

WYROK
z dnia 11 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Marek Koleśnikow

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie, przy udziale wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: „Usługa serwisu oprogramowania warstwy aplikacji rozliczania i płatności (ASC) oraz usługa wsparcia ciągłości stabilnej pracy podsystemu w środowisku produkcyjnym”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2018 r., pod nr 2018/S 249-576104.

24 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Odwołujący”) od czynności oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki i udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, pomimo braku przesłanek ustawowych do wszczęcia takiego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione faworyzowanie wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (dalej „Wykonawca P”), polegające na przyjętym z góry zamiarze udzielenia mu zamówienia, pomimo tego, że na rynku istnieją inni wykonawcy mogący zrealizować zamówienie, a którym uniemożliwiono przystąpienie do postępowania, wyłączając tym samym całkowicie możliwość konkurencji;
- 2.art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 2 Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie została zrealizowana hipoteza normy prawnej wynikającej z ww. przepisu;
- 3.art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne faworyzowanie Wykonawcy P.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie umowy;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania i podjętych w nim czynności: wyboru trybu i wyboru oferty Wykonawcy P;
3. w przypadku, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy – unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej;
4. w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym – orzeczenie skrócenia okresu obowiązywania umowy.

Odwolujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp. Odwołujący jest w stanie świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia i zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o ile zostanie ono wszczęte zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp Odwołujący poniósł szkodę, gdyż został pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu oraz złożenia oferty. Zaskarżone zaniechania Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył następującą chronologię zdarzeń:

Lp.	Data	Czynność
1	24.12.2009	GDDKiA wszczyna postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej”
2	02.11.2010	GDDKiA zawarła 8-letnią umowę z konsorcjum, w skład którego wchodziły: Kapsch TrafficCOM AG, Kapsch Telematic Services sp. z o.o., Texei sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Kapsch” lub „Dotychczasowy Wykonawca”).
3	12.12.2016	GDDKiA wszczyna postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd”
4	08.12.2017	Uchwalenie Ustawy z dnia 8 grudnia 2017r. o zmianie ustawy o drogach publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 12), skutkujące przekazaniem od 3 listopada 2018 r. obowiązku w zakresie poboru opłat z GDDKiA do GITD.
5	18.01.2018	Unieważnienie przez GDDKiA postępowania na „Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd” (poz. 1 tabeli).
6	07.07.2018	Posiedzenie Komisji Infrastruktury nr 214 – w raporcie z posiedzenia znajdują się m.in. informacje o: – podpisaniu listu intencyjnego pomiędzy Ministrem Cyfryzacji, przy udziale Ministra Infrastruktury, na podstawie którego Ministerstwo Cyfryzacji oraz podmioty z tzw. grupy Ministerstwa Cyfryzacji: Centralny Ośrodek Informatyki (dalej „COI”), Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa NASK – Państwowy Instytut Badawczy (dalej „NASK”) oraz Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy (dalej „IŁ”) opracowały raport zawierający analizę możliwości udzielenia wsparcia IT dla KSPO; – podpisaniu listu intencyjnego pomiędzy GITD oraz Państwową Wytwórnią Papierów Wartościowych (dalej „PWPW”), w którym strony zobowiązały się do podjęcia współpracy w ramach przejęcia i utrzymania KSPO; – podpisaniu umowy pomiędzy GITD a PWPW, której przedmiotem jest audyt w obszarze infrastruktury oraz oprogramowanie KSPO. Dowód: Raport z posiedzenia Komisji infrastruktury (załącznik nr 6 do odwołania)
7	19.07.2018	Zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Świadczenie usługi przejęcia i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat” (postępowanie nr BDG.ZPB.230.28.2018). Zaproszenie zostało przesłane do 4 Wykonawców: 1. Instytut Badawczy Dróg i Mostów („IBDiM”); 2. IŁ; 3. Instytut Techniki Budowlanej („ITB”); 4. NASK. Negocjacje podjęły tylko 2 podmioty: NASK oraz IŁ, pozostałe nie odpowiedziały na zaproszenie. Dowód: Zawiadomienie, pkt 1.8 (załącznik nr 7 do odwołania)

8	Data nieznana	ŁŁ wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Świadczenie usługi polegającej na wykonywaniu czynności faktycznych i prawnych mających na celu przejęcie i eksploatację elektronicznego systemu poboru opłat, o którym mowa w ustawie o drogach publicznych”, nr DZ/10/18. Brak udostępnienia jakichkolwiek dokumentów odnośnie wszczęcia i prowadzenia postępowania. Według najlepszej wiedzy Odwołującego do negocjacji zaproszono podmioty komercyjne, przy czym nie zaproszono ani Dotychczasowego Wykonawcy, ani największych polskich firm informatycznych. ŁŁ wszczął postępowanie, pomimo że nie miał zawartej umowy z Zamawiającym w ramach postępowania wskazanego w pkt 7 tabeli, a tym samym nie miał zapewnionego finansowania.
9	20.08.2018	Instytut Łączności opublikował informację z otwarcia ofert w postępowaniu wskazanym w pkt 10. ŁŁ wskazał, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 196.800.000 złotych brutto. Złożone oferty: 1.DXC Technology Polska; 2.S&T Poland; 3.Contact Center; 4.Integrated Solutions; 5.eo Networks. Zamówienie zostało podzielone na części, zaś poszczególne oferty obejmowały różne części (tylko w przypadku oferty DXC i S&T jedna część pokrywała się w obu ofertach). Należy na to zwrócić uwagę, gdyż mimo złożenia ofert przez 5 wykonawców w postępowaniu nie zaistniała konkurencja. Być może przyczyną braku konkurencji był fakt, że ŁŁ zaprosił do negocjacji wyłącznie dotychczasowych podwykonawców Konsorcjum Kapsch. Dowód: Informacja z otwarcia ofert z 20.08.2018 r. (załącznik nr 8 do odwołania)
10	22.08.2018	Złożenie ofert w postępowaniu wskazanym w pkt 7 tabeli. Złożone oferty: ŁŁ Dowód: informacja z otwarcia ofert w dniu 22.08.2018 r. (załącznik nr 8 do odwołania) Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację z otwarcia ofert dopiero w dniu 28 sierpnia 2018 r. (6 dni po otwarciu ofert).
11	28.08.2018	Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” w postępowaniu wskazanym w pkt 7 tabeli. Wybrano ofertę ŁŁ – jedyną ofertę, jaka została złożona. NASK nie złożył oferty. Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28.08.2018r. (załącznik nr 9 do odwołania)
12	28.08.2018	Zawarcie umowy pomiędzy Zamawiającym a ŁŁ w postępowaniu nr BDG.ZPB.230.28.2018, wskazanym w pkt 9 (dalej: „Umowa ŁŁ KSPO”). Wartość umowy bez VAT: 441.693.000 zł. Brak udostępnienia Umowy ŁŁ KSPO przez Zamawiającego do dnia dzisiejszego, pomimo złożenia wniosku. Brak wydania decyzji odmownej – zaniechanie Zamawiającego, bez podania argumentacji. Informacje Odwołujący pozyskał z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, opublikowanego 4.09.2018 r. Dowód: Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 4.09.2018 r., nr 2018/S 169-385219 (załącznik nr 10 do odwołania)
13	30.08.2018	Kapsch Telematic Services sp. z o. o. (dalej „Kapsch”) złożył odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez ŁŁ (postępowanie nr DZ/10/18, wskazane w pkt 8 tabeli), sygn. akt KIO 1740/18, wobec naruszenia art. 62 ust. 1 Pzp, przez zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia przez Zamawiającego, pomimo braku spełnienia ustawowych przesłanek dla zastosowania takiego trybu.
14	06.09.2018	ŁŁ opublikował informację o unieważnieniu postępowania nr DZ/10/18 (pkt 8 tabeli) ze względu na niemożliwość do usunięcia wady prawną. Dowód: Informacja o unieważnieniu postępowania z 6.09.2018r. (załącznik nr 11 do odwołania)
15	07.09.2018	ŁŁ wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki dot. podwykonawstwa usług objętych Umową ŁŁ KSPO. Zaproszenie do negocjacji wysłano do PWPW. Dowód: Zawiadomienie, pkt 2, ppkt 2.12-2.13 (załącznik nr 7 do odwołania)
16	10.09.2018	Cofnięcie przez Kapsch odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1740/18, wobec unieważnienia postępowania przez ŁŁ.
17	10.09.2018	Odwołujący złożył do Zamawiającego wnioski o udostępnienie dokumentacji postępowania obejmującego negocjacje bez ogłoszenia z ŁŁ. Dowód: Wniosek Odwołującego z 10.09.2018 r. (protokół – załącznik nr 12 do odwołania, dokumentacja – załącznik nr 13 do odwołania)

18	18-26.09.2018	Negocjacje IŁ z PWPW, w ramach postępowania wskazanego w pkt 15 tabeli. Dowód: Zawiadomienie, pkt 2, ppkt 2.14-2.15 (załącznik nr 7 do odwołania)
19	21.09.2018	Odpowiedź Zamawiającego na wniosek Odwołującego z 20.09.2018 r. – informacja publiczna zostanie udostępniona do 15 października 2018 r. Dowód: Pismo Zamawiającego z 21.09.2018 r. (załącznik nr 14 do odwołania)
20	27.09.2018	IŁ unieważnia postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazane w pkt 15 tabeli. Dowód: Zawiadomienie, pkt 2, ppkt 2.16 (załącznik nr 7 do odwołania)
21	28.09.2018	IŁ uzyskuje dostęp do umów zawieranych przez Konsorcjum Kapsch z podwykonawcami w KSPO (dotyczy usług wchodzących w zakres unieważnionych negocjacji z PWPW) Dowód: Zawiadomienie, pkt 2, ppkt 2.17 (załącznik nr 7 do odwołania)
22	28-30.09.2018	IŁ analizuje umowy z podwykonawcami Konsorcjum Kapsch obejmujące zakres, którego przedmiotem były negocjacje z PWPW. Dowód: Zawiadomienie, pkt 2, ppkt 2.18 (załącznik nr 7 do odwołania)
23	17.10.2018	IŁ zawarł umowę podwykonawczą z Kapsch. Umowa ta dotyczy utrzymania systemu i nadzoru nad innymi podwykonawcami. Dowód: Zawiadomienie, pkt 2, ppkt 2.27-2.28 (załącznik nr 7 do odwołania) IŁ nie zamieścił w TED ogłoszeniu o zawarciu umowy z Kapsch. Informację o fakcie zawarcia umowy podwykonawczej przez IŁ z Kapsch Odwołujący pozyskał z artykułów prasowych. Dowód: artykuł pt. „Nacjonalizacja viaTOLL, czyli powrót Kapscha”, „Zwyczajnie nie palili się do zawierania umów ze Skarbem Państwa” T. Z. w gospodarka.dziennik.pl z 31 października 2018 r. (załącznik nr 15 do odwołania), artykuł pt. „Ruszył nowy-stary system e-myta. Kontraktom przygląda się CBA” Robert Zieliński w tn24bis.pl z 5 listopada 2018 r. (załącznik nr 16 do odwołania) Odwołujący nie posiada wiedzy, czy IŁ zawarł umowy podwykonawcze z innymi podmiotami. Informacje o takich umowach powinny być publikowane zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, jednakże IŁ nie opublikował po dniu 06.09.2018r. żadnych informacji dotyczących systemu KSPO w trybie PZP, w szczególności nie umieszczono w TED ogłoszeń o udzieleniu zamówienia.
24	Data nieznana	IŁ składa oświadczenie w trybie art. 492 ¹ K.c. Data i treść oświadczenia nieznana. Okoliczność, na którą wielokrotnie powołuje się Zamawiający. Brak wskazania przez Zamawiającego na skutki faktyczne i prawne oświadczenia, w tym brak wskazania na podjęcie jakiejkolwiek czynności przez Zamawiającego.
25	03.10.2018	Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Usługę serwisu oprogramowania warstwy aplikacji rozliczania i płatności (ACS) oraz wsparcie ciągłości stabilnej pracy podsystemu w środowiskach: produkcyjnym i deweloperskim” (nr BD6.ZPB.230.46.2018). Zaproszono wykonawcę Accenture sp. z o.o. (dalej „Accenture”)
26	08.10.2018	Zamawiający wysłał do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania z pkt 25 tabeli Dowód: Zawiadomienie z dnia 08.10.2018r. (załącznik nr 17 do odwołania)
27	15.10.2018	Zamawiający kolejny raz przesługuje termin odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 10.09.2018r. (pkt 17 tabeli) – tym razem do 29 października 2018 r.
28	15-30.10.2018	Zamawiający prowadzi negocjacje z Accenture w ramach postępowania z pkt 25 tabeli.
29	29.10.2018	Zamawiający po raz 3 przesługuje termin odpowiedzi na wniosek Odwołującego z pkt 17 tabeli przez wskazanie, że odpowiedź zostanie udzielona do 12 listopada 2018 r. Dowód: Pisma Zamawiającego z 29.10.2018 r.(załączniki nr 18 i 19 do odpowiedzi na odwołanie)
30	31.10.2018	Accenture odstąpiło od negocjacji z Zamawiającym (postępowanie wskazane w pkt 27), z powołaniem się na brak zgody organów nadzorczych na zawarcie umowy. Brak dokumentów w dokumentacji postępowania. Informacja wskazywana przez Zamawiającego.

31	31.10.2018	Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: „Usługa serwisu oprogramowania warstwy aplikacji rozliczania i płatności (ACC) oraz usługa wsparcia ciągłości stabilnej pracy podsystemu w środowisku produkcyjnym” (nr BDG.ZPB.230.61.2018). Wysłano zaproszenie do Wykonawcy P.
32	02.11.2018	Wygasa (wobec upływu terminu, na jaki została zawarta) umowa pomiędzy GDDKiA a Konsorcjum Kapsch zawarta w dn. 2 listopada 2010 roku (pkt 4). System ACS pozostaje bez usług nadzoru i utrzymania
33	05.11.2018	Zamawiający wysłał do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawiadomienie o wszczęciu postępowania BDG.ZPB.230.61.2018 (pkt 33) – dalej „Zawiadomienie”. Dowód: Zawiadomienie (załącznik nr 7 do SIWZ)
34	31.10-06.12.18	Zamawiający prowadzi negocjacje z Wykonawcą P
35	06.12.2018	Zawarcie umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą P dot. postępowania nr BDG.ZPB.230.61.2018.
36	13.12.2018	Odpowiedź Zamawiającego na wniosek Odwołującego z dnia 10.09.2018 r. (pkt 17 tabeli) – z uwagi na obszerność dokumentacji może ona zostać wysłana tradycyjną pocztą. Odwołujący 13.12.2018 r. wyraża zgodę, podając adres, na jaki ma zostać dokonana wysyłka. Dowód: Pismo Zamawiającego z 13.12.2018 r. (protokół – załącznik nr 20, dokumentacja – załącznik nr 21 do odwołania), mail Odwołującego z 13.12.2018 r. (załącznik nr 22 do odwołania)
37	28.12.2018	W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano Ogłoszenie. Jest to początek biegu terminu na wniesienie odwołania.
38	02.01.2019	Odwołujący wysłał do Zamawiającego wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania nr BDG.ZPB.230.61.2018 Dowód: Wniosek Odwołującego z 2 stycznia 2019 r. (załącznik nr 35 do odwołania) Dwa przypomnienia ze strony Odwołującego o braku udostępnienia dokumentów – wniosek Odwołującego z dnia 10.09.2018r. (pkt 17 tabeli). Dowód: mail Odwołującego z 2 stycznia 2019 r. (załącznik nr 23 do odwołania), mail Odwołującego z 3 stycznia 2019 r. (załącznik nr 24 do odwołania)
39	07.01.2019	Pismo Zamawiającego w związku z wnioskiem Odwołującego z dnia 10.09.2018 r., wskazujące że wnioski zostały przekazane przez Gabinet Głównego Inspektora do realizacji do biura merytorycznego KSPO. Dowód: mail Zamawiającego z 7 stycznia 2019 r. (załącznik nr 25 do odwołania) Nieuzasadniona zmiana stanowiska Zamawiającego – w dniu 13.12.2018 r. (pkt 36 tabeli) Zamawiający już zobowiązał się udostępnić dokumentację objętą wnioskiem.
40	07.01.2019	Odwołujący złożył dwa wnioski do Zamawiającego o udostępnienie informacji publicznej: – wniosek nr 1 – dokumentacja postępowania dot. negocjacji z Accenture; umowa z dn. 28 sierpnia 2018 r. pomiędzy GITD i IŁ; – wniosek nr 2 – informacje o działaniach podjętych przez GITD dot. umowy z dn. 28 sierpnia 2018 r. pomiędzy GITD i IŁ. Dowód: wnioski Odwołującego z 7.01.2019 r. (załączniki nr 26 i 27 do odwołania)
41	09.01.2019	Zamawiający przesłał odpowiedź na wniosek nr 1 z pkt 40: Udostępniona dokumentacja dot. negocjacji z Accenture; brak udostępnienia umowy Zamawiający – IŁ oraz powiązanych informacji; Dowód: mail Zamawiającego z dnia 09.01.2019 r. (załącznik nr 28 do odwołania) Wniosek nr 2 nie został zrealizowany.
42	09.01.2019	Odwołujący zwraca się do Zamawiającego – biuro merytoryczne KSPO, na piśmie, z prośbą o udostępnienie dokumentacji związanej z przekazanymi wnioskami. Pismo zawierało również prośbę o wskazanie daty przekazania wniosków przez Gabinet Głównego Inspektora do biura merytorycznego KSPO oraz wskazanie osób odpowiedzialnych za realizację wniosków wraz z danymi kontaktowymi. Dowód: Pismo Odwołującego z 09.01.2019 r. (załącznik nr 29 do odwołania)
43	15.01.2019	Odwołujący wysłał do Zamawiającego pismo z prośbą o uzupełnienie odpowiedzi (pkt 41 tabeli) na Wniosek nr 1 z dnia 07-01-2019 (pkt 40 tabeli) w zakresie załącznika do Zawiadomienia z dnia 8 stycznia 2018 r. (załącznik nr 17 do odwołania) określonego jako „Oświadczenie Instytutu Łączności o braku możliwości realizacji umowy w zakresie objętym niniejszym postępowaniem w trybie art. 492 ¹ K.c.” (nr 194/2018 z dnia 02.10.2018 r.) Dowód: pismo Odwołującego z dnia 15.01.2019 r. (załącznik nr 31 do odwołania)

44	21.01.2019	Zamawiający w odpowiedzi na wniosek nr 2 Odwołującego z dnia 07.01.2019 r. wskazuje, że z uwagi na obszerność informacji objętych zapytaniem oraz konieczność ich przygotowania pozostałe informacje objęte wnioskiem zostaną przekazane do 04.02.2019r. Dowód: Pismo Zamawiającego z 21.01.2019 r. (załącznik nr 29)
45	22.01.2019	Odwołujący wysłał do Zamawiającego pismo z prośbą o uzupełnienie odpowiedzi (pkt 41) na wniosek nr 1 z dnia 7 stycznia 2019 r. (pkt 40) oraz wniosek z dnia 02-01-2019 (pkt 38) >W zakresie odpowiedzi na wniosek nr 1 – w zakresie Oświadczenia Instytutu Łączności złożonego w trybie art. 492 ¹ K.c. oraz w zakresie braku udostępnienia umowy zawartej w dniu pomiędzy Zamawiającym a Instytutem Łączności (pkt 3 wniosku nr 1) >W zakresie odpowiedzi na wniosek z dnia 2 stycznia 2019 r. – w zakresie dokumentów postępowania i załącznika do umowy obejmującego Kluczowy Personel Wykonawcy Dowód: Pismo Odwołującego z 22 stycznia 2019 r. (wniosek nr 1) (załącznik nr 32 do odwołania), pismo Odwołującego z 22.01.2019 r. (wniosek z 02.01.2019 r.) (załącznik nr 33 do odwołania) W tym samym dniu Zamawiający przesyłał odpowiedź na pismo Odwołującego z dnia 15 stycznia 2019 r. (pkt 43 tabeli) (odpowiedź datowana na dzień 21 stycznia 2019 r.), w którym informuje, że wnioskowany załącznik do Zawiadomienia z dnia 08.01.2018 r. (załącznik nr 17 do odwołania) określonego jako „Oświadczenie Instytutu Łączności o braku możliwości realizacji umowy w zakresie objętym niniejszym postępowaniem w trybie art. 492 ¹ K.c. (nr 194/2018 z dnia 02.10.2018 r.) nie został do Zawiadomienia załączony Dowód: Pismo Zamawiającego (załącznik nr 34 do odwołania)

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad Prawa zamówień publicznych obowiązujących na gruncie prawa europejskiego, a w ślad za tym na gruncie prawa krajowego. Przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty i nie może być interpretowana rozszerzająco. Ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym – na Zamawiającym).

Podkreślić należy, że uzasadnienie w Ogłoszeniu jest dość ogólnikowe i nie wskazuje na żadne fakty i dowody, które wykazywałyby słuszność stanowiska Zamawiającego. Dopiero w Zawiadomieniu i protokole Postępowania Zamawiający wskazał na szerszą argumentację. Niemniej, ocenie Izby powinna podlegać treść uzasadnienia wskazana w Ogłoszeniu, gdyż to ten dokument jest publikowany w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i on powinien być podstawą badania legalności i prawidłowości działania Zamawiającego.

Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał, że zastosował procedurę zamówienia z wolnej ręki wobec spełnienia się przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przedmiotowy przepis można zastosować, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- a) wyjątkowa sytuacja;
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego;
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć;
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na pewien istotny element dokumentacji Postępowania. Otóż nie została dołączona do niej żadna opinia prawna, która wskazywałaby na możliwość zastosowania przez Zamawiającego trybu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Co więcej, z dokumentacji Postępowania wynika sytuacja wręcz przeciwna: u Zamawiającego nie dokonano w ogóle analizy możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w szczególności służby wewnętrzne Zamawiającego nie zaopiniowały pozytywnie możliwości zastosowania tego trybu. Wynika to wprost z brzmienia „Zaproszenia do negocjacji” z dnia 31.10.2018 r., wystosowanego do Wykonawcy P, na dokumencie tym w części zatytułowanej „akceptuję warunki prawne” znajduje się komentarz radcy prawnego J.W.: „Jedynie w zakresie wynikającym z § 8 ust 1 pkt 4 Regulaminu udzielania zamówień publicznych w GITD, bez oceny trybu – jak w LOTUS”.

I.

Zdaniem Odwołującego w Ogłoszeniu Zamawiający nie wykazał, że zaistniała wyjątkowa sytuacja, która jednocześnie miałaby być zarazem niemożliwa do przewidzenia przez Zamawiającego, jak i miałaby nie wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Z treści Zawiadomienia wynika, że Zamawiający za „wyjątkową sytuację” uznał złożenie przez IŁ oświadczenia w trybie 492¹ K.c. Odwołujący podkreślił, że w tym konkretnym stanie faktycznym możliwość złożenia takiego oświadczenia Zamawiający mógł i powinien brać pod uwagę, a to ze względu na sposób prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia oraz warunki udziału, jakie postawił wykonawcom, czy też krąg wykonawców, do których skierował zaproszenie do negocjacji. Okoliczności te wskazywały wręcz na bardzo wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji, w której znalazł się Zamawiający i powinien mieć takie ryzyko w kalkulowane w swoje działania. Zamawiający zawierając umowę z IŁ nie dochował należytej staranności w zakresie sprawdzenia wiedzy i doświadczenia tego wykonawcy do wykonania części zamówienia w zakresie systemu ACS.

Jak wskazano powyżej (pkt 7), co wynika częściowo z Zawiadomienia – Zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia i wysłał zaproszenie do 4 podmiotów: IŁ, NASK, IBDiM oraz ITB. Do negocjacji przystąpiły tylko 2 podmioty:

NASK i IŁ. Ostatecznie ofertę złożył tylko IŁ a Zamawiający zawarł z nim umowę o wartości netto 441.693.000 zł.

Zamawiający działając z rażącym naruszeniem prawa do dnia dzisiejszego nie udostępnił ani samej umowy z IŁ, ani dokumentacji postępowania. Stąd też Odwołujący nie mógł przeanalizować warunków udziału w postępowaniu i nie może obecnie wskazać na konkretne postanowienia dokumentacji. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że Zamawiający nie postawił warunków udziału proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia a jednocześnie umożliwiających ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Tym samym Zamawiający już wtedy naruszył przepis art. 22 ust. 1a Pzp. W szczególności Zamawiający nie określił warunków udziału w zamówieniu, na podstawie których mógłby ocenić zdolność Instytutu Łączności do należytego wykonania zamówienia w zakresie usług dotyczących systemu ACS.

Następnie IŁ, stosując także tryb niekonkurencyjny (negocjacje bez ogłoszenia), wszczął postępowanie o wartości 196.800.000. Wybór wykonawców zaproszonych do negocjacji jest jeszcze bardziej zastanawiający – oferty złożyło 5 wykonawców, w tym znowu żadna z nich nie jest ani wiodącą polską firmą informatyczną, ani też nie zaproszono Dotychczasowego Wykonawcy. Postępowanie to zostało unieważnione w efekcie odwołania wniesionego przez Kapsch Telematic Services sp. z o. o. (pkt 13 tabeli).

Odwołujący z informacji prasowych oraz z treści przedmiotowego Zawiadomienia – pkt 1.16 i 1.17 – pozyskał wiedzę, że IŁ zawarł następnie umowę z firmą Kapsch.

Warunki i zakres tej umowy nie są publicznie dostępne. Z treści pkt 1.16 i 1.17 wynika jedynie, że umowa umożliwia Kapsch odstąpienie od umowy w przypadku braku objęcia umowami zawartymi przez IŁ lub przez GITD wszystkich obszarów składających się na dotychczasowy elektroniczny system poboru opłat („ESPO”). Wskazać jednak należy, że Zamawiający nie powołał się na konkretne postanowienia umowy, a jedynie wskazał na możliwość odstąpienia. Co więcej, jest to ewentualne odstąpienie od umowy pomiędzy IŁ a Kapsch (której Zamawiający nie jest stroną), zatem nie ma żadnego znaczenia dla Zamawiającego – odstąpienie od umowy przez podwykonawców IŁ nie rodzi żadnych skutków prawnych dla Zamawiającego. Jest to okoliczność prawnie irrelevantna dla Zamawiającego.

Jak wynika z Zawiadomienia IŁ złożył oświadczenia w trybie 492¹ K.c.. Zamawiający wielokrotnie powołuje się na to oświadczenie, a jednocześnie nie odnosi się w ogóle do dwóch istotnych okoliczności, tj. (1) kiedy Zamawiający złożył przedmiotowe oświadczenie i (2) kiedy i w jaki sposób zareagował na oświadczenie Zamawiającego. Cały wywód Zamawiającego kończy się w momencie złożenia przedmiotowego oświadczenia przez IŁ, jakby oświadczenie to wywoływało jakiegokolwiek skutki i jakby miało znaczenie dla zakresu obowiązywania umowy pomiędzy Zamawiającym a IŁ. Tak jednak nie jest. Co więcej, Zamawiający doskonale zdaje sobie z tego sprawę i celowo enigmatycznie wypowiada się o samym oświadczeniu, a jednocześnie nie wskazuje na żadne dalsze skutki, w tym nie wskazuje, że po tym oświadczeniu podjął jakieś czynności faktyczne i prawne w stosunku do IŁ. Z treści Zawiadomienia ma wynikać, że złożono oświadczenie i dlatego Zamawiający musiał wszcząć postępowanie w trybie z wolnej ręki. Jest to jednak tylko budowanie wrażenia przez Zamawiającego. Wskazywana przez Zamawiającego konieczność wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki nie może bowiem być skutkiem samego oświadczenia IŁ. Aby taki skutek w ogóle nastąpił Zamawiający musiałby dokonać dalszych czynności faktycznych i prawnych. Tymczasem z treści Zawiadomienia nie wynika, aby takie dalsze czynności w ogóle miały miejsce.

Zdaniem Odwołującego jest oczywiste i nie wymaga żadnej wykładni prawnej, że złożenie oświadczenia w trybie art. 492¹ K.c. nie wywołuje żadnych skutków. Przedmiotowy przepis buduje dopiero uprawnienie po stronie wierzyciela, odbiorcy przedmiotowego oświadczenia. Jest to uprawnienie do odstąpienia od umowy bez wyznaczania terminu dodatkowego, przed upływem terminu spełnienia świadczenia. Jest to jednak uprawnienie, a nie obowiązek. Tymczasem z treści Zawiadomienia nie wynika, aby Zamawiający podjął jakiejkolwiek czynności faktyczne czy prawne po otrzymaniu przedmiotowego oświadczenia od Instytutu Łączności. Zarówno opis stanu faktycznego, jak i argumentacja kończą się wraz ze wskazaniem na złożenie oświadczenia przez Instytut Łączności. Tak, jakby Zamawiający uznawał, że złożenie tego oświadczenia wywarło jakiś skutek na umowę łączącą go z IŁ i jakby umowa w tym zakresie „przestała obowiązywać”. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuszcza się tutaj celowej manipulacji i przemilczenia. Wynika to z dwóch faktów – po pierwsze, aby umowa z IŁ (po złożeniu przedmiotowego oświadczenia) przestała obowiązywać, to Zamawiający musiałby złożyć odpowiednie oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Co więcej – takie odstąpienie od umowy mogło nastąpić tylko z winy IŁ, a zatem powinno za nim iść naliczenie kar umownych. Kwestia ta została przemilczana, gdyż być może Zamawiający w ogóle nie złożył oświadczenia o odstąpieniu. Może IŁ wciąż, zgodnie z umową z Zamawiającym, jest zobowiązany do świadczenia usług, które Zamawiający obecnie nabywa od Wykonawcy P? Zupełne przemilczenie tej kwestii, brak powołania się na dokumenty, nie wskazanie na konsekwencje przedmiotowego oświadczenia i nie wskazanie, jakie kroki Zamawiający podjął po tym oświadczeniu w stosunku do IŁ, wskazuje, że Zamawiający coś ukrywa – zarówno przed opinią publiczną (brak wzmianek w Ogłoszeniu), jak i przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych (brak wzmianek w Zawiadomieniu).

Po drugie – przedmiotowe oświadczenie nie wywołuje skutków prawnych, w tym skutków w postaci rozwiązania umowy. Tym samym Zamawiający był uprawniony do domagania się wykonania przez IŁ umowy w całości. Tym bardziej, że umowa została zawarta w trybie zamówienia publicznego, zaś wykonawcy takiej umowy nie przysługuje uprawnienie do rezygnacji z realizacji części umowy z okoliczności innych, niż wynikających z siły wyższej czy też winy Zamawiającego. Nie zaistniała żadna okoliczność, która w ogóle uprawniałaby IŁ do wyciągania z takiego oświadczenia skutków w postaci zaniechania realizacji części umowy.

Jak już wskazano powyżej – powstaje pytanie, czy Zamawiający dołożył należytej staranności na etapie zawierania umowy z IŁ, czy należycie określił warunki udziału w postępowaniu, czy zbadał na etapie oceny i badania ofert wiedzę, doświadczenie i dysponowanie odpowiednim personelem, w tym – czy IŁ daje rękojmię wykonania umowy w zakresie utrzymania oprogramowania ACS. Odpowiedź na to pytanie jest bardzo ważna w kontekście brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, który jako jedną z obowiązkowych przesłanek wskazuje konieczność zaistnienia sytuacji niewynikających z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Zdaniem Odwołującego odpowiedź na powyższe pytanie brzmi „NIE”. Zamawiający w ogóle nie badał, czy IŁ posiada możliwości techniczne, personel, wiedzę i doświadczenie umożliwiające mu wykonanie umowy w zakresie dotyczącym oprogramowania ACS. A skoro zaniechał tego na etapie oceny ofert i pomimo tego zawarł umowę, to z pewnością Zamawiający mógł i powinien przewidzieć, że IŁ nie będzie umiał, nie będzie potrafił i nie będzie mógł wykonać umowy w zakresie oprogramowania ACS. Jest to oczywiste – skoro dany podmiot nie ma żadnej wiedzy i doświadczenia w danym zakresie, to każdy Zamawiający powinien przewidywać, że nie będzie umiał następnie zrealizować umowy. Tym samym – nie ziszcza się przesłanka wyjątkowej sytuacji wynikającej z przyczyny, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Ustawodawca wymaga, aby wszystkie ww. przesłanki ziszczyły się łącznie, wystarczy, aby tylko jedna z nich nie zachodziła – a Zamawiający nie jest uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Skoro zatem Zamawiający dopuścił się zawinienia na etapie zawierania umowy z IŁ i nie sprawdził, czy ten wykonawca daje rękojmię wykonania umowy, w szczególności nie postawił warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia dotyczących oprogramowania ACS, to następnie nie może udawać zaskoczonego sytuacją, w której IŁ nie jest w stanie wykonać zamówienia w tej części, o czym informuje Zamawiającego.

Tym samym twierdzenia Zamawiającego zawarte w Zawiadomieniu (pkt 2.38): „Zamawiający nawet przy dołożeniu należytej staranności nie mógł przewidzieć, że pomimo zakontraktowania przedmiotowego zakresu wybrany wykonawca uchylił się od jego realizacji” są zarówno gołosłowne, nie zostały poparte żadnym dowodem, jak i są w oczywistej sprzeczności ze stanem faktycznym. Co więcej – Zamawiający sprytnie manipuluje okolicznościami, próbując wywodzić skutki prawne wyłącznie z „uchylecia się” przez IŁ od realizacji części umowy, starannie pomijając wszystkie swoje zaniechania, w tym nie wskazując, czy umowa z IŁ w zakresie systemu ACS została w ogóle rozwiązana, w jakim trybie i z czyjej winy.

II.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie wątpliwe jest także ziszczenie się nawet przesłanki: „wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia”. Jak wynika z opisanego powyżej stanu faktycznego

utrzymanie systemu ACS skończyło się 2 listopada 2018 r. Z kolei Umowa z Wykonawcą P została zawarta 6 grudnia 2018 r. Co najmniej zatem przez miesiąc i 4 dni żaden podmiot nie świadczył usług wobec systemu ACS. Zamawiający nie wskazał w Zawiadomieniu, co działo się w tym okresie, np. czy usługi były świadczone w inny sposób przez inny podmiot, a może Zamawiający utrzymywał w tym okresie system ACS siłami własnymi, może usługi świadczył IŁ?

Co więcej – zgodnie z harmonogramem realizacji umowy, załącznik nr 2 do umowy (Załącznik nr XX) realizacja umowy jest podzielona na 2 okresy: (1) Okres Przejściowy – od 6.12.2018 do 21.02.2019 r., (2) realizacja przedmiotu umowy z zachowaniem Service Level Agreement („SLA”), gwarantowana jakości usług informatycznych – od dnia 22.02.2019 r., następnego po ostatnim dniu Okresu Przejściowego.

Zakres obowiązków Wykonawcy P w Okresie Przejściowym wskazany jest w Załączniku nr 2 i obejmuje: (1) dostarczenie licencji – pkt 1.1) – 1.3) i konfigurację Środowiska Developerskiego – pkt 1.4).

Z treści Załącznika nr 2 wynika zatem wprost, że usługi dotyczące systemu ACS, które są, zdaniem Zamawiającego, konieczne do funkcjonowania całego systemu KSPO, będą przez Wykonawcę P świadczone dopiero od 22 lutego 2019 r. Tym samym od 3 listopada 2018 r. żaden podmiot nie świadczy na rzecz Zamawiającego usług dotyczących systemu ACS i – za zgodą Zamawiającego – nie będzie ich świadczył aż do 21 lutego 2019 r. Łączny okres, w którym usługi nie będą świadczone to 16 tygodni.

Skoro zatem możliwe jest, aby usługi nie były świadczone aż przez 16 tygodni, to nie jest to możliwe do pogodzenia z twierdzeniami Zamawiającego, że konieczne było natychmiastowe wykonanie zamówienia.

Należy też podkreślić, że cały czas nie wiadomo, kiedy IŁ złożył swoje oświadczenie, że nie będzie realizował umowy w zakresie systemu ACS. Niezależnie bowiem od powyższej argumentacji, że oświadczenie to nie wywołuje skutków prawnych, to już od tej daty Zamawiający mógłby ewentualnie podejmować kroki zmierzające do zapewnienia sobie usług utrzymania systemu ACS, a dokładnie mógł wszcząć i przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Skoro godzi się na to, że przez co najmniej 16 tygodni nie system ACS nie będzie utrzymywany, to okres ten wystarczyłby na zawarcie umowy w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający w pkt 2.47 Zawiadomienia wskazuje, że zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa UZP średni czas trwania postępowania na usługi prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego to 86 dni (12,2 tygodnia). Tymczasem – jak wskazano powyżej – Zamawiający przez okres 16 tygodni nie będzie miał zapewnionych usług utrzymania ACS. Zatem sam Zamawiający powołuje się na terminy, które mogły być przez niego dochowane.

Zamawiający wskazuje, że postępowanie na usługi dla systemu ACS trwać będzie 8-12 miesięcy, jako główny argument wskazuje tutaj poprzednie postępowania na system KSPO, w tym postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego prowadzonego przez kilkanaście miesięcy przez GDDKiA, a następnie unieważnione. Zamawiający znowu dopuszcza się manipulacji, ponieważ czym innym jest postępowanie na Świadczenie usługi przejęcia i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, którego budżet (ostatniego, pkt 12 tabeli) wynosił 441.693.000 zł, a czym innym – przedmiotowe postępowanie o budżecie około 1 mln zł. Tym samym odnoszenie się do czasu trwania postępowania prowadzonego uprzednio w trybie konkurencyjnym przez GDDKiA jest zupełnie bezprzedmiotowe. Zdaniem Zamawiającego średni okres postępowania na usługi jest tutaj jak najbardziej adekwatny.

Odwolujący wykazał powyżej, że nie zachodzą przesłanki, które uprawniałyby Zamawiającego do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Podczas analizy udostępnionej dokumentacji Postępowania Odwołujący zidentyfikował szereg innych nieprawidłowości, zgodnie z poniższą argumentacją.

Warunki udziału w postępowaniu, brak wiedzy i doświadczenia Wykonawcy P odnośnie usług dotyczących oprogramowania ACS – naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp

Zamawiający w „Zaproszeniu do udziału w negocjacjach” nie określił żadnych warunków udziału w Postępowaniu. W pkt IV „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia oraz wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, w ppkt 1 wskazano:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art 24 ust 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu”.

W dokumentacji Postępowania nie znajdują się żadne dokumenty, z których wynikałoby, że Wykonawca P posiada jakiekolwiek, choćby minimalne doświadczenie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Brak taki jest tym bardziej zastanawiający, jeśli weźmie się pod uwagę treść Zawiadomienia. Otóż Zamawiający w pkt 1.23 wskazał:

„Niemniej jednak Wykonawca zapewnił, iż dzięki współpracy z osobami dotychczas współpracującymi z Accenture i zaangażowanymi w utrzymanie systemu, jest w stanie w możliwie najwyższym poziomie świadczyć omawiane usługi i

zapewnić prawidłowe funkcjonowanie systemu”.

W dokumentacji Postępowania nie znajduje się żadne takie oświadczenie Wykonawcy P, w szczególności nie jest ono zawarte w „Formularzu przystąpienia do negocjacji” z 5.11.2018 r. Nie zostało też zamieszczone w Umowie – co więcej,

Umowa w sposób wadliwy w ogóle nie wskazuje na Personel (o czym dalej). Mając na uwadze wyrażoną w art. 9 ust. 1 Pzp zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy stwierdzić, że twierdzenia Zamawiającego o rzekomym zapewnieniu przez Wykonawcę P, że posiada odpowiedni personel nie polega na prawdzie i nie znajduje umocowania w dokumentacji postępowania.

Odwolujący wyjaśnił następnie czym jest Accenture Clearing System (ACS) – otóż jest to rozwiązanie firmy Accenture wykonane z wykorzystaniem standardowego oprogramowania klasy ERP – systemu Microsoft Dynamics AX 2012. Oprogramowanie to realizuje główne funkcje w obszarze rozliczeń finansowych w systemie ESPO. Biorąc powyższe pod uwagę należy przyjąć, że podmiot, który miałby świadczyć usługi SLA systemu ACS dla Zamawiającego, powinien posiadać zarówno kompetencje w zakresie technologii Microsoft Dynamics AX, jak również wiedzę na temat rozwiązania ACS opracowanego przez Accenture.

Z dostępnych informacji na temat Wykonawcy P nie wynika, aby firma ta miała jakiegokolwiek kompetencje w Microsoft Dynamics AX. Nie są dostępne żadne informacje na temat posiadanych umów partnerskich, certyfikowanych pracowników czy wdrażanych gdziekolwiek systemów w tej technologii. Brak również informacji na temat jakichkolwiek doświadczeń w obszarze wdrażania przez Pentacomp systemu ACS firmy Accenture.

Podmiotami, który mógłby świadczyć takie usługi (posiada odpowiednie kompetencje) jest oczywiście autor systemu ACS (firma Accenture) oraz firmy posiadające kompetencje w Microsoft Dynamics AX. Odwołujący podkreślił, że ma jeden z największych zespołów zajmujących się Microsoft Dynamics AX w Polsce, posiadający ponad 100 certyfikatów ze znajomości systemu. Przez wiele lat swojej działalności dopracował się wielu unikalnych rozwiązań i dodatkowych funkcjonalności oraz modułów w zakresie systemu Microsoft Dynamics AX, które zdecydowanie poszerzyły jego funkcjonalność. Innymi podmiotami posiadające kompetencje w Microsoft Dynamics AX są: Bonair S.A., Arcus SI, Sii sp. z o.o., XPLUS S.A.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający kontynuuje udzielanie zamówień publicznych podmiotom, odnośnie których nie sprawdza na etapie badania i oceny ofert, czy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tak było – według najlepszej wiedzy Odwołującego – w przypadku udzielenia zamówienia IŁ w zakresie oprogramowania ACS, tak jest w przedmiotowej sprawie. Zaniechanie określenia chociażby minimalnych wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia jest przypadkiem kuriozalnym. Odwołujący zna setki warunków udzielania zamówień w trybach niekonkurencyjnych i nigdy wcześniej nie spotkał się z sytuacją, aby zamawiający zaniechał określenia warunków wiedzy i doświadczenia, jakimi musi się wykazać wykonawca. Nie należy bowiem mylić dwóch okoliczności: czym innym jest udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, a czym innym ciążący na zamawiającym obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W tym właśnie celu zamawiający określa warunki udziału w zamówieniu. Tego zamówienia Zamawiający mógł udzielić równie dobrze firmie budowlanej czy też koncernowi farmaceutycznemu, gdyż mają one tak samo wykazane wiedzę i doświadczenie, jak Wykonawca P.

Zdaniem Odwołującego brak określenia warunków udziału w Postępowaniu wskazuje na intencje Zamawiającego – zawarcia umowy „za wszelką cenę”, niezależnie od tego, czy wybrany wykonawca w ogóle ma potencjał do realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający powtarza te same błędy, których dopuścił się na etapie zawarcia umowy z IŁ, nie można wykluczyć, że w lutym czy marcu 2019 r. (po zakończeniu okresu przejściowego) będzie musiał odstąpić od umowy z Wykonawcą P i kolejny raz próbować zawrzeć umowę na świadczenie usług dla systemu ACS. Zapewne i wtedy Zamawiający powoła się na art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Jeżeli Zamawiający był w stanie zawrzeć umowę z Wykonawcą P, z zastosowaniem 11-tygodniowego Okresu Przejściowego na przygotowanie się Wykonawcy P do świadczenia usługi, to dlaczego nie zdecydował się na rozpisanie postępowania konkurencyjnego, w którym długość okresu przejścia odpowiedzialności za działanie system stanowiłby kryterium oceny oferty wykonawcy.

Kwestia podwykonawstwa

Wykonawca P w „Formularzu przystąpienia do negocjacji”, w pkt 5, wskazał, że zamówienie wykona przy udziale podwykonawcy, wskazując Accenture sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Oświadczenie to złożono z datą 5.11.2018 r. Warto zwrócić uwagę na zakres podwykonawstwa, ponieważ Wykonawca P wskazał, że całość usług ma zamiar zlecić podwykonawcy. W pkt 5 nie wskazano, że wyłącznie część tych usług zostanie zlecona podwykonawcy. Takie samo oświadczenie Wykonawca P zawarł w JEDZ złożonym w dacie 9.11.2018 r., podczas gdy w umowie zawartej w dniu

6.12.2018 r., w Załączniku nr 6 – „Lista podwykonawców”, wskazano „nie dotyczy”.

Powstaje zatem pytanie, na jakiej podstawie wybrano Wykonawcę P, a następnie zawarto umowę? Zakres umowy jest sprzeczny z dokumentami składanymi przez Wykonawcę P w toku Postępowania. Mając na uwadze, że Wykonawca P nie wykazał się żadną wiedzą i doświadczeniem w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, należy postawić pytanie, w jaki sposób daje rękojmię wykonania zamówienia? Początkowo można było domniemywać, że Wykonawca P jedynie formalnie będzie stroną umowy, zaś usługi świadczył będzie Accenture. Jednakże brzmienie umowy (sprzeczne z dokumentami Postępowania) wskazuje, że Accenture nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Pkt 2.57 Protokołu postępowania oraz Zawiadomienia Prezesa UZP

Zamawiający wskazuje, że zawiera umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki z podwykonawcą Dotychczasowego Wykonawcy: „do negocjacji prowadzonych w trybie z wolnej ręki został zaproszony podmiot będący podwykonawcą dotychczasowego Wykonawcy ESPO”.

Z powyższego wynikałoby, że Wykonawca P był podwykonawcą Konsorcjum Kapsch, w szczególności zaś należy rozumieć, że Wykonawca P świadczył na rzecz Kapsch usługi związane z oprogramowaniem ACS. Oświadczenie to jest sprzeczne ze stanem faktycznym. Wykonawca P nie był podwykonawcą firmy Kapsch. Co więcej, nie świadczył nigdy wcześniej żadnych usług dla oprogramowania ACS.

Już samo powyższe wskazuje, że odwołanie jest słuszne, a to wobec faktu, że w uzasadnieniu zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający powołuje się na nieprawdziwe okoliczności. O ile stwierdzenie to miało uzasadnienie w toku prowadzenia negocjacji z Accenture, to nie znajduje żadnego uzasadnienia dla zawarcia umowy z Wykonawcą P.

Personel

W pkt 10.7 umowy z Wykonawcą P wskazano, że jest on zobowiązany wykonywać umowę przy pomocy wykwalifikowanego Personelu Wykonawcy. W pkt 10.8 Umowy Wykonawca P zobowiązał się do podania danych kontaktowych tego Kluczowego Personelu Wykonawcy w Załączniku nr 4 do umowy, podczas gdy w tym załączniku opisane są Zasady płatności wynagrodzenia. Jest to sprzeczność wewnętrzna umowy. Nie ma też w Umowie żadnego innego załącznika, w którym wskazano by Kluczowy Personel Wykonawcy.

Powstaje pytanie, przy pomocy jakiego wykwalifikowanego Personelu Kluczowego Wykonawca P zamierza realizować umowę i czy w ogóle takim wykwalifikowanym Personelem dysponuje? Z brzmienia Umowy wynika, że nie dysponuje i że takiego Personelu dedykowanego do realizacji Umowy po prostu nie ma. Ponownie powstaje wątpliwość w jaki sposób Wykonawca P daje rękojmię wykonania zamówienia nie posiadając ani wykwalifikowanego Personelu Kluczowego ani żadnych podwykonawców.

Termin na jaki zawarto umowę

Przedmiotowa umowa została zawarta na 12 miesięcy.

W zaproszeniu do negocjacji wskazano jednak, że umowa zostanie zawarta na 5 miesięcy. Ani w protokole Postępowania, ani w żadnym innym dokumencie nie znajduje się żadne uzasadnienie tak znacznego wydłużenia okresu obowiązywania umowy.

Wraz z wydłużeniem okresu obowiązywania umowy zwiększeniu (znacznemu) uległo wynagrodzenie – z kwoty 659.650 zł do kwoty 1.089.000 zł.

Także powyższe wskazuje na nieuzasadnione faworyzowanie Wykonawcy P.

Kwestia dostawy licencji

W OPZ załączonym do Zaproszenia (załącznik nr 1) przedmiot zamówienia nie obejmował dostawy licencji oprogramowania, podczas gdy w OPZ załączonym do Umowy przedmiot zamówienia został rozszerzony o dostawę licencji i budowę Środowiska Developerskiego (OPZ pkt 5.1 c), d)):

„Na potrzeby infrastruktury sprzętowo-programowej Wykonawca zobowiązuje się zakupić i dostarczyć do Zamawiającego (w ramach wynagrodzenia określonego w pkt 5.3. Umowy) następujące licencje uprawniające do korzystania z oprogramowania standardowego:

1)SQLSvrStd 2017 OLP NL Gov,

2)SQLCAL 2017 OLP NL Gov UserCAL dla 10 użytkowników.

Licencje będą udzielone Zamawiającemu na warunkach określonych przez producenta”.

Dostawa licencji dotyczy oprogramowania standardowego, którego producentem jest firma Microsoft. Oprogramowanie to jest powszechnie dostępnym na rynku oprogramowaniem „z półki” i może być dostarczone przez wiele podmiotów posiadających umowy partnerskie z Microsoft na jego dystrybucję.

Jak wynika z powyższego tryb zamówienia z wolnej ręki zastosowano nawet dla dostarczenia zwykłego oprogramowania typu COTS, pudełkowego – takiego, które może dostarczyć każdy z setek autoryzowanych dystrybutorów firmy Microsoft.

Co więcej, z treści umowy nie wynika nawet, jaka jest cena za te licencje. Nigdzie nie została ona wydzielona, zatem istnieje możliwość, że Zamawiający znacznie przeplaca za te licencje, płacąc za nie cenę znacznie powyżej ceny rynkowej.

Odwolujący załączył do odpowiedzi na odwołanie dokumenty wyszczególnione w zaprezentowanej powyżej tabeli, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z następującym uzasadnieniem.

W zakresie przebiegu procesu wyłonienia wykonawcy Zamawiający stwierdził, że osią całej argumentacji Odwołującego jest próba wykazania, że Zamawiający nie miał podstaw do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp, tj. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że obowiązki w zakresie systemu KSPO (Krajowy System Poboru Opłat, w tym ESPO zostały narzucone Zamawiającemu przez ustawodawcę. Dotyczy to nie tylko części systemu w zakresie ACS, ale całości obsługi poboru opłat. Odpowiednie zmiany w prawie zostały przeprowadzone w grudniu 2017 r. Nie były one wcześniej planowane przez rząd więc Zamawiający nie mógł się do nich wcześniej przygotować.

W 2009 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako: „GDDKiA”) przeprowadziła postępowanie na realizację zamówienia pod nazwą „Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej”. Umowę w dniu 2 listopada 2010 r. zawarto umowę z Konsorcjum Kapsch. Umowa została zawarta na 8 lat, tj. do dnia 2 listopada 2018 r. (dalej: „Umowa”).

W związku ze zbliżającym się terminem wygaśnięcia Umowy GDDKiA prowadziła w latach 2016-2017 postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego na wybór nowego wykonawcy w zakresie obsługi ww. systemu.

8 grudnia 2017 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 12; dalej jako „Nowelizacja”), która od dnia 3 listopada 2018 r., czyli od następnego dnia po dniu zakończenia obowiązywania Umowy, obowiązek w zakresie poboru opłat przekazała z GDDKiA na Zamawiającego. Nowelizacja weszła w życie 18 stycznia 2018 r. Postępowanie GDDKiA autostrad zostało w związku z tym unieważnione.

Zdaniem Zamawiającego GDDKiA odpowiednio wcześniej wszczęła postępowanie, tj. w grudniu 2016 r., tak aby zdążyć je rozstrzygnąć przed 2 listopada 2018 r. Na skutek jego unieważnienia, czas pomiędzy grudniem 2016 r. a styczniem 2018 r. z przyczyn niezależnych od GDDKiA oraz Zamawiającego został utracony. Zamawiającemu w styczniu 2018. r. pozostało mniej niż 10 miesięcy na wyłonienie szeregu wykonawców dla poszczególnych elementów systemu poboru opłat. Jest to czas bardzo krótki. Zamawiający dodał, że nie mógł udzielić zamówienia w jednym postępowaniu jednemu wykonawcy z uwagi na nowe brzmienie art. 13 hb ust. 1a i 1c ustawy z dnia 21 marca 1985 r, o drogach publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 2068 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Udp”, z których wynika, że może powierzyć, w drodze porozumienia, wykonywanie w jego imieniu tylko niektórych czynności związanych z poborem opłaty elektronicznej, a co więcej, jedynie w części może skorzystać z usług podmiotów innych niż publiczne.

Wymaga podkreślenia, że Nowelizacja została uchwalona w trakcie trwania postępowania prowadzonego przez GDDKiA, stąd trudno było sobie wyobrazić – na datę uchwalania lub ogłoszenia Nowelizacji – że podmiotem zobowiązanym ustawowo do poboru opłat, w tym także do świadczenia usług wsparcia i utrzymania narzędzia rozliczeniowego, mógłby być ktoś inny, niż GDDKiA, w szczególności, że obowiązki związane z poborem opłat zostaną przekazane ustawowo do Zamawiającego.

Odwolujący pomija w odwołaniu całkowicie wyżej opisane „tło” całej sprawy. Zamawiający w styczniu 2018 r. otrzymał całkowicie nowe obowiązki. Spowodowało to konieczność przeorganizowania całej jego struktury, zatrudnienie nowych osób oraz przeprowadzenie szeregu postępowań o udzielenie zamówienia związanych z obsługą systemu

poboru opłat w całości (nie tylko w zakresie ACS). Zamawiający zmieniał zatem całkowicie sposób funkcjonowania i równolegle był zmuszony wyłaniać podmioty do świadczenia usług związanych w systemem poboru opłat od dnia 3 listopada 2018 r. Bez wątplenia wpływ na ocenę okoliczności w jakich Zamawiający udzielał zamówienia w zakresie ACS ma również ta okoliczność.

Podsumowując, po wejściu w życie Nowelizacji Zamawiający rozpoczął działania mające na celu umożliwienie świadczenia usług poboru opłaty elektronicznej od dnia 3 listopada 2018 r. A zatem brak „winy” Zamawiającego wynika nie tylko z faktu zmiany przepisów Udp, ale również w podejmowaniu wszelkich działań zmierzających do utrzymania ciągłości funkcjonowania systemu poboru opłat.

Zamawiający od lutego 2018 r. podjął działania polegające na analizie podziału obowiązków i czynności realizowanych w ramach KSPO pomiędzy różne podmioty i ostatecznie w dniu 28 sierpnia 2018 r. (dzień podpisania umowy) udzielił zamówienia IŁ (w trybie negocjacji bez ogłoszenia). Wśród obowiązków IŁ była m. in. obsługa w zakresie ACS. Zamawiający w tym momencie był przekonany, że nie będzie konieczności wyłaniania innego wykonawcy do realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

Zamawiający podkreślił, że IŁ nie był podmiotem przypadkowym. Zamawiający skierował zaproszenie do instytutów badawczych, zgodnie z art. 13hb ust. 1a Udp. Zaproszenie było więc skierowane do specjalistycznych podmiotów państwowych. Nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie, że zlecenie skierowano do podmiotu, który nie dawał rękojmi w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem. Zamawiający miał prawo oczekiwać, że IŁ, jako specjalistyczna instytucja, podoła wykonaniu przedmiotu umowy, zwłaszcza że mieścił się w zakresie podmiotów sugerowanych przez ustawodawcę.

IŁ w zakresie m.in. usług ACS w trybie z wolnej ręki planował zlecić realizację świadczenia usługi PWPW. Było to samodzielne postępowanie prowadzone przez IŁ bez udziału Zamawiającego. Z posiadanych przez niego informacji wynika, że negocjacje nie zakończyły się zawarciem umowy z uwagi na cenę PWPW, która domagała się wynagrodzenia przewyższającego środki które IŁ mógł przeznaczyć na realizację zamówienia. Postępowanie zostało unieważnione w dniu 27 września 2018 r.

W dniu 17 października 2018 r. IŁ zawarł umowę z Kapsch na utrzymanie systemu i nadzór nad innymi podwykonawcami. Umowa przewiduje możliwość odstąpienia od niej przez Kapsch w przypadku braku objęcia obsługą wszystkich obszarów składających się na dotychczasowy system ESPO (w tym ACS) przez IŁ lub Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego przyczyną wprowadzenia takiego postanowienia jest wzajemne powiązanie poszczególnych elementów systemu ESPO. Brak opieki nad jednym z nich stanowi zagrożenie dla całego systemu. Kapsch nie chciał brać odpowiedzialności za nieprawidłowe działanie systemu w sytuacji gdy jego fragment, pozostający poza jego kontrolą, nie byłby objęty serwisem. Jest to czynnik dodatkowy, wpływający na konieczność zapewnienia obsługi ACS. W przeciwnym razie istniała groźba, że cały system pozostanie po dniu 3 listopada 2018 r. bez obsługi a w konsekwencji, że opłaty nie będą pobierane. Istniało wysokie prawdopodobieństwo, że Kapsch zrezygnuje z realizacji umowy z IŁ na tej podstawie i Zamawiający, jako podmiot ustawowo odpowiedzialny za działanie systemu, musiał wziąć to pod uwagę. Nie ma zatem znaczenia argument Odwołującego (pkt 61 odwołania), że odstąpienie Kapsch od umowy z IŁ nie rodzić będzie żadnych skutków prawnych dla Zamawiającego, z uwagi na to że Zamawiający nie jest stroną tej umowy. Istotne jest bowiem, że zgodnie z Udp Zamawiający jest odpowiedzialny za działanie systemu poboru opłat (w tym ESPO). Odstąpienie od umowy z IŁ przez Kapsch miałoby zatem bardzo poważne skutki dla Zamawiającego.

W dniu 2 października 2018 r. IŁ złożył Zamawiającemu oświadczenie, zgodnie z którym wykonywanie umowy z dnia 28 sierpnia 2018 r. w obszarach obejmujących m. in. ACS (opieka autorska i serwisowa nad podsystemem rozliczeń i płatności Accenture Clearing System (ACS) ESPO) bez podwykonawcy PWPW nie będzie możliwe. Zamawiający w żaden sposób nie mógł się spodziewać, że IŁ takie oświadczenie złoży. Oświadczenie IŁ było przedmiotem analizy ze strony i rozmów z IŁ. Ostatecznie, nie mając innego wyjścia, w dniu 17 października 2018 r., Zamawiający złożył wobec IŁ oświadczenie o odstąpieniu w części od umowy z 28 sierpnia 2018 r. z powołaniem się na art. 492¹ K.c. oraz § 25 ust. 25.4 pkt 7 oraz § 25 ust. 25.10 pkt 2 umowy, z których wynika że odstąpienie będzie dotyczyć jedynie wybranych praw i obowiązków wykonawcy, z jednoczesnym pozostawieniem w mocy umowy w pozostałym zakresie.

3 października 2018 r. Zamawiający wszczął w trybie z wolnej ręki negocjacje z Accenture w przedmiocie świadczenia usługi ACS. Zamawiający podkreślił, że działał niezwłocznie, w interesie państwa, mając na uwadze konieczność zapewnienia działania systemu poboru opłat od dnia 3 listopada 2018 r. Zamawiającemu pozostawał już tylko miesiąc do wygaśnięcia umowy pomiędzy GDDKiA a Kapsch. Zamawiający zatem nie zwlekał i równolegle prowadził rozmowy z IŁ w związku ze złożonym oświadczeniem i prowadził negocjacje z potencjalnym nowym

podmiotem (Accenture). Nie mógł sobie pozwolić na stratę choćby jednego dnia, dlatego nie czekano na formalne zakończenie umowy w zakresie ACS z ŁŁ. Gdyby ŁŁ wycofał się ze złożonej w dniu 2 października 2018 r. deklaracji, wówczas Zamawiający unieważniłby postępowanie w trybie z wolnej ręki z Accenture.

31 października 2018 r., Accenture odstąpiło od negocjacji z uwagi na brak zgody organów nadzorczych spółki na zawarcie umowy. W tych okolicznościach Zamawiający, mając zaledwie 3 dni, podjął kolejną próbę pozyskania wykonawcy w zakresie obsługi ACS i jeszcze w tym samym dniu, tj. 31 października 2018 r. wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki zapraszając do negocjacji Wykonawcę P. Negocjacje zakończyły się sukcesem, choć trwały dłużej niż życzył sobie tego Zamawiający. Umowę zawarto w dniu 6 grudnia 2018 r. Unieważnienie tej właśnie umowy domaga się bezpodstawnie Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, trudno uznać, że Zamawiający działał z góry powziętym zamiarem udzielenia zamówienia Wykonawcy P, skoro został on zaproszony dopiero w efekcie rezygnacji z realizacji tej części obsługi systemu przez ŁŁ, a następnie Accenture. Zamówienie z wolnej ręki ma to do siebie, że zawsze negocjuje się z jednym podmiotem, więc w tym kontekście nie można też mówić o „faworyzowaniu” Wykonawcy P tylko dlatego, że negocjacji nie prowadzono z innym wykonawcą.

Podsumowując, dopiero od dnia 2 października 2018 r. Zamawiający miał podstawy do tego aby uznać, że w zakresie ACS konieczne jest wyłonienie wykonawcy. Zamawiający miał zatem 1 miesiąc (do dnia 3 listopada 2018 r.) na pozyskanie obsługi w zakresie ACS. Nie było żadnej możliwości aby wyłonić wykonawcę w trybie konkurencyjnym w tak krótkim czasie, jak również w żadnym innym trybie znanym Pzp (poza wolną ręką).

Zamawiający wyjaśnił następnie, że system poboru opłat ma charakter kompleksowy i złożony. Zakresem umowy z Wykonawcą P jest objęta część ESPO, tj. usługa dotycząca opieki autorskiej i serwisowej nad podsystemem rozliczeń i płatności (ACS). Przedmiotowa usługa jest integralną częścią systemu, a jej brak będzie prowadził do jego dysfunkcji przejawiającej się m. in. brakiem możliwości poboru opłat. Jest to oczywiste biorąc pod uwagę, że przedmiotowa część systemu dotyczy rozliczeń i płatności.

Istotność zagadnienia którego dotyczy odwołanie, wynika również z uzasadnienia dla Nowelizacji: „Podstawową rolą KSPO jest generowanie przychodów do Krajowego Funduszu Drogowego („KFD”), z którego finansowane są inwestycje na drogach krajowych. KSPO zapewnia wieloletnie podstawy finansowe funkcjonowania KFD, który jest podstawowym źródłem finansowania inwestycji na drogach krajowych i mechanizmem pozwalającym na absorpcję środków z budżetu UE w obecnej i kolejnej perspektywie finansowej. Od dnia 1 lipca 2011 r. do dnia 30 września 2017 r. KSPO wygenerował przychody w wysokości ok. 8,6 mld złotych. Powyższe dane same w sobie jednoznacznie wskazują na istotność KSPO dla interesów Rzeczypospolitej Polskiej”.

Ustawodawca wprost wskazał, że właściwe działanie systemu jest istotne z uwagi na interes państwa. Jednocześnie pośrednio wpływa też na bezpieczeństwo kierowców. Wynika to z faktu, że zakłócenie elektronicznego poboru opłat, a tym bardziej całkowity brak świadczenia tej usługi, oznaczać będzie znaczne zmniejszenie środków finansowych wpływających do KFD co w konsekwencji może wpłynąć na bezpieczeństwo kierowców, gdyż uniemożliwi przynajmniej w części realizację planu budowy czy przebudowy (w tym niebezpiecznych lub wymagających przebudowy odcinków) dróg krajowych z uwagi na zakłócenie przekazywania środków finansowych na ten cel.

Wpływy do KFD z ESPO wynoszą średnio około 5 mln dziennie, zatem zawarcie umów (w tym dotyczącej ACS) zabezpieczających realizację usług w omawianym obszarze było konieczne, by mitygować ryzyko powstania szkody znacznych rozmiarów.

Omawiane rozwiązanie rozliczeniowe stanowi punkt przecięcia wielu informacji wymienianych między różnymi stronami trzecimi (dostawcami kart flotowych, Systemem Centralnym ESPO, bramką płatniczą, GITD, bank obsługujący KSPO-BGK). Te wymiany są zmaterializowane przez pliki, serwisy internetowe i punkty integracji zarządzane przez kilka interfejsów, ACS pośredniczy między Systemem Centralnym ESPO a innymi podmiotami realizującymi zadania w procesie rozliczeń i płatności KSPO, w szczególności dostawcami kart flotowych, podmiotami obsługującymi bramkę płatniczą, Zamawiającym i BGK (Bank Gospodarstwa Krajowego). Zachowanie ciągłości działania opieki serwisowej nad podsystemem ACS jest niezbędnym elementem do prawidłowego funkcjonowania ESPO. Rozwiązanie ACS umożliwia sparowanie i identyfikację zestawień operacji na rachunkach bankowych z transakcjami na drodze płatnej każdego z użytkowników poruszających się po sieci dróg płatnych, zarządzanych przez GDDKiA i gromadzonych na indywidualnych kontach użytkowników. Brak narzędzia rozliczeniowego uniemożliwia identyfikację oraz rozliczanie wpłat od indywidualnych użytkowników, realizowanych różnymi metodami płatności, w tym z wpłatami realizowanymi przez agenta rozliczeniowego oraz wystawców kart flotowych.

Zamawiający zauważył, że ESPO jest jednolitym systemem teleinformatycznym, służącym do poboru opłaty

elektronicznej pobieranej za przejazd odcinkami dróg płatnych, od pojazdów o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony. W jego skład wchodzi ściśle zintegrowane ze sobą elementy, odpowiadające m.in. za komunikację z urządzeniami pokładowymi w pojazdach i pobór opłat, obsługę klienta, kontrolę, przetwarzanie danych, system centralny czy realizację płatności. Elementy te są wzajemnie od siebie zależne i funkcjonowanie każdego z nich wpływa na funkcjonowanie lub funkcjonalność pozostałych, lub na działanie i efektywność całego systemu. Włączanie poszczególnych funkcjonalności do systemu na późniejszym etapie (tj. nieudzielenie zamówienia na dane usługi obecnie, by mogły być świadczone z początkiem 3 listopada 2018 r.) mogłoby spowodować dysfunkcję w systemie, w szczególności braku wpływów do KFD, czy też zagrożenia dla bezpieczeństwa osób. Nieprawidłowości działania dowolnego z elementów, błędy w obsłudze lub nieplanowane niedostępności wpływają bezpośrednio na pracę pozostałych elementów i całego systemu, zaburzając ją, lub całkowicie uniemożliwiając jego prawidłowe działanie. Takie zaburzenia mogą mieć wpływ na obniżenie skuteczności poboru opłat przez nieprawidłowe działanie niektórych funkcjonalności, a także prowadzić do obniżenia wpływów z tytułu poboru opłaty el elektronicznej do KFD, włącznie z całkowitym przerwaniem ciągłości poboru opłat, a co za tym idzie - braku wpływów z tego tytułu.

Zamawiający wskazał następnie, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki powstaje w przypadku spełnienia się następujących warunków:

- 1.zaistniała wyjątkowa sytuacja;
- 2.zamawiający nie przyczynił się do zaistnienia wyjątkowej sytuacji;
- 3.zamawiający nie mógł przewidzieć zaistnienia wyjątkowej sytuacji;
- 4.wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;
- 5.nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Zamawiającego już przedstawiony opis stanu faktycznego świadczy o tym, że wszystkie ww. przesłanki wystąpiły. Odwołujący niezasadnie utrzymuje przy tym, że jedynie zdarzenie o znamionach klęski żywiołowej, wojny, katastrofy czy awarii umożliwia udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Taka interpretacja przepisu jest nieuprawniona. Prowadziłaby ona do wniosku, że przepis art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp byłby przepisem pustym, niemal niemożliwym w praktyce do zastosowania, a co więcej, oznaczałoby to, że podmiot który znalazłby się w sytuacji analogicznej do Zamawiającego nie miałby żadnej możliwości działania zgodnego z prawem, choćby wymagał tego stan wyższej konieczności, którym w tym przypadku była potrzeba utrzymania ciągłości poboru opłat i znacznych wpływów fiskalnych z tego tytułu do Skarbu Państwa. Nie można było tego skutku osiągnąć przy zastosowaniu innego trybu z powodu braku czasu.

Również przedłużające się Postępowanie może oznaczać spełnienie przesłanek ustawowych. Zamawiający podkreśla, że w okolicznościach sprawy, analogicznie należy podejść do sytuacji w której znalazł się Zamawiający. Czas którym dysponował od momentu przekazania mu obowiązków ustawowych w zakresie poboru opłat do chwili obecnej został wykorzystany w sposób najefektywniejszy z możliwych. Zamawiający udzielił zamówienia IŁ odpowiednio wcześniej, a konieczność jego „kontynuowania” w części, na skutek odstąpienia w części umowy z IŁ, można potraktować jako przedłużenie samej procedury wyłaniania wykonawcy, której Zamawiający nie spowodował, i której obiektywnie mógł się nie spodziewać. Zamawiający po zawarciu umowy z IŁ, miał prawo oczekiwać, że zostanie ona w całości zrealizowana, w tym w zakresie ACS. Oświadczenie IŁ z dnia 2 października 2018 r. było całkowitym zaskoczeniem, sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną, której Zamawiający w żaden sposób nie spowodował.

Odwołujący ten element całkowicie pomija, tj. nie bierze w ogóle pod uwagę okoliczności faktycznych w jakich działał GITD, a które zostały opisane w pkt. I odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający ma tu na myśli przede wszystkim niespodziewane oświadczenie IŁ z dnia 2 października 2018 r. o nie wykonaniu umowy w zakresie m.in. ACS ale również niepowodzenie negocjacji z Accenture. Istotne jest również aby mieć na uwadze to w jaki sposób i kiedy obowiązki w zakresie ESPO zostały GITD przekazane i w związku z tym jak mało czasu miał Zamawiający na wyłonienie wykonawców w zakresie obsługi systemu poboru opłat. Jednocześnie, skupiając się na postępowaniu dot. ACS Zamawiający już wykazywał, że od 2 października 2018 r. do 3 listopada 2018 r. miał zaledwie miesiąc na wyłonienie wykonawcy. Wymagało to natychmiastowego działania i uniemożliwiało zachowanie terminów dla innych trybów postępowania.

Następnie Zamawiający odniósł się szczegółowo do niżej wskazanych tez odwołania.

Pkt 50-52 odwołania

Odwołanie w tym zakresie wykracza poza postawione zarzuty. Zamawiający podkreślił, że treść uzasadnienia z ogłoszenia o zamówieniu nie ma związku z wystąpieniem, bądź nie przesłanek udzielenia zamówienia oraz nie ma żadnego związku z rzekomym faworyzowaniem Wykonawcy P.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, że przeprowadził analizę i stwierdził, że istnieją przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Twierdzenia Odwołującego, że uzasadnienie jest ogólnikowe jest bezpodstawne. Zamawiający zawarł w Sekcji IV Ogłoszenia wyczerpujące uzasadnienie, szeroko opisując okoliczności zastosowania trybu oraz odnosząc się do wszystkich przesłanek. Ponadto, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia ma ograniczoną pojemność jeśli chodzi o ilość znaków, Z tego względu, Zamawiający w Sekcji VI Ogłoszenia poinformował, że z uwagi na ograniczoną ilość znaków formularza ogłoszenia o udzieleniu zamówienia szczegółowe uzasadnienie wyboru trybu znajduje się w dokumentach Postępowania. Co więcej, żaden przepis nie precyzuje jak szczegółowe ma być uzasadnienie. W ocenie Zamawiającego jest ono wystarczające. Uzasadnienie szersze, liczące 19 str., przedstawiono w zawiadomieniu do Prezesa UZP (dalej: „Zawiadomienie”). Zgodnie z art. 67 ust. 2 Pzp dokument ten też jest częścią dokumentacji Postępowania.

W odniesieniu do ciężaru dowodu, w ocenie Zamawiającego, prawidłowo wykazał istnienie przesłanek biorąc pod uwagę zarówno treść ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, jak i Zawiadomienie.

Należy dodać, że Zamawiający nie miał obowiązku, zgodnie z art. 66 ust. 2 Pzp, publikować informacji o zamiarze zawarcia umowy. Jest to uprawnienie Zamawiającego, wobec czego nie można czynić mu z tego powodu zarzutów. Zamawiający miał obowiązek opublikować Ogłoszenie oraz zawiadomić Prezesa UZP i obowiązek ten dopełnił. Ponadto kwestia ta nie ma związku z postawionymi zarzutami, gdyż nie wpływa na istnienie bądź nieistnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, lecz dotyczy czynności podejmowanych w trakcie Postępowania (po jego wszczęciu).

Pkt 54 odwołania

Odwołanie w tym zakresie wykracza poza postawione zarzuty. Zamawiający podkreślił, że treść uzasadnienia z Ogłoszenia nie ma związku z wystąpieniem, bądź nie przesłanek udzielenia zamówienia oraz nie ma żadnego związku z rzekomym faworyzowaniem Wykonawcy P.

Zamawiający ponownie podał, że dokonał szczegółowej analizy faktycznej i prawnej możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki. Parafowanie „Zaproszenia do negocjacji” z zastrzeżeniem przytoczonym przez Odwołującego przez radcę prawnego jest bez znaczenia dla sprawy i o niczym nie świadczy. W ustawowym terminie, tj. w dniu 5 listopada 2018 r. Zamawiający przesłał Zawiadomienie, a uzasadnienie tam zawarte jest szczegółowe, zawiera argumentację faktyczną i prawną. Stanowi ono część dokumentacji Postępowania. Uzasadnienie zawiera również Ogłoszenie. W szczególności, przygotowanie Zawiadomienia, które należy złożyć w ciągu 3 dni o wszczęcia Postępowania, było możliwe właśnie dlatego, że uprzednio Zamawiający przeprowadził szczegółową analizę istnienia przesłanek do trybu z wolnej ręki. Gdyby tej analizy nie przeprowadzono, Zamawiający nie byłby w stanie dopełnić obowiązku i przesłać odpowiednio uzasadnionego Zawiadomienia. Nie jest zatem prawdą, jakoby Zamawiający nie dokonał analizy możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki. Na marginesie Zamawiający stwierdził, że nie ma obowiązku załączać do dokumentacji odrębnych opinii prawnych, zwłaszcza że *de facto* taką opinią jest Zawiadomienie.

Pkt 55-68 odwołania

Także w tym zakresie odwołanie, zdaniem Zamawiającego, wykracza poza postawione zarzuty, ponieważ Odwołujący odwołał się do czynności przebiegu Postępowania. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie zawiera szczególnych wymogów w zakresie obowiązku postawienia warunków udziału w postępowaniu, czy uzasadnienia w inny sposób podmiotu z którym Zamawiający prowadzi negocjacje.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki zostały spełnione, co wynika już z argumentacji i opisu stanu faktycznego sprawy. Dodał, że udzielił zamówienia IŁ w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Umowę zawarto w dniu 28 sierpnia 2018 r. Podkreślił, że skierował zaproszenia do IBDiM, IŁ, ITB i NASK z uwagi na treść znowelizowanej Udp – przepisu art. 13hb ust. 1a. Zaproszenie było więc skierowane do instytucji wskazanych przez ustawodawcę i będących specjalistycznymi podmiotami państwowymi. W przypadku IŁ, podając za Wikipedią, jest to podmiot, który: „stanowi dziś *centrum wiedzy* w dziedzinie telekomunikacji i technik informacyjnych, prowadząc badania naukowe, prace rozwojowe, wdrożeniowe i eksperymentalne oraz wysoko kwalifikowane usługi techniczne, a jednocześnie szeroko udostępniając zdobytą wiedzę i uzyskane kwalifikacje na potrzeby wsparcia merytorycznego organów administracji, partnerów rynkowych oraz do realizacji projektów technicznych ważnych dla gospodarki i społeczeństwa”.

Na stronie internetowej IŁ znajduje się informacja: „Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy jest niezależną, narodową instytucją badawczo-rozwojową w dziedzinie telekomunikacji i technik informacyjnych. Prowadzi prace w zakresie rozwoju sieci telekomunikacyjnej państwa, normalizacji i standaryzacji systemów oraz urządzeń telekomunikacyjnych. Służy rozwojowi społeczeństwa informacyjnego i gospodarce opartej na wiedzy. Zapewnia wsparcie naukowe, badawcze i techniczne instytucjom państwa. Realizuje prace wykorzystywane w praktyce przez

podmioty działające na rynku”, „Jesteśmy wiodącą, niezależną, narodową instytucją badawczo-rozwojową w dziedzinie telekomunikacji i technik Informacyjnych”, „Wspieramy polskie podmioty gospodarcze w procesie wdrażania najnowszych technologii telekomunikacyjnych oraz informatycznych, w tym bazujących na przyszłych sieciach mobilnych piątej generacji (5G), celem zwiększenia innowacyjności i wzmocnienia konkurencyjności polskiej gospodarki”.

Nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie, że zlecenie skierowano do podmiotu, który nie dawał rękojmi w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, którego Zamawiający nie znał, wybrał przypadkowo *etc.* Zamawiający miał prawo oczekiwać, że IŁ – jako specjalistyczna instytucja – podoła wykonaniu przedmiotu umowy, zwłaszcza że mieścił się w zakresie podmiotów wskazanych w art. 13hb ust. 1a Udp, tj. sugerowanych przez ustawodawcę.

Podsumowując, Zamawiający udzielił w sposób zgodny z prawem zamówienia i miał prawo spodziewać się, że nie będzie konieczne prowadzenie żadnych innych postępowań o udzielenie zamówienia w zakresie opieki autorskiej i serwisowej nad podsystemem rozliczeń i płatności ACS.

Oświadczenie IŁ z dnia 2 października 2018 r., w którym stwierdził: „wykonanie umowy z dnia 28 sierpnia 2018 r. przez IŁ-PIB w ww. obszarach” (m.in. ACS) „nie będzie możliwe” było całkowitym zaskoczeniem dla Zamawiającego. W efekcie w dniu 17 października 2018 r. Zamawiający formalnie odstąpił na piśmie w części od umowy z IŁ (od 3.10.2018 r. Zamawiający prowadził już postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki z Accenture). Nie jest zatem prawdą, co podnosił Odwołujący, że Zamawiający formalnie nie zareagował na oświadczenie IŁ i umowa w tej części dalej obowiązuje. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że również konieczność odstąpienia od umowy (wypowiedzenia) niezależnie od przyczyn takiego działania może być uznana w okolicznościach sprawy za sytuację absolutnie wyjątkową.

Dla Zamawiającego była to okoliczność, której nie był w stanie obiektywnie przewidzieć, absolutnie wyjątkowa, niewynikająca z przyczyn leżących po jego stronie. Przepis art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp nie stawia tu dodatkowych przesłanek, a orzecznictwo jest dość niejednolite, w tym uwzględnia też sytuacje takie w jakiej znalazł się Zamawiający lub podobne, np. konieczność wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego. Bez wątpienia brak obsługi w zakresie ACS spowodowałby duże ryzyko zaburzeń funkcjonowania całego ESPO w zakresie poboru opłat i wymagał natychmiastowej reakcji Zamawiającego.

Zamawiający podał dodatkowo, że nie udostępnił umowy z IŁ Odwołującemu ze względu na to, że zawiera informacje niejawne o klauzuli zastrzeżonej. Jednocześnie treść umowy czy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia IŁ nie mają żadnego wpływu na ustalenie istnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do pkt 61 odwołania Zamawiający stwierdził, że nie ma żadnego znaczenia argument Odwołującego, że odstąpienie Kapsch od umowy z IŁ nie rodzić będzie żadnych skutków prawnych dla Zamawiającego, z uwagi na to że nie jest on stroną tej umowy. Istotne jest bowiem, że zgodnie z Udp Zamawiający jest odpowiedzialny za działanie systemu poboru opłat (w tym ESPO). Odstąpienie od umowy z IŁ przez Kapsch miałoby zatem bardzo poważne skutki dla Zamawiającego. Groźba zakończenia realizowania obowiązków przez Kapsch również była dodatkowym argumentem za przeprowadzeniem postępowania na ACS w trybie z wolnej ręki, tak aby jak najszybciej udzielić zamówienia (konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia i niemożliwość zachowania terminów z innych trybów).

Pkt 69-76 odwołania

Zamawiający podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, bezspornie jest spełniona przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, ponieważ brak obsługi w zakresie ACS oznacza ogromne ryzyko dla całego ESPO. Awaria podsystemu ACS (rozliczenia i płatności) mogłaby bowiem doprowadzić do braku możliwości poboru opłat, tj. spowodować znaczne zmniejszenie środków finansowych wpływających do KFD. Wpływy do KFD z ESPO wynoszą średnio około 5 mln dziennie. W konsekwencji nieprawidłowości w działaniu ACS mogą wpłynąć na bezpieczeństwo kierowców, gdyż nie działający system uniemożliwi przynajmniej w części realizację planu budowy czy przebudowy dróg krajowych z uwagi na zakłócenie przekazywanych środków na ten cel.

Odwołujący nie ma racji wskazując, że usługi w zakresie ACS nie są świadczone przez 16 tygodni licząc od 3 listopada 2018 r. do 21 lutego 2019 r. Miałoby to świadczyć o braku przesłanki natychmiastowej konieczności udzielenia zamówienia, skoro system może funkcjonować bez opieki. Zamawiający podkreśla, że zgodnie z treścią umowy z Wykonawcą P, wykonawca ten świadczy usługę od dnia zawarcia umowy. Odwołujący powołał się na załącznik nr 2 umowy (harmonogram), a pominął Załącznik nr 1 – „Opis Przedmiotu Zamówienia”, zgodnie z którym:

- 1.pkt 5.1 lit. c) Okres Przejściowy: „Realizacja Usług serwisu oprogramowania oraz Usług wsparcia ciągłości stabilnej pracy z dotrzymaniem warunków SLA będzie odbywać się po Okresie Przejściowym. W Okresie Przejściowym Wykonawca będzie usuwać incydenty bez konieczności dotrzymywania warunków SLA. Okres

Przejściowy trwa przez okres 11 tygodni od dnia podpisania Umowy. W Okresie Przejściowym z uwzględnieniem postanowień harmonogramu zawartego w Załączniku nr 2 Wykonawca dokona skonfigurowania Środowiska Deweloperskiego”;

2.pkt. 5.6 lit. c): „W Okresie Przejściowym obsługa incydentów będzie realizowana bez dotrzymywania przez Wykonawcę określonych w Umowie warunków SLA”.

Z powyższego wyraźnie wynika, że okres przejściowy, zgodnie z postanowieniami OPZ, oznacza jedynie, że Wykonawca P nie musi dotrzymywać w tym okresie SLA oraz Zamawiającemu nie przysługują w związku z tym kary umowne do zakończenia okresu przejściowego (pkt 5.1 lit. c OPZ i pkt 5.6 lit. c OPZ). Jednocześnie, usługa jest w pełni świadczona od samego początku, tj. od dnia 6 grudnia 2018 r. Jest to oczywiście niewygodne dla Zamawiającego, jednakże nie zmienia faktu, że usługa jest w pełni świadczona i Zamawiający ma tu wsparcie którego oczekiwał i którego potrzebuje dla bezpieczeństwa działania systemu poboru opłat.

W odniesieniu do okresu od dnia 3 listopada 2018 r. do dnia 6 grudnia 2018 r. (zawarcie umowy z Wykonawcą P) Zamawiający wskazał, że stanowi on zaledwie 34 dni (a nie 16 tygodni). Co jednak szczególnie ważne, rozumiejąc trudną sytuację Zamawiającego, Wykonawca P w dniu 2 listopada 2018 r. złożył oświadczenie, w którym jednostronnie zobowiązał się zapewnić Zamawiającemu nieodpłatne wsparcie przy obsłudze i naprawach ACS w sytuacjach awaryjnych od dnia złożenia oświadczenia do dnia zawarcia umowy, Zamawiający uzyskał zatem natychmiastowe wsparcie od Wykonawcy P, co zabezpieczyło najpilniejsze potrzeby Zamawiającego i usuwało ryzyko braku możliwości poboru opłat w przypadku wystąpienia poważnej awarii. Formalnie umowę zawarto w dniu 6 grudnia 2018 r. Konkludując, w okresie do zawarcia umowy, jak i w okresie przejściowym, Zamawiający dysponuje wsparciem Wykonawcy P.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że Postępowanie zostało rozpoczęte zaledwie na 2 dni przed datą 3 listopada 2018 r. Przy najlepszych chęciach i dołożeniu najwyższej staranności nie było możliwości zakończyć postępowanie do 2 listopada 2018 r. nawet biorąc pod uwagę, że przyjęto tryb z wolnej ręki. Zamawiający właśnie dlatego, że wsparcia serwisowego potrzebował natychmiast, robił wszystko aby jak najszybciej je otrzymać. Nie było to w żaden sposób możliwe przy zastosowaniu innych trybów postępowania. Przypomniał, że średni czas trwania postępowania dla usług to 86 dni. Nawet zastosowanie innych, mniej sformalizowanych trybów (jak np. negocjacje bez ogłoszenia), nie dawało żadnej szansy na udzielenie zamówienia tak krótkim czasie,

Pkt 77-85 odwołania

Odwołanie w tym zakresie wykracza poza postawione zarzuty, jako że Odwołujący w uzasadnieniu odwołuje się do etapu przebiegu Postępowania. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie zawiera szczególnych wymogów w zakresie obowiązku postawienia warunków udziału w postępowaniu, czy uzasadnienia w inny sposób podmiotu z którym Zamawiający prowadzi negocjacje. Odwołujący nie wskazał w *petitum* odwołania na naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp, a co więcej trudno ocenić w jaki sposób Zamawiający miałby ten przepis naruszyć.

Odwołujący uzasadnia, że Zamawiający nie postawił Wykonawcy P warunków udziału w Postępowaniu. Należy przede wszystkim wskazać, że konkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu nie jest obligatoryjne. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi wyraźnie,

że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Dodatkowo, stawianie warunków w trybie niekonkurencyjnym (wolna ręka) może mijać się z celem, skoro Zamawiający wskazuje konkretny podmiot, z którym prowadzi negocjacje. Zamawiający sam ten podmiot wybiera, więc stawianie mu warunków formalnych było, w okolicznościach stanu faktycznego, bezprzedmiotowe. Warunki udziału mają przede wszystkim na celu zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję, przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości złożenia oferty przez każdego chętnego w postępowaniach otwartych (np. przetarg nieograniczony).

Co więcej, w świetle brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp (w przeciwieństwie np. do art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp) Zamawiający nie ma obowiązku uzasadniać wyboru akurat tego, a nie innego, wykonawcy, czy przedstawiać analizy jego wiedzy i doświadczenia. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie w żaden sposób nie ma znaczenia dla podniesionych zarzutów, tj. rzekomego braku przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp,

Z ostrożności procesowej Zamawiający podkreślił jednak, że wykonawców z którymi zawierał umowy dot. ESPO wybierał starannie, co – w odniesieniu do wyboru IŁ – zostało omówione wcześniej. W przypadku negocjacji z Accenture wybór tego wykonawcy był oczywisty, gdyż jest on autorem rozwiązania ACS. Zamawiający przeprowadził też analizę rynku przed wybraniem Wykonawcy P. Poza nim analizowano możliwość udzielenia zamówienia również wykonawcy ServoCode sp. z o.o. (wykonawca *due diligence* systemu ACS na zlecenie Dotychczasowego Wykonawcy), jednak

finalnie umowę zawarto z Wykonawcą P. Jest to profesjonalny podmiot o wieloletnim doświadczeniu, niezależny producent rozwiązań informatycznych i dostawca profesjonalnych usług IT dla klientów z wybranych branż gospodarki i sektora publicznego. Dodatkowo, wybór Wykonawcy P wynikał z tego, że polecił go ustnie Accenture po tym, jak okazało się, że nie może zawrzeć umowy z Zamawiającym. Za każdym razem wybierano zatem podmiot, który w ocenie Zamawiającego dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia, mając na uwadze zasadę wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Warto też dodać, że Wykonawca P do dnia sporządzenia odpowiedzi na odwołanie prawidłowo realizuje swoje obowiązki, co potwierdza, że wybór Zamawiającego był trafny. Zamawiający przypomniał, że immanentną cechą trybu z wolnej ręki jest negocjowanie z jednym podmiotem, zatem trudno mówić o faworyzowaniu Wykonawcy P tylko dlatego, że Zamawiający nie prowadził negocjacji z innym wykonawcą (np. z Odwołującym). Gdyby przyjąć takie rozumowanie, to zawsze można postawić zamawiającemu zarzut faworyzowania danego wykonawcy, gdyż w tym trybie zawsze negocjuje z jednym konkretnym podmiotem, pomijając inne, które potencjalnie mogą być zainteresowane realizacją zamówienia.

Pkt 86-89 odwołania

Odwołujący podniósł, że Wykonawca P wskazał Accenture jako podwykonawcę w formularzu przystąpienia do negocjacji, a finalnie zdecydował się na samodzielną realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stoi na stanowisku, że nie jest to *de facto* zarzut, ponieważ nie doszło do naruszenia żadnych przepisów. Sytuacja jest oczywista, Wykonawca P pierwotnie zamierzał zaangażować podwykonawcę, w toku negocjacji sytuacja się zmieniła i ostatecznie w umowie zadeklarował samodzielne wykonanie zamówienia. Nie ma tu niezgodności z prawem, a co więcej, nie ma to żadnego znaczenia w świetle przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Pkt 90-92 odwołania

Odwołujący podniósł, że w protokole Postępowania wskazano, że do negocjacji zaproszono podmiot będący dotychczas podwykonawcą Kapsch, choć Wykonawca P nigdy nie pełnił takiej funkcji. Zamawiający wskazuje, że pierwsze postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki prowadził z Accenture, który był podwykonawcą Kapsch. Wykonawca P rzeczywiście nie pełnił takiej funkcji w umowie z 2010 r. Zamawiający jednak podkreślił, że kwestia ta jest bez znaczenia dla oceny przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Pkt 93-95 odwołania

Analogicznie jak powyżej, kwestia jest bezprzedmiotowa. Nawet jeżeli umowa zawiera omyłkę przez odniesienie się do załącznika, który *de facto* nie jest częścią umowy, to nie ma to żadnego znaczenia w kontekście przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Pkt 96-99 odwołania

Odwołujący podniósł, że w zaproszeniu do negocjacji przewidywano zawarcie umowy na 5 miesięcy, a ostatecznie umowę zawarto na 12 miesięcy, co ma wskazywać na faworyzowanie Wykonawcy P.

Zamawiający podkreślił, że w żaden sposób nie faworyzuje ww. podmiotu, poza tym, że wybrał tego a nie innego wykonawcę do realizacji zamówienia, do czego miał prawo i racjonalne podstawy wcześniej przedstawione. Dodatkowo, jak już podkreślano, art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie wymaga tu szczególnego uzasadnienia dla wyboru konkretnego podmiotu.

Zamawiający z ostrożności procesowej wyjaśnił, że w toku negocjacji strony zdecydowały o zawarciu umowy na dłuższy okres czasu niż pierwotnie Zamawiający zakładał. Podkreślił przy tym, że czas na jaki zawarto umowę w dalszym ciągu nie jest długi (jeden rok). Co więcej, kwestia ta (okres zawarcia umowy) nie ma żadnego związku z istnieniem przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp, np. art. 142, a Odwołujący nie postawił takiego zarzutu.

Co szczególnie istotne, nadrzędnym celem Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania przetargowego w warunkach pełnej konkurencji dla obsługi ACS. Zamawiający uznał, że okres 12 miesięcy zabezpiecza Zamawiającego dając mu odpowiedni okres czasu na przygotowanie, przeprowadzenie i rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający wskazał, że traktuje umowę zawartą na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp jako środek mający służyć zapewnieniu ciągłości działania systemu ESPO jedynie na okres niezbędny do wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Oświadczył, że obecnie trwają prace nad przygotowaniem dokumentacji postępowania, w tym OPZ, co wymaga czasu. Dokumentacja dla celów przetargu musi być bowiem doprecyzowana, w tym również zakres przedmiotu

zamówienia, inaczej prowadzi się negocjacje w trybie z wolnej ręki, a inaczej w warunkach dopuszczających pełną konkurencję. Zamawiający planuje ogłosić postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie obsługi ACS w marcu 2019 r. Nie ma żadnych przeszkód, aby Odwołujący złożył w tym postępowaniu ofertę. Przed rozstrzygnięciem tego postępowania z przyczyn wielokrotnie już opisywanych, Zamawiający musi dysponować obsługą w zakresie ACS, zatem nakazanie unieważnienia umowy z Wykonawcą P naraziłoby Zamawiającego na znaczne ryzyko zakłócenia działania ESPO i tym samym na znaczną szkodę majątkową dla budżetu państwa, w sytuacji gdyby pobór opłat nie funkcjonował prawidłowo.

Pkt 100-104 odwołania

Odwołujący wskazał, że pierwotnie zakres postępowania nie obejmował licencji oprogramowania. Umowa z Wykonawcą P rozszerzyła zakres zamówienia o dostawę licencji dot. tzw. oprogramowania standardowego (pudełkowego).

Zamawiający wyjaśnił, że Wykonawca P dostarczył w ramach umowy łącznie 11 licencji przeznaczonych do uruchomienia Środowiska Deweloperskiego, zatem liczba ta jest bardzo mała. Ich dostawa jest niezbędna, aby Wykonawca P mógł świadczyć usługę ACS, ponieważ licencje są niezbędne do uruchomienia środowiska testowego. Jednocześnie koszt tych licencji nie przekracza 15.200 zł, co przy wartości umowy (1.089.000 zł), jest wartością śladową. W tych okolicznościach przeprowadzanie odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia było bezprzedmiotowe. Po pierwsze, uniemożliwiłoby prawidłową realizację umowy, po drugie wartość takiego zamówienia jest tak mała, że i tak Zamawiający byłby uprawniony udzielić zamówienia z wyłączeniem stosowania Pzp. Zatem objęcie przedmiotem zamówienia ww. licencji nie ma żadnego wpływu na kwestię zastosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp i *de facto* w żaden sposób nie narusza zasady konkurencyjności czy równego traktowania wykonawców.

W podsumowaniu Zamawiający podał dodatkowo, że w sprawie nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa UZP za 2017 r., średni czas trwania postępowań na usługi w innych trybach niż wolna ręka o wartościach powyżej tzw. progów unijnych to 86 dni, podczas gdy w okolicznościach tej sprawy Zamawiający dysponował na udzielenie zamówienia okresem od 2 października 2018 r. do 2 listopada 2018 r., natomiast w przypadku postępowania prowadzonego z Wykonawcą P jedynie dwa dni od 31 października 2018 r. do 2 listopada 2018 r. W tak krótkim czasie nie jest możliwe udzielenie zamówienia w żadnym innym trybie niż wolna ręka.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie Zawiadomienie i oświadczenie Wykonawcy P, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści:

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca P, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy P (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie Strony i Wykonawca M podtrzymali stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

- 1.korespondencji poczty elektronicznej Odwołującego do Zamawiającego z 7 stycznia 2019 r. z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej (patrz pkt 42 odwołania) i odpowiedzią Zamawiającego z 4 lutego 2019 r.;
- 2.korespondencji poczty elektronicznej Odwołującego do Zamawiającego z 22 stycznia 2019 r. z wnioskiem o uzupełnienie odpowiedzi na wcześniejszy wniosek o udostępnienie informacji publicznej (*vide* pkt 47 odwołania) i odpowiedzią Zamawiającego z 23 stycznia 2019 r.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

- 1.oświadczenia ŁŁ w trybie art. 492¹ K.c. z 2 października 2018 r., dotyczącego umowy z 28 sierpnia 2018 r.;
- 2.oświadczenia Zamawiającego z 17 października 2018 r. o częściowym odstąpieniu od umowy zawartej z ŁŁ 28 sierpnia 2018 r. wraz z załącznikiem.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania, a to z treści protokołu Postępowania, Ogłoszenia i Zawiadomienia. W charakterze dowodów dopuszczone zostały również dokumenty załączone do odwołania, wyszczególnione w tabeli zawartej w części historycznej uzasadnienia, i do odpowiedzi na odwołanie, jak również złożone przez strony postępowania odwoławczego w toku rozprawy.

Skład orzekający uznał, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu adekwatnie do wniosków płynących z zebranego materiału dowodowego i wymaga uzupełnienia jedynie o ustaloną w toku postępowania dowodową okoliczność, że IŁ złożył Zamawiającemu oświadczenie w trybie przepisu art. 492¹ K.c. 2 października 2018 r., w wyniku czego Zamawiający, 17 października 2018 r., odstąpił częściowo (m.in. w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia w Postępowaniu) od zawartej z tym podmiotem umowy.

Przed przystąpieniem do omówienia rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania Izba wskazuje, że nie wszystkie okoliczności i dowody na ich poparcie, przywołane w odwołaniu, miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Zagadnieniem wymagającym oceny w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym było ziszczenie się przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Na taką podstawę prawną Zamawiający wskazał bowiem w Ogłoszeniu [Sekcja IV.1.1 – „Opis procedury” i VI.3) – „Informacje dodatkowe”, zawierająca odesłanie do dokumentacji Postępowania, w tym protokołu (pkt 4 – „Uzasadnienie wyboru trybu postępowania”) i Zawiadomienia], przedstawiając w tym zakresie stosowną argumentację faktyczną i prawną. W świetle przywołanego przepisu zamówienia z wolnej ręki można udzielić w razie zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, powodującej, że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Ergo podstawą wyrokowania mogły być tylko fakty i dowody związane z ustaleniem wspomnianych powyżej okoliczności. Nie należały do nich zawarte w odwołaniu twierdzenia (nawet jeśli poparte zostały dowodami) dotyczące innych jeszcze zidentyfikowanych przez Odwołującego nieprawidłowości, które jako nie mieszczące się w katalogu przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, są prawnie obojętne dla oceny dopuszczalności zastosowania zakwestionowanego odwołaniem trybu udzielenia zamówienia. Powyższe dotyczy argumentacji i dowodów związanych z kwestią warunków udziału w Postępowaniu, oceny ich spełniania przez Wykonawcę P (pkt 77-85 odwołania) oraz zdolności Przystępującego do należytego wykonania zamówienia (pkt 90-95 odwołania), sposobu realizacji zamówienia (kwestia podwykonawstwa – pkt 86-89 odwołania), okresu obowiązywania umowy zawartej z Wykonawcą P (pkt 96-99 odwołania), czy wreszcie zakresu świadczenia z niej wynikającego (pkt 100-104 odwołania). Ocenę tą Odwołujący niejako podzielił, wskazując na str. 16 odwołania, że „[...]Podczas analizy udostępnionej dokumentacji postępowania Odwołujący zidentyfikował szereg innych nieprawidłowości (podkreślenie Izby), które omówi poniżej[...]” i potwierdził na rozprawie (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 7).

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego pozbawiony znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okazał się również wywód Odwołującego o braku oddziaływania złożonego przez IŁ w trybie art. 492¹ K.c. oświadczenia na zawartą z Zamawiającym umowę (pkt 57-58 oraz 62-65 odwołania). W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał bowiem, w pkt 14 i 15 pisma, że w następstwie złożenia przez wykonawcę tego oświadczenia odstąpił w części od zawartej z nim umowy. Okoliczności te zostały poparte złożonymi przez Zamawiającego na rozprawie dowodami.

Podobnie, za niezwiązaną z zarzutami odwołania uznana została argumentacja dotycząca braku udostępnienia Odwołującemu informacji publicznej, w tym prowadzonej w tej kwestii korespondencji, i przedstawione na tą okoliczność dowody – pkt 19, 21, 29, 31, 38, 40-47 odwołania i przywołane w nich dowody oraz dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie. Nie sposób nie zauważyć przy tym, że wskazywany przez Odwołującego brak wiedzy o istotnych, jego zdaniem, okolicznościach stanu faktycznego, nie stał na przeszkodzie wniesieniu odwołania z obszerną argumentacją odnoszącą się wprost do braku przesłanek udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Przystępującego, wskazującej na wadliwą konstrukcję zarzutów odwołania. Wykonawca P twierdził mianowicie, że brak w odwołaniu zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 Pzp uzasadnia wniosek, że został wybrany w zgodzie z przepisami Pzp. Uszło jednak uwadze Wykonawcy M, że rzekomo brakujące naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 Pzp jest jedynie konsekwencją wskazanego w odwołaniu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Aby stwierdzić, czy zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp, należy bowiem najpierw przesądzić, czy wybór trybu w jakim wyłoniono wykonawcę jest zgodny z Pzp.

Przechodząc do *meritum* sprawy skład orzekający wskazuje, że kwestia dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jako odstępstwa od zasady udzielania zamówień w procedurach konkurencyjnych (zob. art. 10 ust. 2 Pzp) oraz przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, doczekały się dogłębnej analizy w doktrynie i orzecznictwie, wobec czego nie wydaje się celowe ich kolejne omówienie na potrzeby tej

sprawy. Należy jednak generalnie zauważyć w tym miejscu, że analiza zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (podobnie, jak innych trybów, z których skorzystanie stanowi wyjątek od ustawowej reguły prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego jako podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych) musi być przeprowadzona w relacji do konkretnego stanu faktycznego sprawy. Powyższe ma znaczenie zwłaszcza w odniesieniu do tych ustawowych przesłanek stosowania trybów niekonkurencyjnych, których interpretacja nie pozwala na wyczerpujące określenie (wyspecyfikowanie) sytuacji, w jakich dochodzi do ich realizacji.

Opisany powyżej przypadek zachodzi w odniesieniu do przesłanki wyjątkowej i niemożliwej do przewidzenia przez zamawiającego sytuacji, nie wynikającej z przyczyn leżących po jego stronie. Nie jest bowiem tak, że wypełniają ją jedynie podawane w doktrynie i orzecznictwie przykłady katastrof, awarii, czy szerzej – wypadków losowych, noszących znamiona siły wyższej. Są to zdarzenia dla tej przesłanki „typowe” (tj. stanowiące najczęstsze uzasadnienie jej spełnienia), nie będące jednak katalogiem zamkniętym.

Wyjątkowość sytuacji, w której znalazł się Zamawiający wynikała z nałożenia się dwóch okoliczności – obciążenia Zamawiającego, w drodze nowelizacji przepisów Udp, zadaniem poboru opłat i braku możliwości realizacji tego obowiązku przy pomocy wykonawcy, któremu powierzono przejęcie i eksploatację ESPO, tj. Ł.

W odniesieniu do pierwszego ze zdarzeń należy podkreślić, że inicjatorem zmiany przepisów Udp nie był sam Zamawiający – okoliczności sprawy nie wskazują, aby miał wpływ na ostateczny kształt przepisów tego aktu normatywnego. Wskazane w projekcie nowelizacji przyczyny uzasadniające zmianę regulacji Udp (w tym m.in. ponoszenie przez Skarb Państwa nadmiernych kosztów funkcjonowania KSPO ze względu na konieczność uwzględnienia marży dla wykonawcy systemu, uzależnienie administracji rządowej od prywatnego podmiotu w zakresie obsługi KSPO, trudności w prowadzeniu sprawnej i efektywnej kontroli prawidłowości uiszczania opłaty elektronicznej, wynikające z podziału czynności związanych z poborem opłat oraz czynności kontrolnych pomiędzy Zamawiającego i GDDKiA – zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VIII kadencji, druk nr 2048 z 22 listopada 2017 r., str. 5) również nie powstały z przyczyn dotyczących Zamawiającego, a wynikały z przyjętego wcześniej przez ustawodawcę prawnego i faktycznego modelu funkcjonowania systemu poboru opłat.

Wyjątkowość drugiej z przywołanych okoliczności wyczerpuje, w opinii składu orzekającego, stwierdzenie, że w okolicznościach stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy nie można było powiedzieć, że normalnym następstwem zawarcia z Ł umowy na świadczenie usługi przejęcia i eksploatacji ESPO, miałyby być jej niewykonanie, wywołujące konieczność odstąpienia przez Zamawiającego od tego kontraktu.

Z powyższym jest ściśle związana eksponowana w odwołaniu kwestia ponoszenia przez Zamawiającego odpowiedzialności za wybór niewłaściwego podmiotu do realizacji tego zamówienia (zob. w szczególności pkt 58, 66 i 67 odwołania). Zdaniem Izby wybór Ł nie był jednak przypadkowy, za czym przemawiają następujące argumenty.

Ustawodawca – nakładając na Zamawiającego obowiązki w zakresie pobierania opłat (art. 13hb ust. 1 Udp) – wskazał jednocześnie, że Zamawiający będzie uprawniony, w zakresie wynikającym z przepisu art. 13hb ust. 1a Udp, do powierzenia, w drodze porozumienia, wykonywania w jego imieniu niektórych czynności związanych z poborem opłaty elektronicznej oraz kontrolą prawidłowości jej uiszczenia organom administracji rządowej, a także innym enumeratywnie wymienionym w tym przepisie podmiotom wykonującym zadania publiczne. W katalogu tym znalazły się m.in. (art. 13hb ust. 1a pkt 3 Udp) instytuty badawcze w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych. Jednocześnie, jak wynika z art. 13hb ust. 1c Udp, udział podmiotów innych niż wymienione w ust. 1a (czyli podmiotów spoza szeroko rozumianego sektora publicznego), został ograniczony do określonych w nim ściśle czynności, w których *nota bene* – wbrew argumentacji Odwołującego – mieści się przedmiot tego zamówienia (argument z art. 13hb ust. 1c pkt 5 Udp). Opisana powyżej zmiana w zakresie podmiotów mogących uczestniczyć w szerszym zakresie w tworzeniu i eksploatacji ESPO, miała na celu, jak czytamy we wspomnianym uzasadnieniu do projektu nowelizacji Udp, umożliwienie Zamawiającemu „[...]skorzystania przy wykonywaniu ustawowych zadań z potencjału i zasobów innych podmiotów działających w sektorze publicznym, przy jednoczesnej gwarancji, że pozyskana wiedza i doświadczenie pozostaną w ramach administracji publicznej[...]” (tamże, str. 9).

W przedstawionych okolicznościach skład orzekający doszedł do przekonania, że w przepisie art. 13hb ust. 1a Udp zawarta została adresowana do Zamawiającego wskazówka odnośnie podmiotów, wśród których powinien poszukiwać wsparcia przy realizacji nałożonych na niego obowiązków. Ergo wszczęcie przez Zamawiającego postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, do udziału w którym zaproszone zostały instytuty badawcze, było niejako naturalną konsekwencją realizacji celów nowelizacji Udp. Okoliczność, że do postępowania przystąpiły jedynie dwa z czterech podmiotów, a do realizacji zamówienia wybrano ostatecznie akurat Ł

była, w opinii składu orzekającego, następstwem okoliczności, za które Zamawiający odpowiedzialności nie ponosi. Działania Zamawiającego, zważywszy na relatywnie krótki, ze względu na skalę i stopień skomplikowania procesu przejścia systemu poboru opłat, okres czasu jakim dysponował, Izba uznała za racjonalne i uzasadnione okolicznościami, przez co obarczanie Zamawiającego „winą w wyborze” wykonawcy (IŁ) nie było zasadne.

W odniesieniu do przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia Izba uznała, że właściwym dla oceny jej spełniania jest okres od 2 października do 2 listopada 2018 r., tj. czas pomiędzy poinformowaniem Zamawiającego o częściowym braku możliwości zrealizowania przez IŁ zawartej z nim umowy a momentem wygaśnięcia umowy z Dotychczasowym Wykonawcą, z uwagi na upływ czasu, na który została zawarta. Należy mieć bowiem na względzie, że wszystkie działania Zamawiającego podejmowane od momentu złożenia oświadczenia przez IŁ w trybie art. 492¹ K.c. nakierowane były na zapewnienie ciągłości obsługi serwisowej newralgicznej części systemu, jaką jest ACS – podsystem rozliczeń i płatności, z zagrożeniem, że w razie braku zapewnienia opieki serwisowej, budżet państwa narażony zostanie na wymierną szkodę w postaci braku wpływów z opłat (szerzej zob. argumentację Zamawiającego z pkt 19-24 odpowiedzi na odwołanie, którą Izba podziela i przyjmuje za własną). W tym celu Zamawiający niezwłocznie (dzień po złożeniu przez IŁ wspomnianego oświadczenia, tj. 3 października 2018 r.) podjął negocjacje z Accenture w celu udzielenia zamówienia w niezbędnym dla poprawnego funkcjonowania całego systemu zakresie. Zważywszy przy tym na fakt, że podmiot ten jest autorem oprogramowania stanowiącego przedmiot czynności serwisowych, chybiona była argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający także w odniesieniu do Accenture zaniechał weryfikacji zdolności do realizacji zamówienia (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 4). Wybór Accenture, jako autora rozwiązania ACS, był, w przekonaniu Izby, z oczywistych względów uzasadniony.

Okoliczność, że do zawarcia umowy z ww. spółką nie doszło (z przyczyn, którymi Zamawiającego obarczać nie sposób, bowiem była to decyzja – jak wskazuje sam Odwołujący w pkt 32 odwołania – „organów nadzorczych” Accenture), a wspomniany wcześniej okres czasu na zapewnienie ciągłości opieki serwisowej nad podsystemem ACS upłynął *de facto* bezskutecznie, nie stanowi, w ocenie składu orzekającego, uzasadnienia dla twierdzenia o ustaniu konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Wniosek taki Odwołujący sformułował w pkt 69-73 odwołania, zwracając uwagę na uzgodniony pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą P standard usług w tzw. Okresie przejściowym. W ocenie Izby właściwą interpretacją tej okoliczności jest stwierdzenie, że po 2 listopada 2018 r. natychmiastowe wykonanie zamówienia objętego zawartą z Przystępującym umową stało się w jeszcze większym stopniu, niż przed tą datą, niezbędne (wymagane). Do zawarcia umowy z Wykonawcą P (tj. w okresie od 3 listopada do 5 grudnia 2018 r.), bądź – jeżeli nie dać wiary oświadczeniu pełnomocnika Przystępującego złożonemu na rozprawie (zob. str. 9 protokołu posiedzenia i rozprawy) i kierować się w tej mierze wyłącznie treścią pisemnego oświadczenia Wykonawcy P z 2 listopada 2019 r. – przynajmniej w części tego okresu (do 16 listopada 2018 r.), usługi były bowiem świadczone wyłącznie na podstawie jednostronnego zobowiązania Przystępującego. Oceniając wówczas omawiane oświadczenie (tj. w okresie, gdy usługi wsparcia były świadczone na jego podstawie) Zamawiający musiał mieć świadomość konieczności niezwłocznego nadania umownego charakteru wynikającym z oświadczenia zobowiązaniom, chociażby w celu precyzyjnego określenia obowiązków wykonawcy. Realizacji tego właśnie celu służyło wszczęcie Postępowania. Z kolei argumentacja dotycząca niższego niż docelowy standardu realizacji usługi, przewidzianego w tzw. Okresie przejściowym, nie przeczy istnieniu omawianej przesłanki. W szczególności nie uzasadnia twierdzenia, że w okresie po odstąpieniu przez Accenture od negocjacji (31 października 2018 r.) Zamawiający, zważywszy na przypadający niedługo po tej dacie termin wygaśnięcia umowy z Dotychczasowym Wykonawcą (2 listopada 2018 r.), powinien był wszczynać kolejne postępowanie, tym razem w trybie konkurencyjnym, nie zaś ponownie podjąć próbę udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Z powyższym wiąże się z kolei kwestia braku możliwości zachowania przez Zamawiającego terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia. W tej mierze Izba, opierając się na przytoczonych przez Zamawiającego danych ze sprawozdania Prezesa UZP, dotyczących średnich czasów trwania postępowań o udzielenie zamówienia (zob. chociażby pkt 4 ppkt 2.47 protokołu Postępowania), uznała, że ani w okresie od 2 października do 3 listopada 2018 r. (ani tym bardziej w okresie od 31 października do 2 listopada 2018 r.) Zamawiający nie byłby w stanie udzielić zamówienia w trybie innym, niż zamówienie z wolnej ręki. W szczególności, zważywszy na przytoczone przez Zamawiającego dane statystyczne, nie byłoby to możliwe w żadnym z mających pierwszeństwo trybie konkurencyjnym. Dodatkowo, oceniając możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, dla którego nie są prowadzone dane statystyczne, a w którym Zamawiający udzielił zamówienia IŁ, Izba uznała – w oparciu o czas trwania tej właśnie procedury (40 dni przypadające na okres od 19 lipca do 28 sierpnia 2018 r. – zob. pkt 9 i 14 odwołania) – że podany okres czasu również nie byłby wystarczający do jej przeprowadzenia, zważywszy chociażby na konieczność prowadzenia negocjacji z więcej niż jednym wykonawcą (argument z art. 63 ust. 3 Pzp).

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp przywołanych *w petitum* odwołania i orzekła o oddaleniu odwołania (pkt 1 sentencji wyroku).

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....