

WYROK

Warszawa, dnia 17 sierpnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irymina Pawlik
Katarzyna Paprocka
Michał Pawłowski
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2026 r. przez wykonawcę EB2B Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Simplifae Poland S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego EB2B Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 17 zł (siedemnaście złotych) poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Na 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.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Utrzymanie eksploatacyjne systemu Platforma Zakupowa 2 w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w latach 2026-2029.” Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w dniu 1 lipca 2026 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 124/2026 pod numerem 452747-2026. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2026 r. poz. 793, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 lipca 2026 r. wykonawca EB2B Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 388 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 132 w z art. 16 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła przesłanka, którą Zamawiający wskazał jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w tym trybie, tj. wyartykułowana w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp okoliczność, że usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę, podczas gdy Zamawiający powinien udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, przewidzianym w art. 132 ustawy Pzp. Tym samym działanie Zamawiającego naruszyło zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na Zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń już spełnionych na podstawie umowy, a ponadto orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej w trybie z wolnej ręki.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego 20 lipca 2026 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Simplifae Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający 23 lipca 2026 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący 11 sierpnia 2026 r. złożył pisemną replikę na odpowiedź na odwołanie, podtrzymując stanowisko.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Simplifae Poland S.A. z siedzibą w Warszawie

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

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia, działający na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego w wyniku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności zaproszenie do negocjacji, protokół z negocjacji, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz umowę nr 60/025/0022/26/Z/O. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie:

- decyzja nr 62/2016 z dnia 7 grudnia 2016 r. w sprawie powołania Zespołu Projektowego ds. wdrożenia narzędzia informatycznego wspierającego proces zakupowy oraz decyzje zmieniające;
 - notatka z przeprowadzonego dialogu technicznego w celu rozeznania rynku;
 - dokument „Analiza rozwiązań dotycząca wdrożenia nowego systemu zakupowego wraz z rekomendacją zespołu projektowego” z załącznikiem,
 - wniosek na posiedzenie zarządu PKP PLK S.A. w dniu 21 stycznia 2017 r. „Wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w PKP PLK S.A.” wraz z załącznikami,
 - korespondencja Zamawiającego z Odwołującym z lipca 2027 r. dotycząca weryfikacji przyczyn niezłożenia oferty w postępowaniu na „Wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” (nr 6060/ILG 8/11206/03962/17/P),
 - dalsza korespondencja z Odwołującym z dnia 24 lipca 2017 r.,
 - specyfikacja istotnych warunków zamówienia w kolejnym postępowaniu na „Wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”,
 - uchwała Zarządu nr 866/2019 z 23 grudnia 2019 r. w sprawie ustanowienia listy krytycznych usług informatycznych w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,
 - umowa z 2 listopada 2017 r. nr 60/025/0037/17/Z/M,
 - oświadczenie producenta Platformy Zakupowej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,
- oraz złożone przez Przystępującego wraz z pismem zawierającym zgłoszenie przystąpienia:
- umowa nr 60/025/0037/17/Z/M z dnia 2 listopada 2017 r., wraz z OPZ,
 - aneks nr 6 z dnia 20 kwietnia 2020 r. do umowy nr 60/025/0037/17/Z/M z dnia 02 listopada 2017 r.,
- na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Zamawiającego i Przystępującego we wnioskach dowodowych zawartych w pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług utrzymania systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej jako „Platforma Zakupowa 2”) oraz przekazanie do depozytu kodów źródłowych tej Platformy w okresie od dnia 01.06.2026 r. do dnia 31.03.2029 r.

Postępowanie prowadzone było w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 388 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z 30 marca 2026 r. zaprosił Przystępującego do negocjacji. Po przeprowadzeniu negocjacji w ramach których m.in. przedłużono okres obowiązywania umowy do 36 miesięcy i ustalono wynagrodzenie za miesięczne utrzymanie systemu w wysokości 82 000,00 zł netto oraz stawkę 336 zł netto za 1 roboczogodzinę usług realizowanych w ramach Prawa Opcji, Zamawiający zawarł z Przystępującym umowę nr 60/025/0022/26/Z/O.

W ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia opublikowanym 1 lipca 2026 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 124/2026 pod numerem 452747-2026, w uzasadnieniu bezpośredniego udzielenia zamówienia, wskazano:

„Zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie przez określonego wykonawcę z powodu braku konkurencji ze

względów technicznych.

Inne uzasadnienie: Postępowanie zakupowe zostało przeprowadzone w trybie z wolnej ręki – usługa może być wykonana tylko przez jednego wykonawcę. Wykonawcy jako producentowi systemu, przysługują wszelkie prawa autorskie do Platformy Zakupowej 2 Zamawiającego oraz wyłączna możliwość wsparcia i rozbudowy systemu.”

Izba zważyła, co następuje:

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

Odwolujący postawił zarzut naruszenia art. 388 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 132 w z art. 16 ustawy Pzp, kwestionując czynność udzielenia przez Zamawiającego zamówienia sektorowego w trybie z wolnej ręki.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach (opisanych w ust. 1 tego przepisu) zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. W świetle powyższych regulacji zasadą w obowiązującym systemie zamówień publicznych jest konkurencyjność prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Instytucje zamawiające mają co do zasady swobodę wyboru trybu spośród dwóch: przetargu nieograniczonego i ograniczonego, natomiast pozostałe przewidziane w art. 129 ust. 1 ustawy Pzp tryby mogą zastosować jedynie wtedy, gdy zajądą ściśle określone w ustawie Pzp przypadki. Powyższe uzasadnione jest tym, że w przypadku innych niż przetarg trybów konkurencyjność postępowań doznaje pewnych ograniczeń, a nawet może zostać wyeliminowana całkowicie.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn: a) technicznych o obiektywnym charakterze, b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. W ww. przypadku w trybie z wolnej ręki można też udzielić zamówienia sektorowego (art. 388 pkt 1 ustawy Pzp).

Do wypełnienia dyspozycji normy art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp muszą zostać spełnione następujące przesłanki: 1) przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez jednego wykonawcę, 2) podłożem tej sytuacji są przeszkody techniczne o obiektywnym charakterze lub przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych, 3) ponadto brak jest rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, 4) a powstała w ten sposób niemożność zachowania zasad konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Przesłanki udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki podlegają wykładni ścisłej, stanowią bowiem wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych z zachowaniem konkurencyjności. Wykazanie, że wszystkie te przesłanki zaistniały w określonym przypadku kumulatywnie jest zasadniczo rolą zamawiającego. Zamawiający decydując się na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki musi być w stanie uzasadnić i wykazać spełnienie wszystkich przesłanek niezbędnych do jego zastosowania. Natomiast, jak zwrócono uwagę m.in. w wyroku z 17 września 2024 r., sygn. akt: KIO 3097/24, *powyższy obowiązek, jaki ciąży na Zamawiającym nie zwalnia Odwołującego, który decyduje się na zaskarżenie czynności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki z przedstawienia rzeczowych podstaw faktycznych zarzutów oraz dowodów na poparcie stawianych twierdzeń. Fakt zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki oraz restrykcyjna ocena spełnienia przesłanek jego zastosowania nie zwalniają odwołującego z obowiązków związanych z zasadą rozkładu ciężaru dowodu.*” (podobnie wyrok Izby z 17 kwietnia 2026 r., sygn. akt: KIO 1037/26).

Izba miała na uwadze, że w odwołaniu nie postawiono zarzutu związanego z zaniechaniem przedstawienia przez Zamawiającego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia szczegółowego uzasadnienia faktycznego w zakresie przyczyn skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, a Odwołujący wdał się w spór merytoryczny co do zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dlatego też Izba rozpoznała sprawę w całości.

Skład orzekający, ważąc twierdzenia oraz dowody zaprezentowane w postępowaniu odwoławczym, doszedł do przekonania, że argumentacja Odwołującego była niewystarczająca i nie mogła prowadzić do uwzględnienia odwołania. Odwołujący nie przedstawił rzeczowych podstaw faktycznych zarzutów ani dowodów na poparcie stawianych twierdzeń i odparcie twierdzeń jego przeciwników. Natomiast Zamawiający przedstawił konkretne, poparte dowodami twierdzenia, wykazujące spełnienie przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia z wolnej ręki, które przez Odwołującego nie zostały podważone.

Izba stwierdziła, że z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, że postępowanie

prowadzone było na podstawie art. 388 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, a zatem Zamawiający uznał, że usługi będące przedmiotem zamówienia mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę (wykonawcę Platformy Zakupowej 2 czyli Przystępującego) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Jak wskazano w wyroku z 17 września 2024 r., sygn. akt: KIO 3097/24, „prawami wyłącznymi w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp będą przede wszystkim: prawo autorskie podlegające ochronie na mocy przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych lub prawa własności przemysłowej chronione na mocy przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. o własności przemysłowej. Ponadto prawem wyłącznym o najszerzym zakresie skuteczności i ochrony pozostaje prawo własności. Przedmiotowa przesłanka dotyczy więc przede wszystkim zamówień obejmujących utwory lub inne przedmioty zawierające oryginalne rozwiązania intelektualne, chronione prawem autorskim lub prawem własności przemysłowej. Utworem w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia, mający jednak taki charakter, że nie można go uzyskać od innej osoby. Natomiast rozwiązania chronione ustawą Prawo własności przemysłowej obejmują m.in. wynalazki, czyli nowe rozwiązania o charakterze technicznym nadające się do przemysłowego wykorzystania, wzory użytkowe, dotyczące kształtu, budowy lub konfiguracji przedmiotu, projekty racjonalizatorskie o charakterze techniczno-organizacyjnym i inne.”

Zamawiający w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia wskazał, że producentowi systemu (Przystępującemu) przysługują wszelkie prawa autorskie do Platformy Zakupowej 2 oraz wyłączna możliwość wsparcia i rozbudowy tego systemu. Powyższe potwierdza treść przedstawionej przez Zamawiającego i Przystępującego jako dowód w sprawie umowy nr 60/025/0037/17/Z/M zawartej z Przystępującym 2 listopada 2017 r., w świetle której majątkowe prawa autorskie do oprogramowania pozostały w gestii wykonawcy Platformy Zakupowej 2, a Zamawiającemu udzielono licencji na korzystanie z oprogramowania standardowego i dedykowanego. Fakt ten potwierdził również producent w oświadczeniu załączonym jako dowód do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie. Zgodnie z ww. umową wykonawca zobowiązany był dostarczyć kody źródłowe do depozytu (i aktualizować te kody co najmniej raz na kwartał), które zamawiający może pobrać z depozytu i użyć do utrzymywania i rozwoju systemu wyłącznie w przypadkach ogłoszenia upadłości wykonawcy, likwidacji wykonawcy (o ile inny podmiot nie przejmie zobowiązań wynikających z umowy) oraz sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa wykonawcy wraz z całkowitym zaprzestaniem świadczenia usług opisanych w umowie, o ile nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie przejmie zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy (§ 5 ust. 21-25 umowy). W świetle postanowień umowy nr 60/025/0037/17/Z/M Zamawiający nie ma uprawnień do korzystania z kodów źródłowych w innych niż enumeratywnie określone w § 5 ust. 24 umowy przypadkach. Wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający nie posiada „pakietu praw i dokumentacji” do systemu. Tymczasem usługi stanowiące przedmiot umowy, w szczególności usuwanie błędów i bieżące aktualizacje, a także opcjonalne modyfikacje systemu, wymagają ingerencji w system informatyczny stanowiący Platformę Zakupową 2 i dostępu do aktualnych kodów źródłowych tego systemu. Z uwagi na ochronę praw autorskich Przystępującego do systemu realizacja tych usług możliwa jest wyłącznie przez niego. Nie jest to wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Odwołujący nie przedstawił rzetelnej argumentacji, która przeczyłaby tym okolicznościom, w szczególności, że możliwe jest świadczenie usług utrzymania Platformy Zakupowej 2 bez naruszenia praw autorskich twórcy tej Platformy.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że stan faktyczny sprawy wskazuje na klasyczny mechanizm vendor lock-in, skład orzekający wskazuje, że przyjmuje tezy płynące z wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 9 stycznia 2025 r. w sprawie C-578/23 (*Česká republika - Generální finanční ředitelství* EU:C:2025:4), gdzie stwierdzono, że instytucja zamawiająca nie może powoływać się na ochronę praw wyłącznych, jeśli można jej przypisać zaistnienie przyczyny związanej z tą ochroną. Natomiast w orzeczeniu tym podkreślono, że możliwość przypisania zaistnienia tej przyczyny instytucji zamawiającej należy oceniać na podstawie wszystkich okoliczności od zawarcia pierwotnej umowy do dnia decyzji o procedurze. Izba przeanalizowała zatem szczegółowo działania podjęte przez Zamawiającego począwszy od podjęcia decyzji o wdrożeniu systemu informatycznego wspierającego procesy zakupowe w przedsiębiorstwie Zamawiającego w 2016 roku aż do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Analiza dowodów przedstawionych w tym zakresie przez Zamawiającego, obrazujących historię tego konkretnego przypadku, doprowadziła Izbę do przekonania, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający, wynikała zasadniczo z uwarunkowań rynkowych, w jakich Zamawiający znajdował się zawierając z Przystępującym 2 listopada 2017 r. umowę nr 60/025/0037/17/Z/M. Nie przytaczając pełnego rysu historycznego opisanego szczegółowo w odpowiedzi na odwołanie, Izba podkreśla tylko, że Zamawiający – po przeprowadzeniu szeregu analiz, w tym dialogu technicznego, podjął decyzję

o wdrożeniu nowego rozwiązania dedykowanego do potrzeb Zamawiającego i 24 maja 2017 r. wszczął postępowanie konkurencyjne na „Wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” (nr 6060/ILG 8/11206/03962/17/P), w którym przedmiotem zamówienia objęto przeniesienie autorskich praw majątkowych do wdrażanej aplikacji i które ostatecznie zostało unieważnione 18 lipca 2017 r. uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający w tej sytuacji zwrócił się do podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją wdrożenia i utrzymania systemu zakupowego w PKP PLK S.A., w tym do Odwołującego, z prośbą o wyjaśnienie przyczyn, które zaważyły na niezłożeniu oferty w ww. postępowaniu. Jak wskazał wówczas sam Odwołujący *„Nie zdecydowaliśmy się na wzięcie udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z naszą polityką nie sprzedajemy autorskich praw majątkowych do aplikacji eB2B Procurement, ani praw zależnych – a to było wymogiem w proponowanej umowie, dodatkowo potwierdzonym przez Państwa w odpowiedzi na nasze pytanie. eB2B wszystkich swoich klientów obsługuje jedną aplikacją, co daje nam przewagę konkurencyjną. Dodatkowo kilka wymagań funkcjonalnych byłoby bardzo trudne do realizacji, co czym w pkt 2 poniżej.”* W ramach przedstawionych wówczas uwag do projektu umowy Odwołujący wniósł m.in. *„o wykreślenie zapisów dot. modyfikacji kodu przez strony trzecie.”* Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, *„potencjalni wykonawcy, w tym Odwołujący, nie chcieli przekazać ani praw do systemu, ani kodów źródłowych w celu zapewnienia możliwości samodzielnego rozwijania i modyfikacji systemu w przyszłości (o czym Zamawiający powziął wiedzę także w trakcie dialogu technicznego). Wynikało to prawdopodobnie z ówczesnej sytuacji na rynku – wykonawcy wówczas zaczęli opracowywać własne rozwiązania na potrzeby nadchodzącej elektronizacji zamówień publicznych i z tego powodu nie zamierzali narażać się na ryzyko pozyskania wypracowanych przez siebie oprogramowań przez konkurencję.”* W konsekwencji Zamawiający ponawiając postępowanie, mając na uwadze informacje przekazywane przez wykonawców, zmienił szereg wymagań w celu dopuszczenia jak najszerszego grona wykonawców, w tym postanowienia umowne w zakresie majątkowych praw autorskich do wdrażanego oprogramowania. Mimo tego wpłynęła wówczas tylko jedna oferta złożona przez Przystępującego. Odwołujący oferty nie złożył. W oparciu o stanowisko przedstawione przez Zamawiającego i złożone przez niego liczne dowody, obrazujące prowadzone analizy, rozeznanie rynku i postawę wykonawców, Izba uznała, że Zamawiający dochował należytej staranności w przygotowaniu postępowania konkurencyjnego na wdrożenie systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w 2017 r. Podkreślić należy, że realia, w jakich działał Zamawiający prawie dziesięć lat temu były odmienne od obecnych, a proces elektronizacji zamówień publicznych dopiero wchodził w fazę intensywnego rozwoju. Nie można tej sytuacji porównywać wprost z obecnym rynkiem usług udostępniania platform zakupowych. Sam Odwołujący wówczas wskazywał, że oczekiwanie praw do systemu i dostępu do kodów źródłowych przez Zamawiającego jest nieakceptowalne. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że jego działania uwarunkowane były ówczesnymi realiami rynkowymi. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że w tym konkretnym stanie faktycznym Zamawiający może powołać się na okoliczność, że usługi będące przedmiotem zamówienia mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów.

W dalszej kolejności należało ustalić, czy w rozpoznawanym przypadku istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak stwierdzono w wyroku z 15 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 2943/21, w powyższym zakresie *„jako punkt wyjścia wskazać należy rozumienie słowa „rozsądny”. Termin ten w internetowym Wielkim Słowniku Języka Polskiego zdefiniowany został jako „nieprzesadny, niewygórowany i świadczący o czymś umiarkowaniu”. Co za tym idzie jako rozsądną alternatywę w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp rozumieć należy rozwiązanie równoważne do przedmiotu zamówienia spełniającego przesłanki wskazane w lit. a i b tego przepisu, możliwe do wdrożenia bez nadmiernego nakładu sił i środków oraz w porównywalnym czasie.”*

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie przedstawił argumentacji, która chociażby uprawdopodobniałaby, nie mówiąc o udowodnieniu, że w przedmiotowym przypadku istnieje taka rozsądna alternatywa. Po pierwsze Odwołujący błędnie utożsamiał przedmiot zamówienia ze świadczeniem usług dostępu do platformy zakupowej, innymi słowy z udostępnieniem standardowego narzędzia informatycznego wspierającego obsługę procesu udzielania zamówień publicznych. Jak sam Odwołujący zauważył w odwołaniu *„sposób funkcjonowania platformy należy odróżnić od dedykowanego systemu wdrożonego na potrzeby danego zamawiającego, do którego zamawiający nie nabył kodów źródłowych. W odróżnieniu do takich systemów Platformy funkcjonują jako systemy aplikacyjne udostępniane użytkownikom w modelu usługowym SaaS, czyli Software as a Service lub On-Premise, zainstalowane na serwerach Zamawiającego.”* Tymczasem przedmiotem zamówienia nie była usługa udostępnienia narzędzia informatycznego, lecz usługa utrzymania konkretnego, dedykowanego systemu wdrożonego już w środowisku informatycznym Zamawiającego, na jego infrastrukturze, dostosowywanego przez wiele lat do indywidualnych potrzeb PKP PLK S.A. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szczegółowo opisał na stronach 4-6 specyfikę Platformy Zakupowej 2, wskazując m.in., że jest to system ściśle zintegrowany z wieloma systemami informatycznymi Zamawiającego, w tym SAP ERP, Systemem Wyceny Robót, SAP HCM, systemem EPM oraz systemami technicznym

jak Active Directory, MS Exchange, SIEM, NBP, Repozytorium CRL. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń ani dowodów wykazujących, że inne narzędzia dostępne na rynku zapewniają podobne funkcjonalności, a tym bardziej aby zakup nowego narzędzia mógł stanowić rozsądne rozwiązanie alternatywne w stosunku do utrzymywania i rozwijania już wdrożonego, dedykowanego systemu.

Izba podkreśla, że to alternatywne rozwiązanie ma być rozsądne, a zatem nie może to być rozwiązanie, które narażałoby Zamawiającego na niewspółmierne nakłady czy trudności w celu zaspokojenia jego uzasadnionych potrzeb. Rozważać w tym kontekście należy różne aspekty, w szczególności techniczne, technologiczne, organizacyjne oraz finansowe. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 13-21) przedstawił konkretną argumentację wskazującą na brak rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub zastępczych. Podniósł m.in., że *„na rynku nie funkcjonuje platforma zakupowa, która w pełni odpowiadałaby jego wymaganiom, które zapewnia Platforma Zakupowa 2. Zamawiający budował system dostosowany do własnych potrzeb w postępowaniu konkurencyjnym. Wersje pudełkowe wymienione przez Odwołującego nie są dla Zamawiającego żadną rozsądną alternatywą. Te narzędzia nie mają rozwiązań opracowanych przez zespół projektowy Zamawiającego. Stanowią jedynie podwalinę do dalszej pracy – pracy, która w przypadku Zamawiającego trwała 4 lata, licząc od decyzji o wdrożeniu nowego rozwiązania, przez analizę rynku (dialog techniczny), postępowanie przetargowe, analizę przedwdrożeniową, a kończąc wdrożeniem systemu silnie dostosowanego do zasad i potrzeb Zamawiającego.”* Zwrócił także uwagę na konsekwencje techniczne związane ze zmianą systemu, w tym konieczność zasadniczej zmiany architektury technologicznej oraz sposobu zarządzania i utrzymania systemu, co wymagałoby podjęcia szeregu prac- i czasochłonnych działań. Podkreślił, że *„każde nawet najbardziej zaawansowane systemy dostępne obecnie na rynku wymagałyby długotrwałego procesu wdrożenia miesiące analiz i gruntownego dostosowania do procesów zakupowych Zamawiającego, przy zaangażowaniu ogromnych zasobów po stronie Zamawiającego włącznie ze zmianą procedur wewnętrznych.”* Zamawiający wskazał, że uwagi na ilość zaangażowanych członków zespołu projektowego po stronie Zamawiającego, dotychczasowe koszty poniesione na system w obecnym zakresie oraz czas jaki został poświęcony na opracowanie i wdrożenie rozwiązań w przypadku wielu funkcjonalności od podstaw zmiana tego systemu byłaby nieracjonalna ekonomicznie i organizacyjnie. Zamawiający przedstawił także porównanie kosztów wdrożenia, rozwijania i utrzymania dotychczasowego rozwiązania z kosztami wdrożenia nowego systemu, podkreślając niegospodarność zakupu nowego systemu w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje prawidłowo funkcjonującą, odpowiednio dostosowaną do potrzeb Zamawiającego, zaawansowaną platformą zakupową. Przedstawił ponadto ryzyka wiążące się z wdrożeniem nowego rozwiązania.

Izba uznała stanowisko Zamawiającego za uzasadnione. Odwołujący nie tylko nie przedstawił racjonalnej argumentacji, która pozwalałaby stwierdzić, że możliwe jest nabycie po przeprowadzeniu postępowania konkurencyjnego alternatywnego, rozsądnego rozwiązania, ale co więcej, jego argumentację trudno pogodzić z zasadami doświadczenia życiowego. Rozwiązanie proponowane przez Odwołującego wymagałoby rezygnacji przez Zamawiającego z posiadanego przez niego, dostosowanego do indywidualnych potrzeb i rozwijanego przez wiele lat, systemu informatycznego, na wdrożenie i rozwój którego poniesiono istotne koszty i *de facto* zastąpienie go innym narzędziem wymagającym powtórzenia całego procesu od nowa (wdrożenia, odtworzenia funkcjonalności, migracji danych, testów, uruchomienia, przeszkolenia pracowników, etc.), ewentualnie zastąpienie zaawansowanego systemu informatycznego, z którego Zamawiający obecnie korzysta, rozwiązaniem standardowym (aby uniknąć uzależnienia się od kolejnego dostawcy, jako że wykonawcy w dalszym ciągu nie zgadzają się na przeniesienie praw autorskich do tego rodzaju systemów). Trudno uznać w tej sytuacji wdrożenie nowego systemu za rozsądną alternatywę do usługi utrzymania i rozwoju dotychczasowego systemu.

W kontekście przywoływanego przez Odwołującego wyroku z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2493/22, Izba wskazuje, że został on wydany w odmiennym stanie faktycznym, w którym instytucja zamawiająca nie powoływała się na przesłankę ochrony praw wyłącznych, lecz na istnienie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W ww. sprawie zamawiający nie był w stanie wykazać, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. W obecnie rozpoznawanej sprawie sytuacja jest inna – zamawiający powołał się na art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp i był w stanie wykazać za pomocą szczegółowych twierdzeń i dowodów fakt kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w tym przepisie. Izba podkreśla, że orzeczenia Izby zapadają na gruncie konkretnych stanów faktycznych, a Izba waży podczas oceny szereg okoliczności charakterystycznych dla danego przypadku. Każda sprawa rozpatrywana jest zatem w sposób indywidualny.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby zamówienia udzielono z naruszeniem art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się na koniec do żądań sformułowanych przez Odwołującego Izba wskazuje po pierwsze, że nie jest możliwe „nakazanie Zamawiającemu unieważnienia umowy”, ponieważ w świetle art. 554 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp to Izba

może unieważnić umowę, a nie Zamawiający. Po drugie, nie jest możliwe orzeczenie jednocześnie o unieważnieniu umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej oraz orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy, ponieważ między art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) a art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp zachodzi alternatywa rozłączna („albo”). Orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy jest możliwe w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, a zatem w takiej sytuacji nie nakazuje się unieważnienia umowy. Wreszcie po trzecie, tak postawione żądania nie zostały w odwołaniu w ogóle omówione, a Odwołujący pominął przy ich formułowaniu konieczność uwzględnienia ryzyk związanych z brakiem zapewnienia ciągłości funkcjonowania systemu zakupowego. Jakkolwiek Izba nie jest związana żądaniami odwołania, to nie zmienia to faktu, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny powinien formułować je w sposób adekwatny do okoliczności stanu faktycznego sprawy.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami Odwołującego w całości.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....