

Zarys legalnego Open eGovernment

Krzysztof Siewicz*

Streszczenie

Niniejszy artykuł jest poświęcony normom regulującym wykorzystanie systemów informatycznych we wspieraniu rządu („eGovernment”). Stanowi on głos w dyskusji na temat wykorzystania otwartego oprogramowania („Open Source Software”) i otwartych standardów w „Open eGovernment”. W artykule przedstawiono odpowiedź na pytanie: „Czy obecny system normatywny pozwala na wdrożenie Open eGovernment?” W celu odpowiedzi na to pytanie dokonano w artykule rozróżnienia pomiędzy eGovernment otwartego oprogramowania a eGovernment otwartych standardów. Następnie dokonano analizy istniejącego systemu normatywnego regulującego wdrożenie tych dwóch rodzajów Open eGovernment.

Analiza przeprowadzona została na następujących czterech obszarach: (1) podstawowych praw i zasad prawnych, (2) prawa ochrony konkurencji, (3) ustawodawstwa normalizacyjnego oraz (4) prawa zamówień publicznych. Analizowano system Unii Europejskiej, a w kilku aspektach przywołano dla porównania prawo amerykańskie. Wynikiem analizy jest wniosek, że obecny system normatywny zawiera wiele legalnych środków umożliwiających wdrożenie obu rodzajów Open eGovernment.

Jednocześnie istnieją co najmniej dwie przeszkody dla wdrożenia Open eGovernment. Po pierwsze, w trakcie analizy nie zidentyfikowano żadnej skutecznej instytucji prawnej, którą można by zastosować w celu ostatecznego rozwiązania kwestii ograniczania dostępu do standardów oraz oprogramowania. Po drugie, w trakcie analizy nie wykryto żadnych wyraźnych, a nie tylko

* Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz LL.M., Central European University w Budapeszcie. Doktorant eLaw@Leiden, Uniwersytet w Lejdzie, Holandia. Autor pracuje w Kancelarii Prawnej Grynhoff, Woźny i Wspólnicy Sp.k. oraz prowadzi weblog poświęcony prawu wolnego oprogramowania pod: <http://ksiewicz.net>. Autor dziękuje Prof. dr. H.J. van den Herik z Institute for Knowledge and Agent Technology, Universiteit Maastricht oraz Prof. dr. Aernout Schmidt z eLaw@Leiden, Universiteit Leiden za komentarze, dyskusje oraz wskazówki, które pozwoliły doprowadzić niniejszy artykuł do ostatecznego kształtu.

dorozumianych obowiązków wdrożenia Open eGovernment. Wobec tego artykuł zakończono wezwaniem do dalszych badań mających na celu: (1) zidentyfikowanie dodatkowych elementów systemu normatywnego, które umożliwiłyby rozwiązanie kwestii ograniczeń; (2) zaproponowanie zmian w systemie mających na celu wyraźne zobowiązanie do wdrożenia Open eGovernment.

Wprowadzenie

Ostatnimi czasy rządy na całym świecie coraz częściej korzystają z technologii informatycznych. Technologie te wspierają władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą w rządzeniu społeczeństwami. Wsparcie to świadczone jest przez inteligentne programy komputerowe. Niektóre programy mogą być napisane w sposób, który umożliwia im autonomiczne wykonywanie zadań. Wobec tego w niedalekiej przyszłości świat może być współrządzony przez ludzi i systemy komputerowe. Im większy udział komputerów, tym bardziej uzasadnione jest pojęcie eGovernment.

eGovernment polega na wykorzystaniu specjalnych programów zaprojektowanych do wykonywania specyficznych zadań, jak też i masowo produkowanych jednorodnych programów. Wszystkie te programy powinny prawidłowo wspierać rządzenie. Wymaga to rzetelnej organizacji ich produkcji oraz zapewnienia ich interoperacyjności przez normalizację (standaryzację). W rzeczywistości technologii informatycznych istnieją różnorodne podejścia do tej organizacji. Możliwe jest wyróżnienie następujących skrajności: (1) wspierające technologie powinny być produkowane przez prywatne podmioty, a ich standaryzacja poddana wyłącznej kontroli tych podmiotów; (2) technologie powinny być produkowane w ramach społeczności, jak też i społeczności powinny decydować o ich standaryzacji. To drugie podejście zastosowane w organizacji produkcji programów komputerowych doprowadziło do powstania otwartego oprogramowania („Open Source Software”). To podejście jest także wykorzystywane w standaryzacji i doprowadziło do powstania otwartych standardów („open standards”).

Można sobie wyobrazić wykorzystanie tego drugiego podejścia przez państwo poprzez zastosowanie otwartego oprogramowania lub otwartych standardów we wdrażaniu eGovernment. Niniejszy artykuł dotyczy takiego właśnie „Open eGovernment” i ma na celu skonstruowanie systemu normatywnego dla jego legalnego wdrożenia.

Pytanie badawcze oraz plan artykułu

Nasuwa się oczywiste pytanie: „Dlaczego miałoby dojść do wdrożenia Open eGovernment?” Stosowanie otwartych technologii zalecane jest zwykle z powodów czysto

technicznych, takich jak interoperacyjność, stabilność i bezpieczeństwo.¹ Technologie te są także przedstawiane jako korzystne ekonomicznie, w tym dla konkurencyjności i innowacyjności.² Ponadto, możliwe jest wysuwanie politycznych argumentów za otwartymi technologiami, wskazujących ich pozytywny wpływ na interes publiczny, suwerenność i niezależność.³ Jednocześnie, rozmaite podmioty występują przeciwko Open eGovernment.⁴ Z prawniczego punktu widzenia wynik tej dyskusji zależy od odpowiedzi na następujące pytanie badawcze: „Czy obecny system normatywny pozwala na wdrożenie Open eGovernment?” Celem niniejszego artykułu jest udzielenie odpowiedzi na to pytanie ze wskazaniem na Unię Europejską. W artykule przywołano także niektóre rozwiązania amerykańskie.

Przyjęto następujący plan artykułu: W rozdziale 3 przedstawiono definicje i podstawowe pojęcia dotyczące eGovernment, otwartego oprogramowania i otwartych standardów. W rozdziale 4 wyjaśniono związek pomiędzy otwartym oprogramowaniem i otwartymi standardami, a także wyróżniono dwa rodzaje Open eGovernment. Wskazano ponadto, jakimi sposobami administracja publiczna mogłaby doprowadzić do wdrożenia Open eGovernment. Następnie, w rozdziale 5 poddano analizie wybrane elementy obecnego systemu normatywnego regulującego wdrażanie Open eGovernment. Na koniec, w rozdziale 6 przedstawiono odpowiedź na pytanie badawcze oraz wskazano kierunki dalszych badań.

Definicje i podstawowe pojęcia

Poniżej wyjaśnione zostały trzy pojęcia, które przewijają się w artykule: (1) eGovernment, (2) otwarte oprogramowanie oraz (3) otwarte standardy.

eGovernment

W niniejszym artykule przyjęto następującą definicję eGovernment. Jest to każda komunikacja skierowana do, lub pochodząca od administracji publicznej, przekazywana za pomocą technologii informatycznych, w szczególności z wykorzystaniem Internetu oraz komputerów podłączonych do tej sieci.⁵ Pojęcie eGovernment nie powinno być ograniczane tylko do wewnętrznej komunikacji administracji publicznej. W niniejszym artykule jest ono rozumiane szeroko i zawiera także komunikację z obywatelami i innymi użytkownikami świadczonych przez

1 Zob. np.: Open Forum Europe, *How Open Can Europe Get*, pod: http://www.openforumeurope.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=89&Itemid=102.

2 *Id.*

3 Por. np. debaty toczone na temat przyjęcia otwartych standardów przez administrację publiczną stanu Massachusetts lub migrację urzędu Monachium na otwarte oprogramowanie.

4 Zob. np.: Initiative for Software Choice, *New EU Public Procurement Directives – Maintaining Neutrality in Software Procurement*, pod: http://www.softwarechoice.org/download_files/ISC_LegalNote.pdf. Zob. także: Business Software Alliance, *BSA Statement on Technology Standards*, pod: http://www.etsi.org/sos_interoperability/Background_papers/BSA_Statement_on_Technology_Standards.pdf

5 Por.: EC Communication „The role of eGovernment for Europe’s future” (COM(2003) 567, niepubl. w OJ); Zob. także: Wikipedia, *eGovernment*, pod: <http://en.wikipedia.org/wiki/EGovernment>.

państwo usług, takich jak: (1) udostępnianie informacji publicznej, głównie przez www, (2) umożliwianie lub nawet wymaganie korzystania z technologii informatycznych w celu wykonania praw lub obowiązków oraz (3) realizowanie idei społeczeństwa partycypacyjnego przez inicjowanie publicznych dyskusji nad projektami aktów prawnych lub wszelkich innych decyzji dotyczących interesu publicznego.

eGovernment wynika z relacji pomiędzy państwem oraz różnymi technologiami informatycznymi. Relacja ta powstaje w wyniku dwóch rodzajów działalności państwa: (1) władztwa publicznego (*imperium*) oraz (2) pośredniej ingerencji, takiej jak zamówienia publiczne (*dominium*).

Otwarte oprogramowanie

Otwarte oprogramowanie („Open Source Software”) to programy komputerowe dostępne dla każdego zainteresowanego wraz z uprawnieniami do kontrolowania procesu ich produkcji. Uprawnienia te są udzielane w formie adhezyjnej modelowej licencji. Umożliwiają one zwielokrotnianie, modyfikację, a także rozpowszechnianie oryginału programu oraz jego modyfikacji. Z uprawnień tych mogą korzystać osoby fizyczne, przedsiębiorcy lub instytucje publiczne, lecz w praktyce kontrola nad produkcją danego otwartego programu sprawowana jest przez jego „społeczność”.⁶ W celu umożliwienia efektywnej kontroli, prawa do otwartego oprogramowania obejmują jego kody źródłowe, a nie tylko postać wykonywalną.⁷ Istnieje formalna definicja, „Open Source Definition” (OSD), na podstawie której organizacja „Open Source Initiative” przyznaje certyfikaty licencjom na oprogramowanie, które spełniają minimalne wymagania w niej określone.⁸

6 Zob. ogólnie: Eric S. Raymond, *The Cathedral and the Bazaar*, pod: <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/>. W takich społecznościach jedynie główni deweloperzy faktycznie korzystają z prawa do modyfikacji i rozpowszechniania oprogramowania (tzw. „właściciele projektu”) (Zob. Eric S. Raymond, *Homesteading the Noosphere*, pod: <http://www.catb.org/~esr/writings/homesteading/>; zob. także np. Ko Kuwabara, *Linux: A Bazaar at the Edge of Chaos*, Firstmonday, pod: http://www.firstmonday.org/issues/issue5_3/kuwabara/index.html). Niektóre projekty cechuje modułowa struktura, a „właściciele” modułów tworzą swego rodzaju zarząd projektu, niekiedy sformalizowany w oficjalnej lub półoficjalnej „konstytucji” projektu (Zob. np. *The Constitution of Debian*, <http://www.debian.org/devel/constitution>). Poza tym istnieje wiele pomniejszych projektów nadzorowanych przez nielicznych, lub nawet pojedynczych deweloperów (Zob. np. Kevin Crowston, James Howison, *The social structure of free and open source software development*, Firstmonday, pod: http://www.firstmonday.org/issues/issue10_2/crowston/index.html; Sandeep Krishnamurthy, *Cave or Community? An Empirical Examination of 100 Mature Open Source Projects*, Firstmonday, pod: http://www.firstmonday.org/issues/issue7_6/krishnamurthy/index.html). Należy się spodziewać dużej różnorodności projektów otwartego oprogramowania, gdyż jest ich ponad 70 000 (<http://SourceForge.net>).

7 Kod źródłowy to zrozumiała dla człowieka forma wyrażenia programu, pozwalająca na jego modyfikację, jak też i na badanie go i poznanie jego struktury. W celu korzystania z programu konieczne jest jego przetłumaczenie w postać kodu wynikowego. Badanie i modyfikowanie kodów wynikowych jest znacznie utrudnione, co oznacza, że dostęp do kodów źródłowych jest konieczny dla potrzeb modyfikacji, które stanowią podstawę procesu produkcji oprogramowania. Konieczność modyfikacji podyktowana jest istnieniem błędów (tzw. „bugs”), brakiem wszystkich potrzebnych funkcji oprogramowania, jak też i potrzebą zapewniania interoperacyjności z innymi elementami systemów informatycznych.

8 Te minimalne kryteria to: (1) swoboda rozpowszechniania, (2) dostęp do kodów źródłowych, (3) prawo do tworzenia opracowań, (4) ochrona integralności kodów źródłowych autora, (5) niedyskryminacja podmiotów, ani grup, (6) niedyskryminacja pól eksploatacji, (7) udzielenie licencji w adhezyjnej formie wzorca umownego, (8) niewiązanie licencji z konkretnym produktem, (9) nieograniczanie możliwości łącznej dystrybucji innego, (10) neutralność technologiczna licencji (tłumaczenie własne, powyższe kryteria rozwinięto w definicji, dostępnej pod: <http://opensource.org/docs/definition.php>).

Istnieje jednak wiele rozwiązań prawnych i technicznych, które pozwalają na „zamknięcie” danego otwartego programu pomimo jego otwartej licencji, a które wprowadzają ograniczenia dla modyfikacji, rozpowszechniania lub dostępności nowych wersji programów. Ogólnie rzecz biorąc, możliwe jest wyróżnienie ograniczeń tego typu o skutku *erga omnes* i innych ograniczeń skutecznych jedynie wobec konkretnego użytkownika.⁹ Te pierwsze wynikają głównie z możliwości wypowiedzenia licencji¹⁰ lub istnienia praw własności intelektualnej (IPR), które nie zostały objęte licencją na program (takich jak patenty, znaki towarowe lub tajemnice handlowe). Te drugie są zwykle efektem umów o dostawę oprogramowania, które przyznają wybranemu przez użytkownika dostawcy wyłączne prawa na dostarczanie i obsługę oprogramowania.¹¹

Otwarte standardy

W niniejszym artykule mowa jest o standardach (1) interfejsów, (2) protokołów oraz (3) formatów zapisu danych, przyjętych w celu zapewnienia interoperacyjności. Interfejsy to metody komunikacji pomiędzy różnymi elementami komputera (tzn. jego sprzętem (hardware), systemem operacyjnym i aplikacjami (software)). Protokoły to zwykle metody komunikacji pomiędzy urządzeniami tworzącymi sieć, taką jak Internet. Formaty danych to sposoby wyrażenia informacji, która sama stanowi treść przekazu.

Interoperacyjność (współdziałanie) jest często definiowana jako zdolność różnych elementów do wymiany informacji, zrozumienia jej i ponownego wykorzystania. Wskazuje się na trzy poziomy interoperacyjności: (1) interoperacyjność techniczna oznacza zespół wymagań technicznych koniecznych dla wymiany informacji pomiędzy systemami informatycznymi; (2) interoperacyjność semantyczna to zdolność do zrozumienia wymienianej informacji; a (3) interoperacyjność organizacyjna to zdolność do wykorzystania informacji wymienianej pomiędzy systemami.¹² Na przykład, aplikacje muszą korzystać z interfejsów systemu, aby efektywnie interoperować z nim. Z pomocą interfejsów jest także możliwe interoperowanie

9 Wzięcie pod uwagę tych ograniczeń jest teoretycznie możliwe przy wykorzystaniu Free Software Definition (FSD), która nie ogranicza się tylko do licencji. Precyzuje ona cztery wolności użytkowników oprogramowania: (wolność 0) prawo do używania programu w jakimkolwiek celu; (wolność 1) prawo do badania sposobu działania programu i przystosowywania go do własnych potrzeb; (wolność 2) prawo do rozpowszechniania egzemplarzy, aby pomóc bliźnim; (wolność 3) prawo do ulepszania programu i publikowania ulepszeń tak, aby skorzystała cała społeczność. W definicji wskazano, że dostęp do kodów źródłowych jest warunkiem istnienia wolności 1 i 3. (Zob: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>). Jednakże w praktyce, FSD stosowana jest do oceny „wolności” licencji modelowych, bez odniesienia do ewentualnych dodatkowych ograniczeń. Większość licencji certyfikowanych przez OSI zostało także zaakceptowane przez Free Software Foundation jako wolne oprogramowanie („Free Software”) (Por.: <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html> z: <http://opensource.org/licenses/>.)

10 Zob. np.: Neil Netanel, *Alienability Restrictions and the Enhancement of Author Autonomy in United States and Continental Copyright Law*, 12 CARDOZO ARTS AND ENTERTAINMENT LAW JOURNAL 1 (1994).

11 Komercyjni dystrybutorzy GNU/Linux często oferują wsparcie techniczne pod warunkiem korzystania tylko z określonego otwartego oprogramowania (Zob.: *Hans Reiser Speaks Freely About Free Software Development*, Slashdot, pod: <http://developers.slashdot.org/article.pl?sid=03/06/18/1516239&tid=156&tid=11>).

12 European Commission, IDA, *Linking up Europe: the Importance of Interoperability for eGovernment Services*, Commission Staff Working Paper, 7 (EC 2003), pod: <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=1675>.

między aplikacjami. Protokoły sieciowe zapewniają interoperacyjność poziomów sieci.¹³ Interoperacyjność Internetu w dużej mierze zależy od korzystania z protokołów zgodnie z zasadą przejrzystości poziomów oraz zasady „end-to-end”.¹⁴ Z kolei formaty danych muszą być uzgodnione między aplikacjami stosowanymi do ich przetwarzania a aplikacjami je udostępniającymi. W przeciwnym przypadku aplikacje te nie są zdolne do interoperowania za pomocą danych.

Standard jest otwarty, gdy nie istnieją ograniczenia¹⁵ w wykorzystaniu informacji koniecznej dla jego implementacji, jak też i w wykorzystaniu samych implementacji. Informacja konieczna do stworzenia opartej na standardzie implementacji zawarta jest zwykle w „specyfikacji” standardu.¹⁶ Jeżeli specyfikacja jest niejednoznaczna lub niekompletna, konieczne być może udostępnienie wzorcowej implementacji standardu.¹⁷ Z oczywistych powodów, dla uznania standardu za otwarty jego specyfikacja powinna zawierać jak najwięcej wartościowej informacji, gdyż wpływa to na interoperacyjność implementacji, jak też i na liczbę podmiotów zdolnych do stworzenia implementacji.¹⁸ Ponadto, wykorzystanie implementacji otwartego standardu nie może być poddane technicznym lub prawnym ograniczeniom. Istnieje wiele rodzajów takich ograniczeń,¹⁹ lecz w niniejszym artykule za ich główne źródło uznano tzw. „istotne” dla standardu patenty.²⁰

13 Na temat „poziomów” („layers”) zob.: Wikipedia, *OSI Model*, pod: http://en.wikipedia.org/wiki/OSI_model.

14 Na temat „zasady przejrzystości” zob.: Lawrence B. Solum, Minn Chung, *The Layers Principle: Internet Architecture and the Law*, 79 NOTRE DAME LAW REVIEW 815, 816 (2004); na temat „end-to-end” zob.: J.H. Saltzer, D.P. Reed, D.D. Clark, *End-to-End Argument in System Design*, 2 ACM TRANSACTIONS IN COMPUTER SYSTEMS 277 (1984), pod: <http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endtoend/endtoend.pdf>.

15 W UE, minimalne ograniczenia zostały sformułowane w European Interoperability Framework (EIF, pod: <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=19528>), dokumencie przedstawianym jako „the highest-ranking module of a comprehensive methodological tool kit for implementing pan-European eGovernment services” (*id.* s. 5). EIF definiuje otwarte standardy jako: (1) przyjęte i utrzymywane przez nie działającą dla zysku instytucję, w drodze procesu otwartego dla wszystkich zainteresowanych; (2) o opublikowanych specyfikacjach dostępnych za darmo lub za nominalną opłatą, z prawem do kopiowania, rozpowszechniania i korzystania ze specyfikacji; (3) prawa własności intelektualnej do standardu dostępne nieodwołalnie bez opłat licencyjnych; oraz (4) bez ograniczeń na ponowne wykorzystanie standardu w innych standardach (*id.* s. 9).

16 Znajomość kodów źródłowych lub dekompilacja kodów wynikowych pozwala teoretycznie przygotować lub zmodyfikować aplikację, która korzysta z interfejsu, protokołu lub formatu danych (tzn. standardu). Jednakże z uwagi na utrudnienia studiowania kodów wynikowych, jak i trudności odtworzenia standardów w oparciu o kody źródłowe należy przyjąć, że najbardziej praktycznym sposobem zapewniania interoperacyjności jest wykorzystanie specyfikacji standardów. Wobec tego dostępność kodów źródłowych należy odnieść tylko do badania i modyfikacji oprogramowania, a kodów wynikowych do korzystania z niego. Można założyć, że żadne z nich samo w sobie nie przyczyniają się do zapewniania interoperacyjności.

17 Jeżeli implementacją standardu jest oprogramowanie, to wzorcowa implementacja może polegać na udostępnieniu jego kodów źródłowych, na przykład w formie otwartego oprogramowania. Jednakże kolejne implementacje nie muszą być już otwartym oprogramowaniem.

18 Perens wskazuje, że otwarte standardy muszą pozwalać na różnorodne ich implementacje przez rozmaite podmioty (komercyjne, badawcze, publiczne). Zob.: Bruce Perens, *Open Standards Principles and Practice*, pod: <http://perens.com/OpenStandards/Definition.html>.

19 Na przykład tak zwana strategia „embrace-and-extend” polega na oferowaniu implementacji standardu wraz z rozszerzeniami, które nie są już zgodne ze standardem. Zob.: Perens, przyp. TPF.

20 Zob. np.: Janice M. Mueller, *Patent Misuse Through the Capture of Industry Standards*, 17 BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL 623 (2002) (wywodząca, że uprawnieni z patentów powinni mieć obowiązek ujawniania istnienia wszelkich patentów oraz wniosków patentowych „istotnych” („material”) dla standardu w trakcie procesu jego opracowywania, o ile uczestniczą w tym procesie (s. 630)).

Open eGovernment

Niniejszy rozdział jest poświęcony szczegółowym rozważaniom na temat Open eGovernment z wykorzystaniem przedstawionych powyżej pojęć: eGovernment, otwartego oprogramowania i otwartych standardów. Otwarte oprogramowanie jest zwykle oparte na otwartych standardach, co oznacza, że wybór takich standardów podąża za wyborem otwartego oprogramowania. Implementacja otwartych standardów nie musi być jednak dokonana za pomocą otwartego oprogramowania, ponieważ mogą być one wdrożone w tak zwanym oprogramowaniu własnościowym (tzn. produkowanym zgodnie z pierwszym podejściem przedstawionym we wprowadzeniu). Możliwe jest wobec tego wyróżnienie dwóch rodzajów Open eGovernment: (1) całkowicie otwarty, oparty na otwartym oprogramowaniu i co za tym idzie na otwartych standardach (dalej „eGovernment otwartego oprogramowania”) oraz (2) częściowo otwarty, oparty na otwartych standardach bez wskazania na żaden konkretny rodzaj oprogramowania (dalej „eGovernment otwartych standardów”). Poniżej przedstawiono możliwe sposoby wdrożenia tych dwóch rodzajów Open eGovernment.

eGovernment otwartego oprogramowania

Wdrożenie eGovernment otwartego oprogramowania oznacza, że uprawnieni²¹ z praw wyłącznych do oprogramowania wykorzystywanego w tym celu muszą umożliwić każdemu zainteresowanemu kontrolę nad jego produkcją.²² Oznacza to także, że ani oni, ani żadne osoby trzecie nie mogą poddać tego oprogramowania ograniczeniom prowadzącym do jego „zamknięcia”. Istnieją pewne instytucje prawne, które chronią otwarte oprogramowanie przed takimi ograniczeniami. W niniejszym artykule wystarczy wymienić dwie z nich: (1) „prawo do rozwidlania” („the right to fork”) oraz (2) „copyleft”. Prawo do rozwidlania pozwala każdemu (np. pozostałej części społeczności lub nowej społeczności) kontynuować produkcję oprogramowania na zasadzie otwartej nawet w przypadku, gdy uprawnieni do tego oprogramowania zdecydują się „zamknąć” jego kolejną wersję. Natomiast copyleft pozwala samym uprawnionym domagać się udostępnienia nowych wersji stworzonych przez kogoś innego. Wszystkie licencje otwartego oprogramowania udzielają prawa do rozwidlania, a niektóre z nich zawierają klauzule copyleft.

21 Uprawniony to sam twórca (lub zwykle jego pracodawca), rozumiany zgodnie z prawem autorskim lub też innymi prawami własności intelektualnej (IPR). Można wskazać na pewne instytucje tego prawa, których efektem jest pewien stopień otwartości: ograniczenie czasowe, prawo do dekompilacji, prawo do niezależnej twórczości w prawie autorskim, dozwolony użytek, przymusowe licencje, publikacja patentów, wyczerpanie prawa. Jednakże celem tych instytucji jest jedynie równoważenie monopoli stworzonych przez prawa wyłączne z publicznym dostępem i trudno sobie wyobrazić jakikolwiek Open eGovernment wdrożony za pomocą tylko tych wyjątków.

22 Jest decyzją polityczną, czy zdefiniować technologie eGovernment tak, aby objęły one nie tylko systemy informatyczne wykorzystywane przez administrację publiczną, ale także i użytkowników eGovernment.

W celu wdrożenia eGovernment otwartego oprogramowania administracja publiczna powinna stymulować uprawnionych z praw wyłącznych do udostępnienia oprogramowania na warunkach odpowiednio przygotowanych otwartych licencji.²³ Licencje te powinny obejmować przynajmniej prawo do rozwidlania, aby zapewnić dostęp do nowych wersji tego oprogramowania.²⁴ Może być także konieczne zastosowanie dodatkowych instytucji prawnych w celu zapobieżenia ograniczeniom takim jak prawa własności intelektualnej osób trzecich lub też restrykcyjne umowy o dostawę. Wszelkie takie instytucje powinny być uzupełnione przez zaprojektowanie oprogramowania od strony technicznej w taki sposób, aby niemożliwa była dyskryminacja pomiędzy dostawcami jakichkolwiek usług dodatkowych. Administracja publiczna powinna także stymulować innych użytkowników eGovernment do korzystania z otwartego oprogramowania lub przynajmniej nie stwarzać im przeszkód w jego wdrażaniu. Poza różnymi bezpośrednimi środkami regulującymi decyzje o zakupie oprogramowania, podmioty te mogą być stymulowane pośrednio, na przykład przez efekty skali lub efekty sieciowe zamówień publicznych.²⁵

eGovernment otwartych standardów

Wdrożenie eGovernment otwartych standardów oznacza, że wszelkie technologie²⁶ nabywane dla eGovernment są zgodne z otwartymi standardami. Wynika z tego, że takie standardy muszą być przede wszystkim opracowane, a następnie faktycznie zaimplementowane w technologiach wykorzystywanych w eGovernment.²⁷ Ogólnie rzecz biorąc, standardy mogą być opracowywane przez podmioty o dominującej pozycji na rynku, jak też i mogą one powstawać w drodze współpracy wielu zainteresowanych stron zrzeszonych w organizacjach standaryzujących.²⁸ Pod pewnymi warunkami podmioty dominujące mogą opracować otwarte

23 Oznacza to w praktyce nabywanie oprogramowania na jednej z już istniejących, certyfikowanych licencji Open Source. Administracja publiczna może też podjąć próbę opracowania nowej licencji modelowej (o takiej inicjatywie w ramach UE zob.: *European Public License*, pod: <http://europa.eu.int/idabc/en/document/2623/5585#eupl>). Alternatywą wobec stymulowania praktyk licencyjnych producentów oprogramowania jest nabywanie praw do oprogramowania przez państwo lub wymaganie przeniesienia ich na zaufany podmiot trzeci, a dopiero wtedy udostępnienie go na otwartej licencji.

24 Można sobie wyobrazić istnienie otwartego oprogramowania w długim okresie, nawet jeżeli jest ono chronione tylko prawem do rozwidlania. Przykładem takiego oprogramowania jest rodzina systemów BSD: FreeBSD, OpenBSD oraz NetBSD.

25 Inne pośrednie środki to państwowa współpraca ze społecznościami wolnego oprogramowania. Zob.: RISHAB AIYER GHOSH, RÜDIGER GLOTT, GREGORIO ROBLES, PATRICE-EMMANUEL SCHMITZ, *GUIDELINE FOR PUBLIC ADMINISTRATIONS ON PARTNERING WITH FREE SOFTWARE DEVELOPERS* (European Commission, Enterprise DG, IDA/GPOSS, 2004), pod: <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=19295>. Ponadto, można się spodziewać, że zwiększone wykorzystanie wolnego oprogramowania, nie tylko w eGovernment, byłoby efektem szeroko zakrojonej kampanii przeciwko pirackiemu oprogramowaniu.

26 Także i tu „technologie eGovernment” można rozumieć jako systemy informatyczne zarówno administracji publicznej, jak i użytkowników eGovernment (Zob. przyp. TPF).

27 Można wskazać instytucje prawne stymulujące otwartość standardów bez konieczności organizowania specjalnej procedury opracowywania i wdrażania standardów. Wynikają one z możliwości inżynierii wstecznej i legalnego wykorzystania informacji otrzymanej tą drogą. Zależą one także od zakresu regulacji odpowiedzialności za korzystanie z tajemnicy handlowej, a także od ilości informacji dostępnej w opublikowanych patentach. Ponadto, ich istnienie związane jest z prawnymi granicami zawierania umów o zachowaniu poufności. (Por. przyp. TPF).

28 Różne korzyści wynikające ze standaryzacji danej gałęzi przemysłu stwarzają zachętę dla podmiotów prywatnych do udostępniania standardów opracowanych wewnętrznie, jak też i do stowarzyszania się w konsorcja promujące te standardy. Istnieją jednak pewne przeszkody ku pełnemu otwieraniu takich standardów, zwłaszcza gdy na rynku nie występuje wolna konkurencja.

standardy.²⁹ O wiele bardziej prawdopodobne jest jednak opracowanie otwartych standardów przez organizacje, które stosują się w tym celu do specjalnych formalnych procedur.³⁰ Jeżeli tylko otwarte standardy istnieją, to ich implementacja jest na pewno możliwa, gdyż z definicji dostępne są ich pełne specyfikacje, jak też i nie występują żadne ograniczenia w wykorzystaniu implementacji

(tzn. nie są one objęte istotnymi patentami). Dla faktycznej implementacji konieczne jest jednak spełnienie przynajmniej jednego z następujących dwóch warunków: (1) ekonomiczna zachęta do implementacji lub (2) państwowy przymus implementacji. Warunek pierwszy prowadzi do powstania standardu *de facto*, podczas gdy drugi warunek skutkuje powstaniem standardu *de iure*.

W celu wdrożenia eGovernment otwartych standardów, administracja publiczna powinna zidentyfikować standardy użyteczne dla eGovernment i spowodować, aby ich pełne specyfikacje były dostępne bez ograniczeń, chyba że takie standardy już istnieją. Jeżeli standardy te zostały opracowane przez podmioty dominujące, konieczne jest przeciwdziałanie umieszczaniu przez nie ograniczeń w dostępie do standardów, na przykład poprzez promocję wolnej konkurencji, która równoważy niesprawności prowadzące do zamykania standardów. Jako alternatywa, opracowywanie potrzebnych standardów może być powierzone organizacjom standaryzującym, ze wskazaniem na stosowanie specjalnych reguł mających na celu wyeliminowanie ograniczeń. Ponadto, wszelkie istotne patenty lub inne ograniczenia powinny zostać zidentyfikowane, a możliwość ich zastosowania wobec eGovernment uregulowana. Następnie, administracja publiczna powinna podjąć działania regulacyjne zmierzające do stworzenia przynajmniej jednego warunku dla faktycznego wdrożenia otwartych standardów. Ta regulacja może być ograniczona do tworzenia zachęt ekonomicznych, na przykład przez nabywanie zgodnych z otwartymi standardami

Zob.: Stephen E. Margolis, S.J. Liebowitz, *Path dependence*, pod: <http://www.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/palpd.html>. Naturalny proces rynkowy prowadzący do otwartych standardów można zaobserwować w Internecie. Zob.: Mark A. Lemley, *Antitrust and the Internet Standardization Problem*, 28 CONNECTICUT LAW REVIEW 1041, 1046.

29 Wystąpienie tych warunków ograniczone jest istnieniem kosztów transakcyjnych wywołanych migracją do innej technologii oraz efektami sieciowymi, jak również ingerencją niekomercyjnych podmiotów na rynku. (Zob.: Nicholas Economides, *The Economics of Networks*, 4 INTERNATIONAL JOURNAL OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 673 (1996) pod: <http://www.stern.nyu.edu/networks/94-24.pdf>; S.J. Liebowitz, Stephen E. Margolis, *Network Externalities (Effects)*, pod: <http://www.utdallas.edu/~liebowit/palgrave/network.html>.)

30 Niektóre takie dokumenty wymagają „rozsądnego i niedyskryminującego licencjonowania” („reasonable and non-discriminatory licensing” (RAND)). Nie ma ogólnie przyjętej definicji RAND, ale ogólnie rzecz biorąc sprowadza się to do zobowiązania umownego uczestników procesu standaryzacji do wykonywania ich praw wyłącznych obejmujących standard lub korzystania z jego implementacji w taki sposób, aby pobierane opłaty licencyjne były „rozsądne”, a udzielanie licencji następowało bez „dyskryminacji”. Niektóre organizacje standaryzujące poszły o krok dalej i wymagają licencjonowania nieodpłatnego („royalty-free”). Według Perensa konieczne jest wprowadzenie obowiązku publikacji wzorcowej implementacji wszelkich rozwiązań dodatkowych oferowanych na podstawie standardu („extensions”). Zob.: Perens, przyp. TPF (podający jako przykład Sun Industry Standards Source License). Zob. też: *Sun Industry Standards Source License*, v.1.1., Sec. 3.1, pod: http://www.openoffice.org/licenses/sissl_license.html. Należy pamiętać, że wszelkie ustalenia przyjęte wewnątrz organizacji standaryzujących wiążą tylko ich członków, podczas gdy niektóre ograniczenia standardów mogą być wprowadzone przez podmioty trzecie dysponujące istotnymi prawami wyłącznymi, czy też podmioty zajmujące się faktycznym dostarczaniem technologii.

technologii przez samą administrację. Państwo może też oczywiście podjąć próbę wymuszenia implementacji otwartych standardów *de iure*.³¹

System normatywny Open eGovernment

Niniejszy rozdział jest poświęcony analizie obecnego systemu normatywnego regulującego wdrażanie Open eGovernment. System ten składa się z norm regulujących wdrażanie zarówno eGovernment otwartego oprogramowania, jak i eGovernment otwartych standardów oraz z relacji pomiędzy tymi normami. Normy te regulują zarówno sferę *imperium*, jak i sferę *dominium* aktywności państwa. Analiza systemu jest konieczna w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie: „Czy obecny system normatywny pozwala na wdrożenie Open eGovernment?”. Do analizy w niniejszym artykule system zawężono do następujących czterech obszarów: (1) podstawowe prawa i zasady prawne, (2) prawo ochrony konkurencji, (3) ustawodawstwo normalizacyjne oraz (4) prawo zamówień publicznych. Analiza umożliwi wykazanie, czy wdrożenie Open eGovernment jest zgodne z prawem we wskazanych obszarach.

Podstawowe prawa oraz zasady prawne

O ile tylko istnieją podstawowe prawa lub zasady prawne umożliwiające uzyskanie dostępu do oprogramowania lub standardów bez ograniczeń, to mogłyby być one wykorzystane we wdrożeniu Open eGovernment. Poniżej wskazano na normy wywodzące się z: (1) prawa dostępu do informacji publicznych, (2) prawa procesowego (zasad przeprowadzania dowodu) oraz (3) pewnych zasad prawa prywatnego.

Po pierwsze, prawo dostępu do informacji publicznych jest jednym z fundamentalnych praw wyraźnie wskazanych w wielu konstytucjach. Jego istnienie jest warunkiem demokratycznego i sprawiedliwego państwa, a także stanowi gwarancję wielu pokrewnych praw i wolności. Oprogramowanie i standardy wykorzystywane w eGovernment zawierają lub w inny sposób są powiązane z informacją publiczną. Zakres i możliwość egzekucji tego prawa są jednak różne w każdym państwie członkowskim UE.³² Na płaszczyźnie europejskiej przyjęto natomiast

31 Nabywanie jakiegokolwiek oprogramowania opartego o otwarte standardy przez podmiot zaangażowany w eGovernment, lub nawet wdrożenie otwartego standardu *de iure* nie spowoduje narzucenia decyzji zakupowych innym podmiotom. Jest tak dlatego, że otwarte standardy mogą być wdrożone w rozmaitych produktach, pochodzących z różnych źródeł. Niezależnie od tego, promocja otwartych standardów ułatwiłaby interoperowanie otwartego oprogramowania z eGovernment. Otwarcie standardów eGovernment jest zatem środkiem promowania otwartego oprogramowania i kolejnym pośrednim sposobem na wdrożenie eGovernment otwartego oprogramowania.

32 Na przykład, polska ustawa o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2001r. nr 112 poz. 1198) stanowi w art. 5 ust. 2, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu m.in. ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy. Zgodnie z art. 22 podmiotowi, któremu odmówiono prawa dostępu do informacji publicznej ze względu na wyłączenie jej jawności z powołaniem się na przykład na tajemnicę przedsiębiorstwa przysługuje prawo wniesienia powództwa do sądu powszechnego o udostępnienie takiej informacji. Przepisy te zostały zastosowane w sprawie dotyczącej zamkniętych protokołów wykorzystywanych w komunikacji z płatnikami przez system informatyczny ZUS (wyrok NSA z 16 września 2004, OSK 600/04, niepubl.). Sprawa tocząca się przed sądem powszechnym czeka na rozstrzygnięcie od tego czasu.

dyrektywę w sprawie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego.³³ Zakazuje ona dyskryminacji podmiotów chcących wykorzystywać te informacje, jak też i nakazuje równe traktowanie tych podmiotów.³⁴ Należy uznać, że wdrożenie otwartych standardów w udostępnianiu informacji publicznej nie narusza norm wynikających z tej dyrektywy. Jest tak dlatego, że otwartość standardów implikuje możliwość wykorzystania informacji za pomocą rozmaitych technologii i w rozmaitych kategoriach („any category of re-use”). Co istotne, zamknięte standardy wymuszałoby stosowanie konkretnej technologii. Ponadto, podmioty, które są w stanie technicznie lub prawnie ograniczać dostęp do zamkniętych standardów kontrolowałyby faktycznie zdolność wykorzystania dokumentów zawierających informację publiczną do ich wykorzystania na różne sposoby lub też możliwość wyprodukowania zamiennych technologii przez inne podmioty. Zamknięte standardy utrudniałyby zatem wykorzystanie informacji w rozmaitych kategoriach („categories of re-use”) oraz ograniczały dostęp do rynku usług związanych z wykorzystywaniem informacji publicznej.³⁵ Należy zatem uznać, że Dyrektywa nakłada na administrację publiczną dorozumiany obowiązek udostępniania informacji publicznej w formie zgodnej z otwartymi standardami.

Drugim punktem tego podrozdziału jest prawo procesowe, a w szczególności zasady przeprowadzania dowodu. Należy tu przede wszystkim zwrócić uwagę na domniemanie niewinności. W prawie amerykańskim ta zasada przejawia się między innymi w obowiązku wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do winy oskarżonego („beyond reasonable doubt”). Kierując się tą zasadą, w niedawno wydanym orzeczeniu, sąd na Florydzie nakazał udostępnienie kodów źródłowych oprogramowania zawartego w urządzeniach służących do zbierania dowodów przeciwko prowadzącym pojazdy w stanie nietrzeźwym.³⁶ Ponieważ oprogramowanie to jest odpowiedzialne za prezentowany przez te urządzenia wynik, pełna informacja o prawidłowości ich działania nie jest dostępna bez analizy jego kodów źródłowych. Bez tej informacji powstaje istotna wątpliwość co do faktycznej winy oskarżonego. Możliwe jest zatem wywiedzenie normy, że gdy dane oprogramowanie eGovernment stosowane jest do ustalenia praw i obowiązków

33 Dyrektywa 2003/98/EC, OJ L 345, 31/12/2003 P 90. Trzeba podkreślić, że definicja „dokumentu” nie obejmuje programów komputerowych (punkt 9 preambuły).

34 Na przykład, art. 10.1 stanowi, że żadne stosowane warunki ponownego wykorzystywania dokumentów nie mogą dyskryminować porównywalnych kategorii ponownego wykorzystywania („any applicable conditions for the re-use of documents shall be non-discriminatory for comparable categories of re-use”). Ponadto, art. 11.1 nakazuje otwarcie rynku wykorzystania dokumentów dla wszelkich potencjalnych podmiotów („the re-use of documents shall be open to all potential actors in the market”).

35 Zgodnie z art. 5, dokumenty udostępniane są w postaci, w jakiej zostały utrwalone i nie ma obowiązku tworzenia lub dostosowywania ich do upodobań wnioskodawców. Oznacza to, że tym bardziej istotne są przeszłe decyzje o standaryzacji formatów tych dokumentów dla przyszłych naruszeń przepisów zakazujących dyskryminacji.

36 *Florida v. Bjorkland*, CASE NO 2004 CT 014406 SC, pod: <http://www.veniceflorida.com/features/pdf/harrison-sourcecode.pdf>. Orzeczenie wydane zostało na podstawie wyraźnego przepisu prawa stanowego (Fla. Stat. Sec. 316.1932(1)(f)(4) (2005)) i poparte wcześniejszym orzecznictwem (*Muldowny v. Florida*, 871 So.2d 911 (Fla. 5th DCA 2004)), które wymagają przedstawienia pełnej informacji na temat urządzenia użytego do badania kierowcy.

jakiegoś podmiotu, to ma on prawo do wglądu do jego kodów źródłowych.³⁷ Trudno jednak wywodzić z tego obowiązek administracji publicznej preferowania otwartego oprogramowania w eGovernment. Należy raczej uznać istnienie zwykłej konieczności zapewnienia takich praw do oprogramowania, które umożliwią przeprowadzenie odpowiedniego dowodu w konkretnych sprawach. Korzystanie z otwartego oprogramowania jest jednym ze sposobów na zapewnienie tych praw.

Trzecim punktem jest prawo prywatne. Niektóre zasady tego prawa mogą być wykorzystane przeciwko ograniczeniom w dostępie do standardów. W prawie amerykańskim istnieje na przykład instytucja „fraud”, nakładająca odpowiedzialność odszkodowawczą między innymi za szkody wywołane zatajaniem pewnych informacji, co do których istniał obowiązek ujawnienia.³⁸ Istotne tu też mogą być instytucje przedawnienia, zrzeczenia się roszczeń lub nadużycia prawa (porównywalne z amerykańskimi „laches” i „equitable estoppel”³⁹). Zasady te pozwalają wywieść powiązaną normę zakazującą ograniczania dostępu do standardu współuczestnikom procesu standaryzacji. Zakaz ten uniemożliwia w szczególności korzystanie z istotnych patentów w sposób, który by był sprzeczny z regulaminami przyjętymi przy współpracy. Istnienie tego zakazu jest wskazówką dla państwa, o ile zechce ono wspierać organizacje standaryzujące w opracowywaniu otwartych standardów. Wsparcie to powinno doprowadzić do wypracowania i egzekucji jasnych regulaminów, wyraźnie definiujących i regulujących kwestię istotnych patentów. Należy podkreślić, że istnienie tego zakazu w najlepszym przypadku jedynie pośrednio wpływa na faktyczną implementację otwartych standardów.

Wnioski z niniejszego podrozdziału są następujące. Podstawowe prawa i zasady prawne tu przedstawione mogą być wykorzystane przez niektóre podmioty do uzyskania dostępu

37 Prawo to nie jest bezwarunkowe, zwłaszcza gdy istnieje możliwość przeprowadzenia dowodu w inny sposób. Ponadto, nie obejmuje ono wszelkiego oprogramowania eGovernment. Na przykład, gdy podatnik kwestionuje obliczenia administracji podatkowej, dowodem będzie przedstawienie poprawnych obliczeń, a niekoniecznie wykazanie błędu w oprogramowaniu wykorzystywanym przez administrację.

38 *Rambus Inc. v. Infineon Technologies Holding North America Inc.*, 318 F.3d 1081 (C.A.Fed. Va. 2003) (Analizując regulamin organizacji standaryzującej sąd orzekł, że wymagał on informowania innych uczestników o istotnych prawach wyłącznych, jednak zakres tego obowiązku ograniczał się jedynie do patentów i wniosków patentowych, które w rozsądnym zakresie byłyby konieczne dla korzystania ze standardu („reasonably might be necessary to practice the standards”, s. 1100). Obowiązek ten nie dotyczył patentów na ulepszenia, implementacje lub patenty na testowanie zgodności ze standardem („improvement patents, implementation patents, and patents directed to the testing of standard-compliant devices”, s. 1101). Według sądu, regulamin nie był wystarczająco precyzyjny, aby mógł stanowić podstawę odpowiedzialności za „fraud” w przedmiotowej sprawie (s. 1102). Zdanie odrębne uznaje jednak, że obowiązek informowania obejmował patenty i wnioski patentowe, które mogłyby być związane z procesem standaryzacji („patents and pending applications that might be involved in the work of the committee”, s. 1115)).

39 *Symbol Technologies Inc. v. Proxim Inc.*, 2004 WL 17701290 (D.Del.) (Sąd uznał możliwość skorzystania z zarzutu przedawnienia („laches”) w procesie o naruszenie patentu (s. 3), jednak odmówił uznania go w przedmiotowej sprawie z uwagi na brak dowodu świadomości istnienia naruszenia przez uprawnionego z patentu, (s. 4-5) jak też brak nadmiernej szkody pozwanego wynikłej ze zwłoki z realizacją roszczenia „the lack of requisite prejudice” (s. 5-7). Sąd nie doszukiwał się także nadużycia prawa przez dochodzenie naruszenia patentu („equitable estoppel”). Pozwany podniósł, że powód miał obowiązek poinformowania o wszelkich patentach związanych ze standardem opracowywanym przez organizację, której obie strony były członkami. Regulamin organizacji zezwalał jednak na zachowanie patentów w tajemnicy, wymagając jedynie ich licencjonowania na zasadach RAND (s. 7-9)).

do oprogramowania lub standardów. Udzielenie tego dostępu może być nawet niekiedy obowiązkiem samych uprawnionych z praw wyłącznych, jednak co do zasady uprawnieniu do dostępu odpowiadają jedynie pewne obowiązki administracji publicznej. W niektórych przypadkach nie jest nawet możliwe wywiedzenie obowiązku, a ledwie prostej konieczności lub wskazówki postępowania. Ponadto, większość z przedstawionych uprawnień do oprogramowania lub standardów nie będzie miała bezpośredniego oddziaływania na technologie eGovernment. Wobec tego, instytucje dyskutowane w niniejszym podrozdziale nie stanowią prawnej przeszkody we wdrożeniu Open eGovernment, ale nie mogą być one wykorzystane *per se* do jego wdrożenia. Mogą one jedynie wspomagać inne, bardziej efektywne instytucje w tym celu.

Prawo ochrony konkurencji

Sposobem na bardziej efektywne wdrożenie Open eGovernment może być stosowanie prawa ochrony konkurencji. W tym podrozdziale opisane zostały obowiązki wynikające z tego prawa dla (1) administracji publicznej oraz (2) niektórych przedsiębiorców.

Po pierwsze, Traktat WE zawiera postanowienia zakazujące państwom członkowskim podejmowania działań ograniczających konkurencję. Postanowienia te były już stosowane w celu przeciwdziałania rozmaitym działaniom tych państw, skierowanych na wzmocnienie monopoli lub karteli, lub nawet bezpośrednio wymagających ograniczania konkurencji.⁴⁰ Jednocześnie istnieje orzecznictwo ETS dotyczące zastosowania zawartych w Traktacie przepisów o konkurencji⁴¹ do wykonywania praw własności intelektualnej.⁴² Państwa członkowskie nie mogą wobec tego nakładać obowiązków lub nawet wspomagać wykonywania tych praw, w szczególności do oprogramowania i standardów, w sposób ograniczający konkurencję. Naruszenie tej zasady może nastąpić w przypadku, gdy państwo nakłada obowiązek korzystania z zamkniętych technologii w eGovernment. Na przykład, wybór zamkniętego standardu dla komunikacji

40 Na przykład, za naruszenie Traktatu uznano przyznanie przez państwo członkowskie prawa do ustanawiania standardów oraz sprawdzania zgodności przedsiębiorstwu, które samo konkurowało z podmiotami zobowiązanymi do przestrzegania tych standardów (C-18/88, *RTT v. GB-Inno-BM SA*, 11.01.1988, 1991 E.C.R. I-05941). Podobnie orzekano, gdy państwa członkowskie wymagały lub promowały zawieranie umów, podejmowanie decyzji lub praktyk ograniczających konkurencję, jak też i gdy wspomagało efekty takich czynności (66/86, „*Ahmed Saeed Case*”, 11.04.1989, 1989 E.C.R. 00803; Zob. też C-35/96, *Commission v. Italy*, 18.06.1998, 1998 E.C.R. I-03851; C-198/01, a także „*CIF Case*”, 9.9.2003, 2003 OJ C 264 P. 9). Podobnie, państwo członkowskie narusza Traktat, gdy ustanawia cenę sztywną, która została ustalona przez konkretnego producenta lub importera (13/77, *SA G.B.-Inno-B.M. v. ATAB*, 16.11.1977, 1977 E.C.R. 02115).

41 Traktat WE, art. 81 *et seq.*, dawniej art. 85 *et seq.*

42 Zob. np. 238/87, *Volvo v. Veng*, 5.8.1988, 1988 E.C.R. 06211 (Wykonywanie prawa wyłącznego do wzoru przemysłowego może być zakazane na podstawie art. 86 (obecnie art. 82) jeżeli stanowi ograniczenie konkurencji przez podmiot dominujący). Zob. też: C-241/91P, C-242/91P „*Magill Case*” 1995 E.C.R. I-00743 (Wykonywanie praw autorskich przez podmiot dominujący nie jest wyłączone spod zakresu art. 86 (obecnie art. 82). Zatem, podmiot taki nie może wykonywać swoich praw: (1) tak, aby przeciwdziałać pojawieniu się na rynku nowego produktu, którego sam nie oferuje, a na jaki istnieje potencjalny popyt konsumencki; (2) bez uzasadnienia; (3) poprzez swoje działania zapewniając sobie całość rynku wtórnego przez wyłączenie wszelkiej konkurencji na rynku pierwotnym za pomocą niedopuszczania do podstawowej informacji stanowiącej „surowiec” konieczny do stworzenia produktu na takim rynku). Zob. też: 1995 OJ C 137 P 3; C-481/01, „*IMS Health Case*”, 2004 OJ C 118 P 14 (Co do zasady podtrzymujące trzystopniowy test Magill).

z użytkownikami eGovernment może ułatwić podmiotowi kontrolującemu ten standard ograniczanie dostępu do rynku usług komunikacji elektronicznej lub rynku sieci informatycznych.⁴³ Do podobnych efektów może doprowadzić wprowadzenie wymogu korzystania przez obywateli lub przedsiębiorców z własnościowego oprogramowania. Z drugiej strony, otwarte technologie w eGovernment ograniczyłyby ryzyko naruszenia zobowiązań traktatowych przez państwa członkowskie, gdyż utrudniają one ograniczanie konkurencji za pomocą praw własności intelektualnej.⁴⁴ Wobec tego, przepisy i orzecznictwo UE pozwalają wywieść dorozumiany obowiązek preferowania otwartych technologii w sytuacji, gdy działania państwa wpływają na decyzje o nabywaniu technologii przez inne podmioty.

Po drugie, prawo ochrony konkurencji może bezpośrednio zobowiązywać uprawnionych z praw wyłącznych do nie ograniczania dostępu do oprogramowania lub standardów. Istnienie tego obowiązku jest obecnie przedmiotem postępowania *Microsoft v. Commission*.⁴⁵ Postępowanie to jest wynikiem wydania przez Komisję decyzji przeciwko spółce Microsoft na podstawie art. 82 Traktatu,⁴⁶ w której została ona zobowiązana do udostępnienia każdej zainteresowanej stronie określonych informacji na rozsądnych i nie dyskryminujących warunkach, jak też i do umożliwienia wykorzystania tych informacji w celu produkcji i rozpowszechniania określonego oprogramowania.⁴⁷ Przedmiotowe informacje to ogólnie rzecz biorąc pełne i dokładne specyfikacje wszystkich protokołów stosowanych w określonych produktach Microsoftu.⁴⁸ Jakkolwiek spółka podjęła pewne działania w celu wykonania decyzji, to i tak wniosła sprawę do sądu, argumentując między innymi, że Komisja nałożyła na nią „obowiązek tolerowania rozpowszechniania kodów źródłowych oprogramowania stworzonego na podstawie przedmiotowych specyfikacji”.⁴⁹ Innymi słowy, pomimo tego, że decyzja odnosi się do ograniczeń

43 Istnieje ustawodawstwo UE precyzujące obowiązki państw członkowskich na konkretnych rynkach. Zob. np. dyrektywa 2002/77/EC w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (OJ L 249, 17.09.2002, P. 21). Dyrektywa ta ma na celu regulację komunikacji elektronicznych na sposób podobny do regulacji rynku telekomunikacyjnego (punkt 6 preambuły). Na podstawie jej art. 2.2, państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby wszelkie przedsiębiorstwa mogły świadczyć usługi komunikacji elektronicznej lub tworzyć, rozbudowywać i dostarczać sieci do tej komunikacji. Co istotne, „usługi komunikacji elektronicznej” („electronic communications services”) zdefiniowano jako usługi, które polegają w całości lub przede wszystkim na transmitowaniu sygnałów przez sieci komunikacji elektronicznej („which consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications network”). Definicja nie obejmuje „usług społeczeństwa informatycznego” („information society services”), które nie polegają w całości lub przede wszystkim na takiej transmisji (art. 1.3). „Sieci komunikacji elektronicznej” („electronic communications networks”) to z kolei systemy transmisji i niektóre środki (m.in. Internet) wykorzystywane na określone sposoby (art. 1.1). Należy podkreślić, że celem tej dyrektywy nie było bezpośrednio regulowanie eGovernment.

44 Otwarte standardy mogą być z definicji wdrożone przez większość podmiotów na rynku. Ponadto, licencje Open Source zezwalają każdemu na rozpowszechnianie oprogramowania lub świadczenie usług dodatkowych.

45 Sprawa T-313/05, wniosek złożony 10 sierpnia 2005 (OJ C 257, 15.10.2005, p. 16-17). Sprawa jest w toku.

46 Decyzja Komisji z 24.03.2004, COMP/C-3/37.792 Microsoft.

47 *Id.* Art. 5(a). Co istotne, decyzja nie wymaga licencjonowania nieodpłatnego.

48 *Id.* Art. 1(1). Ponadto, Komisja zobowiązała spółkę w Art. 5(b) (*Id.*) do uaktualniania informacji bez zbędnej zwłoki.

49 „[A]n obligation to permit distribution to third parties ... in source code form of software developed by competitors on the basis of the disclosed ... specifications” (tłumaczenie własne, sprawa T-313/05, przyp. TPF). Spółka podnosi, że Komisja zezwala jej na uniemożliwienie podmiotom trzecim rozpowszechniania kodów źródłowych jedynie w przypadku, gdy byłyby one wynalazkiem spółki. Z tekstu wynika także, że rozpowszechnianie kodów źródłowych implementujących protokoły spółki uznawane jest przez spółkę za naruszenie jej praw wyłącznych (tekst wyraźnie wymienia tajemnice handlowe).

w dostępie i możliwości implementacji standardów, sprzeciw spółki sugeruje, jakoby wpływała ona także na otwartość oprogramowania.⁵⁰

Jeżeli decyzja przeciwko Microsoft zostanie utrzymana w mocy i wykonana, dojdzie do częściowego otwarcia *de facto* standardów opracowanych przez istotny podmiot na rynku, jak też i pośrednio do stymulacji rozwoju otwartego oprogramowania.⁵¹ Ponadto, wykonanie decyzji wpłynie pośrednio na decyzje nabywców, przez ułatwienie nabywania otwartych technologii. Nawet jeżeli decyzja nie zostanie wykonana, to i tak państwa członkowskie pozostaną zobowiązane do przestrzegania Traktatu i jego postanowień o konkurencji. Postanowienia te w sposób co najmniej dorozumiany nakazują preferować otwarte technologie zawsze, gdy wybór technologii jest narzucany przez państwo. Mimo wszystko, efektywność prawa ochrony konkurencji we wdrażaniu Open eGovernment należy ocenić dość nisko. Jest tak, ponieważ obowiązki państw członkowskich nie przekładają się na obowiązek producentów do faktycznego dostarczenia otwartych technologii dla eGovernment. Ponadto, nawet w przypadku wykonania decyzji przeciwko Microsoft, nie oznacza to jeszcze, że każdy inny podmiot może być stymulowany do otwarcia technologii w podobny sposób.⁵² Wobec tego, nawet jeżeli prawo ochrony konkurencji może w pewnym zakresie wspomagać wdrażanie Open eGovernment, to istnieje potrzeba odnalezienia bardziej efektywnych instytucji prawnych, które oddziaływałyby bezpośrednio na technologie eGovernment.

Ustawodawstwo normalizacyjne

Skupienie regulacji bezpośrednio na technologiach eGovernment możliwe jest dzięki ustawodawstwu normalizacyjnemu. Ogólnie rzecz biorąc, UE ogranicza się do regulacji procesu opracowywania standardów, powstrzymując się od ingerencji *de iure* w ich implementację. Komisja deklaruje gotowość do interwencji jedynie w zakresie koniecznym do utrzymania

50 Jest mało prawdopodobne, aby Komisja rzeczywiście zamierzała objąć decyzją kody źródłowe oprogramowania Microsoft. Wykonanie decyzji przez spółkę spowoduje raczej otwarcie protokołów i interfejsów implementacji przygotowanych przez producentów otwartego oprogramowania konkurujących ze spółką. Podobne postępowanie przeciwko IBM w latach 80. zakończyło się zaakceptowanym przez Komisję oświadczeniem spółki o gotowości do udostępnienia informacji o interfejsach produkowanego przez nią sprzętu i oprogramowania, jednak oświadczenie to nie obejmowało wyjawienia kodów źródłowych systemu IBM. Zob.: F.M. Scherer, *Microsoft and IBM in Europe*, 2090 ANTITRUST & TRADE REGULATION REPORT 65, 66 (2003).

51 Komisja umorzyła niedawno postępowanie antymonopolowe przeciwko ETSI (organizacji standaryzującej) związane z regulaminem IPR tej organizacji. Zaakceptowany przez Komisję nowy regulamin ma bowiem utrudniać „zasadki patentowe” („patent ambushes”) (The Register, *EC acts on patent ambushes*, at: http://www.theregister.co.uk/2005/12/14/patent_ambush/). Można się spodziewać, że nowy regulamin będzie lepiej służył promocji otwartych standardów i ich implementacji, w szczególności w otwartym oprogramowaniu.

52 Ustalenia dotyczące rynku właściwego, pozycji dominującej i jej nadużycia są dyskusyjne nawet w sprawie Microsoft. Zob. np. Reckon Open, *Microsoft: the EC abuse of dominance case*, pod:

http://www.reckon.co.uk/open/Microsoft_the_EC_abuse_of_dominance_case#protectingversuspromotingcompetition. Nawet zakładając prawidłowość tych ustaleń, celem decyzji nie jest spowodowanie oferowania otwartego oprogramowania przez Microsoft.

otwartości, przejrzystości i sprawności organizacji standaryzujących.⁵³ Faktyczna implementacja konkretnych standardów może być jednak promowana *de facto* lub nawet *de iure* przez wskazanie ich jako środków do wdrożenia określonego ustawodawstwa.⁵⁴ Zasady organizacji procesu opracowywania standardów zostały określone w Dyrektywie ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych, a także zasady usług społeczeństwa informacyjnego.⁵⁵

W punkcie 24 preambuły dyrektywy sformułowano zasadę otwartości, która odnosi się do organizacji procesu opracowywania standardów. Standardy opracowane zgodnie z tą zasadą niekoniecznie jednak muszą być otwarte w rozumieniu przyjętym w niniejszym artykule. Co istotne, w dyrektywie zawarto także zasady spójności, przejrzystości, konsensusu oraz niezależności od indywidualnych interesów. Należy stwierdzić, że dopiero wszystkie te zasady łącznie implikują obowiązek promowania otwartych standardów. Jest tak dlatego, że ich łącznym celem jest zapewnienie opracowywania pełnych i dostępnych specyfikacji, jak też i ograniczenie ryzyka istnienia ograniczeń w korzystaniu z implementacji standardów. Dyrektywa nie zawiera jednak definicji otwartych standardów. Ponadto, nie reguluje ona bezpośrednio kwestii ograniczeń standardów, lecz jedynie zobowiązuje do zapewnienia odpowiedniej wymiany informacji w trakcie standaryzacji. Umożliwia ona także zobowiązanie organizacji standaryzujących do opracowania określonych standardów w zadanym przedziale czasowym. Dostarcza ona wobec tego środków stymulacji procesu standaryzacji w kierunku opracowywania standardów przydatnych w eGovernment, jednak wymóg otwartości tych standardów jest jedynie dorozumiany.

Dyrektywa definiuje pojęcie „regulacji technicznej” („technical regulation”) odnoszące się do środków narzucających zgodność ze standardem. Przepisy dyrektywy poświęcone tym regulacjom powinny być brane pod uwagę w każdym przypadku, gdy implementacja standardów jest zapewniana *de iure*. Przepisy te zezwalają na tworzenie ograniczeń w obrocie tylko w zakresie koniecznym do realizacji interesu publicznego.⁵⁶ Należy uznać, że nie istnieje żaden istotny interes publiczny uzasadniający tworzenie takich ograniczeń przez wymaganie korzystania z zamkniętych standardów *de iure*. Natomiast jakiegokolwiek ograniczenia w obrocie wynikłe z otwartych

53 Evangelos Vardakas, *The role of government in standards setting: a European View*, 5, in: VADEMECUM ON EUROPEAN STANDARDIZATION, Part II, Chapter 1, pod:

http://europa.eu.int/comm/enterprise/standards_policy/vademecum/doc/standards_setting_governance_ev.pdf.

54 *Id.*, s. 7. Wykonując te uprawnienia, konieczne jest zrównoważenie interesu publicznego z wpływem na konkurencję, jaki może mieć wybór złego standardu. Jakość standardów określana jest na podstawie ich treści, popularności i potencjału rynkowego (s. 8). Na wszystkie te czynniki ma wpływ stopień otwartości standardu zdefiniowany w niniejszym artykule. Zatem, preferowanie otwartych standardów jest poważnym krokiem w kierunku ustalenia równowagi pomiędzy prywatnym i publicznym interesem w standaryzacji.

55 Dyrektywa 98/34/EC, OJ L 204, 21.7.1998, P 37, ze zmianami.

56 Definicja „regulacji technicznej” obejmuje środki, które uniemożliwiają korzystanie z danego produktu lub usługi. Wobec tego, wdrożenie eGovernment, które prowadzi do ingerencji w decyzje zakupowe technologii jego użytkowników może być uznane za regulację techniczną podległą mechanizmowi konsultacji przewidzianemu w dyrektywie.

standardów można ocenić jako minimalne w porównaniu do ograniczeń będących efektem standardów zamkniętych. Można zatem wywodzić z przepisów dyrektywy obowiązek preferowania otwartych standardów *de iure*. Obowiązek ten podlega egzekucji w trakcie konsultacji, które zgodnie z dyrektywą powinny poprzedzać wprowadzenie regulacji technicznych.⁵⁷

Można wobec powyższego stwierdzić, że ustawodawstwo normalizacyjne dostarcza legalnych środków do wdrożenia Open eGovernment. Jest to możliwe pośrednio przez stymulację opracowywania otwartych standardów, jak też i bezpośrednio przez wymaganie implementacji tych standardów drogą regulacji technicznych odnoszących się do technologii eGovernment. W obu przypadkach dochodzi do stymulacji produkcji otwartych technologii dla wszystkich podmiotów zaangażowanych w eGovernment, włączając w to jego użytkowników. Mimo to, kwestia praw wyłącznych (IPR) osób trzecich, za pomocą których możliwe by było ograniczenie dostępu do standardów nie została wystarczająco rozwiązana przez ustawodawstwo normalizacyjne. Instytucje tego prawa są zatem legalnym, lecz nie wystarczającym narzędziem do wdrożenia eGovernment otwartych standardów. Ponadto, o ile możliwe jest stosowanie regulacji technicznych do zapewnienia faktycznej implementacji otwartych standardów, to trudno by było z ich pomocą bezpośrednio promować rozwój otwartego oprogramowania. Wobec tego, ustawodawstwo normalizacyjne dostarcza legalnych, lecz nie wystarczających środków do wdrożenia eGovernment otwartego oprogramowania.

Prawo zamówień publicznych

Dla efektywnego wdrożenia Open eGovernment konieczne jest faktyczne nabywanie otwartych technologii przez wszystkie zaangażowane podmioty (tzn. zarówno przez administrację publiczną, jak i przez użytkowników eGovernment). Takie decyzje zakupowe stanowią wystarczającą zachętę ekonomiczną do implementacji otwartych standardów,⁵⁸ jak i dla rozwoju otwartego oprogramowania. Niniejszy podrozdział jest poświęcony legalności nabywania otwartych technologii przez administrację publiczną, co pośrednio wpływa na decyzje zakupowe pozostałych podmiotów. Najpierw dokonano analizy zgodności tego nabywania z ogólnymi zasadami prawa zamówień publicznych UE. Następnie, analizie poddano szczegółowe postanowienia regulujące to nabywanie.

Prawo zamówień publicznych UE oparte jest na podstawowych wolnościach wspólnotowych oraz na pewnych wynikających z nich zasadach, jak na przykład na zasadzie

⁵⁷ Obowiązek ten można egzekwować także *ex post*. Zob.: C-18/88, *RTT v. GB-Inno-BM SA*, przyp. TPF.

⁵⁸ Przydatność zamówień publicznych do promocji informacji interkonektowej systemów otwartych oraz standardów wymiany danych przez ich nabywanie („wider acceptance of open systems interconnection information and data exchange standards through reference to them in purchasing”) jest uznawana w UE przynajmniej od roku 1986. Zob.: Decyzja 87/95 z 22.12.1986 o standaryzacji na polu technologii informatycznych i telekomunikacji (OJ L 36, 7.2.1987, P.31).

równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości. Zasady te zostały wyrażone w punkcie 2 preambuły i art. 2 dyrektywy w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.⁵⁹ Należy uznać, że otwarte standardy są zgodne ze wszystkimi tymi zasadami. W szczególności, z uwagi na równość w dostępie oraz brak nieuzasadnionych barier, które wynikają ze stosowania otwartych standardów, byłoby niezwykle trudno wskazać, w jaki sposób preferowanie tych standardów narusza wspólnotowe wolności oraz podstawowe zasady prawa zamówień publicznych.⁶⁰ Ponadto, nabywanie otwartego oprogramowania także przyczynia się do równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości zamówień publicznych. Zatem, nabywanie otwartych technologii jest zgodne z tymi zasadami.

Legalność tego nabywania zależy jednak także od pewnych szczegółowych przepisów dyrektywy. Szczególną uwagę należy poświęcić przepisom regulującym „specyfikacje techniczne” („technical specifications”), zdefiniowane w VI aneksie dyrektywy. Zgodnie z tymi przepisami, wykorzystanie specyfikacji technicznych z zamówieniach publicznych musi umożliwiać „zgłaszanie do przetargów różnorodnych technicznie ofert” („to submit tenders which reflect the diversity of technical solutions”, punkt 29 preambuły). Odnosi się to zarówno do wpływu tych specyfikacji na konkurencję, jak też i na użytkowników oraz na inne instytucje publiczne. Przepisy dyrektywy zobowiązują także do uwzględniania w specyfikacjach dostępności zamawianych technologii dla wszystkich użytkowników (*Id.*). Wymagają one także, aby wybrane technologie były kompatybilne z technologiami wykorzystywanymi w innych państwach członkowskich (punkt 35 preambuły). Zgodnie z przedstawioną tu definicją otwartych standardów, zdecydowanie umożliwiają one techniczną różnorodność, czynią rozwiązania dostępnymi dla wszystkich użytkowników i zapewniają kompatybilność (interoperacyjność). Wobec tego, nabywanie technologii zgodnych z otwartymi standardami jest zgodne z omawianymi przepisami.⁶¹ Legalność odwoływania się w specyfikacjach do otwartych standardów jest wystarczająca do wdrożenia eGovernment otwartych standardów.

59 Dyrektywa 2004/18/EC OJ L 134, 30/4/2004, P 114. Przepisy dyrektywy regulują zarówno nabywanie technologii dla eGovernment, jak i organizację samego procesu zamówień publicznych za pomocą komunikacji elektronicznych („eProcurement”). Dyrektywa stosuje się jedynie powyżej określonych w niej kwot. W zamówieniach poniżej tych kwot nadal stosuje się jednak podstawowe wolności wspólnotowe. Orzecznictwo ETS dowodzi, że pewne sposoby odwoływania się do standardów *de iure* może naruszać te wolności (tworząc ograniczenia importu). Zob.: C-47/87, *Commission v. Ireland*, 22.9.1998, ECR 1988, 4929 (Sąd odrzucił argument, że zgodność z krajowym standardem była konieczna, ponieważ nabywane materiały musiały pasować do istniejącej sieci, z uwagi na fakt, że zgodność ta może być oceniona bezpośrednio przez zamawiającego bez konieczności ograniczania możliwości startowania w przetargu).

60 Niepoprawne wskazanie standardu w specyfikacji technicznej może jednak naruszać prawo zamówień publicznych. Może tak być, gdy zgodność ze standardem jest wymuszana bez wskazania na możliwość oferowania rozwiązania „zamiennego” („or equivalent”, Art. 23.3.(a)).

61 Możliwość odwoływania się do standardów w specyfikacjach jest wyraźnie przewidziana w dyrektywie. Nie zawiera ona jednak definicji otwartych standardów ani wyraźnego obowiązku ich preferowania. Istotne jest także, że specyfikacje zostały wyłączone spod zakresu definicji regulacji technicznej dyrektywy o standaryzacji (patrz przyp. TPF), co oznacza, że nie podlegają one procedurze konsultacji tam przewidzianej.

Efektywne wdrożenie eGovernment otwartego oprogramowania wymaga natomiast, aby odwołanie się w specyfikacjach do tego oprogramowania było także zgodne z prawem. Należy wobec tego podkreślić, że specyfikacje mogą być formułowane poprzez wskazanie wymagań odnoszących się do sposobu działania lub funkcjonalności („performance or functional requirements”). Dopuszczalne jest zatem wymaganie, aby nabywane oprogramowanie posiadało określone cechy, takie jak dostępność w formie pozwalającej na modyfikacje i rozpowszechnianie, co umożliwiłoby zapewnienie interoperacyjności z innym oprogramowaniem eGovernment. Dostępność przyszłych wersji oprogramowania zgodnie z prawem do rozwidlania lub copyleft jest także techniczną funkcjonalnością, ponieważ wpływa na sposób, w jaki usuwane są błędy i wprowadzane nowe funkcje oprogramowania. Fakt, że oprogramowanie może być wykorzystane na wiele sposobów bez naruszania prawa wyłącznego lub postanowienia licencji wpływa na zakres zadań, które może ono realizować i niewątpliwie również stanowi funkcjonalność techniczną. Wiele otwartych programów wykazuje się niektórymi lub wszystkimi z tych funkcjonalności.⁶² Wobec tego, jeżeli tylko są one wystarczająco opisane w specyfikacjach, możliwe jest uzyskanie ofert od producentów otwartego oprogramowania, a nawet wybranie ich ofert w sposób zgodny z prawem.⁶³

Wobec powyższego można stwierdzić, że prawo zamówień publicznych pozwala na formułowanie specyfikacji technicznych tak, aby możliwe było oferowanie technologii zgodnych z otwartymi standardami, a nawet oferowanie otwartego oprogramowania. Ponadto, nabywanie takich otwartych technologii zgodnych ze specyfikacjami także nie narusza tego prawa.⁶⁴ Poza tym, korzyści skali i efekty sieciowe wywołane przez duże zamówienia publiczne należy uznać za efektywny i zgodny z prawem środek wdrażania otwartych standardów *de facto*, oraz promocji otwartego oprogramowania. Zamówienia publiczne są zatem legalnym i całkiem

62 Takie funkcjonalności mogą być także dostępne od niektórych producentów oprogramowania własnościowego. Jednocześnie wielu producentów określających swoje produkty jako otwarte, stosuje ograniczenia prawne lub techniczne tej otwartości. Zamawiający mają jednak w każdym przypadku prawo do porównania i oceny ofert. Audyt kodu źródłowego ma istotne znaczenie dla obiektywnego porównania i oceny.

63 Zamawiający zdecydowanie nie powinni jednak opierać się na odwołaniu do określonych oznaczeń. Odwołanie się do konkretnych otwartych licencji lub projektów otwartego oprogramowania może być wręcz naruszeniem prawa. (Por.: C 359/93, *Commission v. the Netherlands*, 24.1.1995, ECR 1995, I, 168). Art. 23.8 zezwala na odwołanie się do pewnych określeń, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Może tak być w przypadku, gdy wymaganą funkcjonalnością jest możliwość połączenia zamawianego oprogramowania z innym oprogramowaniem zgodnie z prawem (tzw. „kompatybilność licencji”) jak też i w sensie technicznym (kompatybilność techniczna). Zamawiający może na przykład wymagać, aby zamawiane oprogramowanie można było połączyć z innym, otrzymanym od innego producenta na odmiennych warunkach, zmodyfikować je i następnie rozpowszechniać. W tym celu byłoby możliwe odwołanie się do konkretnej licencji lub nazwy projektu, z którymi wymagana jest kompatybilność. Odwołanie to jednak musi wskazywać na dopuszczalność oferowania produktów „zamiennych”.

64 Administracja publiczna nie może oczywiście agresywnie zamawiać otwartych technologii całkowicie uniemożliwiając składanie ofert producentom, którzy nie stosują określonych oznaczeń swych produktów. Jest tak przede wszystkim dlatego, że same oznaczenia nie stanowią jeszcze o braku otwartości produktów nie stosujących tych oznaczeń. Z drugiej strony, wybranie oferty otwartego oprogramowania jako zamówienia najbardziej ekonomicznie korzystnego („most economically advantageous tender”) jest jak najbardziej zgodne z prawem. Byłoby to możliwe, zwłaszcza gdyby do kryteriów oceny ekonomicznej i jakościowej wprowadzić długookresowe koszty, takie jak koszty utrzymania, aktualizacji oraz koszty uzależnienia od jednego dostawcy („vendor lock-in”).

efektywnym środkiem wdrożenia zarówno eGovernment otwartych standardów, jak i eGovernment otwartego oprogramowania.

Wnioski i kierunki dalszych badań

Analiza systemu normatywnego zawarta w poprzednim rozdziale umożliwia udzielenie odpowiedzi na pytanie badawcze, które brzmiało: „Czy obecny system normatywny pozwala na wdrożenie Open eGovernment?” Należy stwierdzić, że obecny system normatywny pozwala na wdrożenie zarówno eGovernment otwartych standardów, jak i eGovernment otwartego oprogramowania. System dostarcza wielu zgodnych z prawem środków do tego celu. W niniejszym artykule zostały nawet wskazane dorozumiane obowiązki preferowania otwartych technologii w eGovernment. Ponadto, wskazano obowiązki, których wypełnienie jest możliwe w bardziej efektywny sposób po wdrożeniu Open eGovernment. Należy mimo wszystko podkreślić, że analiza przeprowadzona została tylko na wybranych elementach systemu. Istnieje wobec tego prawdopodobieństwo, że pozostałe elementy mogą wpływać na powyższe wnioski. Na przykład, pod pewnymi warunkami, wybór zamkniętych technologii w eGovernment może być całkowicie zgodny z prawem i uzasadniony.

Wszystkie przedstawione prawne środki do wdrożenia Open eGovernment różnią się pod względem efektywności. Zamówienia publiczne należy ocenić jako najbardziej efektywne. Jednak w przypadku podjęcia politycznej decyzji o wdrożeniu Open eGovernment zalecane jest łączne stosowanie wszystkich opisanych instytucji prawnych. Jest tak przede wszystkim dlatego, że w trakcie analizy systemu nie ustalono żadnych wyraźnych prawnych obowiązków faktycznego wdrożenia Open eGovernment. Ponadto, nie odnaleziono żadnego efektywnego środka prawnego, który rozwiązałby definitywnie kwestię ograniczeń w dostępie do standardów i oprogramowania. Nawet w drodze zamówień publicznych, kwestia praw wyłącznych (IPR) osób trzecich i innych ograniczeń rozwiązana jest tylko, o ile są one przedmiotem umów zawieranych zgodnie z przepisami o tych zamówieniach. Zakres i oddziaływanie tych umów zależy w dużej mierze od świadomości konkretnych podmiotów realizujących zamówienia publiczne. Przedstawiciele tych podmiotów mogą po prostu nie wiedzieć lub nie przewidywać istnienia określonych kwestii prawnych lub technicznych. Brak tej świadomości może skutkować nabywaniem technologii zamkniętych, przedstawionych jedynie jako otwarte. W takiej sytuacji zamówienia publiczne nie byłyby wystarczającym środkiem do wdrożenia Open eGovernment.

Z uwagi na fakt, że nawet łączne stosowanie wszystkich instytucji opisanych w niniejszym artykule nie zapobiega wszystkim możliwym ograniczeniom w dostępie do standardów i oprogramowania eGovernment, możliwe jest wskazanie dwóch kierunków dalszych badań.

Badania te powinny objąć: (1) identyfikację i analizę pozostałych elementów systemu, za pomocą których kwestia ograniczeń mogłaby być definitywnie rozwiązana (np. przez zapewnienie całkowicie otwartego procesu standaryzacji lub stworzenie zachęt do rozwoju otwartego oprogramowania); (2) sformułowanie propozycji zmian w systemie, które wprowadziłyby wyraźny prawny obowiązek wdrożenia Open eGovernment, wraz ze wprowadzeniem efektywnych środków egzekucji tego obowiązku (np. przez przyjęcie wyraźnej legalnej definicji otwartych standardów i zapewnienie ich implementacji *de facto*, *de iure* lub przez regulację udostępniania technologii eGovernment w postaci otwartego oprogramowania).