Sygn. akt: KIO 2493/22

WYROK

z dnia 7 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2022 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Białymstoku

przy udziale wykonawcy PCG Academia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Uniwersytetowi Medycznemu w Białymstoku unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard Learn tj. oprogramowania LMS (learning management system)" o nr referencyjnym AZP.25.1.57.2022 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Medyczny w Białymstoku i:
2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku na rzecz odwołującego Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2493/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Uniwersytet Medyczny w Białymstoku (dalej jako „Zamawiający") wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Dostawa i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard Learn tj. oprogramowania LMS (learning management system)" (nr referencyjny: AZP.25.1.57.2022). Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 175-495625 ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, a następnie w dniu 14 września 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 177-501117 drugie takie ogłoszenie wraz z uzasadnieniem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W ogłoszeniach wskazano na udzielenie zamówienia wykonawcy PCG Academia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 września 2022 r. wykonawca Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie wobec wszczęcia ww. postępowania w trybie z wolnej ręki oraz wobec udzielenia zamówienia z wolnej ręki podmiotowi wskazanemu w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to że nie została spełniona wskazana przez Zamawiającego przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tj. że przedmiotowe zamówienie może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a działanie Zamawiającego oznacza, że naruszył on zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (niekonkurencyjnym).

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest nieprawdziwa, a w przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że Zamawiający przedstawił krótki rys historyczny, z którego wynika, że na skutek zaistnienia nadzwyczajnej sytuacji wynikłej ze stanu pandemii COVID-19, zdecydował się na korzystnie z platform LMS producenta Blackboard Learn oraz

Odwołującego (niewłaściwie oznaczonego jako Asseco). Następnie Zamawiający wskazał, że w dniu 4 listopada 2021 r. zawarta została umowa na dostawę Blackboard - umowa nr AZP.25.1.43.2021. Odwołujący zauważył, że Zamawiający całkowicie pominął fakt, że umowa ta została zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki (jako dowód do odwołania załączono ogłoszenie nr 2021/BZP 00279374 z dnia 23 listopada 2021 r. o wyniku postępowania). Oznacza to, że Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki na okres jednego roku wykonawcy PCG Academia, a następnie zamierza zawrzeć kolejną umowę z tym samym wykonawcą na okres pięciu lat. Zatem Zamawiający udzielił w 2021 roku zamówienia w trybie niekonkurencyjnym konkretnemu wykonawcy, a następnie (w przedmiotowej sprawie) powołuje się na tę okoliczność jako przesłankę do powtórnego udzielenia zamówienia temu samemu wykonawcy.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, wymieniając funkcjonalności oprogramowania Blackboard, że „Wskazane powyżej funkcjonalności są dostępne wyłącznie w ramach rozwiązania dostarczanego przez firmę Blackboard". Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przedstawił żądanych dowodów na stwierdzenie prawdziwości swojego twierdzenia. Odwołujący powołał się na poglądy doktryny dotyczące przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, która odnosi się do faktycznego monopolu w obszarze objętym udzielanym zamówieniem. Wskazał także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie. Zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w sytuacji, gdy zamawiane usługi mogą być świadczone przez więcej niż jednego wykonawcę, a nie zachodzą żadne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które by uzasadniały zastosowanie zamówienia z wolnej ręki, czym jednocześnie Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w 2020 roku ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, wdrożenie wraz ze szkoleniami oraz utrzymanie platformy e-learningowej (LMS), jednak postępowanie to unieważnił w 2021 r.. W postępowaniu tym wpłynęło 6 ofert (jako dowód załączono informację o unieważnieniu postępowania AZP.25.1.58.2020 oraz informację z otwarcia ofert). Powyższy wskazuje, że na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia, obok wykonawcy PCG Academia, nie tylko Odwołujący jest wykonawcą, który może zrealizować przedmiotowe zamówienie. Katalog wykonawców, którzy od strony technicznej mogliby zrealizować zamówienie jest znacznie szerszy. Odwołujący podniósł, iż przesłanka,

o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odnosi się do faktycznego monopolu w obszarze objętym udzielanym zamówieniem. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie znajduje uzasadnienia twierdzenie o jedynym, możliwym wykonawcy, w obszarze objętym udzielanym zamówieniem, skoro w analogicznym postępowaniu w 2020 roku oferty złożyło sześć podmiotów. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający konsekwentnie taki monopol próbuje zbudować tworząc wykonawcy PCG Academia uprzywilejowane warunki rynkowe, starając się wyeliminować konkurencję, w tym Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego twierdzenie Zamawiającego z uzasadnienia o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, w którym Zamawiający wskazuje funkcjonalności systemu, będącego kalką opisów rozwiązania Blackboard Learn nie może stanowić przesłanki do ograniczania konkurencji, poprzez udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. W ten sposób przy udzielaniu zamówień publicznych na dowolne produkty lub usługi informatyczne, w większości przypadków zamawiający byliby uprawnieni do pomijania trybów konkurencyjnych. Jednakże przepisy Pzp, liczne orzecznictwo wskazują, że tryby niekonkurencyjne, w tym tryb zamówienia z wolnej ręki, może być stosowany wyłącznie w szczególnych okolicznościach, które w przedmiotowej sprawie nie zachodzą. Zamawiający nie udowodnił w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, że w przedmiotowej sprawie zachodzą okoliczności pozwalające na zastosowanie tego trybu. Powołuje się jedynie na własne doświadczenie stosując pojęcie „wiedza uczelni". Za zdumiewający Odwołujący uznał fakt, że swoje doświadczenie Zamawiający opiera na korzystaniu z rozwiązania Odwołującego w 2020 roku. Dwa lata w rozwoju produktów informatycznych, to bardzo długi okres, który pozwala na poważną zmianę oferowanych na rynku rozwiązań. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że udostępnione Zamawiającemu przez Odwołującego w 2020 roku, jak i wszystkim chętnym uczelniom w Polsce, było rozwiązaniem ograniczonym tylko do pewnych funkcjonalności, a nie pełnym rozwiązaniem oferowanym na rynku.

Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający przywołał jako podstawę do zastosowania trybu z wolnej ręki art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp, a jednocześnie w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki wskazuje: „System klasy LMS działający u Zamawiającego musi łącznie posiadać gotowe, dostępne i działające wskazane poniżej funkcjonalności, przy czym wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności muszą być gotowe i od razu dostępne w systemie LMS - Zamawiający nie może zaakceptować tworzenia, projektowania i wdrażania rozwiązań w bliżej nieokreślonym czasie." (strona 1 uzasadnienia). Dodaje „Ponownie podkreślić należy, że o ile wymienione funkcjonalności i aspekty działania są obecnie domeną jedynie platformy Blackboard, inni potencjalni wykonawcy mogliby takie funkcjonalności rozwinąć/ dobudować do platformy. Takie działanie byłoby jednak czasochłonne i obarczone ryzykiem błędów/ obniżonej jakości - funkcjonalności tworzone by były od nowa, dla uczelni, a nie byłyby przetestowane przez kilka/kilkanaście czy nawet kilkaset uczelni korzystających z gotowego rozwiązania SaaS, które te funkcjonalności ma już wbudowane i dobrze przetestowane w działaniu, jak to ma miejsce w przypadku platformy Blackboard" (strona 5 uzasadnienia). Są to okoliczności, które w ocenie Odwołującego nie mieszczą się w przesłance art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił też, że obecnie obowiązująca umowa łącząca Zamawiającego z PCG Academia została zawarta w listopadzie 2021 roku. Zamawiający był w pełni świadomy, że okres obowiązywania tego kontraktu upływa w listopadzie 2022 r., co oznacza, że miał dwanaście miesięcy na przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego. Zamawiający takiego postępowania nie przeprowadził. Nie można jednak zapominać, że spośród wszystkich trybów nie przetargowych wymienionych w ustawie Pzp, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym stosowanym wyłącznie w wyjątkowych i ściśle określonych w przepisach prawa sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe i właśnie ze względu na charakter tego trybu, przepisy zezwalające na jego zastosowanie w danych okolicznościach muszą być zawsze interpretowane ściśle. Tymczasem w przedmiotowej sprawie w ogóle nie zachodzą przesłanki uregulowane w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zatem wszczęcie postępowania w takim trybie jest naruszeniem norm prawa zamówień publicznych oraz narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 4 października 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie zachodziły wszystkie przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, iż na rynku istnieją rozwiązania do prowadzenia zajęć online, jednak żadne z nich nie czyni zadość uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, a więc żadne z nich nie jest rozsądnym rozwiązaniem alternatywnym ani rozwiązaniem zastępczym. System dostarczany przez Odwołującego nie ma przede wszystkim natywnego, zintegrowanego urządzenia do wideokonferencji, które wprawdzie stanowi rozwiązanie z górnej półki, jednak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Zamawiający ma prawo sięgać po rozwiązania najnowocześniejsze, zapewniające realizację zadań statutowych jak najsprawniej i jak najbardziej efektywnie. System Blackboard jest z powodzeniem stosowany już od wielu lat

w czołowych uczelniach na całym świecie, takich jak np. Oksford. Również u Zamawiającego jest stosowany od 2020 r., co powoduje, że użytkownicy działają w oparciu o określone schematy i procesy ułatwiające ich pracę. Żadna z obecnie dostępnych platform nie jest w stanie zapewnić realizacji wszystkich niezbędnych w pracy Zamawiającego funkcjonalności, przy czym zasadniczą jest to, aby umożliwić pracę na natywnym, zintegrowanym urządzeniu do wideokonferencji. Zamawiający wskazał, iż nie jest jego zadaniem w obecnej chwili udowadnianie przesłanek wolnej ręki, lecz zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu to Odwołujący musi wykazać, że przesłanki te nie zaszły, a więc, że istnieje alternatywne, rozsądne rozwiązanie umożliwiające realizację uzasadnionych potrzeb

Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu poprzestając na ogólnych twierdzeniach, Zamawiający zaś w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki przedstawił wszystkie okoliczności, które leżały za jego wyborem.

Zamawiający wskazał, iż jego zasadniczym celem jest zakup systemu jak najbardziej intuicyjnego i łatwego w wykorzystaniu. Wbudowane w platformę, ściśle zintegrowane narzędzie do wideokonferencji jest ważną składową tej intuicyjności i stanowi o możliwości szybszej pracy i płynnego przemieszczania się pomiędzy aplikacjami, czego nie umożliwia w chwili obecnej żadne inne rozwiązanie dostępne na rynku. Zastosowanie innej platformy, która nie posiada tej funkcjonalności spowodowałoby de facto paraliż w obliczu konieczności realizacji nauczania zdalnego, z czym mamy do czynienia obecnie. Wynika to z faktu, że uczelnia posiada aktualnie na platformie ponad 2894 kursów. Wiele z tych kursów przechowuje informacje na temat aktywności użytkowników (np. wykładowców) oraz studentów (prace semestralne, sesje egzaminacyjne, przesłane materiały). Dodatkowo część kursów zawiera gotowe materiały do nauki dla nowych roczników studentów w różnych formatach i zorganizowanych, unikatowych dla platformy Blackboard strukturach (np. moduły z sekwencyjnym udostępnianiem danych po spełnieniu określonych warunków, np. zaliczenie innego zakresu, przynależności do grupy, itp.) i ich przeniesienie do nowej platformy oznaczałoby brak płynności działania uczelni i organizacyjny chaos i już z choćby tego powodu żadne inne rozwiązanie nie wydaje się rozsądne. Przy wyborze platformy ogromne znaczenie ma również efekt skali. Zamawiający rozważał w 2020 r. skorzystanie z dwóch różnych platform, jednak w tamtym czasie platformy te miały obsługiwać znacznie mniejszą ilość użytkowników. Natomiast obecnie, platformę użytkuje 8 000 użytkowników (w roku 2020 było ich jedynie 750). Taka skala działania determinuje wybór rozwiązania niezawodnego multizadaniowego, pozwalającego na płynne przechodzenie do poszczególnych aplikacji, co zapewnia jedynie Blackboard. Inne rozwiązania, np. system Odwołującego, być może sprawdzają się w innych instytucjach, jednak przy takiej ilości użytkowników dla zapewnienia pełnej funkcjonalności konieczne jest sięgnięcie po rozwiązanie niezawodne, co zapewnia jedynie integralności platformy z urządzeniem natywnym do wideokonferencji.

Zamawiający wskazał ponadto, iż postępowanie wszczęte w 2020 r. opierało się na zupełnie innym założeniu funkcjonowania dwóch różnych platform. Już wówczas, jak wynika z dokumentu stanowiącego uzasadnienie unieważnienia, wskazywano na wyniki pogłębionej analizy dotyczącej nieefektywności takiego rozwiązania z uwagi na dalszą perspektywę. Wskazywany dualizm narzędziowy zaprezentowany w ofertach wykonawców został oceniony negatywnie. Już wówczas Zamawiający jasno sprecyzował swoje intencje zakupu jednej wspólnej platformy LMS. Kwestionowanie takiego rozstrzygnięcia i polemika była możliwa wówczas. Zamawiający wniósł o uznanie, iż dokumenty z prowadzonego przetargu dotyczą zupełnie innego postępowania, z innym opisem przedmiotu zamówienia, a więc nie mogą stanowić dowodu na potwierdzenie, że Odwołujący jest wykonawcą, który może zrealizować przedmiot zamówienia ani że mogą tego dokonać inni wykonawcy. Zamawiający podniósł też, że nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, iż zakup platformy w procedurach przewidzianych tzw. ustawą covidową zdeterminował wybór wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Pierwszym i zasadniczym bowiem argumentem wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki było nie tyle przyzwyczajenie czy komfort pracowników Zamawiającego ile to, że nie ma obecnie na rynku dostawcy realizującego wszystkie potrzeby Zamawiającego, a więc m.in. tej, aby korzystać z natywnego, zintegrowanego urządzenia do wideokonferencji. Jako alternatywę Zamawiający miałby rozwiązanie oparte o dwie platformy, które nie integrowałyby się wzajemnie i nie obsłużyłyby tej liczby użytkowników bez awarii i błędów. Powodowałoby to problem z wykonywaniem bieżących zadań, problem z płynnością procesów jak również implikowałoby ryzyko utraty części danych, kluczowych do wykonywania zadań uczelni. Ponieważ Zamawiający musi zapewnić ciągłość pracy oczywistym jest, że oczekuje rozwiązania gotowego, które zaimplementuje natychmiast, co wiąże się z wymogiem zakupu gotowej platformy, który to wymóg Odwołujący neguje. Nadrzędnym celem, ale i obowiązkiem Zamawiającego będącego gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia jest weryfikacja i dopuszczenie do oceny rozwiązań pewnych, które zaspokoją obecne i przyszłe potrzeby. Zamawiający wskazał, iż możliwość żądania, aby rozwiązanie nie było w fazie budowy, testów, projektowania itp. została wielokrotnie uznana przez Krajową Izbę Odwoławczą (Zamawiający wskazał na wyroki KIO

817/19 oraz KIO 1599/19).

Zamawiający zauważył również, iż Odwołujący w odwołaniu nie wskazuje wprost, że może zaoferować rozwiązanie opisane przez Zamawiającego, tj., że jego platforma spełnia wszystkie wskazane w uzasadnieniu wyboru trybu przesłanki. Odwołujący polemizuje z wymaganymi przez Zamawiającego funkcjonalnościami, twierdząc że nie były one zasadnie wymagane. W tym zakresie jednak brak jakiejkolwiek argumentacji dotyczącej tego, że wskazane funkcjonalności nie wynikają z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Odwołujący zdaje się mieć świadomość, że nie ma innego rozwiązania poza Blackboard realizującego wszystkie wskazane funkcje. Wskazuje na to choćby to, że poza ogólnym twierdzeniem, że usługi mogą być świadczone przez więcej niż jednego wykonawcę, Odwołujący nie wskazał ani jednego takiego wykonawcy. Również fakt, że odwołanie na tryb postępowania zostało wniesione tylko przez Odwołującego, nie potwierdza tezy Odwołującego o wielu potencjalnych wykonawcach zamówienia. Odnośnie oferowanych przez siebie systemów poprzestaje jedynie na enigmatycznym sformułowaniu, że od dwóch lat jego produkty zmieniły się, a pierwotnie wdrożone u Zamawiającego rozwiązanie nie było pełnym rozwiązaniem. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący konsekwentnie pomija, iż jedynym wykonawcą, który może zaoferować rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego jest Przystępujący z uwagi na posiadany status autoryzowanego dystrybutora Blackboard i jako jedyny jest upoważniony do sprzedaży ww. rozwiązań.

Zamawiający dodał, iż zawarcie w 2021 r. aktualnie obowiązującej umowy dotyczącej platformy Blackboard, również było poprzedzone ogłoszeniem o zamiarze udzielenia zamówienia na identycznej podstawie prawnej, której Odwołujący wówczas nie kwestionował. Wreszcie, Zamawiający decydując się na wybór trybu zamówienia z wolnej ręki nie ograniczył sztucznie konkurencji tylko po to, aby „przywiązać się" do wskazanego dostawcy platformy. Sytuacja wygląda zgoła odmiennie aniżeli dzieje się to w postępowaniach, w których Zamawiający dokonuje modernizacji poprzez zakup funkcjonujących już systemów. W niniejszym postępowaniu zakup systemu Blackboard wynika bowiem z konieczności zapewnienia najwyższej jakości pracy, której nie zapewnia inne rozwiązanie jak również z konieczności zapewnienia ciągłości procesów. Nie ma obecnie na rynku innego, rozsądnego rozwiązania, które mogłoby stanowić alternatywę, a Odwołujący nie wykazał, że jest przeciwnie.

W dniu 4 października 2022 r. pismo procesowe w sprawie złożył także wykonawca PCG Academia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „Przystępujący"), wnosząc o oddalenie odwołania w całości i omawiając szczegółowo funkcjonalności platformy Blackboard Learn LMS i przewagę tego rozwiązania nad dostępnymi na rynku. Przystępujący zwrócił też uwagę m.in. na brak sprostania przez Odwołującego ciężarowi dowodu w przedmiotowej sprawie, na nieadekwatność powoływania się na postępowanie z 2020 r. z uwagi na odmienny stan faktyczny i odmienne potrzeby Zamawiającego, a także na konsekwencje dla Zamawiającego, jakie wiązałyby się z koniecznością zmiany platformy w trakcie trwania roku akademickiego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PCG Academia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła iż Odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności

odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku odwołania wnoszonego wobec czynności zamiaru zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki interes w uzyskaniu danego zamówienia wyraża się w tym, że gdyby zamawiający nie zdecydował się na ten tryb i wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym, to wykonawca mógłby wziąć udział w tym postępowaniu, a co za tym idzie - miałby potencjalną możliwość uzyskania zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Odwołujący jako wykonawca świadczący usługi informatyczne, w tym usługi będące przedmiotem zamówienia, w przypadku zastosowania konkurencyjnego trybu, miałby szansę na jego uzyskanie. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów

wskazanych w odwołaniu mogłoby prowadzić zatem do utraty przez Odwołującego możliwości ubiegania się o zamówienie i osiągnięcia zysku z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego. Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów załączonych do odwołania (ogłoszenie nr 2021/BZP 00279374 z dnia 23 listopada 2021 r. o wyniku postępowania, informacja o unieważnieniu postępowania nr AZP.25.1.58.2020, informacja z otwarcia ofert w postępowaniu nr AZP.25.1.58.2020) oraz załączonych do pisma procesowego Przystępującego (oświadczenie firmy Blackboard z dnia 1 września 2022 r oraz z dnia 30 września 2022 r. wraz z ich tłumaczeniem na język polski), na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego. Przedstawiony przez Przystępującego materiał ilustrujący szczególne cechy narzędzia do wideokonferencji firmy Blackboard, jako opracowanie własne Przystępującego, Izba uznała za element uzupełniający jego stanowisko procesowe w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pn. „Dostawa i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard Learn tj. oprogramowania LMS (learning management system)" o nr referencyjnym AZP.25.1.57.2022.

Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 175-495625 ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, w którym wskazał na udzielenie zamówienia wykonawcy PCG Academia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie. W Sekcji IV ogłoszenia, w opisie procedury, wskazano na procedurę negocjacyjna bez uprzedniej publikacji. Zamawiający wskazał, iż: „produkty będące przedmiotem zamówienia są wytwarzane wyłącznie do celów prac

badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, zgodnie z warunkami określonymi w dyrektywie. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. I pkt 1 -5 i 7-1 4. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane, mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, według stanu istniejącego na dzień wszczęcia postępowania, zamówienie polegające na dostawie platformy klasy LMS w zakładanym okresie referencyjnym ustalonym przez Zamawiającego w terminie od dnia 12.11.2022 r. do dnia 11.11.2027 r., może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego Wykonawcę - PCG Academia - dostawcę platformy Blackboard Learn z uwagi na niżej wymienione okoliczności. Zamawiający wobec istniejącego stanu pandemii COVID-19 został postawiony przed koniecznością natychmiastowego zapewnienia sprawnego, zdalnego prowadzenia zajęć oraz egzaminowania na odległość, a także zautomatyzowania zdalnych procesów obsługi toku studiów. W tym celu Zamawiający począwszy od marca 2020 r. zdecydował się na korzystanie niezależnie z platform LMS dostarczanych przez dwóch różnych dostawców, których wybrał do tego celu, tj. z platform LMS, których dostawcami są firmy Blackboard oraz Asseco. W dniu 4 listopada 2021 r. zawarta została umowa na dostawę Blackboard umowa nr AZP.25.1.43.2021, która kończy się w listopadzie 2022 r., zatem w trakcie roku akademickiego, dlatego istotne jest aby zapewnić ciągłość korzystania z narzędzia umożliwiającego kształcenie na odległość. Wdrożenie innego LMS w trakcie roku akademickiego spowodowałoby problemy na poziomie administrowania i zarządzania ze strony Uczelni, ale przede wszystkim na poziomie użytkowników, jakimi są studenci i prowadzący zajęcia. Nawet jeżeli założymy tożsamość funkcjonalną systemów LMS, sposób ich obsługi w praktycznie każdym obszarze jest zasadniczo inny właśnie poprzez użyte interfejsy graficzne czy zaprogramowane mechanizmy, co potwierdziły doświadczenia Zamawiającego z równoległym wykorzystaniem dwóch platform w roku 2020. System klasy LMS działający u Zamawiającego musi łącznie posiadać gotowe, dostępne i działające wskazane poniżej funkcjonalności: Obsługa dużych sesji online (tj. 250 - 350 studentów), stosowanie opisów za pomocą metadanych plików i zasobów w repozytorium treści, delegowanie administracji kursami i użytkownikami, sprawdzenie treści prac pod kątem plagiatów (np. repozytorium platformy, WWW), możliwość przechowania dotychczasowych kursów (oceny, wyniki egzaminów), analiza i tworzenie dostępnych kursów (zgodność z wytycznymi WCAG. Wskazane powyżej funkcjonalności są dostępne wyłącznie w ramach rozwiązania dostarczanego przez firmę Blackboard."

Zamawiający następnie w dniu 14 września 2022 r. ponownie opublikował w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 177-501117 ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante dotyczące tego samego zamówienia, w którym uzupełnił opis procedury w Sekcji IV wskazując na procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji z uwagi na brak konkurencji ze względów technicznych. Wyjaśniając wskazał: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. I pkt 1 -5 i 7-14. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane, mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, według stanu istniejącego na dzień wszczęcia postępowania, zamówienie polegające na dostawie platformy klasy LMS w zakładanym okresie referencyjnym ustalonym przez Zamawiającego w terminie od dnia 12.11.2022 r. do dnia 11.11.2027 r., może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego Wykonawcę - PCG Academia - dostawcę platformy Blackboard Learn z uwagi na niżej wymienione okoliczności.” Zamawiający zamieścił także link do strony internetowej, gdzie zamieszczono plik zawierający uzasadnienie faktyczne i prawne. W dokumencie tym wskazano:

„Z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, według stanu istniejącego na dzień wszczęcia postępowania, zamówienie polegające na dostawie platformy klasy LMS w zakładanym okresie referencyjnym ustalonym przez Zamawiającego w terminie od dnia 12.11.2022 r. do dnia 11.11.2027 r., może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego Wykonawcę - PCG Academia - dostawcę platformy Blackboard Learn z uwagi na niżej wymienione okoliczności.

Zamawiający wobec istniejącego stanu pandemii COVID-19 został postawiony przed koniecznością natychmiastowego zapewnienia sprawnego, zdalnego prowadzenia zajęć oraz egzaminowania na odległość, a także zautomatyzowania zdalnych procesów obsługi toku studiów. W tym celu Zamawiający począwszy od marca 2020 r. zdecydował się na korzystanie niezależnie z platform LMS dostarczanych przez dwóch różnych dostawców, których wybrał do tego celu, tj. z platform LMS, których dostawcami są firmy Blackboard oraz Asseco. Zamawiający działając w realiach konieczności natychmiastowego zapewnienia sprawnego zdalnego prowadzenia zajęć oraz egzaminowania na odległość, a także zautomatyzowania zdalnych procesów obsługi toku studiów, realizował współpracę równolegle z dwoma wskazanymi powyżej dostawcami oraz korzystał z dwóch różnych platform LMS. Dotychczasowe doświadczenie zdobyte przez Zamawiającego pokazuje, że równoległe korzystanie z dwóch różnych platform LMS nie było możliwe, nieefektywne, uniemożliwiające sprawną pracę wykładowców i skuteczny odbiór przekazywanych informacji przez studentów. W konsekwencji jedynym racjonalnym rozwiązaniem dla Zamawiającego, był zakup jednego, wspólnego dla całej Uczelni systemu LMS o funkcjonalnościach, które system musiał posiadać łącznie żeby realizacja celu, jakim jest sprawne, ciągłe, zdalne prowadzenie zajęć oraz egzaminowania na odległość, a także zautomatyzowanie zdalnych procesów obsługi toku studiów była możliwa. W dniu 4 listopada 2021 r. zawarta została umowa na dostawę Blackboard - umowa nr AZP.25.1.43.2021, która kończy się w listopadzie 2022 r., zatem w trakcie roku akademickiego, dlatego istotne jest aby zapewnić ciągłość korzystania z narzędzia umożliwiającego kształcenie na odległość. Wdrożenie innego LMS w trakcie roku akademickiego spowodowałoby problemy na poziomie administrowania i zarządzania ze strony Uczelni, ale przede wszystkim na poziomie użytkowników, jakimi są studenci i prowadzący zajęcia. Nawet jeżeli założymy tożsamość funkcjonalną systemów LMS, sposób ich obsługi w praktycznie każdym obszarze jest zasadniczo inny właśnie poprzez użyte interfejsy graficzne czy zaprogramowane mechanizmy, co potwierdziły doświadczenia Zamawiającego z równoległym wykorzystaniem dwóch platform w roku 2020.

System klasy LMS działający u Zamawiającego musi łącznie posiadać gotowe, dostępne i działające wskazane poniżej funkcjonalności, przy czym wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności muszą być gotowe i od razu dostępne w systemie LMS - Zamawiający nie może zaakceptować tworzenia, projektowania i wdrażania rozwiązań w bliżej nieokreślonym czasie. Lista funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego:

- Natywne i natywnie zintegrowane rozwiązanie do wideokonferencji. Uczelnia ma za sobą

ponad dwa lata doświadczeń z wykorzystywaniem dwóch platform LMS oraz kilku narzędzi do wideokonferencji, umożliwiających kształcenie synchroniczne (wykłady i sesje online). Pracownicy uczelni korzystają z tych narzędzi w następujących konfiguracjach: i) LMS Blackboard Learn Ultra + wbudowane natywnie zintegrowane narzędzie do wideokonferencji, ii) LMS Blackboard Learn Ultra + zintegrowany MS Teams, iii) LMS Asseco + zintegrowany BigBlueButton, iv) MS Teams niezależnie od platform. Pomimo dostępnych wielu możliwości, wykładowcy w przeważającej części korzystają z narzędzia Collaborate, gdyż dzięki natywnej integracji i natywności rozwiązania mogą w łatwy sposób przechodzić z przestrzeni kursu do wirtualnego pokoju

spotkań. Najłatwiej było im się też przyzwyczaić do rozwiązania, ze względu na to, że posiada wygląd/interfejs zbieżny z samą platformą LMS, dzięki czemu łatwo się po nim poruszać. Także rozłożenie funkcjonalności pomiędzy samą platformą a narzędziem jest logicznie spójne, są to narzędzia tego samego producenta. Użytkownikami systemu są obok studentów wykładowcy, którzy są często czynnymi lekarzami, oraz osobami o różnym, w tym niskim poziomie, znajomości technologii. Dla uczelni kluczowe jest, aby zakupione narzędzia jak najbardziej efektywnie wspierały wykładowców w pracy

dydaktycznej, były pomocą, a nie dodatkowym obciążeniem. Intencją Zamawiającego jest zakup systemu jak najbardziej intuicyjnego i łatwego w wykorzystaniu. Wbudowane w platformę, ściśle zintegrowane narzędzie do wideokonferencji jest ważną składową tej intuicyjności i jak pokazują ponad roczne doświadczenia pracowników uczelni, jest ono niezbędne dla Zamawiającego. Wbudowane i do tego efektywne oraz wydajne i przez to odpowiadające potrzebom uczelni, natywne narzędzie do wideokonferencji posiada jedynie platforma Blackboard Learn. Należy zauważyć, że możliwość stworzenia własnego narzędzia do wideokonferencji i ścisłej integracji z platformą jest dostępna dla wielu dostawców, jednak obecnie posiada je tylko Blackboard. Zaletą zintegrowanego narzędzia jest także fakt łatwości pozyskania danych statystycznych dotyczących spotkań, bieżącego monitorowania frekwencji, weryfikację obecności studentów z zapewnieniem weryfikacji tożsamości.

- Konieczność posiadania funkcjonalności automatyzujących i przyspieszających pracę dydaktyków: platforma będzie efektywnie wspierać dydaktyków w kształceniu, jeśli będzie automatyzować możliwie jak największą liczbę czynności tak, aby dydaktyk musiał jak najmniej powtarzalnych, czasochłonnych i podlegających automatyzacji czynności wykonywać ręcznie, a także, jeżeli powtarzalne czynności będą mogły być wykonane zbiorczo dla wszystkich użytkowników/ całego kursu jednocześnie. Czynności te to między innymi: i) Automatyczne sprawdzanie obecności studentów na sesjach online - system oznacza czy student był obecny, spóźnił się czy nie było go wcale, dzięki czemu wykładowca nie musi takich informacji wprowadzać ręcznie do dziennika obecności na platformie (wpływa to na znaczną oszczędność czasu). Funkcjonalność automatycznego sprawdzania obecności i zapisu w dzienniku obecności ma też związek z natywnością z platformą LMS rozwiązania do wideokonferencji; ii) Wsadowa edycja elementów treści kursów - system umożliwia zbiorczą aktualizację i edycję elementów kursu, np. przy tworzeniu nowej instancji kursu na kolejny semestr można zbiorczo zaktualizować widoczność treści dla studentów, daty widoczności/ dostępności/wymagane daty realizacji poszczególnych modułów/aktywności. W przypadku braku takiej funkcjonalności dydaktyk musi wprowadzić każdą zmianę ręcznie, osobno, co znacznie obniża efektywność jego działania; iii) Kopiowanie istniejącej treści do innych kursów - system umożliwia łatwy wybór i zbiorcze skopiowanie wybranych treści z danego kursu do innego kursu, dzięki czemu nie trzeba każdego z elementów przenosić osobno lub ręcznie; iv) Kopiowanie pytań testowych w kursach (ponowne użycie pytań), dzięki czemu wykładowca ma możliwość szybkiego wykorzystania istniejących pytań do utworzenia nowego egzaminu dla studentów. Funkcjonalność daje także możliwość wyszukiwania pytań z uwzględnieniem treści, typu pytania oraz konkretnego testu. Dodatkowo system ma możliwość definiowania losowych bloków z

dowolnych pytań i dowolnych elementów egzaminacyjnych. Opcje takie znacznie

ułatwiają prace dydaktyków; v) Sprawdzenie treści pod kątem plagiatów - automatyzacja tego procesu umożliwia dydaktykom szybką weryfikację, czy zamieszczane przez studentów treści nie są nieuprawnionym wykorzystaniem treści pochodzących z Internetu lub stworzonych przez innych studentów. Wyłapywanie przypadków plagiatów jest dzięki temu dużo szybsze i pozwala na znaczną oszczędność czasu dydaktyków. Platforma Blackboard Learn jest według wiedzy uczelni jedyną dostępną na rynku platformą, w której wszystkie te czynności zostały zautomatyzowane/są możliwe do realizacji w sposób zbiorczy.

- Bezawaryjność systemu: W pandemii uczelnia wykorzystywała równolegle dwie platformy LMS: Blackboard i Asseco. Na podstawie pracy na obydwu platformach uczelnia mogła zebrać doświadczenia dotyczące istotności kryterium bezawaryjności funkcjonowania platformy. Każda niedostępność lub zakłócenie funkcjonowania platformy nie tylko w godzinach pracy, ale też poza nimi (platforma ma umożliwiać pracę w dogodnych dla dydaktyków i studentów momencie), skutkuje obniżoną efektywnością pracy użytkowników końcowych - nie mogą wykonać przewidzianych zadań w odpowiednim dla siebie terminie, tracą czas na informowanie administratorów platformy o przerwach w działaniu. Obniżona jest także efektywność pracy administratorów systemu, którzy muszą poświęcać czas na zgłoszenia problemów do dostawcy i/lub weryfikację, czy powód awarii może leżeć po stronie uczelni. Na podstawie dotychczasowego doświadczenia,

uczelnia stwierdziła, że platforma Blackboard cechuje się niskim poziomem awaryjności. Według wiedzy uczelni Blackboard jako jedyne z rozwiązań dostępnych na rynku w Polsce jest hostowany u jednego z trzech światowych czołowych dostawców chmury (są to AWS, Microsoft, Google; Blackboard wykorzystuje AWS), zapewniających najlepszą jakość hostingu, co przede wszystkim wpływa na bezawaryjność wszystkich komponentów platformy. Drugim aspektem jest ciągłe monitorowanie dostępności wszystkich usług oraz udostępnianie strony z ich statusem - według wiedzy uczelni z rozwiązań dostępnych na rynku polskim jedynie Blackboard udostępnia klientom stronę internetową z bieżącym monitoringiem działania usługi - co znacznie przyspiesza diagnozę ew. problemów i minimalizuje konieczność ich zgłaszania przez pojedyncze podmioty. Na podstawie testów wynikających z rocznej pracy z systemami, wysoki poziom dostępności platformy gwarantujący odpowiednie działanie systemu jest w stanie zapewnić tylko Blackboard (w stosunku do rozwiązań lokalnych i konkurencyjnych). W roku akademickim 2021/2022 nie wystąpiła żadna awaria systemu.

- Obsługa dużych sesji online (tj. 250 - 350 studentów): w ostatnich dwóch latach uczelnia zdobyła szereg doświadczeń w zakresie prowadzenia większości zajęć zdalnie, w tym w dużej mierze w trybie synchronicznym jako wykłady online. W przyszłości uczelnia musi być przygotowana na prowadzenie zajęć w takim trybie, zarówno ze względu na trwające zagrożenia wynikające z pandemii koronawirusa, jak i większą efektywność prowadzenia niektórych z zajęć w takim trybie. Duża część z wykładów online jest i będzie prowadzona dla 350 osób. Narzędzie do prowadzenia wykładów online musi więc zapewniać taką przepustowość i nieawaryjne działanie przy takiej liczbie użytkowników. Dotychczasowe doświadczenia uczelni wskazuje, że firma Blackboard jako jedyna może dostarczyć odpowiedniej jakości usługę.

- Stosowanie opisów za pomocą metadanych plików i zasobów w repozytorium treści. Repozytorium treści pozwala na efektywne zarządzanie materiałami w kursach. Objętość i liczba materiałów będzie stale rosnąć, ze względu na dodawanie do oferty nowych kursów i nowe treści dodawane do kursów z biegiem lat. Dzięki funkcjonalności repozytorium i opisywaniu plików i zasobów za pomocą metadanych, łatwo jest odszukać dany materiał, sprawdzić, w jakich kursach jest wykorzystywany oraz zamienić na bardziej aktualną wersję. Blackboard posiada unikatowe funkcjonalności w tym zakresie (w tym m.in. możliwości aktualizacji materiału we wszystkich kursach, w których jest użyty, jednorazowo z poziomu repozytorium), zwiększające efektywność zarządzania materiałami, co przekłada się na oszczędność czasu zarówno wykładowców jak i administratorów.

- Delegowanie administracji kursami i użytkownikami. Uczelnia kształci na 18 kierunkach, a każdy z nich ma swoją specyfikę. Z punktu widzenia uczelni bardzo istotna jest możliwość odrębnej konfiguracji platformy, w tym jej wyglądu oraz informacji wyświetlanych poszczególnym użytkownikom, pod konkretne kierunki. Blackboard posiada unikatowe i natywnie wbudowane możliwości odzwierciedlenia hierarchii instytucjonalnej na platformie i skonfigurowania platformy pod konkretne kierunki, nieoferowane przez inne platformy. Dzięki tym możliwościom, wykładowcom i studentom przypisanym do poszczególnych kierunków po zalogowaniu do platformy, wyświetla się inny, adekwatny dla nich, zestaw informacji i ogłoszeń. Przekłada się to na oszczędność czasu użytkowników, gdyż szybciej mogą oni dotrzeć do interesujących ich informacji. „Podinstacje" platformy dla konkretnych kierunków mogą być zarządzane przez różne osoby (tzw. delegowana administracja), którzy mają dostęp tylko do określonych opcji i funkcjonalności, adekwatnych dla swojej roli.

- Sprawdzenie treści prac pod kątem plagiatów (np. repozytorium platformy, www). Dla Uniwersytetu bardzo istotna jest możliwość weryfikacji prac studenckich pod kątem plagiatów i utrzymywanie standardów uczciwości akademickiej. Posiadane przez uczelnie obecnie oprogramowanie pozwala jedynie na weryfikowanie oryginalności treści prac dyplomowych. Konieczne jest jednak weryfikowanie oryginalności prac tworzonych przez studentów w całym toku studiów. Platforma Blackboard, według wiedzy uczelni,

jest obecnie jedyną dostępną na rynku polskim platformą posiadającą wbudowany mechanizm sprawdzania prac pisemnych umieszczanych na platformie przez studentów pod kątem plagiatów. Prace weryfikowane są wobec prac innych studentów umieszczanych na platformie oraz wobec zasobów internetowych. Jest to kolejna z kluczowych dla Zamawiającego funkcjonalności oferowanych jedynie przez Blackboard.

- Możliwość przechowania dotychczasowych kursów (oceny, wyniki egzaminów). Przed pandemią koronawirusa uczelnia w zasadzie nie prowadziła zajęć w formule zdalnej. Na przestrzeni ostatnich dwóch lat, w celu zachowania ciągłości funkcjonowania uczelni, większość przedmiotów było prowadzonych w formule zdalnej. Na platformie powstało ponad 2 tysiące kursów, które powinny być nadal przechowywane na platformie albo zarchiwizowane w celu ich odtworzenia w razie konieczność weryfikacji np. wyników

testu lub egzaminu. Uczelnia nie chce ponosić dodatkowych kosztów na obróbkę wyników egzaminów, konwersję kursów do innego formatu, itd. Zdaniem uczelni dla takiej liczby kursów jedynie platforma Learn będzie odpowiednia. W przypadku zakupu innego narzędzia LMS nie ma możliwości zapewnienia pełnej interoperacyjności systemów, jak wskazuje praktyka innych uczelni które znalazły się w takiej sytuacji tzn. konieczności przeniesienie istniejących zasobów materiałów dydaktycznych utworzonych przez dydaktyków okazało się bardzo ograniczone, a praktycznie niemożliwe i nieefektywne.

- Analiza i tworzenie dostępnych kursów (zgodność z wytycznymi WCAG): Na przestrzeni dotychczasowych doświadczeń uczelni z kształceniem w trybie zdalnym ujawnił się problem dostępności materiałów dydaktycznych. Uczelnia jest zobowiązana zapewnić równy dostęp do materiałów swoim studentom, a także stosować dostępności materiałów dydaktycznych, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Dla wykładowców stosowanie standardów dostępności jest skomplikowane, nie ma wśród nich wystarczającej świadomości problematyki dostępności i standardów. Blackboard jako jedyne oprogramowanie dostępne na rynku polskim posiada wbudowany moduł wyświetlający informację o poziomie dostępności zamieszczanych przez wykładowców na platformie materiałów, identyfikujący problemy obniżające dostępność oraz informujący wykładowców jak te problemy naprawić (w formie instrukcji krok po kroku). Moduł, jako jedyny na rynku polskim, a nawet w skali światowej, oferuje także możliwość generowania szerokiego zestawu alternatywnych formatów materiałów dydaktycznych (w tym format audio i tłumaczenie maszynowe na 50 języków). Formaty te generują się automatycznie, w czasie od kilku sekund do kilku minut, w zależności od objętości pliku źródłowego. Studenci mogą samodzielnie pobrać wybrany format, nie potrzebują wsparcia ze strony pracowników uczelni, nie muszą też oczekiwać na formaty alternatywne. Moduł ten w znaczącym stopniu pomoże uczelni wdrożyć politykę dostępności. Żadna inna firma nie posiada zaawansowanego rozwiązania adresującego kwestie dostępności, takiego jak Blackboard.

Wskazane powyżej funkcjonalności są dostępne wyłącznie w ramach rozwiązania dostarczanego przez firmę Blackboard.

Ponownie podkreślić należy, że o ile wymienione funkcjonalności i aspekty działania są obecnie domeną jedynie platformy Blackboard, inni potencjalni wykonawcy mogliby takie funkcjonalności rozwinąć/dobudować do platformy. Takie działanie byłoby jednak czasochłonne i obarczone ryzykiem błędów/obniżonej jakości - funkcjonalności tworzone by były od nowa, dla uczelni, a nie byłyby przetestowane przez kilka/kilkanaście czy nawet kilkaset uczelni korzystających z gotowego rozwiązania SaaS, które te funkcjonalności ma już wbudowane i dobrze przetestowane w działaniu, jak to ma miejsce w przypadku platformy Blackboard. Z przyczyn wskazanych już powyżej, a związanych z niepewności co do dalszego przebiegu pandemii i obowiązkiem zapewnienia pełnej gotowości do realizacji zdalnej obsługi toku studiów, ale też celem zapewnienia zdolności do elastycznego reagowania na przyszłe nadzwyczajne sytuacje i nieznane okoliczności, Zamawiający nie może sobie pozwolić na bliżej nieokreślone w czasie oczekiwanie na dostarczenie platformy z funkcjonalnościami, które dopiero będą rozwijane i które powinny przejść jeszcze szereg testów, eliminujących prawdopodobne błędy.

Dodatkowo, Uczelnia wdraża projekt finansowany ze środków europejskich, w którym jeden z istotnych obszarów opiera się na wykorzystaniu platformy edukacyjnej Blackboard. Zmiana LMS zakłóciłaby istotnie przebieg projektu, a środki dotychczas zainwestowane w kształcenie kadry i studentów w zakresie wykorzystania LMS jako narzędzia do kształcenia mogłyby zostać zagrożone. Projekt zakłada trwałość wdrażanych rozwiązań, dlatego też przedmiotowe postępowanie ma zapewnić możliwość korzystania z platformy przez okres 5 lat (dotychczasowa umowa kończy się w listopadzie 2022 r.). Pięcioletni okres umowy daje też szansę na uzyskanie najkorzystniejszych warunków finansowych, na co wskazuje przeprowadzone rozeznanie cenowe. Umowa obejmująca 60 miesięcy jest najbardziej efektywnym ekonomicznie rozwiązaniem. Wykonawca przy założeniu kontraktu 4 lub 5 letniego proponuje stałą roczną opłatę, dzięki czemu eliminowane jest ryzyko wzrostu ceny za korzystanie z usługi także w ostatnim rocznym okresie. Koszt usługi pozostaje na poziomie z roku 2022 niezależnie od wahań kursowych. Jednocześnie zauważyć należy, że ogólne tendencje do wzrostu cen w sektorze usług przy uwzględnieniu tendencji długookresowych kursu złotego wobec dolara amerykańskiego także przemawiają za efektywnością ekonomiczną zwarcia umowy na jak najdłuższy okres. Z tych przyczyn w według stanu istniejącego na chwilę obecną, zamówienie polegające na dostawie platformy klasy LMS w zakładanym okresie referencyjnym może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego Wykonawcę - PCG Akademia - dostawcę platformy Blackboard Learn.

Niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej, a dotyczących konieczności posiadania szeregu istniejących, gotowych funkcjonalności właściwych wyłącznie dla dostawcy Blackboard, istnieje jeszcze dalsza przesłanka, która niezależnie od wymaganych

funkcjonalności implikuje fakt, że zamówienie polegające na dostawie platformy klasy LMS w zakładanym okresie referencyjnym może zostać zrealizowane wyłącznie przez jednego Wykonawcę (dostawcę platformy Blackboard Learn). Biorąc pod uwagę niepewność co do sytuacji epidemicznej w okresie jesienno-zimowym oraz konieczność zapewnienia ciągłego, efektywnego realizowania nauki zdalnej Zamawiający nie dopuszcza w obecnej chwili zmiany funkcjonującej u Zamawiającego platformy do nauki zdalnej Blackboard na inną. Obecnie Uczelnia posiada wiele kursów na platformie, ich liczba na ten moment to 2295. Wiele z tych kursów przechowuje informację na temat aktywności użytkowników (np. wykładowców) oraz studentów (prace semestralne, sesje egzaminacyjne, przesłane materiały). Informacje zawarte w kursach mogą być dowodem, np. w sprawach dyskusyjnych związanych z zaliczeniami i egzaminami (np. konieczność sprawdzenia/weryfikacji udzielonych odpowiedzi na pytania egzaminacyjne). Dodatkowo, część kursów zawiera gotowe materiały do nauki dla nowych roczników studentów i ich przeniesienie do nowej platformy to oczywista strata czasu i funduszy. Zauważyć należy, że LMS jest narzędziem niezbędnym nie tylko w okresie pandemii, gdzie był praktycznie jedyną alternatywą dającą możliwość realizacji dydaktyki, ale jest podstawą e-learningu, który stał się integralną częścią procesu kształcenia realizowanego na uczelni. Zmiana LMS oznaczałaby ponownie konieczność zainwestowania dodatkowych środków finansowych oraz czasu w przygotowanie administratorów, kadry i studentów. Jak dowodzą nasze doświadczenia zasadnicze różnice pomiędzy dostępnymi narzędziami występują w pełnym zakresie zarządzania zawartością kursów/przedmiotów. Obszarem największej intensywności problemów na poziomie użytkowników systemów jest przeprowadzanie zaliczeń i egzaminów z wykorzystaniem różnych narzędzi informatycznych. Sytuacja kreuje niepotrzebne zamieszanie w zakresie weryfikacji efektów kształcenia, zdarza się mylenie pojęć i niewłaściwe ustawienie opcji związanych z zaliczeniem/egzaminem z uwagi na różnice pomiędzy platformami (mylenie opcji i przenoszenie ich znaczenia między rożnymi narzędziami). Konieczne niejednokrotnie jest poświęcenie dodatkowego czasu na weryfikowanie szczegółowych instrukcji i testowanie rozwiązań, co skutkuje niepotrzebną frustracją i niechęcią do korzystania z nowych narzędzi informatycznych. Sytuacja skutkuje znacznym pogorszeniem komfortu pracy dydaktyków, ale także studentów. W przypadku rezygnacji z korzystania z platformy Blackboard, uczelnia utraci także płynność zarządzania zdalnymi procesami nauczenia z uwagi na utratę dostępu do części informacji przechowywanych w dotychczasowych kursach (oceny, wyniki egzaminów), na co uczelnia nie może sobie absolutnie pozwolić.

Uprawnienie Zamawiającego do skorzystania z przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 a) ustawy Pzp implikuje więc sam fakt, że Zamawiający (z przyczyn niezależnych od Zamawiającego) nie może dokonać zmiany dostawcy platformy na innego aniżeli świadczącego już na rzecz Zamawiającego usług w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. Okoliczność powyższą potwierdza najnowszy komentarz do ustawy PZP wydany przez UZP: „Choć w przeważającej mierze przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, będzie odnosiła się do monopolu jednego wykonawcy z uwagi na aspekty technologiczne przedmiotu zamówienia, niewykluczone jest faktyczne ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców do jednego z uwagi na inne niezależne od zamawiającego i obiektywne przyczyny. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że nagła zmiana prawodawcza (zmieniająca zasady świadczenia usług niezbędnych do realizacji przez zamawiającego jego obowiązków ustawowych) może w rzeczywistości stanowić przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze uzasadniającą zawarcie umowy w trybie bezprzetargowym (z wolnej ręki), z podmiotem, który dotychczas na rzecz zamawiającego świadczył te usługi, o ile żaden z innych wykonawców, funkcjonujących na rynku nie byłby w stanie rozpocząć świadczenia tych usług w takim terminie, zaś zamawiający nie miał wpływu na czas wprowadzenia zmian legislacyjnych i nie mógł ich przewidzieć odpowiednio wcześniej, tak aby przeprowadzić postępowanie przetargowe” (tak Wyrok SN z dnia 12 maja 2016 r. sygn. akt I CSK 335/15)” Powyższe argumenty, w pełni uzasadniają możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 305 pkt 1 ustawy Pzp. Zawarcie umowy z PCG Academia Sp. z o.o.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 359 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że nie została spełniona wskazana przez Zamawiającego przesłanka udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Na wstępie, celem wyjaśnienia, Izba wskazuje, iż za chybione uznała powoływanie się

przez Odwołującego na naruszenie art. 305 pkt 1 oraz art. 359 pkt 1 ustawy Pzp, które to przepisy odnoszą się odpowiednio do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne oraz postępowań na usługi społeczne i inne szczególne usługi, a zatem nie znajdują zastosowania do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, które obejmuje dostawę i uruchomienie oprogramowania i którego wartość jest wyższa niż progi unijne określone zgodnie z art. 3 ustawy Pzp.

Natomiast zasadnie Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym przypadku doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach (opisanych w ust. 1 tego przepisu) zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. W świetle powyższych regulacji zasadą w obowiązującym systemie zamówień publicznych jest konkurencyjność prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Instytucje zamawiające mają co do zasady swobodę wyboru trybu spośród dwóch: przetargu nieograniczonego i ograniczonego, natomiast pozostałe przewidziane w art. 129 ust. 1 ustawy Pzp tryby mogą zastosować jedynie wtedy, gdy zajdą ściśle określone w ustawie Pzp przypadki. Powyższe uzasadnione jest tym, że w przypadku innych niż przetarg trybów konkurencyjność postępowań doznaje pewnych ograniczeń, a nawet może zostać wyeliminowana całkowicie.

Z całkowitym wyłączeniem konkurencyjności mamy do czynienia w przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki. Z tego względu na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (w przedmiotowym przypadku w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy). Przedstawienie takiego uzasadnienia ma kluczowe znacznie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego i podejmują decyzję co do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Również w oparciu o to uzasadnienie następuje dokonywana następczo przez Izbę ocena legalności zastosowania trybu z wolnej ręki przez zamawiającego. Zamawiający decydując się zatem na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki musi być w stanie uzasadnić i wykazać spełnienie wszystkich przesłanek niezbędnych do jego zastosowania, a ciężar dowiedzenia powyższego spoczywa właśnie na zamawiającym. To po jego stronie leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych warunkujących udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie TSUE, gdzie wskazuje się, iż stroną twierdzącą, że przesłanki zawarte w tym przepisie zostały spełnione jest zamawiający, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne w postaci udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Ciężar udowodnienia, że zachodzą przesłanki uzasadniające odstępstwo od procedury konkurencyjnej spoczywa bowiem na podmiocie powołującym się na te okoliczności (vide przykładowo wyroki TSUE w sprawach C - 199/85, C-394/02, C - 385/02).

W tym kontekście wskazać należy też na motyw 50 preambuły do dyrektywy klasycznej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.Urz.UE.L 2014 Nr 94, str. 65), gdzie podkreślono: „Procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich szkodliwy wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach. Wyjątki te powinny ograniczać się do przypadków, gdy publikacja ogłoszenia nie jest możliwa z racji wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać, albo gdy od początku jasne jest, że publikacja nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia, zwłaszcza wtedy, gdy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykonać zamówienie. Tak jest w przypadku prac artystycznych, gdy tożsamość artysty nierozerwalnie determinuje niepowtarzalny charakter i wartość samego dzieła. Wyłączność może również wynikać z innych przyczyn, ale jedynie obiektywne sytuacje wyłączności mogą uzasadnić zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji, gdy sytuacja ta nie została stworzona przez samą instytucję zamawiającą z myślą o przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług. Gdy sytuacja wyłączności spowodowana jest względami technicznymi, powinny one być rygorystycznie określone i uzasadnione w

każdym indywidualnym przypadku. Mogą one obejmować na przykład techniczną niemożliwość osiągnięcia przez innego wykonawcę wymaganej wydajności lub konieczność skorzystania ze specjalistycznej wiedzy, narzędzi lub środków, którymi dysponuje wyłącznie jeden wykonawca."

Zdaniem Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi dowodowemu, a poddane ocenie uzasadnienie faktyczne i prawne zawarte w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante nie potwierdzało zasadności wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający decydując się na skorzystanie z tego ekstraordynaryjnego trybu nie wykazał, aby doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, na który to przepis powołał się uzasadniając wybór procedury.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów,

- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Do wypełnienia dyspozycji normy art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp muszą zostać spełnione następujące przesłanki: 1) przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez jednego wykonawcę, 2) podłożem tej sytuacji są przeszkody techniczne o obiektywnym charakterze, 3) ponadto brak jest rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, 4) a powstała w ten sposób niemożność zachowania zasad konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wykazanie, że wszystkie te przesłanki zaistniały w określonym przypadku kumulatywnie jest wyłączną rolą zamawiającego. Jak opisano już szczegółowo powyżej - wynika to z wyjątkowego charakteru regulacji pozwalających na odstąpienie od zasady stosowania trybów konkurencyjnych i faktu, że jako odstępstwa od reguły nie mogą one być wykładane rozszerzająco. Przesłanki udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki podlegają wykładni ścisłej, stanowią bowiem wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych z zachowaniem konkurencyjności. Zasady udzielania zamówień publicznych: równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują, aby w razie wątpliwości, co do spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przyjmować wykładnię bardziej restrykcyjną, nie zaś rozszerzającą (por. m.in. wyrok KIO z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3296/21).

W rozpoznawanej sprawie dla oceny legalności działania Zamawiającego konieczne jest przede wszystkim ustalenie, czy Zamawiający wykazał, iż przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Fakt, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę oznacza, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do realizacji zamówienia, posiadający faktyczny monopol w danym obszarze. Przesłanka ta ma charakter obiektywny. Wskazać tutaj należy na orzeczenie z dnia 10 marca 1987 r. C-199/85 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej, w którym Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia z przyczyn technicznych niezbędne jest wykazanie, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Trybunał przy tym podkreślił, że „przyczyny techniczne" muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, lecz także mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo krajowe. Jak wskazano m.in. w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18, „przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom zamawiającego, ani to czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami

czy zaniechaniami dokonanymi przez samego zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzezwyciężalny." Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 12 maja 2016 r., sygn. akt I CSK 335/15, gdzie stwierdzono, iż „Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określonemu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć zasadniczy charakter, tak aby można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma charakter trwały oraz nieprzezwyciężalny, zaś możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie jest wynikiem wcześniejszych działań czy ewentualnie zaniechań zamawiającego".

Mając to na uwadze, to Zamawiający, zamierzając udzielić zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności, miał obowiązek wykazania, że przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez określonego wykonawcę, który jako jedyny jest zdolny do realizacji zamówienia, co powinno zostać poprzedzone weryfikacją rynku pod kątem istnienia faktycznego monopolu wykonawcy, przy czym nie należy ograniczać się tu do rynku krajowego. Ponadto do obowiązków Zamawiającego należało wykazanie, że zaistniała sytuacja jest skutkiem przyczyn technicznych i że przyczyny te mają obiektywny charakter. Zamawiający powyższego nie dowiódł.

Nie negując co do zasady potrzeby Zamawiającego do zakupu jednego, wspólnego dla całej uczelni systemu LMS, który będzie posiadał funkcjonalności pożądane przez Zamawiającego, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z obiektywnie uzasadnionym technicznie monopolem jednego podmiotu zdolnego zrealizować zamówienie. W przedstawionym uzasadnieniu faktycznym i prawnym Zamawiający skupił się wyłącznie na opisie funkcjonalności, jakie posiada platforma Blackboard Learn i na przedstawieniu korzyści, jakie wynikają z korzystania z tej platformy przez Zamawiającego obecnie. Jednak w zakresie wykazania, że istnieje na rynku tylko jeden wykonawca mogący zrealizować zamówienie oraz że sytuacja ta jest wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze w uzasadnieniu nie przedstawiono w zasadzie żadnej argumentacji. Znajdują się tam jedynie lakoniczne, hasłowe tezy Zamawiającego, że opisane obszernie funkcjonalności „są dostępne wyłącznie w ramach rozwiązania dostarczanego przez firmę Blackboard" i „firma Blackboard jako jedyna może dostarczyć odpowiedniej jakości usługę." Brak jest jakiejkolwiek szerszej analizy rynkowej, w szczególności w zakresie tego, że inne podmioty nie są zdolne do realizacji zamówienia i dostarczenia oprogramowania o pożądanych funkcjonalnościach z uwagi na obiektywne, techniczne przeszkody.

Co więcej, z uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki wynika okoliczność przeciwna. Sam Zamawiający przyznał tam bowiem, że dostosowanie czy rozbudowa platform oferowanych przez innych wykonawców o funkcjonalności, jakich oczekuje Zamawiający i jakie posiada obecnie platforma Blackboard Learn, jest jak najbardziej możliwe. Zamawiający wskazał m.in., iż: „możliwość stworzenia własnego narzędzia do wideokonferencji i ścisłej integracji z platformą jest dostępna dla wielu dostawców, jednak obecnie posiada je tylko Blackboard" - ze stwierdzenia tego wprost wynika, że na rynku istnieje wielu dostawców mogących stworzyć oprogramowanie o funkcjonalnościach pożądanych przez Zamawiającego. Dalej Zamawiający wskazał też, że „o ile wymienione funkcjonalności i aspekty działania są obecnie domeną jedynie platformy Blackboard, inni potencjalni wykonawcy mogliby takie funkcjonalności rozwinąć/dobudować do platformy." Zamawiający ma zatem świadomość, że na rynku usług informatycznych istnieją inne niż Przystępujący podmioty zdolne do dostarczenia oprogramowania o cechach wymaganych przez Zamawiającego. Na taki stan rzeczy wskazują też zasady doświadczenia życiowego, w szczególności intensywny rozwój firm w branży IT oraz poziom skomplikowania systemów informatycznych, jakie firmy te potrafią stworzyć i wdrożyć.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający dokonując zakupu oprogramowania powinien skupić się przede wszystkim na określeniu funkcjonalności, jakich oczekuje od systemu informatycznego, a nie dążyć do zakupu gotowego produktu, który mu najbardziej odpowiada, z którego obecnie korzysta i w oparciu o cechy tego produktu kreować swoje potrzeby. W ocenie Izby nie było obiektywnych przeszkód, aby Zamawiający wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym określając w opisie przedmiotu zamówienia funkcjonalności, jakie platforma LMS powinna spełniać, skoro miał świadomość, że możliwe jest dostarczenie oprogramowania dedykowanego na jego potrzeby przez więcej niż jeden podmiot. Podnoszona przez Zamawiającego kwestia czasochłonności, kosztowności czy ryzyka związanego z opracowaniem takiego rozwiązania jest kwestią wtórną i nie wpływa na uznanie, że co do zasady jest możliwe udzielenie zamówienia na dostawę oprogramowania LMS w trybie konkurencyjnym. Za całkowicie niezasadne uznać należy powoływanie się na okoliczność, iż „Zamawiający nie może sobie pozwolić na bliżej nieokreślone w czasie

oczekiwanie na dostarczenie platformy z funkcjonalnościami, które dopiero będą rozwijane i które powinny przejść szereg testów" - Zamawiający od ponad roku miał świadomość, że aktualna umowa na dostawę platformy e-learningowej zakończy się w listopadzie 2022 r. i miał czas, aby przygotować postępowanie w konkurencyjnym trybie. Co więcej, Zamawiający mógł przygotować postępowanie konkurencyjne już w kwietniu 2021 r., kiedy to podjął decyzję o konieczności zakupu jednej, wspólnej dla całej Uczelni, platformy e-learningowej i zdecydował się unieważnić wcześniejsze, konkurencyjne postępowanie nr AZP.25.1.58.2020. W takiej sytuacji Zamawiający mógł ewentualnie rozważać skorzystanie z innych niż przetarg trybów do czasu finalizacji umowy zawartej z wykonawcą wyłonionym w przetargu, nie zaś całkowicie rezygnować z przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego z uwagi na „czasochłonność" czy „niepewność" takiego rozwiązania.

W tym stanie rzeczy, tym bardziej jako nieuzasadniony jawi się zamiar udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na okres aż 5 lat. Takie działanie nie znajduje żadnego obiektywnego usprawiedliwienia. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności mające uzasadniać zawarcie umowy na pięcioletni okres, jak zakładana efektywność kosztowa czy prowadzony projekt unijny, nie stanowią obiektywnej przyczyny technicznej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, a co najwyżej przyczynę organizacyjną uzasadnioną wyłącznie subiektywnym przekonaniem Zamawiającego. Podobnie nie stanowią przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze kwestie takie jak konieczność zaangażowania czasu i środków w ewentualne wdrożenie nowej platformy e-learningowej. Nie uzasadnia też powołania się na ten przepis fakt korzystania przez Zamawiającego w chwili obecnej z platformy Blackboard Learn i twierdzenia, że tylko zakup tego produktu aktualnie zagwarantuje Zamawiającemu płynność zarządzania zdalnymi procesami nauczania. Powyższe okoliczności nie negują faktu, że inni wykonawcy mogliby dostarczyć dedykowane Zamawiającemu rozwiązanie. Ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego wprost wynika, że jest to możliwe, przy czym siłą rzeczy wymagałoby to większego nakładu czasu, pracy czy środków niż w przypadku skorzystania z gotowego rozwiązania, z którego Zamawiający aktualnie korzysta. Powyższe w ocenie Izby nie usprawiedliwia jednak rezygnacji z przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania. Nie jest zasadne także powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczność, że wdrożenie innego systemu w trakcie roku akademickiego powodowałoby problemy dla użytkowników i administratorów systemu, w sytuacji gdy Zamawiający od ponad roku miał pełną świadomość, że aktualnie obowiązująca umowa zakończy się właśnie w trakcie trwania roku akademickiego, tj. w listopadzie 2022 r.

Niewątpliwie przyczyny wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym i prawnym nie pozwalają na ustalenie, że tylko i wyłącznie wykonawca wskazany przez Zamawiającego może wykonać zamówienie z obiektywnych przyczyn technicznych. Dostawa oprogramowania dedykowanego dla konkretnego podmiotu nie jest dla wykonawców realizujących usługi informatyczne okolicznością nadzwyczajną i niespotykaną w prowadzonej działalności. Sam Zamawiający prowadził uprzednio postępowanie konkurencyjne obejmujące swym zakresem dostawę platformy LMS, a oferty w tym postępowaniu złożyło sześć podmiotów. Fakt ten również potwierdza, iż istnieją na rynku wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia, nawet jeśli produkty przez nich oferowane wymagałyby pewnego dostosowania czy rozbudowy na potrzeby Zamawiającego. Jeśli zaś na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju usługi wybór wykonawcy powinien nastąpić w jednym z trybów konkurencyjnych przewidzianych ustawą Pzp. Zamawiający ma prawo w takim postępowaniu opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazanie funkcjonalności, jakie są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami.

Podkreślić ponownie należy, iż tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, mogącym znaleźć zastosowanie w wyjątkowych okolicznościach. Nie jest to tryb służący umożliwieniu dokonania przez Zamawiającego zakupu konkretnego, gotowego produktu z wyłączeniem konkurencji, na wieloletni okres. W ocenie Izby Zamawiający w przedmiotowym przypadku próbuje niejako wykreować monopol na rynku usług informatycznych, chcąc kupić konkretny, gotowy produkt. Przy czym nawet gdyby uznać, że na chwilę obecną istnieje możliwość zrealizowania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę (co jednak - jak omówiono powyżej - nie zostało przez Zamawiającego wykazane), to pośrednio byłoby to wynikiem działań Zamawiającego, który zaniechał w odpowiednim czasie przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego, a jako takie nie może korzystać z ochrony prawnej i być podstawą do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, skoro to Zamawiający, a nie obiektywne przyczyny techniczne, powodują powstanie takiego „monopolu."

Jednocześnie ponownego zauważenia wymaga fakt, iż Zamawiający sam przyznał, że jest możliwe stworzenie rozwiązań o pożądanych przez Zamawiającego funkcjonalnościach przez innych wykonawców działających na przedmiotowym rynku. Tymczasem Zamawiający powinien był wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma

charakter trwały oraz nieprzezwyciężalny. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Gdyby uznać za słuszne stanowisko Zamawiającego, to należałoby dojść do wniosku, że do nieokreślonego w czasie momentu (wszak Zamawiający w ogóle nie przewiduje przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego, więc momentem tym byłoby być może dopiero pojawienie się na rynku gotowego oprogramowania o funkcjonalnościach analogicznych do posiadanych przez platformę Blackboard Learn), Zamawiający może, w trybie z wolnej ręki, zawierać umowy na dostawę oprogramowania, z którego aktualnie korzysta, praktycznie bez żadnych ograniczeń. Powyższe w sposób niewątpliwy prowadzi do obejścia przepisów ustawy Pzp. Już obecnie Zamawiający - bez żadnego obiektywnego uzasadnienia, a wyłącznie z subiektywnej potrzeby - zamierza udzielić zamówienia w trybie niekonkurencyjnym na okres aż pięciu lat.

Niezależnie od powyższego dodać należy, iż jedną z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 jest brak istnienia rozwiązań alternatywnych lub rozwiązań zastępczych, przy czym brak konkurencji nie może być wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym opublikowanym wraz z ogłoszeniem jedynie przedstawił hasłowo swoją subiektywną ocenę, iż nie są obecnie dostępne rozwiązania inne niż platforma Blackboard Learn o funkcjonalnościach wymaganych przez Zamawiającego. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do dostępnych na rynku rozwiązań, pominął też transgraniczność zamówień i potencjalną możliwość uczestnictwa w postępowaniu podmiotów spoza rynku krajowego. Również w postępowaniu odwoławczym Zamawiający ten wątek pominął, odnosząc się jedynie bardzo lakonicznie do rozwiązań Odwołującego, który przecież nie jest jedynym wykonawcą na rynku usług informatycznych w Polsce, trudniącym się dostawą oprogramowań e-learningowych i którego rozwiązanie Zamawiający oceniał przez pryzmat platformy, z której korzystał kilka lat wstecz i wobec której nie wymagał wówczas określonych funkcjonalności. Twierdzenia Zamawiającego, iż „inne rozwiązania, np. system Odwołującego, być może sprawdzają się w innych instytucjach, jednak przy takiej ilości użytkowników dla zapewnienia pełnej funkcjonalności konieczne jest sięgnięcie po rozwiązanie niezawodne” to nic innego niż subiektywna ocena.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający próbował w postępowaniu odwoławczym obciążyć Odwołującego ciężarem dowodu, że na rynku istnieją rozwiązania alternatywne czy zastępcze, podczas gdy to jego - na etapie przedstawienia uzasadnienia dla wyboru trybu z wolnej ręki - obciążał obowiązek wykazania okoliczności przeciwnej, czemu Zamawiający nie sprostał. Pomimo, iż dowodzenie faktów negatywnych jest z oczywistych względów utrudnione, to jednak jest możliwe, gdyż fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt I ACa 857/15). Zamawiający tymczasem nie przedstawił nawet pobieżnej analizy dostępnych na rynku rozwiązań, a ponadto - jak wskazano powyżej - potwierdził możliwość stworzenia przez wykonawców oprogramowania o funkcjonalnościach pożądanych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, iż w przedmiotowej sprawie nie doszło do wykazania przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, a zatem brak było podstaw do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Tym samym zarzuty odwołania okazały się zasadne, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard Learn tj. oprogramowania LMS (learning management system)” o nr referencyjnym AZP.25.1.57.2022 na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp z naruszeniem tego przepisu, a naruszenie to skutkuje nieuzasadnionym wyborem trybu niekonkurencyjnego. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek ustawowych umożliwiających skorzystanie z tego trybu prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Może mieć ono także istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym otwiera możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia innym wykonawcom niż arbitralnie wybrany przez Zamawiającego. Wyeliminowanie naruszeń, których dopuścił się Zamawiający, w inny sposób niż poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania nie jest możliwe. Ponadto mamy tu do czynienia z wadą kwalifikowaną, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia

wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Przesłanka ta obejmuje sytuację, kiedy Zamawiający udziela zamówienia bez publikacji ogłoszenia w konsekwencji niezgodnego z ustawą Pzp zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....