

Sygn. akt: KIO 2279/23

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Beata Pakulska-Banach
Irmina Pawlik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2023 roku przez wykonawcę **ELTE SMART Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **XTRack Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**
orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - ELTE SMART Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - ELTE SMART**

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Odwołującego - ELTE SMART Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**

na rzecz **Zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę **3 760 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy siedmiuset sześćdziesięciu złotych złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2279/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w dniu 16 czerwca 2023 roku zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie „Doposażenie pojazdów Zamawiającego w systemy zintegrowane z systemem informatycznym XTrack Zamawiającego wraz z serwisem i szkoleniami”, o czym poinformowała zamieszczając ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia: o nr 2023/S 126-400286 z dnia 4 lipca 2023 r. w Dz.U./S S126.

Dnia 2 sierpnia 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) zwaną dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca ELTE SMART Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej jako „Odwołujący”. Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu zamówienia z wolnej ręki i zaniechaniu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych.

Na podstawie art. 516 pkt 8 ustawy Pzp czynnościom i zaniechaniu Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie art. 16 pkt 1) w zw. z art. 129 ust. 2 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki bez zachodzenia podstawy prawnej uprawniającej Zamawiającego do zastosowania tego trybu, w szczególności wobec braku ziszczenia się okoliczności wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ:

- wbrew twierdzeniom Zamawiającego urzędnika produkcji Odwołującego, a także innych wykonawców działających na rynku, mogą współpracować z systemem informatycznym XTrack, co oznacza, że producent tego systemu nie jest jedynym podmiotem, który może dokonać dostawy urządzeń stanowiącej przedmiot postępowania nawet przy zachowaniu wymogu integracji tych urządzeń z systemem informatycznym XTrack;

- Zamawiający może doprowadzić do integracji urządzeń, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia, z systemem informatycznym XTrack bez angażowania w tę czynność dostawcy urządzeń, bowiem wystarczającym jest zobowiązanie wykonawcy, który uzyska zamówienie, do przekazania Zamawiającemu informacji o oprogramowaniu zainstalowanym w dostarczanych urządzeniach umożliwiających dokonanie integracji tych urządzeń z systemem informatycznym XTrack przez Zamawiającego lub podmiot działający na jego zlecenie;

- obciążenie wykonawcy obowiązkiem dokonania integracji urządzeń stanowiących przedmiot dostawy z systemem informatycznym XTrack bez uprzedniego uzyskania przez Zamawiającego od producenta systemu informatycznego XTrack licencji, zgód

i dokumentacji umożliwiających integrację z tym systemem informatycznym produktów oferowanych przez innych wykonawców należy uznać za celowe zawężenie parametrów zamówienia i preferowanie urządzeń producenta systemu informatycznego XTrack, co w konsekwencji doprowadziło do udzielenia zamówienia z pominięciem procedur konkurencyjnych, i tym samym przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wnosił on uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy z dnia 16 czerwca 2023 r. zawartej przez Zamawiającego z spółką XTrack sp. z o. o. w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych

w uzasadnieniu odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, wpisu od odwołania oraz innych uzasadnionych kosztów, które poniósł w związku z wniesieniem odwołania i postępowaniem toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w dniu 4 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ukazało się ogłoszenie o udzieleniu przez Zamawiającego zamówienia w trybie z wolnej ręki w przedmiocie: „Doposażenie pojazdów Zamawiającego w systemy zintegrowane z systemem informatycznym XTrack Zamawiającego wraz z serwisem i szkoleniami.”

Przedmiot zamówienia obejmuje:

- dostawę i montaż fabrycznie nowych Urządzeń Rejestrujących zintegrowanych z systemem informatycznym Zamawiającego (którego producentem jest firma XTrack sp. z o. o.) i zintegrowanego systemu identyfikacji RFID pojemników na pojazdach bezpylnych,
- podłączenie do fabrycznie nowych Urządzeń Rejestrujących zamontowanych na powyższych pojazdach bezpylnych automatycznych systemów wagowych w oparciu o otwarty protokół CleANopen,
- usługę serwisową przez okres równy okresowi gwarancji,
- szkolenie w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego.

Początkowa szacunkowa całkowita wartość zamówienia wyniosła 1.280.000,00 zł, zamówienie zostało udzielone firmie XTrack sp. z o. o. Umowa została zawarta przez Zamawiającego z wykonawcą w dniu 16 czerwca 2023 r.

Zamawiający w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia podał, że udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ponieważ dostawy stanowiące przedmiot zamówienia mogą być zrealizowane tylko przez określonego wykonawcę ze względu na ochronę praw własności intelektualnej. Zamawiający wyjaśnił, że Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie jest równocześnie zamawiającym, jak i wykonawcą w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, ponieważ uzyskało zamówienie od m.st. Warszawy na odbiór odpadów komunalnych. Na mocy umowy z miastem Zamawiający jest zobowiązany do realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych wyłącznie pojazdami wyposażonymi w system monitoringu położenia pojazdu, system rejestracji parametrów pracy pojazdu, automatyczny system wagowy oraz automatyczny system identyfikacji pojemników RFID. Umowa obowiązuje Zamawiającego do przekazywania miastu szczegółowych informacji z etapu odbioru odpadów, które jednocześnie warunkują uzyskanie wynagrodzenia za odebrane odpady, a w przypadku uchybień są podstawą naliczenia wysokich kar umownych. Spełnienie tych wymagań nie jest możliwe bez pełnej (dwustronnej) integracji systemów montowanych na pojazdach z systemem informatycznym wdrożonym u Zamawiającego, obejmującym pojazdy wykorzystywane dla realizacji umów na odbiór odpadów z m.st. Warszawa, ponieważ przesyłanie informacji i ich dostępność musi mieć charakter stały i niezakończony. Zdaniem Zamawiającego jedynie część systemu montowanego na pojeździe w zakresie systemu wagowego można pozyskać w trybie konkurencyjnym, ponieważ w tym zakresie urządzenia montowane na pojeździe będą mogły zostać zintegrowane z pozostałymi, wymaganymi na pojeździe systemami, w oparciu o otwarty protokół CleANopen.

Jednakże zamówienie w zakresie doposażenia pojazdów w system monitoringu położenia pojazdu, system rejestracji parametrów pracy pojazdu oraz automatyczny system identyfikacji RFID pojemników, jak również podłączenie do tych systemów automatycznych systemów wagowych, w sposób gwarantujący dwustronną komunikację z systemem informatycznym funkcjonującym u Zamawiającego musi nastąpić w trybie zamówienia z wolnej ręki, ponieważ wyłącznie systemy, których producentem jest XTrack sp. z o.o., gwarantują pełne współdziałanie z użytkowanym przez Zamawiającego systemem informatycznym oraz kompatybilność z posiadanymi już zasobami.

Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp jest uzależniona od istnienia na danym rynku oraz w danym miejscu i czasie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Zdaniem Zamawiającego sposób funkcjonowania

i powiązania systemów zamontowanych na pojazdach z systemem informatycznym funkcjonującym u Zamawiającego, w której to strukturze kluczowym elementem jest współdziałanie w oparciu o jeden system informatyczny i pełna kompatybilność systemów montowanych na pojazdach i systemu informatycznego Zamawiającego, służącego m.in. do rejestracji i rozliczania mas odebranych odpadów, identyfikacji frakcji odpadów, śledzenia tras pojazdów odbierających odpady oraz planowania i kontroli realizacji tras zgodnie

z wymaganiami umów zawartych z m.st. Warszawa, wyklucza możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę niż XTrack sp. z o. o., ponieważ tylko temu wykonawcy przysługują majątkowe prawa autorskie do wskazanego systemu, których nabycie nie jest możliwe. Zdaniem Zamawiającego tylko XTrack sp. z o. o. może także realizować usługi serwisowe gwarantujące poprawność i niezawodność współdziałania zintegrowanych systemów oraz usuwania awarii, jakie mogą się pojawić. Zamawiający podkreślił, że usuwanie awarii w bardzo krótkich terminach jest kluczowym elementem prawidłowego funkcjonowania systemu i bieżącego przekazywania danych do m.st. Warszawa.

Zdaniem Zamawiającego nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne ani zastępcze. Zamawiający podkreślił, że inni wykonawcy nie byłoby w stanie zapewnić niezawodności przesyłu danych, jak również integracji zainstalowanych dodatkowych systemów z systemem informatycznym Zamawiającego, którego dostawcą jest XTrack sp. z o.o. Pozostali wykonawcy w trakcie poprzednio prowadzonych negocjacji wymagali m.in., by to Zamawiający we własnym zakresie:

- zapewnił wszelkie niezbędne protokoły komunikacyjne i dane konieczne do zapewnienia kompatybilności urządzeń rejestrujących oraz systemu identyfikacji RFID pojemników, nieodpłatnie przekazał te protokoły komunikacyjne wykonawcy, który uzyska dane zamówienie,

- uzyskał od firmy XTrack sp. z o. o. wszelkie zgody konieczne do zapewnienia integracji urządzeń rejestrujących z systemem XTrack oraz z terminalami pokładowymi, wraz z koniecznymi licencjami,
- nieodpłatnie zapewnił/zagwarantował pełne współdziałanie firmy XTrack z danym wykonawcą, któremu powierzono wykonania zamówienia, w jego realizacji, w szczególności zapewnił bieżące przekazywanie wykonawcy danych i informacji niezbędnych do wykonania integracji i kompatybilności, nieodpłatnie przekazał specyfikację techniczną zainstalowanych w pojemnikach transponderów RFID oraz wskazał miejsce ich montażu, na każdym użytkowanym typie pojemnika.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do firmy XTrack o udostępnienie tych danych w zakresie i formie wskazanej przez innych wykonawców, lecz XTrack odmówiła udostępnienia tych danych, powołując się na przysługujące jej prawa własności intelektualnej. Biorąc pod uwagę wymagania licencyjne, jak również ochronę własności intelektualnej dostawcy systemu informatycznego dla spółki, czyli firmy XTrack sp. z o.o., powyższe jest niemożliwe do spełnienia przez Zamawiającego. Tym samym, pomimo podjętych przez Zamawiającego wysiłków, okazało się, że osiągnięcie przez innego wykonawcę wymaganej funkcjonalności nie jest możliwe. Potwierdza to fakt, że tylko jeden wykonawca, firma XTrack sp. z o.o., dysponuje odpowiednimi narzędziami technicznymi, które są kompatybilne i zapewniają pełną (dwustronną) komunikację systemów zamontowanych na pojeździe z systemem informatycznym Zamawiającego.

Końcowo Zamawiający podniósł, że powyższe jest zgodne z rynkowym standardem technicznym, którym jest zintegrowane rozwiązanie tego samego producenta, tj. obejmujące system informatyczny służący do odbioru i przesyłu danych oraz systemy pokładowe i rejestracyjne. Zapewniają one osiągnięcie oczekiwanej funkcjonalności w postaci niezakłóconego odbioru i przesyłu danych, jak również dokonywanie niezbędnych modyfikacji, zapewnienie usług gwarancyjnych i serwisowych. Dopuszczenie pojazdów

w dodatkowe systemy, które nie zapewniają wymaganych przez m.st. Warszawa funkcjonalności, pozbawione jest technicznego i ekonomicznego uzasadnienia. Zamawiający konkluduje, że firma XTrack jest jedynym Wykonawcą, który z przyczyn technicznych

o obiektywnym charakterze może zrealizować zamówienie i nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wykonawcy zaproszonemu do negocjacji przysługują majątkowe prawa autorskie do wskazanego systemu, których nabycie nie jest możliwe. Tylko on może także realizować usługi serwisowe gwarantujące poprawność i niezawodność współdziałania zintegrowanych systemów oraz usuwania awarii, jakie mogą się pojawić.

Zdaniem Odwołującego natomiast zastosowanie przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 16 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie zaistniała żadna z podstaw przewidzianych przepisie do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Jest to równoznaczne z zaniechaniem przez Zamawiającego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zastosowaniu trybu konkurencyjnego. Zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp „Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie”. Zatem Zamawiający udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, dopuścił się jednocześnie naruszenia art. 129 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący uważa, że Zamawiający w uzasadnieniu w ogłoszeniu odwołał się wyłącznie do podstawy udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidzianej w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przy czym jego argumentacja jest niekonsekwentna, ponieważ

z jednej strony Zamawiający wyraźnie wskazuje na przesłankę zawartą w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, tj. na fakt, że firma XTrack sp. z o. o. jest jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, z drugiej strony Zamawiający szeroko argumentuje, że możliwość realizacji zamówienia wyłącznie przez firmę XTrack sp. z o. o. wynika z przeszkód prawnych związanych z ochroną praw własności intelektualnej w dokonaniu integracji urządzeń oferowanych przez innych wykonawców z systemem informatycznym Zamawiającego, którego producentem jest firma XTrack sp. z o. o.

Niezależnie od charakteru przeszkód w powierzeniu realizacji zamówienia innemu wykonawcy, na które powołuje się Zamawiający dla uzasadnienia poglądu, że firma XTrack jest jedynym podmiotem zdolnym do dokonania dostawy urządzeń, Odwołujący twierdził, że przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie zaistniała w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Art. 214 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy m.in. 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.

Okoliczność dotycząca udzielenia zamówienia z wolnej ręki z powodu przyczyn technicznych była przedmiotem wykładni Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z 10 marca 1987 r., sygn. C-199/85, w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia (odpowiednik trybu z wolnej ręki) z przyczyn technicznych nie jest wystarczające wykazanie, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Należy bowiem wykazać, że 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 wyłączone.

Odwołujący podkreślił, że jest renomowanym producentem urządzeń służących rejestracji danych pracy pojazdów, w tym Urządzeń Rejestracyjnych (lokalizatorów czy też sterowników GPS) oraz systemów identyfikacji RFID pojemników. Co więcej, Odwołujący przypadkowo uzyskał wiedzę, że urządzenia, których producentem są spółki z grupy ELTE, zostały pomyślnie zintegrowane z systemem informatycznym XTrack. Mianowicie w związku

z odnowieniem gwarancji na czytniki RFID udzielonej MPO Białystok sp. z o. o. Odwołujący dokonał aktualizacji ich oprogramowania, co spotkało się z protestem podmiotu korzystającego z tych czytników, ponieważ aktualizacja zakłóciła wymianę danych pomiędzy tymi czytnikami a sprzętem dostarczonym przez XTrack sp. z o. o. Wiceprezes zarządu MPO Białystok w piśmie z dnia 30 czerwca 2023 r. oświadczył: „Z informacji jakie posiadamy (...), w dniach 27-28

czierwca 2023 r. została przez państwa zdalnie zmieniona konfiguracja systemów pokładowych, w taki sposób, że czytniki RFID pierwotnie dostarczone przez Państwa przeznaczone przez nas do kooperacji ze sprzętem montowanym przez firmę konkurencyjną wobec Państwa tj. XTrack sp. z o. o. przestały przysyłać informację o odczytywanych transponderach w sposób, w jaki przysyłały je przed wyżej wymienioną zmianą konfiguracji. W okresie od montażu aż do zmian wykonanych 27 i 28 czerwca 2023 r. systemy pokładowe XTrack i ELTE współpracowały bez zarzutu”.

Jako dowody na zaistnienie powyższej sytuacji Odwołujący przedstawił pismo MPO Białystok sp. z o. o. z dnia 30 czerwca 2023 r. – na okoliczność jego treści, w szczególności kompatybilności systemów monitorowania pracy pojazdów Odwołującego i XTrack oraz wnosił o przesłuchanie w charakterze świadka T. K. (adres: MPO Sp. z o.o. ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok) – na okoliczność kompatybilności systemów monitorowania pracy pojazdów oferowanych przez Odwołującego i XTrack.

Odwołujący zaznaczył, że pozostaje w sporze ze spółką XTrack co do kwestii możliwości zapewnienia integracji systemów przez XTrack bez zgody producenta czytników RFID, jest to jednak okoliczność bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Zamawiający ma niewątpliwie prawo oczekiwać od wykonawcy, który uzyska zamówienie, udzielenia zgody na dokonanie integracji dostarczonych przez niego urządzeń

z innymi urządzeniami zamontowanymi w pojazdach Zamawiającego i wykorzystywanym przez Zamawiającego systemem informatycznym, przy czym okoliczność ta powinna zostać uwzględniona przez wykonawcę w cenie urządzeń podanej w ofercie. Okolicznością istotną w sprawie jest wyłącznie fakt, że urządzenia produkcji Odwołującego mogą współpracować

z urządzeniami, których producentem jest XTrack sp. z o. o., a tym samym z systemem informatycznym produkcji tej firmy, co oznacza, iż argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w zakresie istnienia technicznych przeszkód w zapewnieniu integracji obu systemów jest nieprawdziwa.

Nadto zdaniem Odwołującego istnieje możliwość zapewnienia współpracy pomiędzy systemem informatycznym wdrożonym u Zamawiającego także w przypadku urządzeń służących rejestracji danych pracy pojazdów produkcji innych przedsiębiorców działających na rynku takich firm jak c-trace sp. z o. o., Globtrak Polska sp. z o. o. . Na wypadek kwestionowania tej okoliczności lub uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą,

że przedstawione dowody są niewystarczające do ich wykazania Odwołujący wnosil

o przeprowadzenie w tym przedmiocie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu elektroniki, automatyki i telekomunikacji na okoliczność spełniania przez urządzenia (czytniki RFID, urządzenia rejestrujące/lokalizatory GPS) produkcji Odwołującego lub innych podmiotów wymagań przewidzianych w umowach zawartych przez Zamawiającego z m.st Warszawa na odbiór odpadów oraz w zakresie technicznej możliwości zapewnienia ich współpracy z innymi urządzeniami zamontowanymi w pojazdach Zamawiającego wymaganymi przez m.st. Warszawę oraz z systemem informatycznym wykorzystywanym przez Zamawiającego, który został dostarczony przez firmę XTrack sp. z o. o.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że w praktyce zachodzi konieczność zapewnienia współpracy między Urządzeniami Rejestrującymi i czytnikami RFID a systemem informatycznym, którego producentem jest firma XTrack, ponieważ w pojazdach Zamawiającego poza Urządzeniami Rejestrującymi i systemem identyfikacji RFID będą instalowane wyłącznie systemy wagowe, które stanowiły przedmiot odrębnego postępowania, które skutkowało udzieleniem zamówienia innemu dostawcy niż XTrack

sp. z o. o., tj. firmie EVPL sp. z o. o. Co istotne, nie istnieją żadne przeszkody techniczne

i prawne w wykonaniu usługi integracji pomiędzy Urządzeniami Rejestrującymi stanowiącymi przedmiot niniejszego postępowania, a systemami wagowymi dostarczonymi w ramach postępowania toczącego się pod sygn. RZP.27.17.2023.LK w oparciu o standard komunikacyjny CleANopen przez Odwołującego się lub jakikolwiek inny podmiot działający

w branży monitorowania pracy pojazdów.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że przedstawiona przez niego argumentacja merytorycznie nie odnosi się do przedmiotu zamówienia

w zakresie „podłączenia do fabrycznie nowych Urządzeń Rejestrujących zamontowanych na powyższych pojazdach bezpylnych automatycznych systemów wagowych w oparciu

o otwarty protokół CleANopen”. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w zakresie tej usługi nie zostało przez Zamawiającego uzasadnione w jakikolwiek sposób.

Nadto wskazano, że usługi serwisowe urządzeń wykorzystywanych przez Zamawiającego mogą być świadczone przez różne podmioty. Okoliczność ta będzie oczywiście wymagała ze strony Zamawiającego pewnej koordynacji usług serwisowych

i współpracy wykonawców, którzy dostarczyli urządzenia i systemy informatyczne wykorzystywane przez Zamawiającego, niemniej jednak fakt ten nie stanowi żadnej istotnej przeszkody w świadczeniu usług serwisowych na wysokim poziomie i w krótkich terminach.

Jeszcze Odwołujący podkreślił, że przesłanką udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie może być okoliczność, że świadczenie usług lub dostawa towarów przez określonego wykonawcę jest najbardziej optymalnym rozwiązaniem dla zamawiającego. Zastosowanie tego trybu jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy przedmiot zamówienia może zostać zrealizowany tylko przez jednego wykonawcę (wyrok z 10 marca 1987 r., sygn. C-199/85,

w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch). Udogodnienia w zakresie świadczenia serwisu urządzeń wykorzystywanych przez Zamawiającego nie stanowią wystarczającej podstawy do stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zresztą Zamawiający w tym zakresie jest niekonsekwentny, ponieważ godzi się z możliwością świadczenia usług serwisowych systemów wagowych montowanych w jego pojazdach przez podmiot inny niż firma XTrack, tj. przez dostawcę tych systemów. Okoliczność ta dobitnie wskazuje, że ewentualna wielość podmiotów serwisujących system monitorowania pojazdów wykorzystywany przez Zamawiającego nie jest dla niego wielką niedogodnością, a już na pewno nie jest okolicznością uzasadniającą udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Jako dowód Odwołujący przywołał Część II: Opis Przedmiotu Zamówienia Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o „Dostawę i montaż fabrycznie nowych systemów wagowych wraz z serwisem i szkoleniami wymaganymi przez Zamawiającego w fabrycznie nowych pojazdach do zbiórki odpadów”, znak RZP.27.17.2023.LK, s. 45 - na okoliczność powierzenia przez Zamawiającego serwisu systemów wagowych ich dostawcy.

Co do okoliczności natury prawnej związane z prawami wyłącznymi przysługującymi XTrack sp. z o. o., które jakoby mają stanowić przeszkodę w realizacji zamówienia przez inny podmiot niż firma XTrack sp. z o. o., to argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego jest dla Odwołującego sprzeczna z utrwalonym orzecznictwem

Krajowej Izby Odwoławczej i z zasadami logiki.

Odwołujący nie zaprzecza, że przeprowadzenie integracji dwóch systemów informatycznych może nastąpić po uzyskaniu przez podmiot przeprowadzający integrację informacji na temat protokołów wymiany danych stosowanych w oprogramowaniu integrowanym, w tym dokumentacji oraz opisu interfejsów wymiany danych. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dostrzeżono, że nałożenie na wykonawcę wyłonionego w przetargu obowiązku samodzielnego uzyskania wszelkich informacji i danych niezbędnych do zapewnienia kompatybilności oraz integracji oraz zapewnienia sobie współpracy z dostawcami integrowanego oprogramowania narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ takie rozwiązanie przetargowe faworyzuje producenta oprogramowania integrowanego lub wykonawcę współpracującego z producentem oprogramowania integrowanego, zaś podmiot konkurencyjny względem producenta oprogramowania konkurencyjnego naraża na odpowiedzialność z tytułu niewykonania zobowiązania umownego, ponieważ można się spodziewać, że w przypadku takiego podmiotu producent oprogramowania integrowanego odmówi współpracy w odpowiednim zakresie lub istotnie zwyżczy jej koszty. Z tej racji w orzecznictwie Izby przyjęto, że opis przedmiotu zamówienia, w którym zamawiający zobowiązuje wykonawcę do dokonania integracji bez zapewnienia współpracy ze strony producenta oprogramowania integrowanego oraz bez przekazania stosownych informacji w przedmiocie interfejsów wymiany danych narusza art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z 2004 r. (tak wyroki KIO z 28 XII 2008 r., sygn. KIO 2741/12; 8 X 2012, sygn. KIO 2053/12; 28 VI 2013 r., sygn. KIO 1423/13).

W tym postępowaniu Zamawiający powołując się na fakt, iż producent integrowanego oprogramowania odmówił przekazania dokumentacji dotyczącej protokołów wymiany danych, uznał, że zachodzi przeszkoda prawna w realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot inny niż producent integrowanego oprogramowania, a w konsekwencji powierzył realizację zamówienia producentowi integrowanego oprogramowania w trybie z wolnej ręki. Zamawiający z rygorów stawianych przez Izbę organizatorowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiódł konsekwencję zupełnie odmienną niż zamierzona przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. zamiast przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie faworyzowałby producenta oprogramowania integrowanego, i zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu, co było celem Izby, Zamawiający udzielił zamówienia w trybie niekonkurencyjnym producentowi oprogramowania integrowanego, pozbawiając konkurentów tego podmiotu jakiegokolwiek szansy na uzyskanie zamówienia. W ocenie Odwołującego treść uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki zawarta w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia stanowi wyraz rażącego lekceważenia podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych i dorobku orzeczniczego Krajowej Izby Odwoławczej.

Jeżeli zakazane jest w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym obciążanie wykonawcy obowiązkiem samodzielnego uzyskania od producenta oprogramowania integrowanego informacji, zgód i współpracy niezbędnej do dokonania integracji, ponieważ takie rozwiązanie przetargowe faworyzuje producenta oprogramowania integrowanego i tym samym narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to tym bardziej zakazane jest ze względu na pogwałcenie zasad udzielenie zamówienia producentowi oprogramowania integrowanego w trybie niekonkurencyjnym.

Odwołujący wyraził wątpliwości, czy Zamawiający rzeczywiście nie posiada danych i informacji o protokołach wymiany danych, które umożliwiłyby dostawcy urządzeń stanowiących przedmiot postępowania dokonanie ich integracji z systemem XTrack.

Z ogłoszenia zawartego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 17 czerwca 2014 r., nr 204356-2014, wynika, że Zamawiający nabył od P.P.U. Omega sp. z o. o. (poprzednia nazwa XTrack sp. z o. o.) dokumentację i informacje potrzebne do integracji systemu wagowego i systemu RFID z elektronicznym systemem rejestracji pojazdów XTrack, będącym w posiadaniu Zamawiającego. Odwołujący wnosil, aby Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała Zamawiającego do załączenia dokumentacji do akt tego postępowania, ewentualnie wnosil o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu elektroniki, automatyki i telekomunikacji na okoliczność, czy dokumentacja i informacje nabyte od P.P.U. Omega sp. z o. o., których dotyczy wskazane ogłoszenie, jest wystarczające na dokonanie integracji wymaganej przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

Zamawiający od wielu lat miał świadomość konieczności uzyskania od XTrack

sp. z o. o. dokumentacji umożliwiającej dokonywanie integracji nowo nabywanych

z systemem informatycznym produkcji tej firmy. Nie może więc być zaskoczony tą okolicznością i się na nią powoływać celem zastosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki. Nadto w poprzednich latach spółka XTrack nie czyniła trudności

w udostępnieniu dokumentacji umożliwiającej dokonanie integracji za odpowiednim wynagrodzeniem i nie widziała w tym zagrożenia dla swoich interesów. Musi budzić więc zdziwienie fakt odmowy przekazania takiej dokumentacji na potrzeby tego postępowania.

Odwołujący uważa także, że argumentacja przedstawiona w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w zakresie przeszkód wynikających z praw wyłącznych jest błędna z następujących powodów.

Po pierwsze, Zamawiający wobec odmowy przekazania przez producenta oprogramowania integrowanego informacji i danych niezbędnych do zapewnienia kompatybilności oraz integracji urządzeń, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia,

z oprogramowaniem wykorzystywanym przez Zamawiającego mógł zrezygnować

z obciążania wykonawcy, który otrzyma zamówienie, obowiązkiem dokonania integracji

i poprzestać w Specyfikacji Warunków Zamówienia na żądaniu przekazania przez takiego wykonawcę informacji o oferowanych urządzeniach i zainstalowanym w nich oprogramowaniu, które są niezbędne do dokonania integracji, tj. przede wszystkim mógł żądać protokołów wymiany danych oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu.

W takim wypadku sama integracja mogłaby zostać przeprowadzona przez Zamawiającego lub inny podmiot działający na jego zlecenie, np. producenta oprogramowania wdrożonego

u Zamawiającego. Tak więc w okolicznościach tego postępowania nie zachodziła konieczność obciążenia dostawcy urządzeń obowiązkiem dokonania integracji tych urządzeń z systemem informatycznym wykorzystywanym przez Zamawiającego.

Kompatybilność tych elementów Zamawiający mógł uzyskać w inny sposób, a ze względu na brak możliwości przekazania dostawcy urządzeń informacji niezbędnych do dokonania integracji, Zamawiający powinien był z tej drugiej możliwości skorzystać.

Zamawiający w przeszłości właśnie w ten sposób rozwiązał problem wynikający

z braku możliwości udostępnienie dokumentacji wymaganej do dokonania integracji systemu umożliwiającego monitorowanie pojazdów i zarządzanie flotą pojazdów z systemem fakturo-księgowym, produkcji firmy Sage sp. z o. o. – pismo Zamawiającego z 5 maja 2011 r., znak WZ-390-21/11/19.

Po drugie, zamawiający nie mogą się powoływać na cel uzasadnienia zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na przeszkodę prawną związaną z prawami własności intelektualnej, która zaistniała wskutek ich zaniedbania, bowiem w takim wypadku przeszkoda nie ma charakteru obiektywnego i nieusuwalnego. Wynika ona wyłącznie z braku zapobiegliwości oraz braku profesjonalizmu w prowadzeniu działalności gospodarczej przez zamawiającego. Rzekomy brak możliwości dokonania integracji przez dostawcę urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia z systemem informatycznym produkcji XTrack jest skutkiem zaniedbania Zamawiającego. Problemy związane integracją systemów informatycznych są znane w branży od bardzo dawno, a wymogi stawiane w tym względzie zamawiającym przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zostały jednoznacznie wyartykułowane ponad dekadę temu. Zamawiający miał wystarczająco dużo czasu, aby uzyskać stosowne zgody i dokumenty od producenta oprogramowania integrowanego. Obowiązkiem Zamawiającego było uzyskanie od producenta oprogramowania integrowanego licencji w zakresie umożliwiającym Zamawiającemu dokonanie samodzielnej integracji wykorzystywanego systemu informatycznego z urządzeniami montowanymi na pojazdach Zamawiającego na etapie zawierania z tym podmiotem umów na dostawę oprogramowania i urządzeń. Zamawiający w ocenie Odwoływającego nie może się powoływać na odmowę udzielenia przez Zamawiającego stosownych informacji i licencji na etapie przygotowywania tego postępowania, jak to uczynił w uzasadnieniu zawartym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

W rezultacie obciążenie wykonawcy obowiązkiem dokonania integracji urządzeń stanowiących przedmiot dostawy z systemem informatycznym XTrack bez uprzedniego uzyskania przez Zamawiającego od producenta systemu informatycznego XTrack licencji, zgód i dokumentacji umożliwiających integrację z tym systemem informatycznym produktów oferowanych przez innych wykonawców należy uznać za celowe zawężanie przez Zamawiającego parametrów zamówienia i preferowanie urządzeń producenta systemu informatycznego XTrack.

Tożsame stanowisko do prezentowanego w odwołaniu zostało także wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W uchwale z dnia 14 lutego 2017 r. w sygn. KIO/KD 4/17, Izba wyjaśniła: *„Argumenty zamawiającego dotyczące możliwości dezintegracji systemu medycznego w przypadku zakupu urządzenia innego wykonawcy niż V., z uwagi na posiadanie ośmiu akceleratorów i dwóch symulatorów jednej firmy, nie zasługiwały na uwzględnienie. Nawet w przypadku urządzeń medycznych zaawansowanych technologicznie i ich oprogramowania, powinna istnieć możliwość techniczna i prawna - w sytuacji zakupu nowego sprzętu - pochodzącego od innego producenta - dokonania konfiguracji systemów tak, aby zapewnić kompatybilność z istniejącym oprogramowaniem klinicznym oraz pełną kompatybilność z rozwiązaniami wykorzystywanymi w urządzeniach w danej placówce. Konieczność zachowania kompatybilności zakupionego sprzętu z wyposażeniem posiadanym przez zamawiającego stanowi jeden z wymogów, które zamawiający winien ustanowić w stosunku do przedmiotu zamówienia w konkurencyjnej procedurze wyboru wykonawcy. (...) Powyższe, dotyczy również praw wyłącznych, do których odnosi się przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Opinie biegłych poświadczają, że każdy z producentów ma własne oprogramowanie akwizycji obrazu, które może być zastosowane w przypadku integrowania systemów, bowiem, każdy z producentów tego typu sprzętu jest w stanie zrealizować ten sam cel terapeutyczny (...). Po stronie zamawiającego leży uzyskanie takich licencji na oprogramowanie i ich zakresu, aby w sposób niezakłócony mogła przebiegać rozbudowa posiadanych linii terapeutycznych ich integrowanie i zabezpieczenie współdziałania (kompatybilności) z innymi funkcjonującymi systemami, aby były one wykorzystywane w stopniu maksymalnym i dostępne do realizacji dla innych wykonawców zdolnych należycie wykonać zamówienie. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że opis przedmiotu zamówienia wbrew dyspozycji ustawowej - jest wynikiem celowego zawężania parametrów zamówienia i preferuje linię terapeutyczną jednego producenta”.*

Zamawiający, jeżeli miałby szczerą, a nie tylko deklaracyjną, wolę uzyskania od spółki XTrack danych i informacji koniecznych do dokonania integracji urządzeń, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia, z systemem informatycznym produkcji XTrack,

z łatwością mógłby swój cel zrealizować, bowiem dysponuje odpowiednimi narzędziami, których wykorzystanie skłoniłoby spółkę XTrack do przekazania przedmiotowych informacji

i danych. Przede wszystkim Zamawiający mógłby zagrozić rezygnacją z korzystania

z systemu informatycznego produkcji XTrack i wdrożeniem u siebie systemu informatycznego konkurenta tej spółki. Wobec takiej perspektywy spółka XTrack nie tylko wyraziłaby zgodę na przekazanie informacji i danych o protokołach wymiany danych oraz na ich wykorzystanie w celu dokonania integracji, lecz także uczyniłaby to nieodpłatnie. Niestety Zamawiający jedynie symuluje symulację woli uzyskania danych, informacji i zgód od spółki XTrack

w celu wykreowania sztucznej przeszkody w powierzeniu realizacji przedmiotu zamówienia innemu wykonawcy. Zdaniem Odwoływającego w branży szeroko znany jest fakt faworyzowania przez Zamawiającego spółki XTrack, zaś udzielenie zamówienia na dostawę urządzeń spółce XTrack w trybie z wolnej ręki jedynie potwierdza tę obserwację.

Odwoływający wyraził pogląd, że umowa zawarta przez Zamawiającego i spółkę XTrack w dniu 16 czerwca 2023 r. podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. *„Zgodnie z ust. 1 pkt 1 umowa podlega unieważnieniu, gdy zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w BZP 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. Dotyczyć to będzie w szczególności przypadków nieuprawnionego zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; zawarcia umowy bez stosowania przepisów ustawy” (E. Wiktorowska, komentarz do art. 457 (w:) A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023) a także wyrok Izby z 21 III 2023 r., KIO 610/23, w którym wskazano, że z powołanego przepisu należy wyinterpretować normę, prowadzącą do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w m.in. sytuacji, w której *„udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów nastąpiło z naruszeniem ustawy (przy czym trzeba przyjąć, że chodzi o nie jakiegokolwiek naruszenie, a naruszenie kwalifikowane - takie, które miało wpływ na przygotowanie ofert/wynik postępowania)”*. Odwoływający zauważył także, że w prowadzonym postępowaniu nie znajduje zastosowania wyjątek przewidziany w art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W przedmiocie posiadania legitymacji do wniesienia odwołania Odwoływający podkreślił, że jest podmiotem uprawnionym do takiego działania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku odwołań wnoszonych na tryb udzielenia

zamówienia publicznego interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być analizowany przez pryzmat konkretnej umowy odpłatnej o określonym przez zamawiającego przedmiocie zamówienia niezależnie od wyboru trybu postępowania, które ma do jej zawarcia doprowadzić. Przyjęcie bowiem przeciwnego rozumowania prowadziłoby do absurdu, w którym z jednej strony ustawodawca przyznawałby stronom prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność wyboru trybu postępowania, a z drugiej strony prawa tego im odmawiał przez uniemożliwienie wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia ograniczonego do danego zamówienia” (wyrok KIO z 22 VI 2016 r., sygn. KIO 983/16). W rezultacie *W zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym*

w zaskarżanym trybie” (wyrok SO w Rzeszowie z 3 XI 2016 r., sygn. VI Ga 213/16; a także wyrok SO w Gdańsku z 25 V 2012 r., sygn. XII Ga 92/12). Odwołujący, jako producent urządzeń, których dostawa stanowi przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie miał tak rozumiany interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wskutek udzielenia zamówienia z wolnej ręki i zaniechania przeprowadzenia postępowania w oparciu o procedurę konkurencyjną nie mógł wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie mógł uzyskać zamówienia. Zakwestionowane postępowanie Zamawiającego, naruszając przepisy ustawy, uniemożliwiły mu złożenie oferty w postępowaniu. Tym samym Odwołujący poniósł szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2023 r., czyli w terminie wskazanym w art. 515 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp, kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w sposób, w którym mógł się z nią zapoznać w wymaganym terminie, Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności wyboru trybu prowadzenia postępowania w formie z wolnej ręki oraz wybór oferty innego Wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i naraża go na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. Odwołujący wywodził, że jest podmiotem zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący domagał się stwierdzenia, że bezpośrednie udzielenie zamówienia Przystępującemu nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego. W ocenie Izby wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca XTRack Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku. Wykonawca wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, ponieważ jeżeli umowa, którą zawarł z Zamawiającym zostałaby unieważniona, Spółka zostałaby narażona na utratę zamówienia oraz poważną szkodę majątkową wywołaną unicestwieniem stosunku prawnego określającego prawa i obowiązki stron umowy.

Zgłoszenie przystąpienia złożono w ustawowo wyznaczonym terminie, a jego kopia została przesłana Odwołującemu i Zamawiającemu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Przystępujący zaprezentował stanowisko procesowe na piśmie i wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił rozbudowaną argumentację, która w jego ocenie przemawia za oddaleniem odwołania.

Na podstawie przesłanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, które zamieścił Zamawiający wynika, że przedmiotem zamówienia jest wyposażenie pojazdów bezpylnych w systemy zintegrowane z systemem informatycznym XTrack Zamawiającego wraz z serwisem i szkoleniami wymaganymi przez Zamawiającego, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do Umowy.

Zamawiający w ogłoszeniu wskazał, że zwrócił się do firmy XTrack sp. z o.o.

o udostępnienie niezbędnych dla innych wykonawców danych w zakresie i formie wskazanej przez innych wykonawców lecz XTrack sp. z o.o. odmówiła udostępnienia tych danych, powołując się na przysługujące jej prawa własności intelektualnej. Biorąc pod uwagę wymagania licencyjne, jak również ochronę własności intelektualnej dostawcy systemu informatycznego dla spółki jedynie XTrack sp. z o.o., jest w stanie dostarczyć system.

Zgodnie z treścią ogłoszenia przedmiot zamówienia obejmuje:

- a) Dostawę i montaż fabrycznie nowych Urządzeń Rejestrujących zintegrowanych z systemem informatycznym Zamawiającego i zintegrowanego systemu identyfikacji RFID pojemników na pojazdach bezpylnych, dostarczonych w ramach postępowania na „Dostawę i serwis fabrycznie nowych pojazdów bezpylnych oraz szkolenia w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego” (nr zam. RZP.27.12.2023.LK),
- b) Podłączenie do fabrycznie nowych Urządzeń Rejestrujących (pkt. a) zamontowanych na powyższych pojazdach bezpylnych automatycznych systemów wagowych w oparciu o otwarty protokół CleANopen,
- c) Usługę serwisową przez okres równy okresowi gwarancji,
- d) Szkolenia w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do Umowy.

Zamawiający określa maksymalny zakres ilościowy obejmujący wyposażenie 37 szt. pojazdów bezpylnych w systemy zintegrowane z systemem informatycznym XTrack Zamawiającego wraz z serwisem i szkoleniami wymaganymi przez Zamawiającego, dostarczonych w ramach postępowania na „Dostawę i serwis fabrycznie nowych pojazdów bezpylnych oraz szkolenia w zakresie przewidzianym przez Zamawiającego” (nr zam. RZP.27.12.2023.LK).

W ramach wyjaśnień odnoszących się do wyboru procedury Zamawiający podkreślił w ogłoszeniu, że MPO jest zamawiającym w rozumieniu Pzp i jednocześnie jest Wykonawcą zam. publi., których przedmiot obejmuje odbiór

odpadów komunalnych,

m.in. w postępowaniu wszczętym przez m.st. Warszawa, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych

w m.st. Warszawie od 1 stycznia 2019 r.” (znak: ZP/GP/271/IV-172/18). MPO realizuje umowy w 3 zadaniach obejmujących łącznie 6 dzielnic m.st. Warszawy (zadania 4, 7 i 9). Szczegółowe warunki umów zawartych z m.st. Warszawa zobowiązują MPO do realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych wyłącznie pojazdami wyposażonymi w system monitoringu położenia pojazdu, system rejestracji parametrów pracy pojazdu, automatyczny system wagowy oraz automatyczny system identyfikacji pojemników „RFID”. Umowy obligują MPO do przekazywania zamawiającemu (m.st. Warszawa) szczegółowych informacji z etapu odbioru odpadów, które jednocześnie warunkują uzyskanie wynagrodzenia za odebrane odpady, a w przypadku uchybień są podstawą naliczenia wysokich kar umownych. Spełnienie wymagań m.st. Warszawa nie jest możliwe bez pełnej (dwustronnej) integracji systemów montowanych na pojazdach z systemem informatycznym wdrożonym w MPO, obejmującym pojazdy wykorzystywane dla realizacji umów na odbiór odpadów z m.st. Warszawa, ponieważ przesyłanie informacji i ich dostępność musi mieć charakter stały i niezakłócony. MPO dokonało rozeznania rynku, które wykazało, że wyłącznie część systemu montowanego na pojeździe w zakresie systemu wagowego można pozyskać

w trybie konkurencyjnym (nie jest on przedmiotem niniejszego zamówienia z wolnej ręki), który następnie będzie mógł zostać zintegrowany z pozostałymi, wymaganymi na pojeździe systemami, w oparciu o otwarty protokół CleANopen. Dla spełnienia wszystkich wymagań m.st. Warszawy wyposażenie w system monitoringu położenia pojazdu, system rejestracji parametrów pracy pojazdu oraz automatyczny system identyfikacji RFID pojemników, jak również podłączenie do tych systemów automatycznych systemów wagowych, w sposób gwarantujący dwustronną komunikację z systemem informatycznym funkcjonującym

w Spółce, musi nastąpić w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wyłącznie systemy, którego producentem jest XTrack sp. z o.o. gwarantują pełne współdziałanie z użytkowanym przez MPO systemem informatycznym oraz kompatybilność z posiadanymi już zasobami (obecne postępowanie dotyczy wyposażenia 37 szt. pojazdów bezpylnych, które muszą być kompatybilne z dotychczasowymi zasobami MPO). Realizacja powyższego zamówienia, jest konieczna do realizacji usługi odbierania odpadów komunalnych z terenów m. st. Warszawy, w oparciu o podpisane umowy, które obowiązują do 30 czerwca 2023 roku. Konieczność wyposażenia pojazdów w powyższe systemy jest również uwarunkowana odbieraniem odpadów komunalnych ze Stolicy przez Spółkę w kolejnych latach. Nie jest jeszcze znany tryb, w jaki sposób będzie prowadzony przetarg przez m. st. Warszawa na odbiór odpadów komunalnych w przyszłych latach, ale każdy pojazd zgłoszony przynajmniej na moment sporządzania powyższego uzasadnienia do przetargu, na odbiór odpadów z terenów

m. st. Warszawy musi spełniać określone wymagania dot. specyfikacji opisanej przez

m. st. Warszawa. Pojazd zgłoszony musi mieć zamontowaną wagę oraz system monitoringu położenia pojazdu, system rejestracji parametrów pracy pojazdu oraz automatyczny system identyfikacji RFID pojemników w samochodzie. W przypadku zgłoszenia pojazdów niezgodnie z specyfikacją oferta zostanie odrzucona. Spółka na dzień sporządzania uzasadnienia posiada 205 szt. wag zamontowanych na pojazdach bezpylnych

i kontenerowych i odbiera odpady z 6 dzielnic m. st. Warszawy: Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Wola i Bemowo.

Powyższy tabor poj. wyposażonych w wagi, z uwagi na awarię, przeglądy, naprawy jest bardzo obciążony, gdyż wszystkie zaplanowane trasy na dany dzień odbiorów odpadów z w/w zadań muszą być wykonywane w 100%. Do wyposażenia fabrycznie nowych pojazdów

w systemy uelastyczni pracę eksploatacji i pozwoli na prawidłowe wywiązywanie się

z zawartych umów z m. st. Warszawa oraz w przyszłych przetargach, na odbiór odpadów komunalnych, z terenów m.

st. Warszawy. Dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp jest uzależniona od istnienia na danym rynku oraz w danym miejscu i czasie jednego Wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie. Taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny (zob. uchwałę z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 37/12). W uchwale z dnia 11 marca 2014 r., KIO/KD 16/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę że *„Przyczyną może być konieczność zachowania uprzednich norm, parametrów czy standardów, których jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Mogą np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden Wykonawca, albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający”*. Sposób funkcjonowania i powiązania systemów zamontowanych na pojazdach z systemem informatycznym funkcjonującym w MPO, w której to strukturze kluczowym elementem jest współdziałanie w oparciu o jeden system informatyczny i pełna kompatybilność systemów montowanych na pojazdach i systemu informatycznego MPO, służącego m.in. do rejestracji

i rozliczania mas odebranych odpadów, identyfikacji frakcji odpadów, śledzenia tras pojazdów odbierających odpady oraz planowania i kontroli realizacji tras zgodnie

z wymaganiami umów zawartych z m.st. Warszawa, wyklucza możliwość wykonania zamówienia przez innego Wykonawcę niż Wykonawca zaproszony do negocjacji. Wykonawcy zaproszonemu do negocjacji przysługują bowiem majątkowe prawa autorskie do wskazanego systemu, których nabycie nie jest możliwe. Tylko on może także realizować usługi serwisowe gwarantujące poprawność i niezawodność współdziałania zintegrowanych systemów oraz usuwania awarii, jakie mogą się pojawić. Usuwanie awarii w bardzo krótkich terminach jest z kolei kluczowym elementem prawidłowego funkcjonowania systemu

i bieżącego przekazywania danych do m.st. Warszawa. Stanowi to niezbędny wymóg prawidłowej realizacji umów na odbiór odpadów komunalnych i wykorzystania zakupionych oraz wyposażonych pojazdów do realizacji ww. umów (co stanowi także cel przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia). Pojazdy bez poprawnie działających systemów są nieprzydatne dla MPO, ponieważ nie mogą być wykorzystywane w jego podstawowej działalności, jaką jest wykonywanie odbioru odpadów z terenu m.st. Warszawy. Nie istnieje także żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne ani zastępcze. Ścisłe określone

i bezwzględnie wiążące wymagania m.st. Warszawa przełożyły się na przeprowadzenie przez MPO kolejnych wyposażań pojazdów w trybie negocjacji, w trakcie których MPO próbowało wypracować rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, które umożliwiłyby realizację zamówienia przez konkurencyjnego Wykonawcę.

Konsekwencją przeprowadzonych negocjacji było złożenie oferty wyłącznie przez jednego Wykonawcę, do którego aktualnie skierowano zaproszenie, ponieważ inni Wykonawcy nie byłiby w stanie zapewnić niezawodności przesyłu danych, jak również integracji zainstalowanych dodatkowych systemów z systemem informatycznym Zamawiającego, którego dostawcą jest XTrack sp. z o.o. Pozostali Wykonawcy wymagali m. in. by to Zamawiający we

własnym zakresie:

- zapewnił wszelkie niezbędne protokoły komunikacyjne i dane od firmy XTrack sp. z o. o. konieczne do zapewnienia integracji urządzeń rejestrujących dostarczonych w ramach zamówienia z systemem rejestracji parametrów pracy pojazdów XTrack,
- zapewnił wszelkie niezbędne protokoły komunikacyjne i dane od firmy XTrack sp. z o. o. konieczne do zapewnienia integracji urządzeń rejestrujących dostarczonych w ramach zamówienia z posiadanymi przez Zamawiającego terminalami pokładowymi,
- zapewnił wszelkie niezbędne protokoły komunikacyjne i dane konieczne do zapewnienia kompatybilności urządzeń rejestrujących oraz systemu identyfikacji RFID pojemników, nieodpłatnie przekazał ww. protokoły komunikacyjne Wykonawcy, który uzyska dane zamówienie,
- uzyskał od firmy XTrack sp. z o. o. wszelkie zgody konieczne do zapewnienia integracji urządzeń rejestrujących z systemem XTrack oraz z terminalami pokładowymi, wraz z niezbędnymi licencjami,
- nieodpłatnie zapewnił/zagwarantował pełne współdziałanie firmy XTrack z danym Wykonawcą, któremu powierzono wykonanie zamówienia, w jego realizacji, w szczególności zapewnił bieżące przekazywanie Wykonawcy danych i informacji niezbędnych do wykonania integracji i kompatybilności, nieodpłatnie przekazał specyfikację techniczną zainstalowanych w pojemnikach transponderów RFID oraz wskazał miejsce ich montażu, na każdym użytkowanym typie pojemnika.

Nadto, potencjalni Wykonawcy wymagają by Specyfikacja Warunków Zamówienia zawierała:

- warunek, że Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w razie niedopełnienia ww. obowiązków przez Zamawiającego,
- zastrzeżenie na rzecz Wykonawcy, iż w takim wypadku istnieje możliwość dochodzenia zapłaty za dostarczone urządzenia rejestrujące i system identyfikacji RFID pojemników, pomimo braku dokonania integracji z systemem XTrack oraz pomimo braku kompatybilności z transponderami RFID 125 kHz aktualnie zainstalowanymi na pojemnikach.

Zamawiający zwrócił się do firmy XTrack sp. z o.o. o udostępnienie ww. danych w zakresie i formie wskazanej przez innych wykonawców lecz XTrack sp. z o.o. odmówiła udostępnienia tych danych, powołując się na przysługujące jej prawa własności intelektualnej. Biorąc pod uwagę wymagania licencyjne, jak również ochronę własności intelektualnej dostawcy systemu informatycznego dla spółki, czyli firmy XTrack sp. z o.o., powyższe jest niemożliwe do spełnienia przez Zamawiającego, co zostało potwierdzone przez Dział Bezpieczeństwa i Audytu Wewnętrznego.

Tym samym, pomimo podjętych przez MPO wysiłków, okazało się, że osiągnięcie przez innego Wykonawcę wymaganej funkcjonalności nie jest możliwe, potwierdziły w fakcie, że tylko jeden Wykonawca firma XTrack sp. z o.o. dysponuje odpowiednimi narzędziami technicznymi, które są kompatybilne i zapewniają pełną (dwustronną) komunikację systemów zamontowanych na pojeździe z systemem informatycznym Spółki. Powyższe jest zgodne z rynkowym standardem technicznym, którym jest zintegrowane rozwiązanie tego samego producenta, tj. obejmujące system informatyczny służący do odbioru i przesyłu danych oraz systemy pokładowe i rejestracyjne.

Zapewniają one osiągnięcie oczekiwanej funkcjonalności w postaci niezakłóconego odbioru i przesyłu danych, jak również dokonywanie niezbędnych modyfikacji, zapewnienie usług gwarancyjnych i serwisowych. Do wdrożonego, zintegrowanego systemu dołączane są kolejne pojazdy, w przypadku rozbudowy floty, których doposażenie w systemy rejestracyjne i RFID z uwagi na zintegrowany charakter systemu - nie niesie ryzyka wadliwego funkcjonowania czy też wręcz niefunkcjonowania w ogóle. Oczywistym jest, że doposażenie pojazdów w dodatkowe systemy, które nie zapewniają wymaganych przez m.st. Warszawa funkcjonalności, pozbawione jest technicznego i ekonomicznego uzasadnienia. Przedstawiony powyżej stan faktyczny jednoznacznie potwierdza, że Wykonawca, do którego aktualnie skierowano zaproszenie jest jedynym Wykonawcą, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze może zrealizować zamówienie i nie istnieje żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wykonawcy zaproszonemu do negocjacji przysługują majątkowe prawa autorskie do wskazanego systemu, których nabycie nie jest możliwe. Tylko on może także realizować usługi serwisowe gwarantujące poprawność i niezawodność współdziałania zintegrowanych systemów oraz usuwania awarii, jakie mogą się pojawić. Konsekwencją przeprowadzonych negocjacji było złożenie oferty wyłącznie przez jednego Wykonawcę, do którego aktualnie skierowano zaproszenie, ponieważ inni Wykonawcy nie byłiby w stanie zapewnić niezawodności przesyłu danych jak również integracji zainstalowanych dodatkowych systemów z systemem informatycznym Zamawiającego, którego dostawcą jest XTrack sp. z o.o.

Wobec takiego stanu rzeczy Zamawiający zawarł w dniu 16 czerwca 2023 roku umowę z XTrack Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Izba po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że Zamawiający udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki Przystępującemu nie naruszył art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) 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.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady prymatu trybów podstawowych, polega bowiem na całkowitym wyłączeniu konkurencji w postępowaniu, które prowadzi się wyłącznie z udziałem jednego, wybranego wykonawcy. Nie ulega zatem wątpliwości, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki należy interpretować wyjątkowo ostrożnie, zawężając, mając na względzie wyłączenie działania tych zasad (tak Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11.1.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Zb. Orz. 2005, s. I-1). Przesłanki warunkujące możliwość zastosowania trybu winien wykazać zamawiający na dzień udzielenia zamówienia w sprawie, czyli zawarcia umowy (tak Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-385/02 Komisja Wspólnot Europejskich vs Republika Włoska).

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izba wyraża stanowisko, że doszło do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1, do których odwoływał się Zamawiający w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił dane historyczne, na podstawie których ustalić można w

jaki sposób doszło do nabycia systemu wspomagającego monitorowanie pojazdów i zarządzanie flotą pojazdów będących w dyspozycji Zamawiającego. Podkreślono jednocześnie, że wybór wykonawcy, który wdrożył taki system miał miejsce z zastosowaniem trybów konkurencyjnych, a Odwołujący brał w tym postępowaniu udział, jednakże ostatecznie uchylił się od podpisania umowy. W konsekwencji zamówienie uzyskał Przystępujący, który dokonał skutecznego wdrożenia systemu

u Zamawiającego. W wyniku realizacji przedmiotowej umowy Zamawiającemu została udzielona licencja, której ograniczenia i uprawnienia opisano w odpowiedzi na odwołanie.

W odpowiedzi na odwołanie podkreślono również, jak dużym zmianom podlegała ustawa o gospodarce odpadami, co przekładało się na zwiększenie wymagań dla MPO jako podmiotu czynnie działającego na rynku odbioru odpadów. W związku ze zmianami środowiska i otoczenia prawnego, Zamawiający w bieżącej działalności musiał dostosować flotę posiadanych pojazdów do wymogów wynikających z nowych przepisów i wymagań podmiotów, z którymi miał podpisane umowy o odbiór odpadów. Zamawiający wyjaśnił, w jaki sposób próbował rozszerzyć posiadane uprawnienia licencyjne i w jaki sposób doszło do integracji zamontowanych w pojazdach urządzeń rejestrujących przy zastosowaniu otwartego protokołu wymiany danych. Są to informacje, które pokrywają się z treścią ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. W dokumencie tym Zamawiający również przedstawił historię współpracy z Przystępującym, która doprowadziła do zawarcia umowy będącej przedmiotem analizy Izby w postępowaniu odwoławczym.

Dalej Izba wyraża przekonanie, że nie można zarzucić Zamawiającemu niedochowania należytej staranności i zabezpieczenia interesów związanych z nabyciem praw licencyjnych do zakupywanego systemu. Zamawiający w tym konkretnym przypadku otrzymał klarowne stanowisko od Przystępującego, że nabyte i stosowane rozwiązanie stanowi autorskie rozwiązanie wykonawcy, ponosi on znaczne nakłady na jego rozwój i jako takie jest chronione jako program komputerowy. Zamawiający nie mógł więc nabyć praw do systemu informatycznego pozwalających mu na samodzielną rozbudowę oprogramowania serwerowego ani też praw do oprogramowania urządzeń rejestrujących, skoro Przystępujący nie dopuszcza możliwości zbycia przysługujących mu uprawnień autorskich i własnościelskich do oprogramowania. Oczywiście nie jest to sytuacja, która każdorazowo zwalnia Zamawiającego z podejmowania takich działań przy zakupie rozwiązań informatycznych, które zabezpieczą jego interesy i potrzeby na przyszłość, zwłaszcza w obszarze nabycia niezbędnych i szeroko pojętych praw licencyjnych. Biorąc jednak pod uwagę okoliczności związane ze zmianami w systemie gospodarki odpadami, Zamawiający nie mógł przewidzieć w chwili nabywania systemu, że będzie potrzebował do niego określonych praw, a sam system gospodarki odpadami zmieni się w znacznym stopniu, zmianie ulegną wymagania co do zasobów technicznych, którymi ta działalność jest wykonywana. Izba dostrzega, że Zamawiający podejmował i podejmuje starania, aby pozyskać określone uprawnienia i zastosować konkurencyjny tryb udzielenia zamówienia. Nie do zaakceptowania jest bowiem sytuacja, która prowadzi do wystąpienia „sztucznego monopolu”. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna. Takie zachowania nie zasługują na aprobatę i nie uzasadniają zastosowania trybu z wolnej ręki.

Zamawiający, przed podpisaniem przedmiotowej umowy, zgodnie z przepisem ustawy Pzp przeprowadził analizę, czy istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze. Biorąc pod uwagę poniesione koszty na zakup i aktualizację oprogramowania, jego rozbudowane funkcjonalności, poniesienie wydatków na przeszkolenie pracowników

w zakresie użytkowania systemu i urządzeń z nim powiązanych, Izba podziela stanowisko, że przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie o kontynuowaniu współpracy

z Przystępującym uzasadnia podpisanie umowy o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki.

Odnosząc się do argumentacji związanej z protokołem CleanOpen i posiadaniem ID Vendor, to słusznie podkreślał Odwołujący, że okoliczność powiązania urządzeń rejestrujących z systemem wagowym przy użyciu protokołu CleanOpen nie była jedną

z przesłanek warunkujących zastosowanie trybu z wolnej ręki. Zamawiający okolicznościom tym nie przeczył. Do otwartego protokołu danych odniesiono się jedynie w kontekście jednej z cech, którą posiadać musi zamawiane urządzenie, mianowicie musi ono właśnie umożliwiać integrację urządzenia z systemem wagowym za pomocą tego protokołu.

W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia Zamawiający nie odnosił się również do dysponowania numerem Vendor ID, tym samym Izba pominęła rozważania Zamawiającego

i Przystępującego o nieposiadaniu przez Odwołującego tego rozwiązania i związanych z tym faktem konsekwencjach.

Zamawiający niejednokrotnie zaznaczał, iż w każdym przypadku zmiany wymagań dla pojazdów i urządzeń rejestrujących czynił starania, by możliwe było zastosowanie trybów konkurencyjnych. Z jednej strony podmiot, z systemu którego korzystał Zamawiający, czyli Przystępujący wskazywał na postanowienie własnej umowy licencyjnej i ochronę praw wyłącznych, z drugiej strony zaś inne podmioty, w tym Odwołujący specyfikowały szereg szczegółowych wymagań dla Zamawiającego, by możliwe było przystąpienie nowego podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający stawiane przez wykonawców wymagania przytoczył w treści ogłoszenia o zamówieniu, w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki. Odwołujący na rozprawie okolicznościom tym nie zaprzeczał. Nie negował faktu, że miały miejsce spotkania z przedstawicielami Zamawiającego, na których określił liczne i trudne do spełnienia warunki, by dokonać integracji urządzeń rejestrujących

z systemem wykorzystywanym przez Zamawiającego. Odwołujący uważał, że to Zamawiający we własnym zakresie winien zapewnić dostępność protokołu wymiany danych, umożliwiających integrację z systemem, terminalami pokładowymi, systemem identyfikacji RFID pojemników. Udostępnienie miało odbyć się nieodpłatnie a wykonawca winien być zwolniony z odpowiedzialności za potencjalnie negatywny wynik takiej integracji.

Jednym z warunków realizacji zamówienia miało być również zapewnienie przez Zamawiającego wszelkich zgód i współdziałania Przystępującego z podmiotem trzecim.

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie pomija milczeniem wszystkie wyżej przytoczone fakty. Odwołujący nie udziela ostatecznej odpowiedzi, czy rzeczywiście jest on podmiotem, który może wykonać przedmiot zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący „*jest renomowanym producentem urządzeń służących rejestracji danych pracy pojazdów, w tym Urządzeń Rejestracyjnych (lokalizatorów czy też sterowników GPS) oraz systemów identyfikacji RFID pojemników*”. Kluczowe dla przedmiotowej sprawy jest natomiast rozstrzygnięcie, czy Odwołujący jest w stanie faktycznie zrealizować przedmiot zamówienia, jeżeli Zamawiający założył, na które wskazywał Odwołującego nie spełni. Czy w rzeczywistości nie jest tak, że Odwołujący chciałby jedynie dostarczyć urządzenia

i zwolnić się z odpowiedzialności za ich zintegrowanie z rozwiązaniami funkcjonującymi u Zamawiającego. Bowiem to

integracja jest kluczowa dla Zamawiającego, tak by mógł on efektywnie wykorzystać nabyte i posiadane obecnie zasoby majątku spółki. Dla zastosowania trybu z wolnej ręki w okolicznościach przywołanych w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia istotne jest, czy zamówienie może bez uszczerbku na majątku Zamawiającego i przy zapewnieniu nieprzerwanej pracy floty pojazdów zrealizować inny podmiot niż Przystępujący. Odwołujący bowiem w odwołaniu i na rozprawie unika odpowiedzi na pytanie, podnosząc, że Zamawiający powinien pozyskać i nieodpłatnie udostępnić protokół wymiany danych od podmiotu trzeciego lub też powinien odstąpić od obciążania wykonawcy obowiązkiem dokonania integracji i poprzestać na żądaniu przekazania przez takiego wykonawcę informacji o oferowanych urządzeniach i zainstalowanym w nich oprogramowaniu, które są niezbędne do dokonania integracji, tj. przede wszystkim mógł żądać protokołów wymiany danych oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu. Przyjęcie takiego rozwiązania prowadziłoby, zdaniem Izby, do nabycia za środki publiczne urządzeń, które i tak wymagałyby dostosowania do systemu funkcjonującego

u Zamawiającego, więc środki publiczne musiałyby być na ten cel niejako podwójnie wydatkowe. Ponadto przyjęcie takiego sposobu realizacji wydłużyłoby realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający końcowo i tak musiałby doprowadzić do procesu integracji. Mamy bowiem do czynienia z takiego rodzaju zamówieniem, które wymaga integracji dwóch niezależnie funkcjonujących elementów, które muszą podjąć ze sobą współpracę, by Zamawiający mógł realizować zadania statutowe i wywiązywać się z podpisanych umów na odbiór odpadów. To, który podmiot miałby udostępnić dane o protokole wymiany jest irrelevantne dla zastosowania trybu z wolnej ręki ale faktem niezaprzeczalnym jest, że do takiej wymiany danych musi dojść, by przedmiot zamówienia został zrealizowany.

Przy czym warto podkreślić, że Odwołujący nie zaprzeczył także twierdzeniom Przystępującego, że w ramach prowadzonej działalności on sam takiego udostępnienia nie dokonywał, chroniąc własne rozwiązania jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak możliwości pozyskania przez Zamawiającego wnioskowanych elementów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w ocenie Izby stanowi faktyczną i obiektywną przeszkodę w realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot inny niż Przystępujący.

Nie można zapominać, że Zamawiający zdecydował się na tryb z wolnej ręki przy zastosowaniu przesłanki odnoszącej się do ochrony praw wyłącznych i istnienia przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które powodują, że zamówienie może wykonać tylko jeden podmiot. Zdaniem Izby Odwołujący natomiast subiektywnie uważa, że takich podmiotów jest więcej, przy czym on jest jednym z nich. I będzie to twierdzenie prawdziwe, jeżeli Zamawiający zrealizuje szereg wymagań, które określił Odwołujący. Skoro jednak istnieją wymagania dodatkowe, o niebagatelnym znaczeniu by można było w ogóle mówić nie tylko o należyтым wykonaniu ale przede wszystkim rozpoczęciu realizacji przedmiotu zamówienia, to zdaniem Izby świadczy właśnie, że Zamawiający prawidłowo zastosował tryb z wolnej ręki. Odwołujący enigmatycznie wywodzi, że świadczenie usług w ramach opisu przedmiotu zamówienia „wymaga ze strony Zamawiającego pewnej koordynacji usług serwisowych i współpracy wykonawców, którzy dostarczyli urządzenia i systemy informatyczne wykorzystywane przez Zamawiającego”. To w ocenie Izby przemawia za słusznością zastosowanego trybu. Jeżeli do realizacji przedmiotu zamówienia konieczna jest współpraca podmiotu, który dostarczył Zamawiającemu nadrzędny system, to znaczy, że Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie, bez znajomości rozwiązania, którego autorem i właścicielem jest podmiot trzeci, zrealizować zamówienia. Z drugiej strony podmiot trzeci ma prawo ochrony własności intelektualnej.

Następnie Odwołujący postawił tezę, że „urządzenia produkcji Odwołującego mogą współpracować z urządzeniami, których producentem jest XTrack sp. z o. o., a tym samym z systemem informatycznym”. Przykładem takiej współpracy miała być sytuacja, do której doszło w MPO Białystok. Co do tej okoliczności stanowisko przedstawił Przystępujący obrazując na schemacie graficznym (strona 16 pisma procesowego) w jaki sposób komunikują się systemy Przystępującego i Odwołującego. Ze schematu wynika, że są to dwa niezależnie funkcjonujące systemy, które komunikują się w ograniczonym zakresie i nie miała miejsca ich integracja. Odwołujący na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do tej argumentacji.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający wykazał możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji zadecydowało o kształcie sentencji niniejszego orzeczenia.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, jego działania miały charakter świadomy i celowy, co prowadzić mogło do unieważnienia zawartej umowy.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....
.....
.....