

**WYROK**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolantka: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **19 grudnia 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **6 listopada 2025 r.**

przez wykonawcę: **Alfavox Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi wsparcia utrzymania posiadanego przez ZUS systemu telefonicznej obsługi klientów* (993200.271.190.2025-DZP).

prowadzonego przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

**orzeka:**

**1.Oddala odwołanie.**

**2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, tj.:**

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

**Uzasadnienie**

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie {dalej: „ZUS” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz.1320 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp” itp.} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usługi wsparcia utrzymania posiadanego przez ZUS systemu telefonicznej obsługi klientów* (993200.271.190.2025-DZP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 października 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 206 pod poz. 709289.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

6 listopada 2025 r. Alfavox Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej: „Alfavox” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ w zakresie objętym poniższymi zarzutami i żądaniami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 99 ust. 4 – przez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. ograniczający przedmiot oferty do konkretnego rozwiązania (Systemu Genesys), bez dopuszczenia możliwości świadczenia usług przy wykorzystaniu innych dostępnych na rynku rozwiązań.
- 2.Art. 99 ust. 4 i 5 – przez opisanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem znaku towarowego Genesys, przy jednoczesnym braku określenia kryteriów równoważności dla tego znaku towarowego.
- 3.Art. 16 pkt 1 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako konsekwencji powyższych naruszeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian opisu przedmiotu zamówienia polegających na:

- 1.Dopuszczeniu obok utrzymania posiadanego przez ZUS systemu telefonicznej obsługi klientów opartego na systemie Genesys także rozwiązań równoważnych.
- 2.Określeniu kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności dla systemu Genesys.

Uzasadnienie odwołania zawiera następująco sprecyzowano podstawę faktyczną zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy pzp [pominięto oczywiście nieistotne fragmenty, w tym powtórzenia; pisownia oryginalna z pominięciem numerowania akapitów i pogrubień]:

(...)

*Jest to drugie prowadzone w tym roku postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia. Pierwsze postępowanie – na zakup rozwiązania umożliwiającego wielokanałową obsługę klientów w modelu SaaS1 – zostało unieważnione. Po*

publikacji dokumentacji przetargowej wpłynęły bowiem do Zamawiającego dwa odwołania, w których zarzucono naruszenie art. 99 ustawy Pzp między innymi poprzez:

- sporządzenie OPZ (szereg postanowień) w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom innym niż obecnie świadczący usługi na rzecz Zamawiającego,
- brak jednoznacznego dopuszczenia możliwości wykonywania świadczeń z wykorzystaniem nowego oprogramowania (innego rozwiązania niż obecnie posiadanego przez ZUS),
- faworyzowanie wykonawcy, który aktualnie świadczy na rzecz ZUS usługi utrzymania systemu, względnie wykonawców, którzy są oficjalnymi partnerami serwisowymi dostawców tego oprogramowania.

Mieliśmy do czynienia z pozornie konkurencyjnym postępowaniem, gdy opis przedmiotu zamówienia wskazywał na z góry określone rozwiązania (konkretnego producenta). Pomimo, że na rynku jest szereg rozwiązań stanowiących faktyczną alternatywę. Zamawiający w dniu 6 czerwca br. opublikował odwołania, a w dniu 11 czerwca unieważnił przetarg wskazując:

- „w toku postępowania wpłynęły dwa odwołania wskazujące między innymi na ograniczenie konkurencji poprzez Wymaganie, aby wykonawcy świadczyli usługi wsparcia przed Wdrożeniem (nowego systemu) dla obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego Systemu CKK, co znacznie ogranicza możliwość złożenia oferty dla wykonawcy innego niż obecnie świadczący usługi na rzecz Zamawiającego,
- ewentualne próby dokonywania zmian Opisu przedmiotu zamówienia w toku trwającego postępowania, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (...) prowadziłyby do istotnej zmiany jego zakresu (znacznego jego zmniejszenia), co w myśl art. 90 ust. 3 oraz art. 137 ust 7 ustawy Pzp musiałoby skutkować unieważnieniem ww. postępowania na podstawie art. 256 ustawy Pzp”.

W dniu 27 października br. Zamawiający wszczął nowe postępowanie, które nie tylko utrzymuje wady poprzedniego przetargu, ale faktycznie w jeszcze większym stopniu zamyka dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym inne rozwiązania niż rozwiązanie obecnie wykorzystywane przez Zamawiającego.

Zamawiający posiada już infrastrukturę teleinformatyczną na której wykonuje obecnie swoje zadania w ramach Centrum Kontakt Klientów (CKK). Jego kluczowym elementem jest oprogramowanie Genesys przedsiębiorstwa o tej samej nazwie. Jest to amerykańska korporacja dostarczająca oprogramowanie i rozwiązania chmurowe do obsługi klienta i call center. Tyle, że jest to jedno z wielu rozwiązań obecnych na rynku.

W sytuacji, w której Zamawiający posiadana już określone rozwiązania możliwe są niejako dwa modele udzielania zamówienia, zgodne z zasadami zamówień publicznych:

- Posiadany system ma charakter otwarty. Każdy podmiot może wziąć udział w przetargu na utrzymanie istniejącego systemu.
- System ma charakter zamknięty. Dlatego instytucja zamawiająca dopuszcza możliwość realizacji świadczeń zarówno z wykorzystaniem posiadanego systemu, jak i możliwość zaoferowania nowego systemu.

Zamawiający ma system zamknięty i nie dopuszcza możliwości oferowania nowego systemu.

(...)

W niniejszym postępowaniu nie ma żadnych podstaw do ograniczenia konkurencji poprzez dopuszczenie rozwiązań bazujących wyłącznie na rozwijaniu obecnie wykorzystywanego w ZUS systemu (z głównym komponentem Genesys). I to z dwóch niezależnych powodów:

- Istnieją na rynku rozwiązania alternatywne, spełniające obiektywne potrzeby ZUS leżące u podstaw wszczęcia niniejszego postępowania przykładowo: ...[patrz wyszczególnienie nowszych platform]
- Możliwe jest zaoferowanie rozwiązań alternatywnych przy zachowaniu ekonomicznej konkurencyjności składanych ofert. Innymi słowy możliwe jest złożenie oferty z wykorzystaniem nowych rozwiązań, której wartość będzie mieściła się w budżecie Zamawiającego. Budżety ten został ujawniony w Planie postępowań na 2025 roku (około 11 mln złotych).

Zważywszy na to, że Zamawiający wymaga systemu na około 770 użytkowników (99 supervisorów oraz 670 agentów operacyjnych), to:

- szacunkowy, rynkowy koszt wdrożenia nowego rozwiązania: 2,5 mln zł,
- szacunkowy, rynkowy koszt serwisu nowego rozwiązania do 500 000 zł netto rocznie czyli na 24 miesiące 1 mln zł,
- Opłaty subskrypcyjne na 24 miesiące to kwota około 5,5 mln zł

(...)

W treści dokumentacji przetargowej wprost wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług wsparcia posiadanego przez ZUS systemu telefonicznego (2.1.2.1 SWZ) oraz przedłużenie subskrypcji/licencji dla Oprogramowania standardowego (2.1.2.2. SWZ) – są to wymienione w dalszej części dokumentacji przetargowej licencje Genesys. Są one wskazane z nazwy nawet w formularzu ofertowym. Podkreślenia wymaga, że Genesys to znak towarowy zastrzeżony przez przedsiębiorstwo Genesys Cloud Services, Inc 10.

(...)

Ponadto Zamawiający przedstawia listę systemów zintegrowanych takich jak: • Aplikacja Agenta • Moduł MAPK • Moduł Monitoring CKK • Moduł Ankietywania • Aplikacja CKK • Moduł komunikacji ESB • Moduł do połączenia z aplikacją mobilnej ZUS • Moduł CRKZ • Moduł Email • Baza Wiedzy

natomiast nie udostępnia żadnych informacji o metodach integracji na poziomie inżyneryjnym takich jak protokoły komunikacyjny, API, lista komend/poleceń w API. Świadczy to o tym, że Zamawiający skonstruował dokumentację postępowania w taki sposób, że ofertę może złożyć tylko podmiot aktualnie wspierający ten system

(...)

Alternatywą do utrzymywania przestarzałego i obciążonego ryzykami cyber- bezpieczeństwa systemu, byłoby zamówienie dostawy nowego systemu Contact Center w modelu modernizacyjnym (on-prem lub private cloud). Klient może zamówić:

- nową platformę Contact Center opartą na nowszej technologii producentów takich jak np.: Avaya, Cisco, Mitel, Alfavox, Microsoft Digital Contact Center, Piroos, Focus Telecom/Welyo, Unify /Atos Unify OpenScape, integral, VoiceTelcom, Piroos, Pobox.pl, ACX Solutions, TRIMTAB, Sprint, INTELIWISE,
- system lokalny (on-premise) z nowoczesnym interfejsem webowym, integracjami i pełną własnością licencji,
- lub system typu private cloud, utrzymywany przez integratora w centrach danych na terenie UE (bez przekazywania danych do chmury publicznej).

Zastosowane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego ograniczenie konkurencji nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Stąd też nasz wniosek o powołanie biegłego, celem przeprowadzenia dowodu na okoliczność zgodności opisu przedmiotu zamówienia z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

W załączeniu, na potwierdzenie że rynek na którym jest dokonywany zakup jest rynkiem zdywersyfikowanym, przekazujemy tabelę z omówieniem dopuszczonych rozwiązań dla kilku postępowań prowadzonych w ostatnim czasie.

W odpowiedzi na odwołanie z 10 grudnia 2025 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc następujące okoliczności faktyczne [pominięto oczywiście nieistotne fragmenty, w tym powtórzenia; pisownia oryginalna]:

(...)

...Zamawiający w pełni uwzględnił zarzuty Odwołującego z poprzednio prowadzonego postępowania, decydując się w następstwie postawionych przez Odwołującego zarzutów na podzielenie zamówienia na wsparcie dotychczasowego systemu (obecnie prowadzone postępowanie), a w późniejszym terminie zostanie wszczęte postępowanie na nowy syste

(...)

Zamawiający oświadcza, że planuje wszczęcie postępowania na nowy system (przewidywany termin wszczęcia postępowania II kwartał 2026 r.), jednak do momentu uruchomienia nowego systemu Zamawiający musi mieć wsparcie obecnie działającego systemu, tak aby zachować ciągłość jego działania.

(...)

W ocenie Zamawiającego każdy równoważny system jest nowym systemem, co oznacza, w sytuacji Zamawiającego wszczęcie i prowadzenie nowego postępowania na nowy system obsługi telefonicznej obsługi klientów.

(...)

Zamawiający wyjaśnia, że przywołanie w SWZ nazw własnych jest konieczne w celu poinformowania potencjalnych wykonawców o obecnie eksploatowanym Systemie CKK. Użycie nazw własnych jest ściśle związane z rzeczywistą potrzebą Zamawiającego w zakresie uzyskania konkretnej usługi oraz niezbędnie do prawidłowego przygotowania oferty przez potencjalnych Wykonawców. Narzucenie Zamawiającemu konieczności realizowania zakupów, które nie odpowiadają w pełni jego potrzebom, prowadziłoby do utrudnienia prowadzenia przez niego działalności, a także realizacji wyznaczonych zadań publicznych, nie dając pogodzić się z podstawowym celem ustawodawcy wyrażonym w przepisach ustawy PZP. Centrum Kontaktów Klientów ZUS (CKK) jest kluczowym elementem pośredniczącym w kontakcie telefonicznym klientów z placówkami ZUS (OPZ Rozdział II OPIS OBECNEGO SYSTEMU CKK). Realizowane przez Zakład liczne usługi na rzecz obywateli wymuszają zapewnienie sprawnego i niezawodnego kanału komunikacji, dlatego z punktu widzenia Zamawiającego zasadnym jest utrzymanie obecnie działającego systemu, tak aby umożliwić ciągłość jego działania oraz świadczenia usług telefonicznej obsługi klientów. Zamawiający oświadcza, że co do nowego postępowania na nowy system obsługi, Zamawiający jest na etapie jego wyceny. Zamawiający zwrócił się na platformie zakupowej (numer zapytania: 995200.271.153.2025-DIT, nazwa „Zakup platformy do obsługi wielokanałowej komunikacji z klientami i zastąpienie nim obecnie wykorzystywanych systemów (dalej: System OMNICHANNEL) do wykonawców celem ustalenia wartości tego zamówienia. Wskazany termin udzielenia odpowiedzi 5 grudnia 2025 r.

(...)

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Nie ma potrzeby przywoływania *in extenso* wszystkich okoliczności faktycznych podniesionych w zacytowanych powyżej uzasadnieniach odwołania i odpowiedzi na odwołanie, gdyż – jak okazało się na rozprawie – w przeważającej

mierze są one niesporne. Zatem wystarczające jest uporządkowanie i zwięzłe podsumowanie tych twierdzeń co do uwarunkowań faktycznych tego postępowania o udzielenie zamówienia, z niewielkim uzupełnieniem o fakty notoryjne. Jednocześnie konieczne jest zwrócenie uwagi na twierdzenia Odwołującego, które jako nieudowodnione lub wykraczające poza okoliczności podniesione w odwołaniu, nie mogły stać się podstawą rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przedmiotem tego zamówienia, jak już sama nazwa postępowania o jego udzielenie jednoznacznie wskazuje, jest świadczenie wsparcia w utrzymaniu użytkowanego dotychczas przez ZUS systemu telefonicznej obsługi klientów. Ten funkcjonujący pod nazwą Centrum Kontaktów Klientów (w skrócie: „CKK”) system teleinformatyczny oparty jest przede wszystkim na oprogramowaniu amerykańskiego producenta Genesys Cloud Services, Inc. (z czasów, gdy działał pod firmą Genesys Telecommunications Laboratories, Inc.) PureConnect CIC, które nie jest już rozwijane, gdyż zgodnie ze zmienioną nazwą obecnie oferuje rozwiązania chmurowe. Tak zakreślony zakres rzeczowy zasadniczo odróżnia aktualnie prowadzone postępowanie od poprzedniego, gdzie przedmiotem zamówienia był przede wszystkim zakup i wdrożenie zupełnie nowego rozwiązania umożliwiającego wielokanałową obsługę klientów w modelu SaaS. Co istotne, gdyż stało się powodem unieważnienia tamtego postępowania, uprzednio wymagane było świadczenie wsparcia dla dotychczasowego CKK, a dla jego elementów nawet po wdrożeniu nowego systemu. Rozdzielając wsparcie utrzymania CKK od wdrożenia zupełnie nowego rozwiązania w modelu SaaS, Zamawiający uwzględnił fakt, że wykonawcy oferujący rozwiązania funkcjonujące obecnie na rynku mogą nie być zainteresowani utrzymywaniem dotychczasowego systemu. W szczególności dał temu wyraz Alfavox, podnosząc w poprzednim odwołaniu, że takie połączenie stanowi niedopuszczalne ograniczenie konkurencji, gdyż preferuje wykonawców powiązanych z producentem Genesys. Zatem Zamawiający unieważniając poprzednie postępowanie, uwzględnił *de facto* żądanie ewentualne poprzedniego odwołania Alfavoxu, aby świadczenie usługi wsparcia utrzymania CKK uczynić przedmiotem niezależnej części lub właśnie odrębnego postępowania.

Z uwagi na powyższe uwarunkowania działania Alfavoxu są wewnętrznie sprzeczne. W odwołaniu *de facto* domaga się bowiem, aby świadczenie wsparcia CKK mogło również polegać na zakupie i wdrożeniu nowego systemu, co przecież zostało wydzielone do odrębnego przetargu zgodnie z jego żądaniem w poprzedniej sprawie. Zgłoszenie na rozprawie nowego żądania ewentualnego nakazania Zamawiającemu określenia terminu realizacji zamówienia na 6 miesięcy od podpisania umowy, które nie jest skorelowane z podniesionymi w odwołaniu zarzutami, świadczy o tym, że Odwołujący doskonale zdaje sobie z tego sprawę. Przede wszystkim Odwołujący pośrednio przyznał w ten sposób, że domaganie się dopuszczenia zaoferowania wdrożenia nowego systemu w postępowaniu dotyczącym utrzymania dotychczasowego systemu nie przystaje do przedmiotu tego zamówienia. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że odwołanie nie zawierało zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegającego na określeniu okresu realizacji zamówienia na utrzymanie systemu CKK w sposób wykraczający ponad obiektywną potrzebę przygotowania się przez Zamawiającego do wszczęcia postępowania na wdrożenie nowego systemu. Odwołujący podniósł tę kwestię dopiero w piśmie procesowym z 18 grudnia 2025 r., które z uwagi na złożenie po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nie mogło zostać uznane za jego uzupełnienie. W konsekwencji kwestia ta nie była przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

Z kolei sprecyzowane w odwołaniu żądanie dopuszczenia zakupu i wdrożenia nowego systemu telefonicznej obsługi klientów, w tym określenia kryteriów oceny równoważności, *de facto* w stosunku do wsparcia już wdrożonego i eksploatowanego przez ZUS systemu CKK, zmierza do narzucenia Zamawiającemu określenia przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego jego aktualnym potrzebom. Nie było bowiem sporne, że realizowane przez ZUS zadania publiczne wymagają niezakłóconego funkcjonowania systemu obsługi telefonicznej klientów. Jednakże według Odwołującego wszelkie przeszkody organizacyjne i trudności związane z przygotowaniem wdrożenia nowego systemu nie mają znaczenia, jako leżące po stronie ZUS. Innymi słowy, ZUS ma natychmiast zaprzestać eksploatacji CKK, gdyż Odwołujący nie jest w stanie zaoferować utrzymania tego systemu, a chciałby sprzedać i wdrożyć nowy system teleinformatyczny oparty na jego rozwiązaniach. W konsekwencji określenie przedmiotu zamówienia ma odpowiadać biznesowej potrzebie Alfavoxu. Odwołujący zdaje sobie przy tym sprawę, że uczynienie temu zadość wymagałoby określenia uwarunkowań technicznych integracji z innymi eksploatowanymi przez ZUS systemami (patrz wyszczególnienie przywołane za uzasadnieniem odwołania), w tym wskazania protokołów komunikacyjnych, interfejsów programowania aplikacji (API) itd. Co znamienne, tej konstatacji nie towarzyszy sformułowanie w tym zakresie żądania, gdyż z uzasadnienia odwołania nie wynika, że tego typu dane poczytywane są za wchodzące w zakres określenia kryteriów równoważności.

Nie ma znaczenia, czy: 1) ZUS stać byłoby na zakup i wdrożenie nowego systemu, 2) zakup, wdrożenie, serwis i opłaty subskrypcyjne systemu na bazie oprogramowania oferowanego przez Alfavox mieściłby się w budżecie ZUS, 3) istnieje na rynku wiele rozwiązań klasy Contact Center, które można było zaoferować w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających. Nie były to okoliczności sporne. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że wyszczególnione

w tabeli załącznika nr 4 do odwołania nazwy postępowań wskazują na zakup i wdrożenie nowego systemu, a nie na wsparcie w utrzymaniu już wdrożonego i eksploatowanego systemu. Ponadto wobec nieprzedstawienia przez Odwołującego dowodów, trudno dać wiarę jego twierdzeniu, że koszty związane z zakupem i wdrożeniem nowego systemu nie byłyby wyższe niż koszt utrzymania CKK, nawet jeżeli obejmuje on również subskrypcję licencji oprogramowania. Odwołujący konsekwentnie pomija fakt, że na tę chwilę ZUS zdecydował się na dalsze eksploatowanie CKK, a nie na zakup i wdrożenie nowego systemu, co zostało odłożone na później, gdyż wymaga odpowiedniego przygotowania. Co znamienne, z pisma procesowego Odwołującego wynika, że zdaje sobie on z tego sprawę i szacuje okres przygotowawczy na pół roku, choć liczy jego początek od 11 czerwca 2025 r., tj. od unieważnienia poprzedniego postępowania.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego wpisanego na listę biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie z zakresu informatyki, który miałby służyć udzieleniu odpowiedzi na następująco sformułowane pytania [pisownia oryginalna]:

1. Czy opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie na „Świadczenie usługi wsparcia utrzymania posiadanego przez ZUS systemu telefonicznej obsługi klientów” (znak sprawy: 993200.271.190.2025-DZP) bezzasadnie ogranicza możliwość wykonania zamówienia tylko poprzez wykorzystanie rozwiązań właściwych dla Systemu Genesys?
2. Czy ograniczenie opisu przedmiotu zamówienia do rozwiązania Systemu Genesis jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego?
3. Czy istnieją na rynku inne rozwiązania spełniające obiektywne potrzeby Zamawiającego leżące u podstaw udzielanego zamówienia, które mogą być traktowane jako alternatywa dla Systemu Genesis?

Przy czym wniosek ten uzasadnił tym, że ...ze względu na szczególnie skomplikowany przedmiot zamówienia (dostawa wysoce specjalistycznych rozwiązań teleinformatycznych), zasadnym jest poddanie powyższych okoliczności pod niezależną ocenę.

Abstrahując od tego, że kwestia objęta trzecim pytaniem, tj. istnienie na rynku wielu rozwiązań klasy Contact Center, które mogłyby zostać zaoferowane w postępowaniu na zakup i wdrożenie nowego systemu w ZUS, nie była sporna, pozostałe pytania nie dotyczą wymagającego wiadomości specjalnych ustalenia stanu faktycznego sprawy, co według art. 539 ust.2 zd.1 ustawy pzp jest konieczną przesłanką dopuszczenia takiego dowodu. Niezależnie od tego tak ogólnie sformułowane pytania dotyczą istoty sporu, który ma rozstrzygnąć Izba.

Reasumując, Odwołujący, na którym na mocy art. 534 ust. 1 ustawy pzp spoczywał ciężar wykazania swoich twierdzeń, w oczywisty sposób temu nie sprostał. Co więcej, zgłoszony wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zmierzał *de facto* do obejścia tego wymogu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Przy czym z art. 99 ust. 5 ustawy pzp wynika, że przedmiot zamówienia można opisać w sposób wyszczególniony poprzednim ustępie, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Wreszcie według art. 99 ust. 6 ustawy pzp w takiej sytuacji zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Powyższe uregulowania należy poczytać za uszczegółowienie w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zasad udzielania zamówień publicznych z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, które nakazują każdemu zamawiającemu m.in. właśnie przygotowanie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i proporcjonalny.

W ramach argumentacji prawnej w uzasadnieniu odwołania w następującym zakresie powołano się na tom II „Rekomendacji dotyczących zamówień publicznych na systemy informatyczne” [pisownia oryginalna; podkreślenia własne]:

Jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje budowę rozwiązania od podstaw poprzez wytworzenie nowego oprogramowania, specyficznego dla danego zamawiającego, to w pełni uzasadniona może być rekomendacja, by zamawiający nabył w jak najszerszym zakresie majątkowe prawa autorskie do stworzonego dla niego produktu. Jeżeli natomiast przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie standardowe, które będzie w toku wdrożenia podlegało wyłącznie odpowiedniej konfiguracji, to oczekiwanie przez zamawiającego przeniesienia na niego majątkowych praw autorskich do takiego systemu może być uznane za nieadekwatne i w niezasadny sposób ograniczające konkurencję.

Jest przy tym oczywiste, że zamawiający powinien dążyć do tego, by budowane przez niego środowisko

*informatyczne w maksymalnym możliwym stopniu zapewniało możliwość jego utrzymania czy rozbudowy w trybach konkurencyjnych. Z uwagi na fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, wskazane jest w szczególności takie dobieranie dostępnych technologii czy rozwiązań, by nie determinowały one dalszych zakupów poprzez brak interoperacyjności i możliwości integracji z produktami innych producentów.*

Umknęło uwadze Odwołującego, że te ze wszech miar słuszne rekomendacje dotyczą innej kwestii lub innej sytuacji niż powyżej ustalone uwarunkowania faktyczne niniejszej sprawy. Pierwsza uwaga odnosi się bowiem do kwestii przeniesienia praw autorskich dla systemów wdrażanych od podstaw czy na bazie oprogramowania standardowego. Również drugie zalecenie, choć generalne, dotyczy sytuacji budowania środowiska informatycznego od podstaw, podczas gdy poza wszelkim sporem jest fakt, że Zamawiający dysponuje już wdrożonym systemem, a rozpisany przetarg dotyczy jego utrzymania. Niezależnie od tego Zamawiający zadeklarował, że przy budowie nowego systemu zastosuje się do tych rekomendacji, co wymaga jednak odpowiedniego czasu na przygotowanie opisu przedmiotu takiego zamówienia.

Należy zgodzić się, że w postępowaniu na zakup i wdrożenie nowego systemu [pisownia oryginalna, w tym odnośnie źródeł cytatów z przypisów w uzasadnieniu odwołania]: *Obowiązkiem Zamawiającego jest kierować się zasadą neutralności technologicznej i określić spodziewany skutek, a nie opisać techniczne i technologiczne rozwiązania przypisywanego konkretnemu wykonawcy [W. Dzierżanowski Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2012 rok]: „Neutralność technologiczna to zasada równego traktowania przez administrację publiczną rywalizujących ze sobą technologii i stwarzania warunków do ich uczciwej konkurencji poprzez zakaz stosowania określonych rozwiązań technologicznych w sytuacji, gdy istnieją rozwiązania konkurencyjne. Neutralny technologicznie opis przedmiotu zamówienia oznacza opis nie preferujący żadnej konkretnej technologii lub rozwiązania i umożliwiający dalszy rozwój w oparciu o inną technologię. Opis nie powinien wymieniać konkretnej technologii, rozwiązań, standardów czy określonej infrastruktury dla dostarczenia usługi lub sprzętu. Każdy dostawca technologii powinien mieć prawo (o ile posiada odpowiedni potencjał) stworzyć komplet rozwiązań technologicznych realizujący potrzeby zamawiającego i żaden z nich nie może być dyskryminowany. Jak dodaje TSUE[Wyrok TSUE z dnia 25 października 2018 r. w sprawie C-413/17 Roche Lituvā]: „należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku”.*

Analogicznie jest z powoływanym przez Odwołującego stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych z uzasadnienia wyroku z 22 stycznia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 129/21 [pisownia oryginalna za uzasadnieniem odwołania]: *Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest zatem opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem ograniczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Uwagi te są trafne, ale w odniesieniu do innej sytuacji faktycznej niż ustalona w niniejszej sprawie.*

Reasumując, należy podzielić ocenę Zamawiającego, że [pisownia oryginalna za odpowiedzią na odwołanie]: *...Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Nie wykazał także, że wszczęcie postępowania w takim kształcie nie wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Wręcz przeciwnie – w ocenie Zamawiającego wszczęcie i prowadzenie postępowania w takim kształcie jest w pełni uzasadnione potrzebami Zamawiającego, gdyż Zamawiający zobowiązany jest do utrzymania obecnie działającego systemu, do czasu przeprowadzenia postępowania na nowy system. Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia ciągłości działania obecnego systemu, celem zapewnienia realizacji świadczenia licznych usług na rzecz obywateli, a tym samym Zamawiający aby przejść na nowy system w tym czasie musi utrzymywać obecnie działający system.*

W konsekwencji przy przygotowywaniu aktualnie prowadzonego postępowania nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 99 ust. 4-6 ustawy pzp czy niedochowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy pzp. Ponadto wbrew temu, co zarzucono również w odwołaniu, Zamawiający przygotował postępowanie o udzielenie tego zamówienia na utrzymanie istniejącego systemu w sposób proporcjonalny, tj. adekwatnie do jego uzasadnionych potrzeb.

Ustalony powyżej zakres i sposób sprecyzowania zawartych w odwołaniu zarzutów oraz próba ich rozszerzenia w dalszym piśmie procesowym i na rozprawie, czyli już po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, czyni uzasadnionym zwrócenie również uwagi na następujące przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika tego postępowania, która odróżnia je od typowego spornego postępowania cywilnego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 popzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od

wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

*Jak to trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23: Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłyby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść.*

Takie stanowisko jest konsekwentnie prezentowane przez Izbę. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [z uzasadnienia wyroku z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazania przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [z uzasadnienia wyroku z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [z uzasadnienia wyroku z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].*

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywodził, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywodził, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Z kolei zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani

wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie uregulowanie (niezmienione w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 zd. 1 popzp) stanowi potwierdzenie, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i co do zasady obowiązuje w nim klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto twierdzi o istnieniu danego faktu, a nie na tym, kto twierdzeniu temu zaprzecza (łac. *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, który wywodzi z podnoszonych w odwołaniu faktów skutki prawne w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest konieczne dla uwzględnienia odwołania. Jak to podkreślił w uzasadnieniu wyroku z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22 Sąd Okręgowy w Warszawie: *.to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski*.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (według złożonego do przed zamknięciem rozprawy rachunku), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążono nimi Odwołującego.