

Warszawa, dnia 15 marca 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wiśnińskiego

Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn, tel.: +48 600205292,

NIP 7282511300, e-mail: zamowienia@zilp.lasy.gov.pl

Odwołujący: Asseco Poland S.A.

ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, KRS 0000033391, REGON nr 010334578, NIP 5220003782,

Adres korespondencyjny: Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa, tel. 22 574 82 00,

fax 22 574 82 82, e-mail: przetargi_depsar@asseco.pl

reprezentowana przez: radcę prawnego prof. UMK dr. hab. Pawła Nowickiego z Kancelarii Nowicki Piber Wandzel Radcowie Prawni Spółka Partnerska, ul. Wiślana 8, 00-317 Warszawa

e-mail: pawel.nowicki@npwlaw.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Zakup usług utrzymania i rozwoju Systemu LAS w okresie 3 miesięcy” (znak sprawy: DZ.270.35.2022, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 7 marca 2022 roku, nr ogłoszenia: 2022/S 046-120518).

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Zakup usług utrzymania i rozwoju Systemu LAS w okresie 3 miesięcy” (znak sprawy: DZ.270.35.2022, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 7 marca 2022 roku, nr ogłoszenia: 2022/S 046-120518, dalej: „**Postępowanie**”).

- I. Działając na podstawie art. 513 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zmianami, zwana dalej: „**ustawa Pzp**”), Asseco Poland S.A. (dalej: „**Odwołujący**” lub „**Asseco**”) **wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do zastosowania tego trybu.**

II. Podjęcie informacji o podstawie wniesienia odwołania:

O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu **7 marca 2022 r.**, w którym Zamawiający opublikował ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, w którym ogłosił zamiar zawarcia umowy z Pro-Holding Sp. z o.o.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu **15 marca 2022 r.**, w związku z czym Odwołujący spełnił wymóg uregulowany w przepisie art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp.

III. Data przekazania kopii odwołania Zamawiającemu:

Zgodnie z przepisem art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu w dniu 15 marca 2022 r., tj. przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu (załącznik: dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu).

IV. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **Zarzut nr 1: naruszenie przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp** – poprzez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy zamawiane usługi mogą być świadczone przez więcej niż jednego wykonawcę, a nie zachodzą żadne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które by uzasadniały zastosowanie zamówienia z wolnej ręki, czym jednocześnie Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

V. Wskazując powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:

1. **nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wszczęcia przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki,**
2. **obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.**

VI. Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ mógłby być potencjalnym uczestnikiem postępowania konkurencyjnego (prowadzonego w jednym z trybów określonych ustawą Pzp), ale wobec wszczęcia postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, z naruszeniem przez Zamawiającego tego przepisu, uniemożliwiony mu został udział w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Jak potwierdza zarówno doktryna, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, potencjalnemu podmiotowi, mogącemu wykonać zamówienie i wyrażającemu taką chęć nie można *a priori* odmówić interesu we wnoszeniu odwołania w koniunkcji z utratą możliwości uzyskania zamówienia (możliwość poniesienia szkody), będącej wynikiem nieprawidłowo zastosowanego trybu udzielenia zamówienia (tak m.in. wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 529/14).

UZASADNIENIE

1. W dniu **7 marca 2022 r.**, Zamawiający opublikował ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, w którym ogłosił zamiar zawarcia umowy z Pro-Holding Sp. z o.o. (dalej: „**Pro-Holding**”) w procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, wskazując, że usługi mogą być realizowane tylko przez określonego wykonawcę z powodu braku konkurencji ze względu

technicznych. Zatem, na gruncie ustawy Pzp, Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

2. Należy jednak wskazać, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania zamówienia z wolnej ręki.
3. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.
4. W doktrynie prawa zamówień publicznych wskazuje się, że przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp: „*odnosi się do faktycznego monopolu w obszarze objętym udzielanym zamówieniem*” (H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, Urząd Zamówień Publicznych, s. 651). Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę uregulowaną w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, uzależniony jest od szczególnego charakteru danego zamówienia – jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać dane zamówienie (zob. uchwała KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. KIO/KD 18/18).
5. W przedmiotowym postępowaniu doszło jednak do naruszenia przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w sytuacji, gdy zamawiane usługi mogą być świadczone przez więcej niż jednego wykonawcę, a nie zachodzą żadne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, które by uzasadniały zastosowanie zamówienia z wolnej ręki, czym jednocześnie Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji.
6. Powyższy zarzut wynika z faktu, że na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia, obok wykonawcy Pro-Holding, jeszcze przynajmniej Odwołujący jest wykonawcą, który może zrealizować przedmiotowe zamówienie. Co więcej, patrząc na branżę IT, katalog wykonawców, którzy od strony technicznej nie mieliby problemów ze zrealizowaniem przedmiotu zamówienia, nie ogranicza się do Odwołującego oraz Pro-Holding. O istnieniu konkurencji oraz braku przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, świadczy najbardziej dobitnie fakt, że Zamawiający od dnia 14 maja 2021 r. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy*” (znak sprawy: DZ.270.34.2021, publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 14 maja 2021 roku, nr ogłoszenia: 2021/S 093-242990), w którym o udzielenie zamówienia publicznego ubiega się zarówno Odwołujący, jak i Pro-Holding. Przedmiot niniejszego postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki jest podobny do przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem na „*Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy*”. Zamawiający wykorzystuje fakt długiego przebiegu postępowania, na który mają wpływ liczne błędy, bezprawne działania i zaniechania Zamawiającego, do faworyzowania Pro-Holding i udzielania mu kolejnych zamówień w trybie z wolnej ręki.
7. Jak wskazano w pkt 5 niniejszego odwołania, przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odnosi się do faktycznego monopolu w obszarze objętym udzielanym zamówieniem. Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie znajduje uzasadnienia twierdzenie o jedynym, możliwym Wykonawcy, w obszarze objętym udzielanym zamówieniem, skoro w analogicznym postępowaniu o utrzymanie i rozwój Systemu LAS ubiega się co najmniej dwóch wykonawców. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający konsekwentnie taki monopol próbuje zbudować, na każdym kroku tworząc wykonawcy Pro-Holding uprzywilejowane warunki rynkowe, za wszelką cenę starając się wyeliminować Asseco Poland S.A. z

postępowania na „*Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy*”. Odwołujący jednak skutecznie korzysta z przysługujących mu środków ochrony prawnej, co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający zleca doraźne usługi w zakresie Systemu LAS w trybie z wolnej ręki. Obecne postępowanie nie jest bowiem pierwszym, w którym Zamawiający – mimo trwającego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego – zamówił usługi utrzymania Systemu LAS w trybie z wolnej ręki, ponieważ już w dniu 19 października 2021 r. zawarł z Pro-Holding umowę w tym zakresie na kwotę 1.854.586,26 zł.

8. Przykładem uporu Zamawiającego w utrzymaniu bezpodstawnego monopolu Pro-Holding na wykonywanie usług związanych z utrzymaniem i rozwoju Systemu LAS, jest wspomniane już postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy*”, w którym kilkakrotnie Odwołujący podważył zasadność i legalność działań Zamawiającego.
9. W postępowaniu na „*Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy*”, Asseco Poland S.A., po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania wniosło w dniu 24 maja 2021 roku odwołanie obejmujące:
 - a. Nadmierne i nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu – wskazując, że specyficzny warunek dotyczący technologii Informix 4GL powoduje, że spełnia go tylko jeden wykonawca – ten który obecnie utrzymuje system objęty przedmiotem zamówienia, tj. firma Pro-Holding Sp. z o.o. (dalej „*Pro-Holding*”).
 - b. Brak dołączenia do SWZ:
 - i. Dokumentacji SILP, w tym dokumentacji Systemu LAS oraz dokumentacji systemu centralnego,
 - ii. kodów źródłowych
 - iii. pełnej statystyki błędów dotyczących systemu LAS – nie załączono średnich czasów naprawy.
 - c. Brak zastosowania okresu przejściowego, co ponownie preferuje dotychczasowego wykonawcę;
 - d. Nieprawidłowe określenie terminu wykonania zamówienia w datach kalendarzowych;
 - e. Szereg postanowień Umowy, w tym między innymi oświadczenie: *Wykonawca oświadcza, że znany jest mu System LAS, w stopniu niezbędnym do należytego wykonania Umowy*, tj. oświadczenie, które mógłby złożyć tylko wykonawca Pro – Holding;
 - f. Kryterium oceny ofert.
10. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrywała cztery zarzuty, z czego kolejne dwa zarzuty uwzględniła, natomiast dwa zarzuty oddaliła – wyrokiem z dnia 18 czerwca 2021 r., sygn. akt. KIO 1544/21, Izba nakazała:
 - a. udostępnienie posiadanej dokumentacji systemu;
 - b. udostępnienie pełnej statystyki błędów dotyczących systemu;
 - c. wprowadzenie okresu przejściowego na poziomie minimum 3 miesięcy.
11. W wyroku KIO 1544/21 Izba stwierdziła: **„Dziwi Izbę również fakt, iż Zamawiający mimo zapowiadanej chęci współpracy z odwołującym i zlikwidowania monopolu jednej firmy, co**

potwierdzały dowody złożone przez odwołującego tj. porozumienie wraz z aneksem oraz pisma kierowane do zamawiającego, nie podjął próby współpracy z odwołującym i nie udostępnił mu odpowiednich dokumentów wytworzonych dla tego systemu. Nie może być brana pod uwagę okoliczność, że w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (2018 rok) odwołujący złożył ofertę (nawet zbliżoną cenowo do oferty ówczesnie świadczącego usługę wykonawcy) nie posiadając żądanych obecnie dokumentów, albowiem w tamtym postępowaniu zamawiający dopuścił wizję lokalną systemu i odwołujący mógł zapoznać się z kodami źródłowymi. Nadto w przeciągu ostatnich dwóch lat system został rozbudowany o ok. 20%. (...)

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia z raportami błędów i usterek oraz czasem ich napraw. Ujawnienie odwołującemu rzeczonych raportów pozwalać będzie na oszacowanie przez odwołującego czasochłonności wykonywanych prac, a co za tym idzie doprowadzi do prawidłowej wyceny oferty. Obecnie takie informacje posiadają jedynie zamawiający i wykonawca dotychczas świadczący usługę, co może spowodować nierówność stron i zachwianie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (...)

Oczywistym jest, że poziom wiedzy i doświadczenia wykonawcy jest na wysokim albo bardzo wysokim poziomie, jednakże nie wyłącza to potrzeby „zapoznania się” z systemem w okresie przejściowym. Zdaniem Izby wystarczającym byłoby, gdyby zamawiający, odpowiednio wcześniej wszczynając procedurę udzielenia zamówienia, przewidział okres przejściowy w ten sposób, że z chwilą zakończenia bieżącej umowy, „na kontrakt” wszedłby wykonawca już zaznajomiony z systemem (po okresie przejściowym). Dlatego Izba uznała działania zamawiającego za niedopuszczalne i nakazała zamawiającemu wprowadzenie okresu przejściowego dla nowego kontraktu.”.

12. W wyniku w/w odwołania wprowadzono zmiany w SWZ, które umożliwiły Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Oferta Asseco jest ofertą najkorzystniejszą. **Niemniej jednak Zamawiający widocznie nie był gotowy do likwidacji monopolu firmy Pro-Holding, w związku z czym zdecydował się na wykluczenie Asseco z postępowania, wadliwie stosując prawo poprzez automatyczne wykluczenie, bez dokonania właściwej analizy stanu faktycznego.**
13. Asseco w dniu 1 października 2021 r. wniosła odwołanie na decyzję Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania, mimo że w stosunku do Odwołującego nie zaistniały przesłanki wykluczenia wskazane przez Zamawiającego, oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, mimo faktu, że nie podlegał on wykluczeniu, co naruszyło zasady proporcjonalności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
14. Wyrokiem z dnia 9 listopada 2022 r. (sygn. KIO 2905/21) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych powyżej i nakazała Zamawiającemu:
 - a. unieważnienie czynności wyboru oferty Pro-Holding w Postępowaniu,
 - b. unieważnienie czynności wykluczenia Asseco z Postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Asseco,
 - c. przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Asseco.
15. W wyroku w sprawie KIO 2905/21 Izba podkreśliła, że: *„Obowiązkiem Zamawiającego, który musiał zostać zrealizowany przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (niezależnie od podstawy) było wykazanie, że zostały wypełnione przesłanki*

wykluczenia. **W ocenie Izby Zamawiający nie wypełnił tego obowiązku – zamiast tego, Zamawiający dał wiarę stanowisku przedstawionemu przez S. i Z., mimo, że informacje przekazane przez te podmioty były bardzo skąpe”.**

16. Izba oceniła także uzasadnienie wykluczenia Asseco przez Zamawiającego: „O ile Zamawiający w sposób dość lakoniczny opisał i uzasadnił powody, dla jakich uznał, że wobec Odwołującego wypełniły się przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to **pomiął całkowicie stanowisko Odwołującego zawarte w załącznikach do JEDZ. Izba przeprowadziła dowód z tych załączników i uznała, że stanowisko Odwołującego było na tyle spójne i szczegółowe, że nie mogło zostać pominięte przez Zamawiającego milczeniem.** W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wskazał jednak żadnych przyczyn, dla których nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego, w szczególności w zakresie jego twierdzeń, że do problemów z realizacją umów z S. i Z. nie doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. (...) **Podkreślić należy, że wykazanie zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania na podst. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może ograniczyć się do uzyskania określonych informacji od zamawiających, na rzecz których dany wykonawca realizował umowy. Informacje takie wymagają weryfikacji, szczególnie, gdy – jak na gruncie tego postępowania – zamawiający dysponował wyjaśnieniami Odwołującego całkowicie sprzecznymi ze stanowiskiem S. i Z. **Brak krytycznej oceny i weryfikacji informacji dotyczących okoliczności, które doprowadziły do przedwczesnego zakończenia (bądź nieprawidłowej realizacji) umów uniemożliwił wykazanie zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania”.****
17. Jak wynika wprost z zacytowanego powyżej wyroku KIO z dnia 9 listopada 2021 r., potwierdziły się przypuszczenia Asseco, że **Zamawiający de facto dąży do dalszej petryfikacji monopolu Pro-Holding w utrzymaniu i rozwoju systemu LAS dla Zamawiającego. Mimo dysponowania szerokimi wyjaśnieniami Asseco, Zamawiający zupełnie je pominął przy dokonywaniu kwalifikacji podmiotowej wykonawców, za wszelką cenę dążąc do wyboru oferty Pro-Holding jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.**
18. Powołując się na realizację wyroku KIO z dnia 9 listopada 2021 r., Zamawiający, pismem z dnia 29 grudnia 2021 r., wezwał Asseco do złożenia wyjaśnień w zakresie należytej realizacji umów dla innych zamawiających, tj. Kancelarii Sejmu oraz Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie.
19. Powyższa czynność stała się przedmiotem odwołania Asseco do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2022 r. Do rozprawy jednak nie doszło, na skutek częściowego uznania odwołania przez Zamawiającego oraz wycofania odwołania w pozostałej części przez Odwołującego.
20. W powyższym odwołaniu Odwołujący podkreślił, że skoro wszystkie informacje potrzebne do kwalifikacji podmiotowej Asseco są w posiadaniu Zamawiającego, to sformułowanie przedmiotowego wezwania do wyjaśnień wykracza poza ramy uprawnień, które posiada Zamawiający na gruncie prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, jeśli Zamawiający dysponuje odpowiednimi informacjami, to wezwanie naruszało zasadę proporcjonalności. Po drugie, ewentualne dodatkowe wyjaśnienia mogą dotyczyć jedynie konkretnych podstaw wykluczenia (jak w przedmiotowej sprawie) i nie mogą prowadzić do wytworzenia nowej treści w dokumentach lub oświadczeniach, które podlegają wyjaśnieniu. Po trzecie, Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 2905/21 sam podkreślał, że nie jest uprawniony do przeprowadzania szczegółowego śledztwa, co również potwierdziła KIO, wskazując, że Zamawiający nie tyle miał prowadzić śledztwo, co po prostu ocenić w sposób rzetelny informacje, które były już w jego posiadaniu. **Odwołujący wskazywał, że nie może oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający – zasłaniając się koniecznością wykonania wyroku**

w sprawie KIO 2905/21 – zmierza *de facto* do ponownego wykluczenia Odwołującego z Postępowania, mimo tego, że KIO, działając w oparciu o te same informacje, nakazała unieważnienie pierwotnej decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający, żądając wyjaśnień, które już są w jego posiadaniu, wykracza nie tylko poza zasadę proporcjonalności, lecz także narusza zasadę transparentności i równego traktowania wykonawców. **Odwołujący argumentował również, że nie jest w stanie wykreować żadnej nowej treści ponad to, co już wyjaśnił, zatem tego typu wezwanie stawia go w niekorzystnym położeniu i może w konsekwencji prowadzić do kolejnej próby jego wykluczenia z Postępowania.**

21. Niezależnie od samego odwołania z dnia 3 stycznia 2022 r., Asseco, z **ostrożności procesowej**, pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. **złożyło Zamawiającemu wyjaśnienia, jednak wskazało, że Zamawiający posiada już praktycznie wszystkie informacje w zakresie zadanych pytań. Zatem Asseco faktycznie nie złożyło żadnych nowych wyjaśnień i nie udostępniło Zamawiającemu żadnych nowych informacji, tylko wskazało, gdzie znajdują się informacje, których Zamawiający żąda – wynikały one z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załącznik do oferty Asseco, bądź do złożonego odwołania w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygnaturze KIO 2905/21.** Jednocześnie Asseco podkreśliło, że uważa wezwanie Zamawiającego za bezprzedmiotowe i naruszające przepisy art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, a także art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Zamawiający posiadał już pełnię wiedzy w zakresie objętym wezwaniem do złożenia wyjaśnień.
22. W dniu 18 lutego 2022 r. Odwołujący otrzymał decyzję Zamawiającego o kolejnym odrzuceniu jego oferty w Postępowaniu, na podstawie art. 256 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz o ponownym wyborze oferty wykonawcy Pro-Holding, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Bezprawne działanie Zamawiającego w tym zakresie zostało zaskarżone przez Asseco Poland S.A., na skutek czego toczy się obecnie postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. KIO 566/22).
23. **W ocenie Odwołującego Zamawiający cały czas w sposób celowy i świadomy prowadzi wszystkie swoje dotychczasowe działania w jednym kierunku – wyeliminowania Asseco Poland S.A. z możliwości realizowania zamówień publicznych w zakresie utrzymania i rozwoju Systemu LAS oraz petryfikacji monopolu wykonawcy Pro-Holding, co jest złamaniem zasad uczciwej konkurencji.**
24. Potwierdzeniem powyższej argumentacji jest również sprawa objęta przedmiotowym odwołaniem, gdzie Zamawiający, łamiąc normy prawa zamówień publicznych i bezpodstawnie dążąc do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, twierdzi, że konkurencja na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia nie istnieje, a zamówienie jest w stanie wykonać wyłącznie jeden podmiot z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.
25. Monopol wykonawcy Pro-Holding jest konsekwentnie budowany przez Zamawiającego od wielu lat. Co najmniej od 2001 roku rozwój i utrzymanie Systemu LAS, czyli systemu stworzonego w latach 90. XX w. przez niemiecką firmę SDS (która wkrótce po rozpoczęciu projektu ogłosiła upadłość, nie pozostawiając Zamawiającemu żadnych dokumentów systemu), prowadziła firma Pro-Holding. Według powszechnie dostępnych informacji archiwalnych (pozyskanych przez odwołującego ze strony BIP Zamawiającego oraz TED) firma Pro-Holding od 2006 r. w sposób ciągły do dziś utrzymuje i rozwija System LAS, pozyskując zamówienia z wolnej ręki lub też w postępowaniach otwartych, w których do tej pory zawsze składana była tylko jedna oferta firmy Pro-Holding (z wyjątkiem ofert Asseco Poland w 2018 r., 2019 r. i w obecnym postępowaniu). We wszystkich postępowaniach (także w trybie przetargu

nieograniczonego) cena oferty Pro-Holding była bardzo zbliżona do szacunkowej wartości zamówienia.

26. System LAS został wdrożony w latach 90 ubiegłego wieku w oparciu o technologię baz danych Informix, dalsze prace programistyczne wykonywane przez Pro-Holding realizowane są w języku Informix 4GL. Obie te technologie nie są technologiami nowoczesnymi, popularnymi oraz – co najważniejsze – nie są na bieżąco rozwijane. Powyższe w sposób istotny ogranicza liczbę wykonawców zdolnych do spełnienia warunków udziału w postępowaniach przetargowych na utrzymanie Systemu LAS i dodatkowo preferuje Pro-Holding, jednak nie przekreśla istnienia konkurencji na rynku – jak już podkreślał Odwołujący, są na nim obecni wykonawcy, którzy od strony technicznej są w stanie zrealizować zamówienia związane z utrzymaniem i rozwojem Systemu LAS.
27. Przez ponad 20 lat firma Pro-Holding stała się praktycznie monopolistą w zakresie obsługi informatycznej Systemu LAS, a Zamawiający – godząc się na taki stan faktyczny – doprowadził do sytuacji, w której to powstał tzw. *vendor locking* – czyli uzależnienie od jednego wykonawcy (jakim jest Pro-Holding). *Nota bene* Zamawiający ma świadomość *vendor locking*u – sam Zamawiający przy szacowaniu budżetu aktualnego postępowania wskazał: „Wykonawca /tj. Pro-Holding/ ma monopol na wiedzę o pewnych aspektach systemu” (Dowód: „Oszacowanie wartości zamówienia pn. „Utrzymanie i rozwój Systemu LAS”, z dnia 8 kwietnia 2021 r., str.1). Warto też wskazać, że po przeprowadzeniu w 2018 roku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Zamawiający nie wszczął w odpowiednim terminie kolejnego postępowania konkurencyjnego, ale w styczniu 2019 roku udzielił Pro-Holding kolejnego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Taka sama sytuacja miała miejsce w grudniu 2020 r.
28. Jak już wskazano wcześniej, kolejne zaniechania Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, w której Zamawiający po raz kolejny zawarł z firmą Pro-Holding umowę w trybie postępowania z wolnej ręki – na stronie www Zamawiającego zamieszczono „Zarządzenie nr 21/2021 z dnia 16.09.2021 w sprawie powołania Komisji Przetargowej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie Systemu LAS w okresie 3 miesięcy (zamówienie w trybie z wolnej ręki)”, a w dniu 19 października 2021 r. doszło do zawarcia między nimi umowy.
29. Zatem Pro-Holding z siedzibą w Krakowie od kilkunastu lat realizuje umowy na utrzymanie i rozwój Systemu LAS dla ZILP (Lasy Państwowe). Działania i zaniechania Zamawiającego umacniają monopol tego wykonawcy w zakresie usług związanych z utrzymaniem i rozwojem Systemu LAS. Zamawiający, który, po pierwsze, sam dostrzega monopol Pro-Holding, a po drugie, rzekomo chce ten monopol zlikwidować poprzez obecnie trwające postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, bezprawnie używając zamówienia z wolnej ręki, buduje ów monopol z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
30. Nie można jednak zapominać, że spośród wszystkich trybów nie przetargowych wymienionych w ustawie Pzp, zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym stosowanym wyłącznie w **wyjątkowych i ściśle określonych w przepisach prawa sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe i właśnie ze względu na charakter tego trybu, przepisy zezwalające na jego zastosowanie w danych okolicznościach muszą być zawsze interpretowane ściśle** (tak m.in. wyrok KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. KIO 397/19). Tymczasem w przedmiotowej sprawie w ogóle nie zachodzą przesłanki uregulowane w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zatem wszczęcie postępowania w takim trybie jest naruszeniem norm prawa zamówień publicznych oraz narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

31. Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

prof. UMK dr hab. Paweł Nowicki
radca prawny

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
2. Pełnomocnictwo.
3. Właściwy rejestr, z którego wynika zasada reprezentacji (odpis z KRS),
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
5. Oszacowanie wartości zamówienia pn. *Utrzymanie i rozwój Systemu LAS*”, z dnia 8 kwietnia 2021 r.