiast prowadzić do zmniejszenia zakresu udzielanego zamówienia publicznego.

w zamówieniu podstawowym. Stosując prawo opcji, zamawiający opisuje jedynie przedmiot zamówienia, uwzględniając zakres, jaki może zostać zrealizowany w ramach opcji. Zastosowanie prawa opcji nie może być przez zamawiającego wykorzystane do bezprawnego poszerzenia zakresu zamówienia poza zakres opisany w siwz.

Gdy zamawiający uzna za konieczne skorzystanie z prawa opcji, nie będzie zobowiązany zawrzeć dodatkowej umowy w tym przedmiocie. Wszystkie kwestie dotyczące opcji powinny być opisane w umowie podstawowej. Ewentualne zmiany będą możliwe tylko wtedy, gdy uprzednio zostaną przewidziane i opisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający może korzystać, zgodnie ze swoją wolą,

najwłaściwsze będzie zastosowanie prawa opcji w zakresie aktualizacji oprogramowania i zakupu ewentualnych licencji w tym zakresie. Zamawiający unika w ten sposób konieczności przeprowadzania dodatkowych postępowań zamówieniowych i zawierania kolejnych umów. Musi jednak w sposób jasny i klarowny opisać, na czym będzie polegać opcja oraz jaki będzie zakres minimalnego świadczenia, które ma zrealizować wykonawca. **IT**

.....
Autor jest kierownikiem Sekcji Zamówień i Kontroli w Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu. Doktorant w Zakładzie Prawa Administracyjnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, pasjonat prawa zamówień publicznych i prawa ochrony zabytków.