

Ryszard Michalski
Rafał Malujda

Analiza rynku zamówień publicznych na narzędzia informatyczne

w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2011 r.



Ryszard Michalski
Rafał Malujda

Analiza rynku zamówień publicznych na narzędzia informatyczne w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2011 r.

Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania

Poznań 2011

Projekt "Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej" jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.

Patronat honorowy

Partner merytoryczny



Autorzy:

Ryszard Michalski – część I i II

Rafał Malujda – część III i IV

Rafał Malujda – radca prawny, prowadzi Kancelarię Radcy Prawnego w Szczecinie. Specjalizuje się w prawie własności intelektualnej, nowych technologii oraz prawie morskim. Doradca w zakresie umów na systemy informatyczne (w tym kontrakty wdrożeniowe, CRM, ERP), umów outsourcingowych, umów licencyjnych i innych modeli korzystania z rozwiązań informatycznych (w tym SaaS i inne w modelu cloud computing). Ekspert z zakresu zamówień publicznych na rozwiązania informatyczne. Uczestniczy w procesach transferu technologii z jednostek naukowych do gospodarki. Poza tym posiada bogate doświadczenie przy realizacji projektów gospodarczych, zarówno krajowych jak i międzynarodowych oraz wdrażaniu systemów międzynarodowej optymalizacji podatkowej. Współpracuje m.in. ze Szczecińskim Parkiem Naukowo-Technologicznym oraz Regionalnym Centrum Innowacji i Transferu Technologii Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego. Ekspert wiodący ds. Prawa w Fundacji Wolnego i Otwartego Oprogramowania (FWiOO), doradca i członek stowarzyszenia Szczecińska Grupa Użytkowników Linuksa i Uniksa (SzLUUG).

Ryszard Michalski – specjalista ds. organizacyjnych w projekcie „Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej” realizowanego przez Fundację Wolnego i Otwartego Oprogramowania.

Korekta

Grzegorz Kmita

Skład

Karolina Bartołod-Michalak

Fotografie

<http://www.sxc.hu/browse.phtml?f=download&id=423885> - okładka

<http://www.flickr.com/photos/philschatz/312633642/> - s. 2

<http://www.flickr.com/photos/iammoen/5979499820/in/photostream/> - s. 3

<http://www.sxc.hu/browse.phtml?f=download&id=270161> - s. 10

<http://www.sxc.hu/photo/772415> - s. 17

<http://www.sxc.hu/browse.phtml?f=download&id=657024> - s. 18

Wydawca

Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania

ul. Staszica 25/8, 60-524 Poznań

tel.: + 48 61 624 34 74, +48 61 623 25 36

fax: +48 61 623 25 04

e-mail: info@fwioo.pl

www.fwioo.pl

Poznań 2011

Zastrzeżenie prawne: stan prawny na dzień 29.07.2011 r.

Projekt “Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej” jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.



I/ Wprowadzenie

Rynek zamówień publicznych na rozwiązania IT cały czas podlega w Polsce dynamicznemu rozwojowi. Ma na to wpływ zarówno realizowany w latach 2007-2010 Plan Informatyzacji Państwa (obecnie trwają prace nad rozwojem i kontynuacją tej strategii), a także alokacja ogromnych środków unijnych na unowocześnianie administracji. To wszystko wpływa na to, iż w ostatnich latach wydatki sektora publicznego na oprogramowanie i sprzęt informatyczny są na tak wysokim poziomie, że w znaczący sposób kształtują cały rynek informatyczny w Polsce.

Niniejszy raport jest efektem prac mających na celu systematyczny monitoring zamówień publicznych pod kątem ich konstrukcji i opisu. Celem tych działań było określenie ile z tych przetargów ogłoszono z naruszeniem przepisów prawa i wskazanie jakiego typu nieprawidłowości najczęściej w nich występują. Na potrzeby publikacji skontrolowanych zostało łącznie 100 największych przetargów na rozwiązania IT opublikowanych w pierwszym półroczu 2011 roku. Pod lupę brane były przetargi ogłoszone w administracji na wszystkich szczeblach: lokalnym, wojewódzkim jak i centralnym.

W przedstawionym raporcie z jednej strony określona została obecna skala nieprawidłowości występująca w ogłaszanych zamówieniach publicznych, z drugiej - zaprezentowane zostały najczęściej popełniane błędy przy konstruowaniu przetargów. Z założenia taka forma i zawartość publikacji ma uczulić przedstawicieli sektora publicznego na rozpisywanie w przyszłości przetargów w zgodzie z obowiązującymi przepisami, tym samym przyczyniając się do zdecydowanie większej transparentności zamówień publicznych.

I.1 / Założenia metodologiczne

Zebrane w ramach niniejszego raportu dane dotyczą zamówień publicznych ogłoszonych w pierwszym półroczu 2011 roku. Łącznie wstępnej analizie podległo 100 największych przetargów opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (tzw. TED – Tenders Electronic Daily). Wszystkie zebrane przetargi zostały zanalizowane pod kątem statystycznym, a dodatkowo z całej puli zostało wybranych 50 przykładowych i najbardziej spektakularnych, które zostały zbadane pod kątem prawnym. Zbieranie danych do raportu polegało na codziennym monitoringu ogłaszanych przetargów i gromadzeniu wszelkiej dokumentacji i informacji na ich temat. Dane pozyskiwano zarówno spod strony internetowej TED, jak i od poszczególnych instytucji publikujących ogłoszenia. Do analizy wybierane były zamówienia na rozwiązania IT, a w szczególności na oprogramowanie i aplikacje dedykowane. Wartość przetargów była określona na podstawie opublikowanych wyników postępowań oraz w oparciu o oszacowania rynkowej wartości zamawianych usług bądź produktów.

W całym zestawieniu brane pod uwagę były przetargi, których kwota przekraczała progi unijne określone zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy PZP. Ich wysokość ustalana jest w drodze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Obecnie, zgodnie z rozporządzeniem z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U.09.224.1795) wspomniane progi kształtują się na poziomie 125 000 euro netto dla zamawiających z sektora finansów publicznych, 193 000 euro netto dla zamawiających szczebla lokalnego (tj. urzędy, instytucje, jednostki samorządowe itp.), 387 000 euro netto dla zamawiających szczebla rządowego.

W przypadkach, w których zamawiający szacowali wartość zamówień w walucie euro zostały one przeliczone na złote po kursie 3,839, co wynika z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz.U.09.224.1796).

W celu ujednolicenia prezentowanych kwot, w całym raporcie będą one podawane w złotych dla wartości brutto.

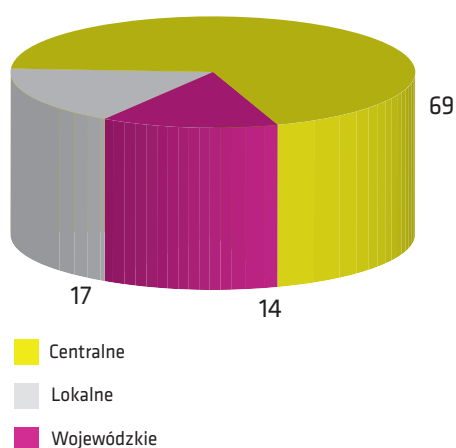


II/ Analiza ilościowa

II. 1 / Liczba i wartość przetargów

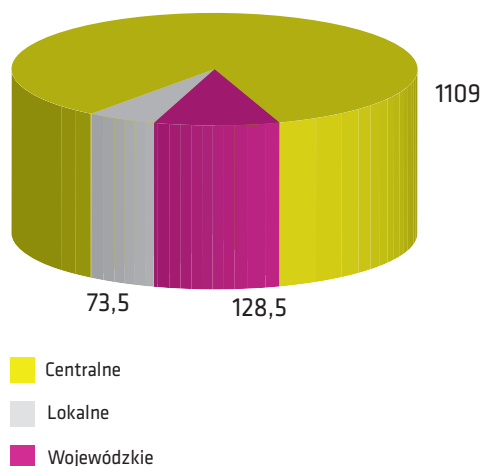
Do sporządzenia niniejszego raportu wybrano łącznie 100 największych przetargów ogłoszonych w Polsce pierwszym półroczu 2011 roku. Z całej puli analizowanych zamówień publicznych 69 zostało ogłoszonych przez organy administracji centralnej, 14 – wojewódzkiej a 17 – lokalnej.

Lokalizacja ogłaszanych przetargów



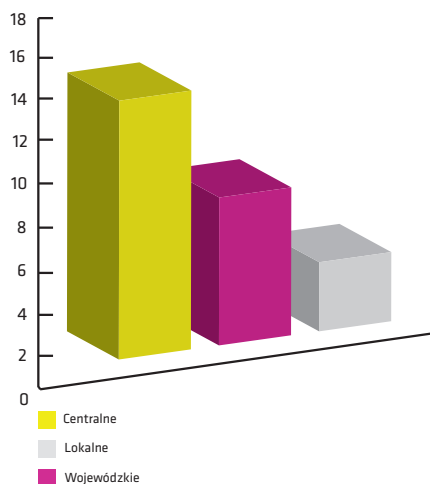
Łączna oszacowana wartość wszystkich przetargów wyniosła ok. 1 311 mln zł. Z tej puli zdecydowanie największą wartość miały zamówienia ogłaszane przez administrację centralną (69 przetargów o wartości ok. 1 109 mln zł), kolejne były te zamieszczane przez instytucje wojewódzkie (14 zamówień o wartości ok. 128,5 mln zł) oraz ogłaszane przez organy administracji lokalnej (17 przetargów o wartości ok. 73,5 mln zł).

Wartość ogłaszanych przetargów w mln zł



Średnia wartość ogłaszanych zamówień równała się ok. 13,1 mln zł. W przetargach ogłaszanych przez organy administracji centralnej średnia ich wartość wynosiła blisko 16,1 mln zł. Mniejszą średnią kwotę osiągały zamówienia publikowane przez instytucje wojewódzkie – blisko 9,2 mln zł, a zdecydowanie najmniejsze wartości miały przetargi ogłaszane przez administrację lokalną – nieco ponad 4,3 mln zł.

Średnia wartość ogłaszanych przetargów w mln zł



W całym zestawieniu 100 największych przetargów widać ogromną dysproporcję pomiędzy największym a najmniejszym zamówieniem ujętym w raporcie. Zdecydowanie pod względem wartości wyróżnia się przetarg ogłoszony przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia na zaprojektowanie, realizację i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu *Elektroniczna Platforma Gro-madzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych*. Kwota przetargu została oszacowana przez zamawiającego na poziomie blisko 442 mln zł! Kolejny w zestawieniu jest Główny Urząd Geodezji i Kartografii, który prace związane z realizacją projektu *GBDOT – Budowa i prowadzenie Georeferencyjnej Bazy Danych Obiektów Topograficznych – Opracowanie i aktualizacja bazy danych obiektów topograficznych dla obszaru 9 województw* oszacował na blisko 72,5 mln zł. Trzeci w zestawieniu jest przetarg ogłoszony przez Ministerstwo Finansów na „Dostawę sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie, oraz migrację systemów informatycznych resortu”. Jego szacowana wartość przekracza 64 mln zł. Z kolei przetarg zamykający całe zestawienie osiągnął wartość ok. 1 mln zł.

Zestawienie 10 największych przetargów:

Poz.	Nazwa instytucji:	Zasięg:	Przedmiot zamówienia:	Szacowana kwota zamówienia:
1.	Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia	Centralny	Zaprojektowanie, realizacja i nadzór gwarancyjny systemów w ramach Projektu „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych”	441,82 mln zł
2.	Główny Urząd Geodezji i Kartografii	Centralny	Prace związane z realizacją projektu GBDOT – Budowa i prowadzenie Georeferencyjnej Bazy Danych Obiektów Topograficznych “Opracowanie i aktualizacja bazy danych obiektów topograficznych dla obszaru 9 województw	72,48 mln zł
3.	Ministerstwo Finansów	Centralny	Dostawa sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie, oraz migracja systemów informatycznych resortu finansów	64,22 mln zł
4.	Centralny Zarząd Służby Więziennej	Centralny	Usługa transmisji danych poprzez sieć WAN	55,25 mln zł
5.	Województwo Opolskie	Wojewódzki	Realizacja projektu “Opolska eSzkoła, szkołą ku przyszłości” i “Opolska eSzkoła, szkołą ku przyszłości” - etap II.	54,53 mln zł
6.	Ministerstwo Finansów	Centralny	Zakup usługi utrzymania oraz Rozwoju Informatycznego Systemu Obsługi Budżetu Państwa Trezor	42,50 mln zł
7.	Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia	Centralny	Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu P2.	37,86 mln zł
8.	Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego	Wojewódzki	Pełnienie funkcji Generalnego Wykonawcy w zakresie dostawy sprzętu komputerowego, aplikacji internetowych, systemu elektronicznego obiegu dokumentów, realizacji prac wdrożeniowych oraz szkoleń związanych.	27,62 mln zł
9.	Ministerstwo Sprawiedliwości	Centralny	Budowa systemu usług elektronicznych MS, w tym uruchomienie usług dla przedsiębiorców i osób fizycznych, poprzez dostęp elektroniczny do wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, Biura Monitora Sądowego i Gospodarczego.	26,80 mln zł
10.	Główny Urząd Geodezji i Kartografii	Centralny	Implementacja węzłów Infrastruktury Informacji Przestrzennej w celu zapewnienia dostępu do danych i dokumentów Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego oraz wytworzenie dedykowanych narzędzi do obsługi modułów mapowych.	26,05 mln zł

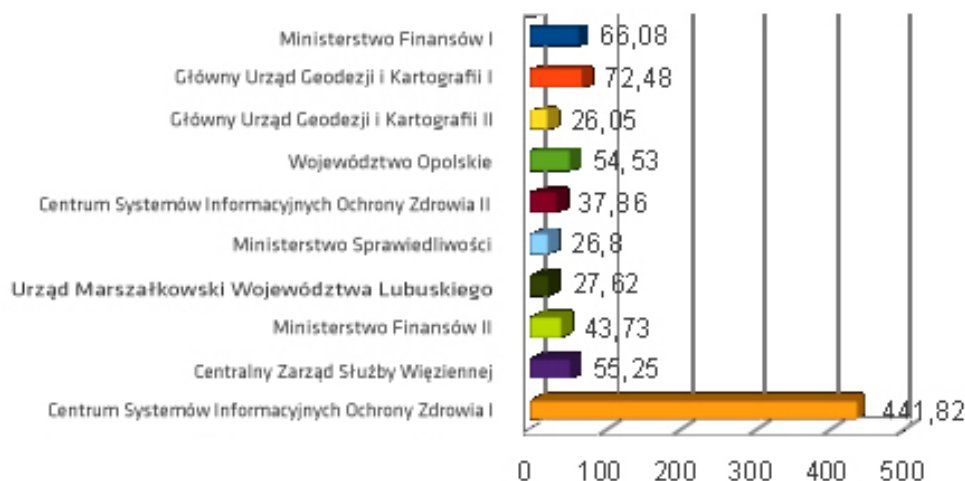
Z przedstawionych zestawień wynika, iż zdecydowanie największą wartość mają przetargi ogłaszane przez organy administracji centralnej. Należy przy tym pamiętać, że z oczywistych względów dysponują one największymi budżetami i zatrudniają odpowiednio dużą liczbę pracowników, co wiąże się z koniecznością wyposażenia ich w niezbędny sprzęt IT i odpowiednie oprogramowanie. Większe nakłady w centralnych instytucjach publicznych wynikają również z tego, że poza typowym wyposażaniem stanowisk urzędniczych, lwią część przetargów stanowią zlecenia wykonania różnego rodzaju aplikacji i systemów informatycznych, które w przypadku administracji centralnej wiążą się często z koniecznością zintegrowania dużej liczby użytkowników, zlokalizowanych w całym kraju, a niekiedy również poza nim. Ponadto ze względu na specyfikę danych instytucji (jak przykładowo Najwyższa Izba Kontroli czy Agencja Mienia Wojskowego) i szczególne rodzaje działań jakie wykonują, wymagają często tworzenia programów dedykowanych dla określonego zamawiającego. Dla potencjalnych wykonawców wiąże się to bardzo często z koniecznością pisania danych aplikacji czy systemów od nowa, gdyż na rynku nie funkcjonują do tej pory. Ponadto np. w przypadku Komendy Głównej Policji czy konkretnych resortów – zamawiane systemy informatyczne muszą spełniać określone wymogi bezpieczeństwa co również czyni takie usługi bardziej skomplikowanymi. Te wszystkie aspekty wpływają na to, iż rozwiązania IT dla instytucji centralnych są relatywnie droższe, a ogłaszane przez nie przetargi osiągają statystycznie wyższe wartości od tych publikowanych przez organy administracji wojewódzkiej czy lokalnej. Zresztą podobne zależności można również zauważyć, porównując średnie kwoty, jakie osiągają przetargi ogłaszane przez instytucje wojewódzkie względem lokalnych, gdzie te pierwsze osiągają wartość średnio niemal 2,5-krotnie większą.

Z drugiej strony warto zauważyć, że mimo tych różnych średnich wartości, w całym zestawieniu 100 największych przetargów aż 17 zostało ogłoszonych przez organy administracji lokalnej. Wynika to głównie faktu, iż w ostatnich latach instytucje tego szczebla zwiększyły swoją aktywność w poszukiwaniu i aplikowaniu o fundusze unijne (w treści ogłoszeń przetargowych są zamieszczone informacje, iż dane zamówienie jest współfinansowane ze środków unijnych). Dzieje się tak zarówno dlatego, że przedstawiciele administracji lokalnej nabyli doświadczenie i umiejętności niezbędne do sporządzania wniosków aplikacyjnych oraz wyspecjalizowali się w ubieganiu się o fundusze z konkretnych programów (w wielu miastach powstały nawet specjalne biura piszące wnioski na zamówienie wydziałów urzędów), ale również dlatego, że w ostatnich latach wielkość funduszy unijnych przeznaczonych dla Polski jest dwukrotnie wyższa od tych przekazywanych przed i zaraz po przystąpieniu Polski do UE (według danych firmy Deloitte – w latach 2007-2013 udział Polski w alokacji funduszy unijnych wzrósł o 200% w stosunku do okresu 2000-2006).

II.2 / Tryb postępowania

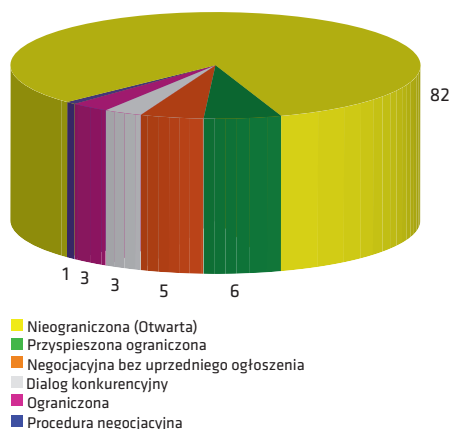
Wśród wszystkich 100 przeanalizowanych przetargów zamawiający skorzystali z różnych trybów postępowania. W zdecydowanej większości (82 przypadki) wybrali opcję przetargu nieograniczonego (tzw. tryb otwarty). W 9 przypadkach skorzystano z tzw. trybów ograniczonych (w tym w sześciu sytuacjach z opcji przetargu ograniczonego przyspieszonego, w trzech z przetargu ograniczonego), w 3 przetargach zamawiający zdecydował się na dialog konkurencyjny a w 1 przypadku skorzystano z procedury negocjacyjnej.

Zestawienie 10 największych przetargów w mln zł



Z kolei w 5 przypadkach zamawiający procedowali w jednym z najbardziej „zamkniętych” trybów, tj. negocjacji bez ogłoszenia, jednakże skorzystali ze specjalnego trybu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, tzw. ogłoszenia ex ante.

Tryb postępowań w procentach



Z przedstawionych danych wynika, iż zamawiający w zdecydowanej większości przetargów stosują tryby nieograniczone a więc konkurencyjne, teoretycznie umożliwiając w ten sposób udział w postępowaniach niemal każdemu zainteresowanemu. Jednak często w ogłoszeniach stosowane są wybiegi niejako ograniczające udział wszystkim zainteresowanym. O ile stosowanie wadium jest w wielu przypadkach uzasadnione (przykładowo jako element zabezpieczający przed ewentualnym wycofaniem się wykonawcy ze złożonej oferty) i przy tym ustawowo regulowane (wysokość wadium musi być ustalona w przedziale 0,5–3,0% szacowanej wartości zamówienia – warto jest przy tym odnotować, iż według badań przeprowadzonych przez Fundację Wolnego i Otwartego Oprogramowania przy sporządzaniu niniejszego raportu wadium stanowi średnio 1,81% wartości badanych zamówień), o tyle częste stosowanie dodatkowych warunków uczestnictwa już niekoniecznie. Mowa tu przykładowo o sytuacjach, w których zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji podobnych zamówień w określonym czasie i konkretnej kwocie, zatrudnianiem na etat opisanych pod względem kompetencji pracowników, legitymowaniem się obrotem rocznym w określonej kwocie czy dysponowania przyznanym limitem kredytowym od banku w konkretnej wysokości. Trzeba mieć świadomość, że tego typu warunki dla wielu potencjalnych wykonawców są zaporowe, i mimo chęci przystąpienia do postępowania przetargowego, niestety nie są oni w stanie spełnić wszystkich nałożonych wymagań. Warto zauważyć, iż w wielu ogłoszeniach takie obostrzenia są normą, co czyni zamówienia jedynie

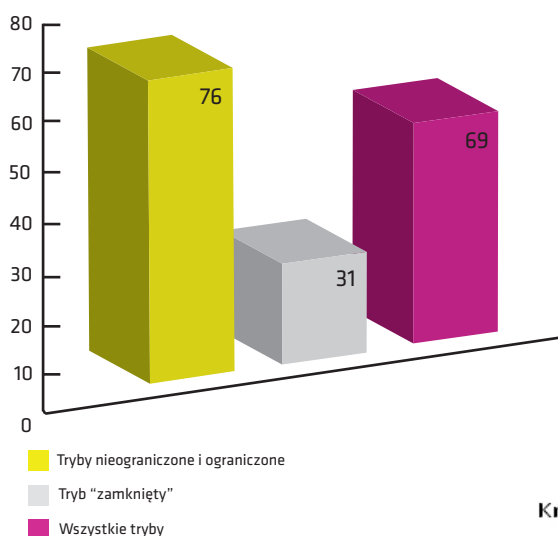
pozornie otwartymi i konkurencyjnymi, jednocześnie wywierając w ten sposób wrażenie chęci wykluczenia części potencjalnych wykonawców i faworyzowania innych.

W 18 spośród zbadanych przetargów, zamawiający skorzystali z trybów z góry zakładających ograniczenia. Z założenia takie formy ogłaszania postępowań mają umożliwić zamawiającym dobór uczestników postępowania lub nawet oznajmiają o wyborze konkretnego podmiotu z którym toczony są rozmowy. W przypadku trybów ograniczonej konkurencji co prawda publikowane są ogłoszenia o przetargach, jednak potencjalni uczestnicy mogą jedynie składać wnioski o dopuszczenie do udziału. Co prawda zgodnie z ustawą PZP w rzeczonych postępowaniach ogłaszający ma obowiązek określania konkretnych kryteriów kwalifikacji jakie mają spełniać wykonawcy (muszą one być zgodne z przedmiotem zamówienia, odpowiadać realiom rynkowym, tak aby dobór ubiegających się o zlecenie był logiczny i wiarygodny), jednak i tak pozostawia to zamawiającym dużą swobodę w dobieraniu podmiotów ubiegających się o dane zlecenie. Z kolei w przypadkach, w których zamawiający skorzystali z trybu „zamkniętego” i zamieścili ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, informują już o zamiarze podpisania umowy z danym wykonawcą. Jest to rodzaj zamówienia, który zakłada negocjacje z wybranym podmiotem bez uprzedniego ogłoszenia. Na tym etapie inni wykonawcy, którzy nie uczestniczyli w postępowaniu mogą zakwestionować dobór takiej formy prowadzenia postępowania i zwrócić się z wnioskiem o jego unieważnienie i jednocześnie rozpisanie nowego, stworzonego już w trybie konkurencyjnym. Forma zamówień z wolnej ręki jest najbardziej kontrowersyjną, gdyż praktycznie wyklucza udział w postępowaniu innych wykonawców, niż ten wskazany przez samego zamawiającego.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż niezmienne cieszy fakt, że w zdecydowanej większości postępowań ogłaszanie zamówień publicznych na rozwiązania IT miało charakter otwarty, a więc najbardziej konkurencyjny. Wedle sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) o funkcjonowaniu całego systemu zamówień publicznych w 2010 roku rozpisywanie przetargów w formie nieograniczonej jest już najczęściej praktykowane we wszystkich postępowaniach ogłaszanych przez instytucje publiczne. W samym 2010 roku nastąpił wyraźny wzrost odsetka ogłoszeń w których zastosowano tryb przetargu nieograniczonego do poziomu blisko 78% wobec niecałych 68% w roku 2009. Co ważne, zaobserwować można także wyraźny spadek decydowania się na tryb zamówień z wolnej ręki, do poziomu nieco ponad 17% w roku 2010 wobec prawie 26% w roku 2009. Udział trybów ograniczonych zarówno w roku 2009, jak i w 2010

pozostał niemal na równym poziomie, oscylującym wokół 1% wszystkich ogłoszeń. Porównując dane opublikowane przez UZP, odnoszące się do całego systemu zamówień publicznych w Polsce wobec prezentowanych w niniejszym raporcie, a będących analizą przetargów ogłaszanych w dziedzinie IT, można zauważyć spore podobieństwa. Szczególnie jest to zauważalne przy podaniu odsetka postępowań w trybie nieograniczonym (w sprawozdaniu UZP za rok 2010 – ok. 78%, w niniejszym raporcie FWIOO za I półrocze 2011 – 82%), co zdecydowanie jest najważniejszym wskaźnikiem, gdyż pokazuje poziom transparentności w prezentowaniu ogłoszeń przetargowych. Na niewielkie odchylenia wpływ może mieć przede wszystkim fakt, iż w badaniach UZP ujmowane są wszystkie ogłoszenia, a więc zarówno te rozpisywane na roboty budowlane, dostawy jak i usługi. Duża zbieżność danych pomiędzy raportem FWIOO a sprawozdaniem UZP, pozwala zgodzić się z tezą w nim umieszczoną, iż w całej Polsce znacząco rozszerzono obszar zamówień publicznych w którym przedsiębiorcom zapewniono niedyskryminacyjny dostęp do postępowań, a system stał się bardziej przejrzysty, co zmniejszyło ryzyko nieefektywnego wydatkowania środków publicznych.

Średni czas trwania postępowań w dniach



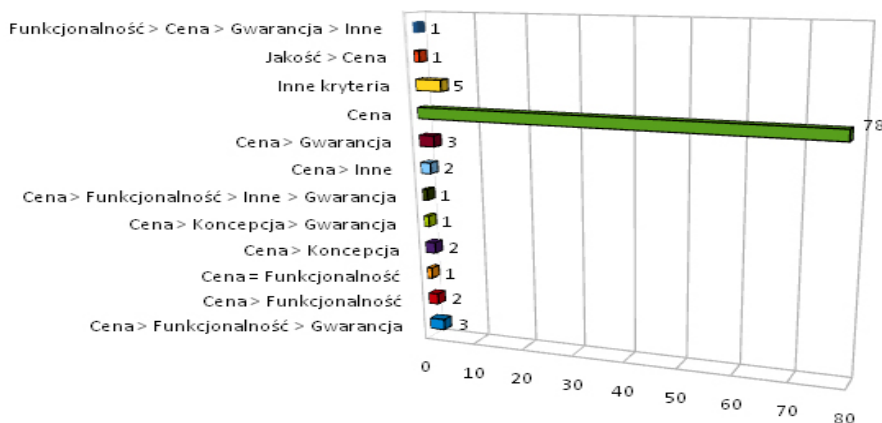
II.3 / Czas trwania postępowań

Średni czas trwania wszystkich badanych postępowań wyniósł 69 dni. Jest to czas liczony od momentu opublikowania treści ogłoszenia w dzienniku TED, do dnia rozstrzygnięcia przetargu. Pod uwagę brane były te postępowania, w których wynik został podany do publicznej wiadomości w I półroczu 2011 roku. W przypadku zamówień ogłaszanych w trybie otwartym bądź ograniczonym czas rozstrzygnięcia jest dłuższy niż ogólnie podana średnia i wynosi blisko 76 dni. Z kolei w przypadku postępowań z wolnej ręki proces decyzyjny jest znacznie krótszy i wynosi średnio 31 dni. Wynika to głównie z tego, że w tym trybie, praktycznie nie występują żadne komplikacje (jak np. odwołania czy sprostowania), a rozmowy prowadzone są z jednym wybranym wykonawcą.

II.4 / Kryterium oceny ofert

Nie jest zaskoczeniem, że najniższa cena była najczęściej stosowanym kryterium decydującym o wyborze najkorzystniejszych ofert we wszystkich zbadanych ogłoszeniach. W aż 78% zbadanych przypadków cena była jedynym kryterium jakim kierowali się zamawiający. W 14% przetargów cena przeważała w wyborze (stanowiła równo, lub ponad 50% ogółu oceny ofert), w 1% przypadków była równoważna innemu kryterium, a jedynie w 2% przypadków cena była brana w mniejszym stopniu niż inne wyznaczniki (w jednym przypadku jakość, w drugim funkcjonalność). W 5% badanych przetargów o wyborze oferty decydowały inne kryteria (zamawiający wybrali w nich tryby „zamknięte” i zamieścili ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante korzystając z opcji negocjacyjnej bez uprzedniego ogłoszenia). Ogólnie we wszystkich

Kryterium wyboru ofert w procentach

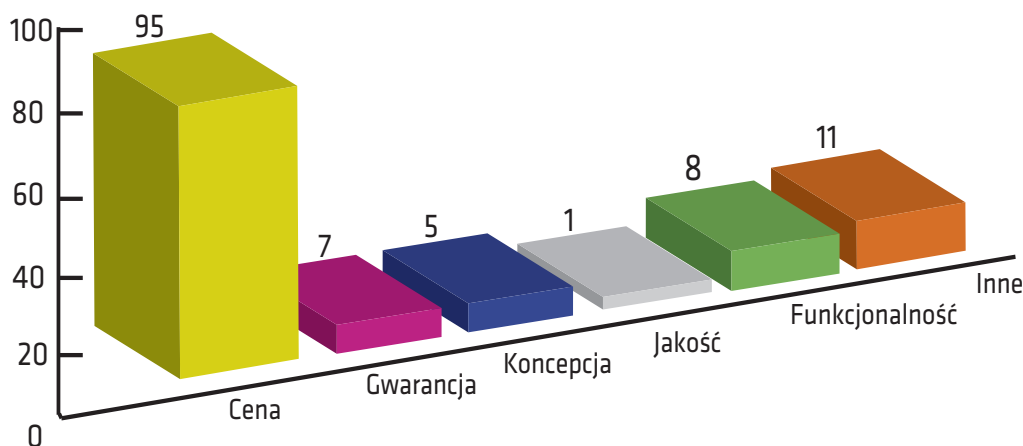


zbadanych postępowaniach cena jako kryterium wyboru oferty występowała w aż 95% przypadków. Poza nią, zamawiający w wyborze ofert kierowali się również funkcjonalnością (łącznie w 8% przypadków), gwarancją (w 7% przypadków), koncepcją (w 5% przypadków), jakością (w 1% przypadków) oraz innymi kryteriami (w 11% przypadków).

Podsumowując, należy stwierdzić, iż zaprezentowane dane nie powinny być zaskoczeniem. To, iż najczęściej głównym czynnikiem decydującym o wyborze ofert jest cena, wynika bowiem z interesu publicznego jakim jest jak najbardziej efektywne dysponowanie wspólnym budżetem. Teoretycznie każdy z rozpisywanych przetargów powinien być rozstrzygany tylko i wyłącznie na podstawie ceny, a często stosowane przez zamawiających kryteria wyboru ofert

lub usług w jednym przetargu. W wielu przypadkach jest to związane m.in. z otrzymaniem przez dane instytucje dotacji unijnych na zaawansowane rozwiązania IT, co z kolei często wiąże się z potrzebą zakupu zarówno sprzętu, oprogramowania jak i usług związanych z wdrożeniem, przeszkoleniem czy obsługą serwisową. Zamawiający, mając świadomość, iż stworzenie rozwiązań informatycznych jest procesem złożonym, starają się rozpisywać przetarg od razu na wszystko, tak by znaleźć jednego wykonawcę, który zajmie się kompleksowo obsługą całego zamówienia. Oczywiście zamawiający dopuszczają w takich przypadkach możliwość zlecania części prac podwykonawcom bądź opcje składania jednej oferty przez kilku współpracujących ze sobą wykonawców. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę, że często przetargi są rozpisywane jednocześnie na wiele produktów bądź

Najczęściej stosowane kryteria przy wyborze ofert w procentach



jak przykładowo zapewnienie odpowiedniej gwarancji jakości czy funkcjonalności powinny być standardową częścią oferty, a nie czynnikiem decydującym o wyborze wykonawcy. Prawidłowo rozpisany przetarg powinien bowiem ujmować ww. kryteria w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prowadząc do złożenia przez wykonawców niemal identycznych ofert, różniących się jedynie oferowaną ceną. Praktyka jednak ukazuje, iż w wielu postępowaniach pojęcie innych kryteriów jest stosowane, co może oczywiście rodzić podejrzenia co do wyboru w nich ofert najkorzystniejszych pod względem interesu publicznego.

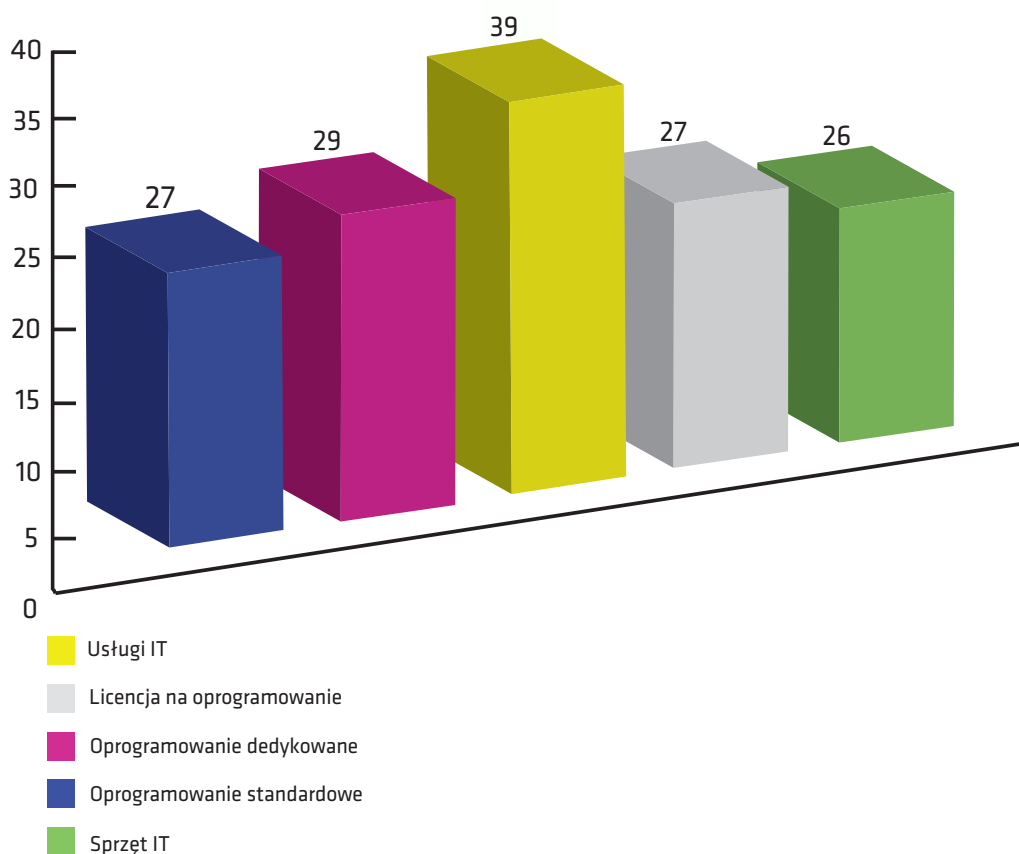
II. 5 / Przedmiot postępowań

W analizowanych postępowaniach można zauważyć tendencję do zamieszczania przez zamawiających ogłoszeń na wiele różnych produktów

usług, dość trudne byłoby przyporządkowanie ich tylko do jednej kategorii przedmiotu postępowania. Stąd, aby niniejszy raport zawierał jak najbardziej dokładne dane, każdy z przetargów został przeanalizowany pod kątem występujących w nim przedmiotów postępowania, które zostały ostatecznie uporządkowane w pięciu kategoriach. Kolejno są to: oprogramowanie standardowe (tj. programy popularne, mające szerokie zastosowanie); oprogramowanie dedykowane (tj. systemy IT, zaawansowane platformy www, itp.); usługi IT (tj. serwis gwarancyjny, szkolenia pracowników, itp.); licencje na oprogramowanie (tj. przedłużenia licencji bądź aktualizacja programów); sprzęt IT (tj. serwery, komputery, inny sprzęt itp.).

W badanych postępowaniach najczęściej zamawiający ogłaszali zapotrzebowanie na usługi IT (w 39 przypadkach), dalej kolejno na oprogramowanie dedykowane (w 29 przypadkach), oprogramowanie standardowe oraz licencje na

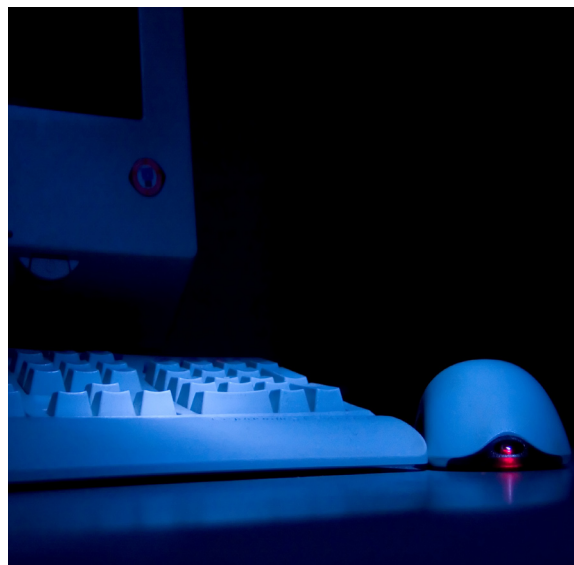
Przedmiot postępowań



oprogramowanie (w 27 przypadkach), a także na sprzęt IT (w 26 przypadkach). Co istotne, jedynie w dwóch ogłoszeniach przedmiot postępowania dotyczył jednej z ww. kategorii! Najczęściej przetargi były rozpisywane równocześnie na dwie z sklasyfikowanych kategorii (w 19 przypadkach), rzadziej na trzy bądź cztery (w obu opcjach po 12 przypadków), z kolei kompleksowe zamówienia, obejmujące zapotrzebowanie na przedmioty sklasyfikowane we wszystkich kategoriach wystąpiło pięciokrotnie.

Z przedstawionych danych wynika, że zdecydowana większość przetargów jest rozpisywana na więcej niż jeden rodzaj usług bądź produktów, co w pewnym względzie może faworyzować dużych wykonawców mających możliwości kompleksowej obsługi zleceń. Można zaobserwować, iż najczęściej zamawiający ogłaszają zapotrzebowanie na usługi IT, które, co warto zaznaczyć, w wielu przypadkach są po prostu uzupełnieniem wiodącego przedmiotu postępowania (jak przykładowo wyposażenie instytucji w serwer z zapewnieniem całodobowej opieki serwisowej i przeszkoleniem pracowników). Dość pozytywnym zjawiskiem jest ogłaszanie coraz większej liczby przetargów na zaawansowane rozwiązania IT, takie jak dedykowane dla danych

instytucji systemy informatyczne czy platformy internetowe, świadczy to bowiem o coraz większym otwarciu administracji na nowe, użyteczne technologie informatyczne. To z kolei w dłuższej perspektywie może z jednej strony przyczynić się do oszczędności w wydatkowaniu publicznych pieniędzy, z drugiej – stworzyć z instytucji publicznych miejsca przyjazne oby watelom.



III / Analiza jakościowa

W tej części niniejszego raportu przetargi ogłoszone w I poł. 2011 r. zostaną poddane analizie prawnej – podjęta zostanie próba oceny, czy zamówienia publiczne na systemy informatyczne są przeprowadzane w zgodzie z literą prawa oraz jakie błędy występują w nich najczęściej. Do analizy zostało wybranych 50 przetargów, które stanowią przekrój tych ogłoszonych w pierwszej połowie 2011 r., zarówno od strony przedmiotu postępowania, zamawiających, jak i szacowanej wartości przetargów. Wśród tych 50 zamówień aż 48 to przetargi organizowane w trybie nieograniczonym, 1 w trybie ograniczonym przyspieszonym, zaś jeden to zamówienie publiczne przeprowadzone w trybie z wolnej ręki.

Ta dominacja trybu nieograniczonego wynika z faktu, iż generalnie zamawiający wybierają ten tryb jako podstawową formę zawierania kontraktów publicznych. Zgodnie bowiem z danymi z Urzędu Zamówień Publicznych za I półrocze 2011 r., które zostały opublikowane w Biuletynie Informacyjnym UZP nr 6/2011, postępowania wszczęte w tym trybie stanowiły aż 99,05% ogółu wszczętych postępowań ogłoszonych w Biuletynie Zamówień Publicznych i 95,61% ogłoszonych w TED. Ta praktyka zamawiających jest bardzo pozytywna, jednakże w zakresie dość specyficznych zamówień publicznych w branży IT trzeba mieć na uwadze to, że nawet niewielka liczbowo grupa zamówień udzielanych w trybach niekonkurencyjnych może przedstawiać dużą wartość.

III.1 / Ramy prawne przetargów na rozwiązania informatyczne

Analiza prawna przetargów musi zostać rozpoczęta od przedstawienia ram prawnych zamówień publicznych na rozwiązania informatyczne, gdyż to one wpływają na prawidłowość przeprowadzanych przetargów. Poza samą ustawą – Prawo zamówień publicznych, w obrocie funkcjonuje szereg innych przepisów prawnych, które w istotnym zakresie wpływają na poprawność organizowanych przetargów, szczególnie w branży informatycznej. Dlatego tak ważne jest to, by zamawiający mieli przed oczami pełny obraz obowiązującego prawa, co może prowadzić do eliminacji wadliwych przetargów z obrotu – wydaje się bowiem, że wiele błędów jest popełnianych raczej nieświadomie, czy to z powodu braku wyuczucia problemów technologicznych, czy otoczenia prawnego właśnie. Ze względu na ramy niniejszego

opracowania, przedstawienie zagadnień prawnych będzie miało charakter syntetyczny i uwaga zostanie skupiona na tych przepisach, które wywołują największe wątpliwości w praktyce, czy wręcz są niedostrzegane przez zamawiających przy organizacji zamówień. Omówione zostaną podstawowe akty prawne o randze ustawowej, rozporządzenia, a także dokumenty niewiążące, które jednak zaczynają odgrywać coraz większą rolę w procesie udzielania zamówień publicznych. Duże wysycenie zapisów naszych ustaw przepisami prawa europejskiego, w szczególności dyrektyw, sprawia, że wielokrotnie omawiając przepisy krajowe, dokonujemy jednocześnie stosowania i wykładni prawa europejskiego, choć to oczywiście zależy od prawidłowości i szczegółowości implementacji, czyli wprowadzenia postanowienia dyrektyw do krajowego porządku prawnego. Przy interpretacji tych konkretnych zapisów należy pamiętać, że poza przepisami ustaw czy rozporządzeń bądź aktów wtórnego prawa europejskiego (jak dyrektywy czy rozporządzenia), warto w konkretnych postępowaniach – gdy przeforsowanie argumentów mających na celu doprowadzenie do sytuacji, w której udzielenie danego zamówienia publicznego nastąpi w zgodzie z literą prawa – pamiętać o normach zawartych w aktach wyższego rzędu, w szczególności Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997r. (Dz.U.97.78.483 z późn. zm.). W Konstytucji nie znajdziemy szczegółowych zapisów proceduralnych jak organizować przetarg publiczny, jednakże podstawowe zasady funkcjonowania państwa i systemu prawnego w niej określone, wielokrotnie wypełniają treścią zapisy aktów niższego rzędu.

III.1.a / Prawo zamówień publicznych i wytyczne w zakresie organizacji przetargów

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759 j.t.) [dalej: „PZP”] to główna podstawa prawna przeprowadzania zamówień publicznych w Polsce. Jest to akt prawny, na którym swoje piętno odcisnęło w dużym stopniu prawo europejskie – PZP wprowadza do naszego, krajowego porządku prawnego postanowienia dyrektyw z zakresu zamówień publicznych. Z perspektywy niniejszego raportu, największe znaczenie mają zapisy art. 7, który proklamuje zasadę zachowania uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych oraz art. 29 ust. 2-3 i art. 30 PZP, które konkretyzują tę zasadę w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z tymi przepisami, przedmiot zamówienia nie może być sporządzony w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Przy sporządzaniu tego opisu, zamawiający nie

powinien – co do zasady – wskazywać na znaki towarowe, patenty czy pochodzenia, chyba że jest to w okolicznościach danego zamówienia uzasadnione, a dopuszczalne są rozwiązania równoważne. Określenie „lub równoważne” powinno się znaleźć wtedy w treści takiego opisu, a zamawiający powinien doprecyzować kryteria tej równoważności. Przy opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien robić to za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem ustandaryzowanych norm, aprobat i specyfikacji technicznych albo innych ustandaryzowanych systemów odniesienia. Zamawiający może zrezygnować z opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazywanie tych norm technicznych, w przypadku gdy zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Do grupy przepisów, które budzą wątpliwości zaliczyć należy jeszcze przepisy regulujące tryb udzielania zamówień publicznych z wolnej ręki. Chodzi tutaj o interpretację przesłanek umożliwiających skorzystanie z tego trybu jako takiego (art. 67 ust. 1 pkt 1a i 1b PZP), czy też jako sposób udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających (art. 67 ust. 1 pkt 5-7 PZP). Zgodnie z art 67 ust. 1 pkt 1a i 1b PZP, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

1. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
2. z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

Stosowanie przepisów PZP w praktyce naraża zamawiającego i wykonawcę na wiele trudności. Wychodząc naprzeciw zapotrzebowaniu na wskazówki jak należy organizować publiczne przetargi, publikowane są tzw. wytyczne czy też rekomendacje przez niektóre organy administracji, które mają na celu ułatwić działania zamawiających. Wytyczne te nie są obowiązujące w podwójnym tego słowa znaczeniu, tj. ani organy administracji publicznej nie mają obowiązku opracowywania tego rodzaju dokumentów, z drugiej zaś strony zamawiający czy wykonawcy nie mają obowiązku ich stosowania w praktyce, gdyż te dokumenty nie mają charakteru prawa powszechnie obowiązującego. Z uwagi jednak na to, że dokumenty te mają wysoce praktyczny charakter i bazują na zebranych w ciągu lat doświadczeniach, to ich stosowanie jest zalecane. Bazują one bowiem na analizie błędów popełnianych w postępowaniach, które zostały wychwycone na różnych etapach, z etapem kontrolnym łącznie. Stanowią one wtedy odpowiedź, jak należy interpretować określone przepisy i jak powinna wyglądać praktyka ich stosowania. W interesującym nas zakresie zostały opublikowane do tychczas następujące rekomendacje:

1. *Rekomendacje Urzędu Zamówień Publicznych z 2009 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych*

na systemy informatyczne¹.

2. *Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2010 r., które dotyczą udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych*².

3. *Rekomendacje Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczące zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego*³.

4. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę (dokument przyjęty przez Komitet Rady Ministrów 18 listopada 2010 r.)*⁴.

W zakresie wytycznych, należy również wspomnieć o tym, że sama Komisja Europejska, w ramach realizacji Europejskiej Agendy Cyfrowej⁵ (jednym ze strategicznych dokumentów UE – inicjatywy wchodzącej w skład strategii „Europa 2020”) rekomenduje obecnie takie kształtowanie zamówień publicznych na systemy ICT, które zmniejszą uzależnienie od konkretnego producenta poprzez nawiązanie do standardów. Opracowywany jest również dokument, który mając charakter prawny identyczny z naszymi wytycznymi, będzie podpowiadał zamawiającym, jak powinny wyglądać przetargi publiczne w branży ICT.

III.1.b / Ustawa o informatyzacji i ramy interoperacyjności

Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.05.64.565 z późn. zm.) to swego rodzaju „konstytucja” informatyzacji podmiotów publicznych. Art. 13 tej ustawy stawia przed podmiotami publicznymi dwa zasadnicze wymogi, które muszą spełniać systemy teleinformatyczne używane do realizacji zadań publicznych:

1. *muszą spełniać minimalne wymagania dla systemów teleinformatycznych oraz zapewniać interoperacyjność systemów na zasadach określonych w Krajowych Ramach Interoperacyjności (które mają zapewnić neutralność technologiczną i jawność używanych standardów i specyfikacji),*
2. *muszą spełniać wymóg równego traktowania rozwiązań informatycznych.*

1. <http://www1.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/kontrola/rekomendacje-prezesa-uzp-dotyczące-przeprowadzania-postępowan-o-udzielenie-zamówienia-publicznego/rekomendacje-uzp-dotyczące-udzielania-zamówien-na-systemy-informatyczne/>

2. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=3351>

3. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=2427>

4. <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=3150>

5. COM(2010) 245 Europejska agenda cyfrowa - zob. http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/index_en.htm

Te minimalne wymagania dla systemów informatycznych określone są w rozporządzeniu wydawanym na podstawie ustawy o informatyzacji. Obecnie brakuje określenia takich minimalnych wymagań, gdyż dotychczasowe rozporządzenie w tym zakresie nie obowiązuje od 17 grudnia 2010r.⁶, zaś projekt nowego rozporządzenia w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w formie elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych⁷ jest obecnie kreowany. Sytuacja jest więc dość wyjątkowa, gdyż już ponad pół roku przepisy proklamujące te szczytne zasady nie znajdują konkretyzacji, a podmioty publiczne zobowiązane do stosowania zapisów ustawy o informatyzacji mają – przynajmniej formalnie – pełną dowolność. W samej ustawie o informatyzacji i projekcie rozporządzenia pojawia się termin Krajowych Ram Interoperacyjności, które projektowane są w odniesieniu do dokumentów Unii Europejskiej. Komisja UE przyjęła w 2010 r., po stosunkowo długim okresie prac przygotowawczych, komunikat *W kierunku interoperacyjności europejskich usług administracji publicznej*⁸. W komunikacie tym Komisja przedstawiła Europejską Strategię Interoperacyjności (ang. *European Interoperability Strategy*, EIS) oraz Europejskie Ramy Interoperacyjności (ang. *European Interoperability Framework*, EIF) dla europejskich usług użyteczności publicznej, czyli dwa kluczowe elementy agendy cyfrowej, które mają sprzyjać rozwojowi interoperacyjności między administracjami publicznymi. Do tego pakietu dokumentów dotyczących interoperacyjności dochodzi jeszcze dyskusja w zakresie tzw. „morskich” ram interoperacyjności, która toczy się w ramach projektu e-Maritime również pod auspicjami Komisji Europejskiej⁹. W dużym stopniu ogólności można stwierdzić, że wszystkie wspomniane wyżej strategie i ramy mają na celu doprowadzenie do sytuacji, w której podmioty publiczne wykorzystują w swojej działalności systemy informatyczne, które potrafią się komunikować z innymi systemami, w szczególności za pomocą otwartych standardów i protokołów komunikacyjnych¹⁰. Ten obrany przez prawodawcę polskiego i europejskiego kierunek interoperacyjności (działania na rzecz interoperacyjności zostały bardzo mocno uwypuklone w europejskiej agendzie cyfrowej) nie powinien pozostawać bez echa również w sferze zamówień publicznych. Wdrażanie systemów informatycznych w szeroko rozumianej administracji publicznej odbywa się bowiem praktycznie tylko i wyłącznie

za pomocą narzędzi PZP, które powinny służyć do realizacji tych założonych celów.

III.1.c / Dyscyplina finansów publicznych

Przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.05.14.114) powinny wspomagać proces realizacji przetargów publicznych, poprzez motywację zamawiających do prawidłowej organizacji takiego procesu. Ustawa ta zawiera rygorystyczne przepisy dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez udzielenie zamówienia publicznego:

1. z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, m. in. tych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
2. którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

III.2 / Nieprawidłowe przetargi – rodzaje błędów

W dużej części, zamawiający już od lat popełniają w zakresie organizacji zamówień publicznych na oprogramowanie te same błędy. Trzy grupy przypadków występują najczęściej:

1. wskazywanie z nazwy konkretnego producenta / konkretnego produktu, co wielokrotnie odbywa się w połączeniu z brakiem należytego skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia, tak by był on jednoznaczny i wyczerpujący, brakiem dopuszczenia w ogóle produktów równoważnych, tudzież z brakiem doprecyzowania kryteriów takiej równoważności,
2. niezgodne z przepisami wykorzystywanie trybu zamówienia z wolnej ręki jako takiego, lub jako formy udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających,
3. brak przeniesienia autorskich praw majątkowych do oprogramowania i/lub brak zapewnienia dostępu do kodu źródłowego rozwiązania informatycznego i należycie opracowanej dokumentacji.

Te trzy wyżej określone grupy przypadków, tj. popełnianych błędów, wyczerpują praktycznie w 100% powody wadliwości przetargów na zamówienia publiczne w branży IT. Oczywiście błędów pomniejszego „kalibru” jest więcej – zdarzają się np. nieuzasadnione wymagania dotyczące składu osobowego i doświadczenia zespołu wdrażającego określone rozwiązanie. O ile jednak takie wymogi mogą również prowadzić do wy-

6. Chodzi o rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 października 2005r. w sprawie minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U.05.212.1766).

7. Pierwotna wersja projektu znajduje się pod tym adresem: http://bip.mswia.gov.pl/portal/bip/218/19358/Projekt_rozporzadzenia_Rady_Ministrow_z_dnia_2011_r_w_sprawie_Krajowych_Ram_Interoperacyjnosci http://bip.mswia.gov.pl/portal/bip/218/19358/Projekt_rozporzadzenia_Rady_Ministrow_z_dnia_2011_r_w_sprawie_Krajowych_Ram_Interoperacyjnosci.html?search=523571FWi00 bierze aktywny udział w pracach nad tym rozporządzeniem

8. KOM(2010) 744 wersja ostateczna.

9. http://ec.europa.eu/transport/maritime/e-maritime_en.htm#; z uwagi jednak na fakt opublikowania EIS i EIF, nie wiadomo, czy e-Maritime będzie inicjatywą dyskusyjną oddzielną, czy też zostanie włączona do głównego nurtu interoperacyjności.

10. Pomijam w tym miejscu dyskusję na temat procesu ustalania treści ram interoperacyjności i ścierania się sił lobbujących za określonymi rozwiązaniami.

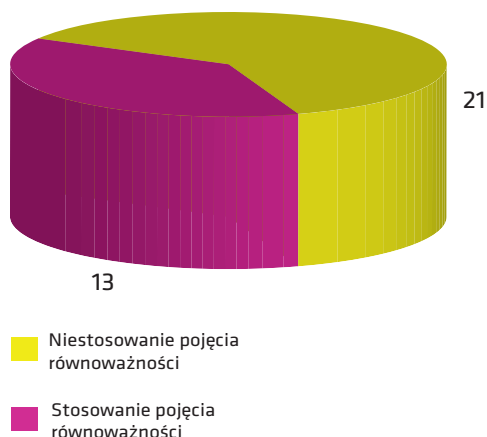
kluczenia określonej grupy wykonawców, to z perspektywy niniejszego opracowania mają one mniejsze znaczenie. To bowiem te trzy wyżej wymienione grupy błędów są powodem – uzależnienia zamawiającego od określonego producenta lub dostawcy (ang. *vendor lock-in*).

III.2.a / Wskazanie nazw producentów i produktów, równoważność

Wskazywanie konkretnych nazw producentów lub produktów, to nadal jeden z głównych mankamentów analizowanych przetargów. Aż w 34 z badanych postępowań zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia posługiwali się wybranymi, znanymi z marki produktami. Jedynie w 16 ogłoszeniach takie sytuacje nie wystąpiły. Zdecydowanie najczęściej używane z nazwy były produkty firmy Microsoft (w aż 23 przypadkach). W dalszej kolejności występowały marki Intel (6 razy), IBM, Oracle oraz Linux (po 4 razy), AMD (w trzech przypadkach) i Mozilla oraz Adobe (po 2 razy). Pozostałe nazwy występowały jednokrotnie (całość zestawienia jest naniesiona na wykres).

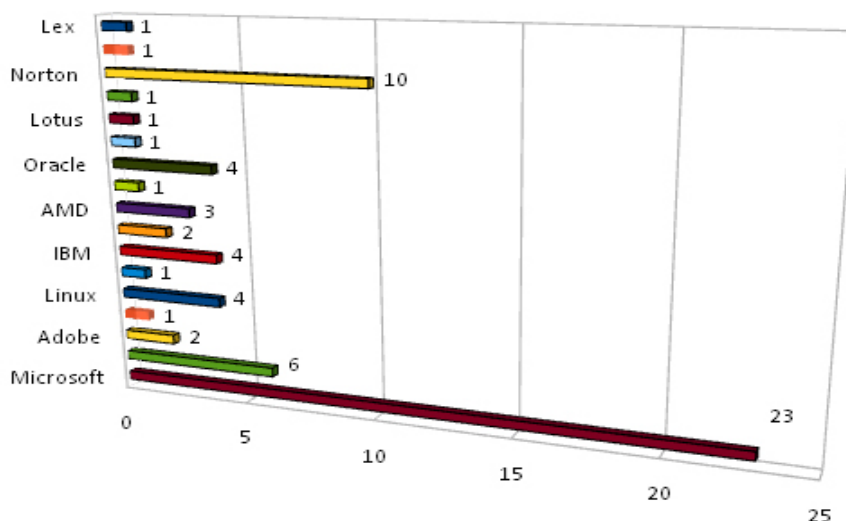
Nadal jednak brakuje doprecyzowania kryteriów takiej

Stosowanie pojęcia równoważności



równoważności, co świadczy o tym, że wymóg dopuszczenia produktów równoważnych jest dla zamawiających bardziej kolejnym warunkiem formalnym do wypełnienia, niż rzeczywistym zapewnieniem konkurencji wśród wykonawców.

Stosowane nazwy producentów w ogłoszeniach



Co istotne w 13 spośród 34 zamówień, w których zostały wskazane konkretne nazwy produktów, zamawiający użyli określenia „równoważne”, które ma sugerować, iż wykonawcy mogą zaoferować inny produkt niż wskazany, jednak musi on być zbliżony funkcjonalnością z tym ujętym w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający obecnie coraz częściej pamiętają więc o obowiązku użycia w opisie przedmiotu zamówienia słów „lub równoważny”, tak by dopuścić rozwiązania konkurencyjne do tych, które zamawiający chciałby wdrożyć w swojej instytucji.

Dobrym przykładem ilustrującym taką praktykę jest przetarg na *Dostawę oprogramowania dla potrzeb resortu obrony narodowej*, ogłoszony w maju 2011r. przez Inspektorat Uzbrojenia. Konkurencyjność w tym przetargu została ograniczona co najmniej w trojaki sposób. Po pierwsze, wskazane zostały konkretne pakiety zamawianego oprogramowania, konkretnych producentów. To wskazanie było niezgodne z art. 29 ust. 3 PZP, gdyż:

1. *nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, oraz*
2. *nie zostały prawidłowo opisane warunki równoważności.*

Oprogramowanie zamawiane przez Inspektorat Uzbrojenia nie było oprogramowaniem nietypowym, wyjątkowym, które w branży IT jest uważane za udostępniane przez jednego producenta i ciężko byłoby je opisać bez odwoływania się do niego. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że takie działanie było dopuszczalne, to również nieprawidłowo zostały opisane kryteria równoważności. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia znaleźć możemy bowiem następujący zapis: *Oferowane jako równoważne oprogramowanie musi być w 100% kompatybilne z eksploatowanym w MON lub Siłach Zbrojnych RP oprogramowaniem Microsoft.* Na marginesie dodać należy, że Inspektorat Uzbrojenia nie jest w takim działaniu odosobniony – zamawiający najczęściej albo poprzestają na użyciu słów „lub równoważny”, albo dodają do tego zwrot w rodzaju „kompatybilność 100%”, zapominając lub nie dostrzegając, że zgodnie z PZP należy doprecyzować kryteria tej równoważności, a ponadto, że obowiązek dopuszczenia produktów równoważnych nie oznacza zamówienia produktów identycznych do tych, które zostały z nazwy wskazane w SIWZ. Takie też jest jednoznaczne stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych we wspomnianych wyżej rekomendacjach oraz aktualne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 28 lutego 2011 r. (KIO/UZP 321/11), KIO w pewnym sensie podsumowała i wypunktowała wszystkie istotne wątpliwości.

Zdaniem KIO:

1. *pojęcie równoważności nie musi oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia,*
2. *oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.*

Wróćmy teraz do samego przetargu ogłoszonego przez Inspektorat Uzbrojenia. Drugim

elementem, który spowodował, iż konkurencja została ograniczona było wskazanie, iż *zakup oprogramowania firmy Microsoft będzie realizowany w ramach umowy SELECT nr 80S60033 podpisanej pomiędzy MSWiA a firmą Microsoft.* Po trzecie, w ramach tego „ograniczenia SELECT”, zamawiający dokonał kolejnego ograniczenia, gdyż stwierdził, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający tytuł „Large Account Reseller.* Na dzień publikacji niniejszego raportu, na liście firm posiadających status LAR aktywnych na rynku polskim znajdowało się jedynie 16 podmiotów.¹¹ Wykształcenie się praktyki zamawiania oprogramowania w ramach umowy SELECT od lat wskazywane jest jako praktyka ograniczająca konkurencję, które w połączeniu z wywołaniem „LAR” prowadzi do niemalże idealnego stanu dla producenta i określonych dystrybutorów.

III.2.b. Błędny wybór trybu postępowania

Co do zasady należy stwierdzić, że wybór przez zamawiających błędnego trybu postępowania zdarza się stosunkowo rzadko, skoro mierzona większością przetargów przeprowadzana jest w formach przetargu nieograniczonego czy ograniczonego, które dopuszczalne są praktycznie w każdej sytuacji i zaliczane są do grupy tzw. trybów konkurencyjnych. Poprzez błędny tryb postępowania rozumiemy więc postępowanie prowadzone w innych trybach, z których skorzystanie wymaga spełnienia przesłanek uzasadniających ich wybór. Szczególnie kontrowersyjnym w tym zakresie jest tryb z wolnej ręki. Zamawiający wielokrotnie w niewłaściwy sposób interpretują przesłanki dopuszczalności zastosowania tego trybu, co często jest spowodowane brakiem zrozumienia specyfiki produktów informatycznych od strony technicznej, możliwości zastąpienia jednego produktu przez inny oraz bardzo wyjątkowego podejścia do kwestii zwykłego ludzkiego przyzwyczajenia, które w zamówieniach publicznych na systemy informatyczne wykorzystywane jest jako okoliczność uzasadniająca praktyki naruszające konkurencję i procedury przetargowe.

Takim błędnym przykładem przeprowadzonego przetargu w trybie z wolnej ręki jest przetarg nr BPZP-725-171/2011 przeprowadzony przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych na aktualizację systemu informacji prawnej. System informacji prawnej jest swoistym produktem informatycznym – bazą danych, która jest dostarczana w Polsce przez kilku producentów, zwykle w wersji instalowanej lokalnie albo on-line. Rynek jest więc dość ograniczony, tak samo jak ograniczona jest zresztą liczba funkcjonalności dostarczanych przez te produkty. Oczywiście pomijam w tym miejscu szczególne rozwiązania autorskie na

11. <http://www.microsoft.com/poland/lar/>

prezentację danych czy dobór ich treści, jednakże z perspektywy użytkownika chodzi generalnie o to samo – możliwość szybkiego dostępu do aktualnej bazy danych zawierającej treść aktów prawnych, często z danymi uzupełniającymi jak komentarze, orzecznictwo czy wzory pism i inne dane niezbędne (przydatne) w pracy prawnika. MSZ wskazał wprost, iż przedmiotem zamówienia jest aktualizacja systemu informacji prawnej określonego producenta. Zamówienie zostało udzielone w trybie z wolnej ręki, a wybór został uzasadniony tym, że z określonym wykonawcą (dostawcą dotychczasowej bazy danych) MSZ zawarł umowę, na podstawie której uzyskał licencję na korzystanie z bazy danych na czas nieograniczony, natomiast ograniczony jest czas, w którym dokonywane miały być aktualizacje tej bazy danych. MSZ został więc niejako zmuszony do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, tak by licencja na czas nieograniczony nie została zaprzeczona. MSZ argumentował przy tym, iż wyłącznie dotychczasowy wykonawca posiada uprawnienia prawno-autorskie do tego produktu, w związku z czym wybór trybu z wolnej ręki, w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1a 1b PZP jest jak najbardziej uzasadniony. Przypomnijmy, wspomniane zapisy przewidują możliwość uruchomienia procedury z wolnej ręki w przypadkach, gdy usługi mogą być świadczone przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 pkt 1a PZP) bądź z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1b PZP). Wybór postępowania w tej konkretnej sprawie w tym trybie był więc oczywiście nieuzasadniony. Jeżeli bowiem na danym rynku funkcjonuje kilku producentów danego rozwiązania to nie ma możliwości, żeby przyznać tylko jednemu z nich możliwość kontraktowania z podmiotami publicznymi, a doszło do tego w tym postępowaniu. W przetargu zostały naruszone przepisy dotyczące kryteriów uzasadniających wybór trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 PZP), oraz przepisy mające na celu zapewnienie uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 PZP). Zamawiający, mając świadomość funkcjonowania na rynku co najmniej trzech innych producentów prawniczych baz danych, nie wziął w ogóle pod uwagę rozwiązań równoważnych, lecz swoim działaniem doprowadził do faktycznego monopolu jednego z wykonawców. Pomimo dość jednoznacznego stanu prawnego w tym zakresie, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej jest w tego rodzaju sprawach odmiennie. Sprawy, w których jedno (i zawsze to samo) wydawnictwo prawniczych baz danych jest faworyzowane, powtarzają się od kilku lat, przy okazji przeprowadzania zamówień na aktualizację baz danych u różnych zamawiających. Sprawy te, pomimo negatywnych ustaleń kontroli doraźnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, kończą się akceptacją

takiego trybu działania przez KIO, choć w swoich kontrolach takich przetargów, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dość jasno wskazuje, że:

- 1.** *na danym rynku nie ma tylko jednego potencjalnego wykonawcy,*
- 2.** *zamawiający nie wykazał, że nie ma produktów równoważnych, a poza tym*
- 3.** *specyfika tego rodzaju zamówień polega na tym, że wraz z zakupem licencji na oprogramowanie dostarczana jest aktualna na dany dzień baza danych – sama licencja obejmuje możliwość korzystania z oprogramowania przez określony w umowie okres oraz jego aktualizację w umówionych odstępach czasu, zaś zakup licencji wiąże się zawsze z dostarczeniem przez wykonawców aktualnych baz danych.*

KIO dochodzi do wniosku, że skoro Zamawiający dokonał zamówienia produktu chronionego prawem autorskim, to jego aktualizacje i dalsze korzystanie z produktów tego rodzaju jest możliwe tylko i wyłącznie poprzez dokonywanie zamówień u tego określonego producenta, nawet jeśli na danym rynku funkcjonują inni producenci tego rodzaju produktów. KIO wprowadziło więc do polskiej praktyki funkcjonowania zamówień publicznych zasadę (znaną z innych gałęzi prawa) *pierwszy czasem – lepszy prawem*, ujmowaną w języku potocznym poprzez zwrot *kto pierwszy – ten lepszy*. O kuriozalności takiej logiki świadczy również to, że – teoretycznie – w innych postępowaniach, to inni producenci, którym akurat udzielono by zamówienia publicznego na „pierwszą instalację” bazy danych, zmonopolizowałyby dostawy oprogramowania / usług w danej jednostce, co stoi w sprzeczności z zapisami PZP. Jak stwierdził bowiem Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 06 kwietnia 2006r. (sygn. akt II GSK 7/06), *artykuł 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy PZP nie może być interpretowany w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie*. Kwestie pierwszeństwa w PZP nie powinny zatem odgrywać decydującej roli. Ponadto, sama Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 grudnia 2007 r. stwierdziła, że *samo wskazanie na wysokie oczekiwania jakościowe, przyzwyczajenia i umiejętności użytkowników nie może stanowić podstawy do skorzystania z tego trybu udzielania zamówień publicznych*.

Pomimo, że przykład ten dotyczy swoistego produktu informatycznego i to specyficznej branży, to nieprawidłowości popełnione przy tym postępowaniu mają charakter wręcz modelowy i powtarzają się także w innych przetargach na rozwiązania informatyczne. W postępowaniu tym została wykorzystana jeszcze jedna instytucja, która w założeniu miała prowadzić

do przejrzystości i być korzystna dla ogółu wykonawców, tj. tzw. ogłoszeń ex ante. Instytucja ta polega na tym, że zamawiający ogłasza o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zamawiający może zamieścić już po wszczęciu postępowania. Dzięki temu wykonawcy mają mieć możliwość dowiadywania się o zamówieniach z wolnej ręki i mogą kwestionować takie postępowania w przypadku ich nieprawidłowości. Jednakże w praktyce instytucja ogłoszeń ex ante jest często stosowana wyłącznie w celu skorzystania z innych przepisów PZP, które są korzystne dla zamawiającego. Dokonując bowiem ogłoszenia ex ante, zamawiający chroni się przed zawarciem umowy podlegającej unieważnieniu oraz skraca czas, w jakim potencjalni wykonawcy są uprawnieni do kwestionowania wyboru trybu. O ile tego rodzaju działania zamawiających nie są niezgodne z prawem, to jednak należy je zasygnalizować, gdyż świadczą o mankamentach procedur przetargowych.

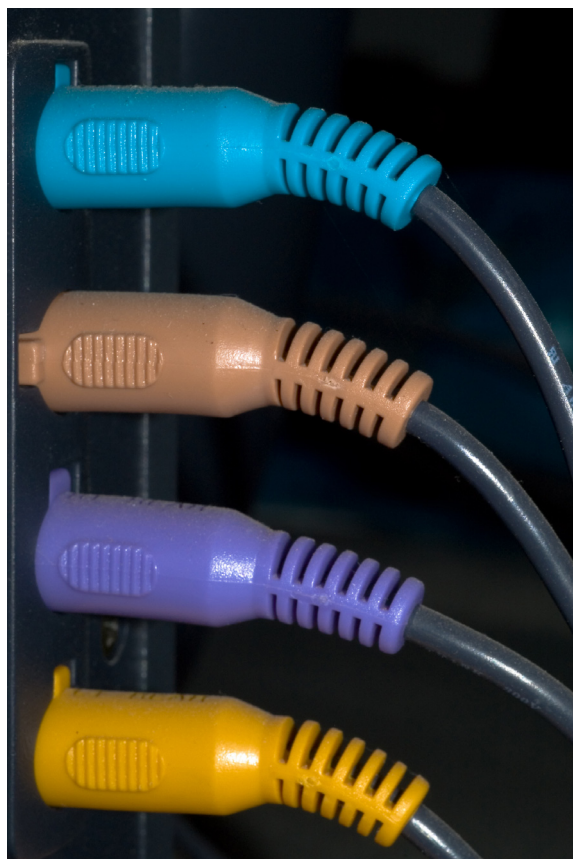
III.2.c / Pozostałe nieprawidłowości

Z pozostałych nieprawidłowości, największym problemem jest lekceważenie przez zamawiających z sektora publicznego kwestii związanych z przeniesieniem autorskich praw majątkowych do zamawianego oprogramowania oraz dostępu do kodu źródłowego. Świadczy o tym dobitnie opisany w punkcie III.2.a. przetarg przeprowadzony przez Inspektorat Sił Zbrojnych, w którym te kwestie zostały zupełnie pominięte, gdyż w tym zakresie zamawiający określił, iż wystarczą mu uprawnienia licencyjne. Praktyka ta pokazuje, jak dalece praktyka naszego MON jest daleka od praktyki administracji sił zbrojnych USA, która na te elementy kładzie bardzo duży nacisk. Wskazówki w tym zakresie zostały niedawno przedstawione w publikacji pt. *Open Technology Development: Lessons Learned & Best Practices for Military Software*¹². Również nasz krajowy Urząd Zamówień Publicznych kładzie bardzo duży nacisk na kwestie związane z dostępem do kodów źródłowych zamawianego oprogramowania. Oczywiście, nie w każdym przypadku domaganie się przeniesienia autorskich praw majątkowych jest wskazane (ze względu na koszty) czy racjonalne (ze względu na rodzaj danego oprogramowania), jednakże w znacznej części zamawianego oprogramowania byłoby to bardzo wskazane, szczególnie w przypadku zamawiania systemów dedykowanych. Praktycznie w każdym jednak przypadku wskazane jest stosowanie zabezpieczeń licencjobiorcy przed ewentualnymi negatywnymi zdarzeniami po stronie licencjodawcy (jak np. likwidacja, upadłość, wrogie przejęcie).

12. <http://mil-oss.org/resources/books/open-technology-development>

Analogiczne uwagi dotyczą zagwarantowania dostępu do kodu źródłowego oprogramowania czy w ogóle, zagwarantowania dostępu do „źródeł” także innych istotnych elementów zamawianego systemu informatycznego. Tutaj zakres przedmiotowy przetargów, w których zamawiający powinni się tego domagać – w stosunku do wymogu przeniesienia autorskich praw majątkowych – niepomniernie wzrasta, jednakże z niewiadomych względów zamawiający tego nie praktykują. Ewentualne wątpliwości dotyczące tego, czy można zamawiać oprogramowanie typu open source, które ze swej natury zapewnia dostęp do kodu źródłowego, zostały rozwiane przez orzecznictwo sądowe. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z 09.11.2005r. (II 587/05), *Użycie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu, by oprogramowanie platformy bazodanowej i systemu operacyjnego serwera było oprogramowaniem typu open source jest odwołaniem się do kryterium na tyle ogólnego, niewskazującego na konkretnego wykonawcę i producenta (dostawcę) i obejmującego swym zakresem dużą grupę programów różnych producentów, że nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

Wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia tego rodzaju ogólnego kryterium uznać należy za wyraz dozwolonej autonomii zamawiającego przy określaniu pożądanych przez siebie cech przedmiotu zamówienia.



IV / Wnioski i podsumowanie

Wydaje się, że brak zrozumienia specyfiki produktów informatycznych w zakresie ich „zastępowalności” i zrozumienia funkcjonowania produktów informatycznych w ogólności jest jednym z głównych problemów przy przeprowadzaniu przetargów publicznych i prowadzi do błędnego stosowania przepisów PZP. Z drugiej strony, to często wygoda powoduje, że zamówienia w branży IT są przeprowadzane według innych standardów niż w innych branżach – częstym uzasadnieniem przeciwko „otwarcu” przetargów w tej branży, szczególnie w przypadku zaistnienia konieczności migracji do innego rozwiązania, jest fakt, iż system działa, „wszyscy” go znają i są do niego przyzwyczajeni. Decyzje takie są podejmowane wielokrotnie bez przeprowadzenia rzetelnej analizy TCO (skrót od Total Cost of Ownership – termin określający całkowity koszt pozyskania, instalowania, użytkowania, utrzymywania i w końcu pozbycia się aktywów w firmie, instytucji na przestrzeni określonego czasu). Martwi także lekceważenie przez zamawiających kwestii związanych z koniecznością zapewnienia możliwości dostępu do kodu źródłowego i dalszego jego adaptowania do własnych, wielokrotnie specyficznych, potrzeb – nie wspominając już o kwestii

ewentualnego przeniesienia autorskich praw majątkowych. Taki dostęp miałby też niebagatelne znaczenie dla kwestii związanych z interoperacyjnością, co mogłoby się przyczynić do szybszego i sprawniejszego budowania społeczeństwa informacyjnego i usług e-Government. Generalnie można powiedzieć, że jest coraz lepiej, jednakże sytuacja jest jeszcze daleka od stanu idealnego. Zamawiający traktują zamówienia publiczne w branży IT zbyt wyjątkowo. Błędy, tj. silne uzależnienie od producentów oprogramowania instalowanego „kiedyś” cały czas pokutują co w połączeniu z wrażliwością danej jednostki na jakiegokolwiek zachwiania w funkcjonowaniu systemu informatycznego daje wybuchową mieszkankę w zakresie prawidłowości stosowania przepisów PZP. Oczywiście sytuacja nie jest beznadziejna – poziom świadomości wzrasta, a liczba prawidłowych przetargów stale rośnie. Należy więc jedynie przełamać mentalne blokady w prawidłowym stosowaniu przepisów, tak by sytuacje, w których przepisy „u nas się nie przyjęły” nie występowały.

W związku z tym warte rozważenia są działania legislacyjne bazujące – między innymi – na rekomendacjach Urzędu Zamówień Publicznych czy wnioskach Fundacji Wolnego i Otwartego Oprogramowania zebranych w projekcie Prawidłowe Przetargi Publiczne IT, które uzupełniłyby istniejące rozwiązania prawne, gdyż tego wymaga specyfika branży IT.



Spis treści

I / Wprowadzenie 2

I. 1 / Założenia metodologiczne 3

II / Analiza ilościowa 4

II. 1 / Liczba i wartość przetargów 4

II. 2 / Tryby postępowań 6

II. 3 / Czas trwania postępowań 8

II. 4 / Kryterium oceny ofert 8

II. 5 / Przedmiot postępowań 9

III / Analiza jakościowa 11

III. 1 / Ramy prawne przetargów na rozwiązania informatyczne 11

III.2 / Nieprawidłowe przetargi – rodzaje błędów 13

III.2.a / Wskazanie nazw producentów i równoważność 14

III.2.b / Błędny wybór trybu postępowania 15

III.2.c / Pozostałe nieprawidłowości 17

IV. Wnioski i Podsumowanie 18



Fundacja Wolnego i Otwartego Oprogramowania została powołana z potrzeby wspierania rozwoju demokratycznego państwa i społeczeństwa obywatelskiego - integralną częścią tego procesu jest informatyzacja. Jednym z głównych celów strategicznych Fundacji jest przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu poprzez wyrównywanie szans w rozumieniu swobodnego dostępu do narzędzi informatycznych i możliwości nieskrępowanego wyboru dowolnych rozwiązań technologicznych w komunikacji administracja-administracja, administracja-biznes, administracja-obywatel. Działania Fundacji skierowane są do urzędów władzy i administracji państwowej i samorządowej, organizacji pozarządowych, jednostek naukowo-rozwojowo-dydaktycznych, jednostek edukacyjnych, biznesu oraz obywateli.

www.fwioo.pl



Projekt „Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej” ma na celu kontrolę przetargów na oprogramowanie, w wyniku której zakłada się zwiększenie przejrzystości w publicznym procesie decyzyjnym. Kontrola jest realizowana poprzez stały monitoring zamówień na rozwiązania informatyczne, celem podejmowania interwencji w sprawach przetargów ogłoszonych z naruszeniem przepisów Prawa Zamówień Publicznych. Jesteśmy przekonani, że realizacja projektu w istotny sposób przyczyni się do systematycznego podnoszenia poziomu funkcjonowania instytucji publicznych w kraju, a tym samym do dynamicznego rozwoju społeczeństwa informacyjnego. Partnerem przy realizacji projektu jest Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej.

www.pppit.org.pl

Projekt „Monitorowanie zamówień publicznych na oprogramowanie komputerowe przeprowadzanych przez jednostki administracji rządowej i samorządowej” jest realizowany przy wsparciu udzielonym przez Fundację im. Stefana Batorego w ramach programu „Demokracja w działaniu”.

Patronat honorowy

Partner merytoryczny

