

Piotr Uściński

minister spraw wewnętrznych i
administracji

Zapytanie nr 4048

Zapytanie w sprawie korzystania przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji z prawa wyczerpania oprogramowania komputerowego przez jednostki sektora finansów publicznych i inne podmioty

Szanowny Panie Ministrze,

Jednostki sektora publicznego cyklicznie dokonują wymiany sprzętu komputerowego na nowszy, odpowiadający standardom związanym z potrzebami administracji państwowej. Oczywiście jest, że do poprawnego działania tego sprzętu niezbędny jest jego montaż oraz instalacja na nim oprogramowania systemowego. W konsekwencji, sprzęt komputerowy i oprogramowanie systemowe kupowane są równocześnie w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takich postępowaniach zamawiający albo kupują droższe oprogramowanie w wersji BOX lub MOLP, nie biorąc pod uwagę faktu, że z takim samym skutkiem mogliby kupić tańsze oprogramowanie w wersji OEM, albo kupują posiadane już oprogramowanie w wersji OEM, podczas gdy zupełnie wystarczającym byłby zakup samego sprzętu komputerowego, a następnie zainstalowanie posiadanego już oprogramowania systemowego.

Powyższy problem jest spowodowany błędnym przeświadczeniem, funkcjonującym zarówno w środowiskach informatycznych jak i wśród zamawiających, zgodnie z którym oprogramowanie w wersji OEM nie może zostać przeniesione na inne komputery. Takie przeświadczenie znajduje między innymi odzwierciedlenie w postanowieniach licencyjnych oprogramowania produkowanego przez spółkę Microsoft Corporation, która oferuje sprzedaż swoich systemów operacyjnych oraz pakietów biurowych w wersjach: BOX (MOLP) i OEM. Różnica pomiędzy tymi wersjami jest niewielka i w rzeczywistości sprowadza się tylko i wyłącznie do ceny. Microsoft Corporation oferuje sprzedaż produktu Microsoft Windows w wersji BOX i MOLP po cenie czterokrotnie wyższej niż w wersji OEM. Jakie są zatem różnice pomiędzy systemami operacyjnymi w wersji BOX (MOLP) a OEM, które skutkują taką różnicą w cenie?

Powyższe wadliwe przekonanie spowodowane jest błędną interpretacją prawa. Zgodnie z postanowieniami warunków licencyjnych, funkcjonujących w Microsoft Corporation, produkt w wersji BOX (MOLP) może być instalowany na kolejnych zestawach komputerowych po uprzedniej dezinstalacji bez dodatkowych ograniczeń (będąc jednocześnie zainstalowanym tylko na jednym komputerze). Natomiast powszechnie uważa się, że zgodnie z tymi

postanowieniami licencyjnymi, produkt w wersji OEM jest „przywiązany” do konkretnego komputera i może być odsprzedawany jedynie z przypisanym do niego sprzętem komputerowym. Tymczasem takie ograniczenia licencyjne nie funkcjonują na terenie Unii Europejskiej. Są one sprzeczne z przepisami prawa polskiego i prawa unijnego oraz nie mogą wiązać polskich organów administracji publicznej ani innych podmiotów dokonujących zamówień z wykorzystaniem finansów publicznych.

Przyjęcie takiego błędnego stanowiska skutkuje koniecznością ponoszenia dodatkowych, całkowicie zbytecznych nakładów finansowych na droższe produkty w wersji BOX lub MOLP albo każdorazowy zakup nowego oprogramowania w wersji OEM przy każdym postępowaniu o zakup sprzętu komputerowego. W praktyce zamawiający:

- albo - w przypadku gdy nie posiadają w ogóle pożądanego oprogramowania systemowego - kupują droższe oprogramowanie w wersji BOX, podczas gdy całkowicie wystarczającym i zgodnym z prawem byłby zakup około czterokrotnie tańszego produktu w wersji OEM,
- albo - w przypadku gdy posiadają pożądaną oprogramowanie systemowe - kupują po raz kolejny to samo posiadane już oprogramowanie w wersji OEM, podczas gdy zupełnie wystarczającym byłby zakup samego sprzętu komputerowego bez oprogramowania, a następnie zainstalowanie posiadanego już oprogramowania systemowego.

Tytułem przykładu, zakładając że postępowanie obejmowałoby swym zakresem wymianę 1200 sztuk sprzętu komputerowego, to przy dopuszczeniu zakupu produktu w wersji OEM (łącznie koszt około 660 tys. zł brutto) zamiast w wersji BOX (łącznie koszt około 1 mln 440 tys. zł brutto) Skarb Państwa zaoszczędziłby około 780 tys. zł na jednym przetargu lub więcej, jeśli wchodziłoby tu również oprogramowanie biurowe typu Office. Oszczędności mogłyby wzrosnąć dla tego przykładu nawet do 1 mln 600 tys. zł brutto. W przypadku dalszego unowocześniania sprzętu komputerowego jego wymiana zarówno w wersji OEM jak i wersji BOX nie wymagałaby zakupu dodatkowego oprogramowania systemowego czy biurowego, a zatem Skarb Państwa nie ponosiłby dodatkowych kosztów z tym związanych. Powyższą kwotę należałoby jedynie pomniejszyć o kilka tysięcy złotych tytułem kosztów przeinstalowania systemów operacyjnych i pakietów biurowych. Nie sposób nie zauważyć, że zakup produktu w wersji OEM jest znacznie tańszy niż w wersji BOX czy MOLP, a kupowanie droższego produktu, mając do wyboru znacznie tańszą, niczym się nie różniącą alternatywę, jest całkowicie nieracjonalne.

Istniejący problem został spowodowany funkcjonującą w przeszłości polityką licencyjną Microsoft Corporation. W jej wyniku powstało rzeczone przeświadczenie o nieprzenoszalności produktów w wersji OEM, a zamawiający stosowali przepisy licencyjne Microsoft Windows mimo ich nieskuteczności wynikającej z tzw. prawa wyczerpania.

Tytułem wyjaśnienia, prawo to wynika wprost z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (zarówno prawa polskiego, jak i unijnego). Zgodnie z art. 51 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej „**prawo autorskie**”) *„wprowadzenie do obrotu oryginału albo egzemplarza utworu na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego wyczerpuje prawo do zezwalania na dalszy obrót takim egzemplarzem na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem jego najmu lub użyczenia.”*. Jak wynika z powyższego, w obecnym stanie prawnym – zarówno, jeżeli chodzi o prawo krajowe jak i europejskie, nie może budzić wątpliwości, że **oprogramowanie OEM może być przenoszone na**

inne komputery niż te, na których zostało zainstalowane przez producenta. Innymi słowy, sprzedaż kopii oprogramowania komputerowego powoduje, że producent tego oprogramowania traci kontrolę nad dalszym obrotem wspomnianą kopią.

Co istotne, przepisy regulujące opisane powyżej prawo wyczerpania mają **charakter przepisów bezwzględnie wiążących**. Każda czynność prawna sprzeczna z przepisem bezwzględnie wiążącym jest zgodnie z art. 58 § 1 kc w całości (lub w odpowiedniej części) nieważna i nie może zostać konwalidowana. Z powyższego jednoznacznie wynika, że **pierwszy nabywca oprogramowania ma dowolność w dokonywaniu dalszego obrotu tym oprogramowaniem** niezależnie od ograniczeń, jakie próbuje nakładać na niego producent (tu: Microsoft Corporation). Oznacza to, że niedopuszczalne są postanowienia umowy licencyjnej zawartej pomiędzy Microsoft Corporation, a producentem sprzętu (Lenovo, Dell i in.), zgodnie z którymi oprogramowanie może być używane tylko na konkretnym egzemplarzu sprzętu danego producenta, a jeżeli umowa licencyjna zawiera takie postanowienia, pozostaje w tym zakresie nieważna. Podobnie nieważne będą jakiegokolwiek inne postanowienia umów licencyjnych zmierzające do ograniczenia możliwości przenoszenia oprogramowania na inne komputery. Innymi słowy, niedopuszczalne jest ograniczenie możliwości przeniesienia licencji Windows OEM z jednego komputera, na którym została pierwotnie zainstalowana, na inny komputer.

Powyższe stanowisko wynika również z orzecznictwa europejskich sądów najwyższych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przykładowo, w głośnym wyroku z dnia 6 lipca 2000 roku, dotyczącym oprogramowania OEM (BGHZ, 147, 7) niemiecki sąd najwyższy orzekł, że zobowiązanie się do dystrybucji oprogramowania OEM tylko łącznie ze sprzętem nie było skuteczne na potrzeby wyczerpania prawa, a zatem naruszenie tego warunku (i wprowadzenie do obrotu samego oprogramowania) nie wyłączyło wyczerpania. Ten sam sąd podkreślił, że „Jakkolwiek z powyższego wynika, że uprawniony może mieć wpływ na to, czy w określonych sytuacjach dojdzie do wyczerpania prawa, to sama regulacja jest bezwzględnie obowiązująca i nie można jej uchylić drogą czynności prawnej. Podobnie, umowne uzgodnienia sprzeczne z celem instytucji wyczerpania wyrażającym się w zapewnieniu „obiegowości” dóbr powinny być uznane za bezskuteczne.”

Podmioty działające w Polsce, a w szczególności organy administracji publicznej oraz inne podmioty finansowane ze Skarbu Państwa **są związane przede wszystkim bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa polskiego i unijnego, a nie zasadami licencjonowania ustalnymi przez prywatne podmioty**, które to zasady pozostają w ewidentnej sprzeczności z prawem obowiązującym na terenie Polski. Oczywistym jest, że to umowy licencyjne zawierane przez prywatne zagraniczne podmioty na terenie Polski muszą być zgodne z polskim prawem, a nie odwrotnie. Zamawiający zatem nie mają żadnych podstaw by twierdzić, że oprogramowanie OEM nie spełnia, tzw. „warunku przenoszalności oprogramowania systemowego”, zaś takie oferty złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzucać.

W związku z powyższym kieruję do Pana Ministra następujące pytanie:

Czy w ocenie Pana Ministra nie należałoby podjąć - w porozumieniu z innymi właściwymi organami - inicjatywy w formie np. rozporządzenia na podstawie stosownego upoważnienia, wytycznych lub instrukcji, za pomocą której poprzez obowiązek zastosowania prawa wyczerpania do oprogramowania komputerowego doszłoby do ograniczenia przedmiotu

zamówienia publicznego, o ile to możliwe, jedynie do dostawy sprzętu komputerowego (bez oprogramowania, jedynie narzucenie wykonawcy obowiązku przeinstalowania licencji ze starych komputerów na nowe), a która wpłynęłaby pozytywnie na wydatki Skarbu Państwa?

Łączę wyrazy szacunku
Piotr Uściński