

Sygn. akt: KIO/KD 10/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 lipca 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 18 czerwca 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego - Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie oraz Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 czerwca 2021 r. w przedmiocie zamówienia publicznego na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
Aleksandra Patyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako „ustawa Pzp”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia publicznego udzielonego przez zamawiającego – Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający GITD”) z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego GITD art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

W toku kontroli ustalono, że Zamawiający GITD zawarł w dniu 30 października 2019 r. umowę nr 373/2019 na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IAAS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat (ESPO) z wykonawcą DXC Technology Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa (dalej: „DXC”) po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (znak postępowania: BDG.ZPB.230.5.2019) wszczętego poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy DXC w dniu 3 września 2019 r., zgodnie z treścią pkt 6 protokołu postępowania. Kontrolujący wskazał na pkt 3.5. zaproszenia do negocjacji, z którego wynika, iż:

„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych Elektroniczny System Poboru Opłat (dalej ESPO). ESPO jest zintegrowanym systemem służącym do poboru opłaty drogowej, o której mowa w art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2068 ze zm.) (dalej jako „Opłata Elektroniczna”) oraz do poboru opłaty drogowej za przejazd odcinkami państwowych autostrad płatnych przez pojazdy poniżej 3,5 tony, o której mowa w art. 37a ust. 1a pkt 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowych (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2014 ze zm.) (dalej jako „Opłata za Przejazd”). ESPO w obszarze odpowiedzialnym za pobór opłaty elektronicznej jest złożonym systemem teleinformatycznym składającym się w szczególności z rozproszonych po całym kraju elementów infrastruktury przydrożnej (konstrukcyjnej

i teleinformatycznej) zlokalizowanej wzdłuż dróg krajowych objętych poborem przedmiotowej opłaty odpowiedzialnych za naliczenie i kontrole uiszczania Opłaty Elektronicznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, elementów infrastruktury informatycznej (sprzęt i oprogramowanie) systemu centralnego ESPO odpowiedzialnych za logikę procesów biznesowych ESPO, elementów infrastruktury informatycznej (sprzęt i oprogramowanie) punktów obsługi użytkowników rozproszonych na terenie całego kraju, pojazdów i urządzeń Mobilnych Jednostek Kontrolnych, elektronicznych urządzeń pokładowych instalowanych w pojazdach podlegających Opłacie Elektronicznej lub za Przejazd.

Przedmiotem postępowania jest m.in. usługa kolokacji, polegająca na fizycznym umieszczeniu i utrzymaniu funkcjonowania środowisk IT Zamawiającego w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych (CPD A i CPD B) przez Wykonawcę, składająca się z następujących czynności: a) udostępnienia powierzchni dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych; b) zapewnienia odpowiednich warunków dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych; c) zasilenia energią elektryczną Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych; d) zapewnienia klimatyzacji w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych; e) zapewnienia bezpieczeństwa w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych; f) konfiguracji sprzętu sieciowo-serwerowego dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych; g) pozostałych czynności określonych w niniejszym opisie i wynikających z załączników.

Przedmiotem postępowania jest również usługa utrzymania Głównego Centrum Przetwarzania Danych oraz Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych (dalej zwanych CPD A i CPD B) Zamawiającego przez Wykonawcę, składająca się z następujących czynności: a) wsparcie obecnie eksploatowanego sprzętu; b) serwis sprzętu; c) cykliczna wymiana sprzętu; d) odbiór wadliwych urządzeń; e) weryfikacja i naprawa wadliwego sprzętu; f) zarządzanie sieciami (LAN/WAN, DNS, DHCP, Active Directory); g) Systemy Zarządzania (obsługa sprzętu, administracja systemu operacyjnego, system startup/shutdown 2Patch, zarządzanie przywracaniem systemu, monitoring systemów); h) usługi zarządzania aplikacjami (Zarządzanie Firewalllem, McAfee IPS, McAfee EPO, szyfrowanie, Obsługa HP Open View lub podobnych, systemy monitoringu NNM i PI, systemy przywracania, TYPO3 CMS, Citrix, Borderware, Safeword, Certyfikaty, wsparcie techniczne w zakresie sprzętu i oprogramowania); i) operacje systemowe, m.in. zarządzanie środowiskiem Microsoft (Exchange, Active Directory, Database, Webserver), Unix (m.in. HP UX Linux); j) monitorowanie operacji systemowych (za pomocą dedykowanego oprogramowania m.in. HP OpenView); k) zarządzanie i utrzymanie pamięci operacyjnej (m.in. SAN, SAN Switch, VLT, Tapelibrary, Backup/Restore); l) zapewnienie infrastruktury teleinformatycznej systemu w modelu IaaS.”

Kontrolujący wskazał, iż Zamawiający w ramach uzasadnienia wyboru trybu postępowania wskazał szczegółowe informacje w pkt 4 protokołu postępowania. Jednocześnie ustalono, iż Zamawiający udzielił w dniu 19 października 2018 r. wykonawcy DXC zamówienia w częściowo analogicznym przedmiocie obejmującym co najmniej świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych Elektronicznego Systemu Poboru Opłat po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (znak postępowania: BDG.ZPB.230.48.2018). Powyższe potwierdza w szczególności treść ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2018 r. pod numerem 2018/S 216-494348.

Pismem z dnia 4 marca 2020 r. (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/425/76(2)/20/JB) Zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w przedmiotowej sprawie, ponadto zwrócono się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów Wnioskodawcy, jak również o: 1) przekazanie kopii kompletnej dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności: kopii protokołu postępowania, zaproszenia do negocjacji, określenia przedmiotu zamówienia, umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz ze wszystkimi aneksami; 2) szczegółowe uzasadnienie przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp; 3) wskazanie podmiotu będącego właścicielem infrastruktury Centrum Przetwarzania Danych; 4) wyjaśnienie na jakiej podstawie wykonawca DXC posiada dostęp do kluczowych elementów Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, w szczególności, zaś – czy jakkolwiek inny podmiot mógłby uzyskać taki dostęp; 5) wyjaśnienie, w jakiej procedurze wykonawca DXC uzyskał pierwotne zamówienie, w wyniku którego świadczył analogiczne usługi w latach wcześniejszych; 6) przekazanie informacji, czy w związku z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia złożone zostały jakiegokolwiek odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jeśli tak – proszę o informację dotyczącą wyniku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w szczególności proszę o przekazanie kopii orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej; 7) przekazanie informacji, czy przedmiotowe zamówienie było współfinansowane ze środków UE. Pismem z dnia 12 marca 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 12 marca 2020 r.) Zamawiający przekazał żadaną dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia w sprawie.

Następnie pismem z dnia 20 lipca 2020 r. (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/425/76(5)/20/JB) zwrócono się do Zamawiającego o: 1) wskazanie adresu fizycznej lokalizacji realizacji przedmiotowej usługi, tj. lokalizacji Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, 2) wyjaśnienie, czy wykonawca DXC Technology Polska sp. z o.o. jest właścicielem nieruchomości, w których ulokowane jest Główne i Zapasowe Centrum

Przetwarzania Danych, a jeśli nie o wskazanie tytułu prawnego jakim dysponuje wykonawca DXC Technology Polska sp. z o.o. względem danych nieruchomości oraz w przypadku jeśli tytuł prawny wynika z umowy zawartej na czas określony – wskazanie okresu jej obowiązywania, 3) wskazanie, czy Zamawiający jest właścicielem infrastruktury technicznej będącej przedmiotem usługi kolokacji, w szczególności serwerów i urządzeń sieciowych, 4) wskazanie szczegółowego zakresu usług świadczonych przez podwykonawców wykonawcy DXC Technology Polska sp. z o.o., o których mowa w załączniku nr 13 do umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 30 października 2019 r., jak również wyjaśnienie, czy Zamawiający weryfikował możliwość realizacji usługi samodzielnie przez ww. podmioty.

Pismem z dnia 24 lipca 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 27 lipca 2020 r.) Zamawiający poinformował, iż: „Zgodnie z ustawą z dnia 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 1087) z dniem 1 lipca 2020 r. Szef Krajowej Administracji Skarbowej stał się odpowiedzialny za pobór opłaty elektronicznej za przejazd po drogach krajowych i opłaty za przejazd płatnymi odcinkami autostrad. W związku z powyższym, na mocy ww. ustawy z dniem 1 lipca 2020 r. minister właściwy do spraw finansów publicznych wstąpił we wszystkie stosunki prawne, w tym umowy i porozumienia, których podmiotem był Główny Inspektor Transportu Drogowego w związku z wykonywaniem zadań, o których mowa w art. 13hb ustawy zmienianej, bez względu na charakter prawny tych stosunków. Realizując powyższe, z dniem 1 lipca 2020 r. do Ministerstwa Finansów – Krajowej Administracji Skarbowej została przekazana całość dokumentacji związanej z realizacją ww. kompetencji, wraz z zespołem zarządzającym i merytorycznie realizującym te zadania, posiadającym wiedzę historyczną dot. kwestii związanych z poborem opłat realizowanych w dotychczasowym Pionie Krajowego Systemu Poboru Opłat w GITD. Obecnie, w strukturach Ministerstwa Finansów, niniejsze kompetencje realizowane są w szczególności w ramach Departamentu Poboru Opłat Drogowych. Z uwagi na powyższe informuję, że GITD nie ma możliwości udzielić szczegółowych informacji w przedmiocie wystąpienia z dnia 20 lipca 2020 r., gdyż poruszone w nim zagadnienia są obecnie we właściwości Ministerstwa Finansów.”

Pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r. (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/425/76(6)/20/JB) zwrócono się do Ministerstwa Finansów – Departamentu Poboru Opłat Drogowych o: 1) wskazanie adresu fizycznej lokalizacji realizacji przedmiotowej usługi, tj. lokalizacji Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, 2) wyjaśnienie, czy wykonawca DXC Technology Polska sp. z o.o. jest właścicielem nieruchomości, w których ulokowane jest Główne i Zapasowe Centrum Przetwarzania Danych, a jeśli nie – o wskazanie tytułu prawnego jakim dysponuje wykonawca DXC Technology Polska sp. z o.o. względem danych nieruchomości oraz w przypadku jeśli tytuł prawny wynika z umowy zawartej na czas określony

– wskazanie okresu jej obowiązywania, 3) wskazanie, czy Zamawiający jest właścicielem infrastruktury technicznej będącej przedmiotem usługi kolokacji, w szczególności serwerów i urządzeń sieciowych, ewentualnie wskazanie jaki podmiot jest właścicielem ww. infrastruktury, 4) wskazanie szczegółowego zakresu usług świadczonych przez podwykonawców wykonawcy DXC Technology Polska sp. z o.o., o których mowa w załączniku nr 13 do umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 30 października 2019 r., jak również wyjaśnienie, czy Zamawiający weryfikował możliwość realizacji usługi samodzielnie przez ww. podmioty.

Pismami z dnia 21 sierpnia 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 21 sierpnia 2020 r.) oraz z dnia 24 sierpnia 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 26 sierpnia 2020 r.) Ministerstwo Finansów – Departament Poboru Opłat Drogowych przekazał wyjaśnienia w sprawie. Pismem z dnia 13 października 2020 r. (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/425/76(11)/20/JB) zwrócono się do Zamawiającego oraz do Ministerstwa Finansów – Departamentu Poboru Opłat Drogowych z prośbą o: 1) przekazanie treści załącznika nr 18 do umowy w sprawie zamówienia publicznego, 2) wyjaśnienie, czy Zamawiający prowadził przed udzieleniem zamówienia w trybie z wolnej ręki czynności mające na celu rozeznanie rynku co do możliwości realizacji przedmiotowej usługi przez wykonawców innych aniżeli DXC Technology Polska sp. z o.o., a jeśli tak – o przekazanie informacji co do przebiegu i wyników tych czynności, 3) wyjaśnienie, czy Zamawiający, po udzieleniu zamówienia na analogiczny przedmiot zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nr BDG.ZPB.230.48.2018 (którego dotyczy zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki z dnia 8 października 2018 r.), wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym obejmujące analogiczny przedmiot zamówienia, w szczególności w kontekście założenia zawartego w pkt 2.33 zawiadomienia z dnia 8 października 2018 r. Pismem z dnia 30 października 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 30 października 2020 r.) Zamawiający przekazał określone wyjaśnienia i żądane dokumenty. Pismem z dnia 3 listopada 2020 r. (wpływ do Urzędu w dniu 3 listopada 2020 r.) określone wyjaśnienia i dokumenty zostały przekazane przez Ministerstwo Finansów – Departament Poboru Opłat Drogowych.

W dniu 15 stycznia 2021 r. do Urzędu została przekazana opinia biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie z dnia 14 stycznia 2021 r. Pismem z dnia 27 stycznia 2021 r. (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ3/425/76(23)/20/JB) zwrócono się do Zamawiającego oraz do Ministerstwa Finansów – Departamentu Poboru Opłat Drogowych o szczegółowe wyjaśnienie, czy Zamawiający wykonał zalecenia z audytu IT Krajowego Systemu Poboru Opłat z dnia 9 lipca 2018 r. wykonanego przez Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A., w szczególności

w zakresie uzyskania pełnej dokumentacji systemu oraz jego inwentaryzacji, w tym o wskazanie, czy zalecenia zostały zrealizowane przed wszczęciem przedmiotowego postępowania w trybie z wolnej ręki, jak również poproszono ewentualnie o szczegółowe wyjaśnienie przyczyn niewykonania zaleceń. Pismem z dnia 8 lutego 2021 r. (wpływ do Urzędu w dniu 9 lutego 2021 r.) Zamawiający przekazał określone wyjaśnienia i dokumenty. Pismem z dnia 10 lutego 2021 r. (wpływ do Urzędu w dniu 10 lutego 2021 r.) określone wyjaśnienia i dokumenty zostały przekazane przez Ministerstwo Finansów – Departament Poboru Opłat Drogowych. W dniu 22 lutego 2021 r. do Urzędu została przekazana uzupełniająca opinia biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie z dnia 22 lutego 2021 r.

Prezes Urzędu wskazał, iż z związku z koniecznością uzyskania wiadomości specjalnych celem ustalenia i oceny stanu faktycznego sprawy, zasięgnięto opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie. W przedmiotowej opinii z dnia 14 stycznia 2021 r., uzupełnionej i zmienionej opinią z dnia 22 lutego 2021 r. biegły udzielił odpowiedzi na następujące pytania dotyczące przedmiotowego zamówienia: 1) czy usługi będące przedmiotem zamówienia mogą być świadczone tylko przez wykonawcę DXC Technology Polska sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa (dalej: „DXC”) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeśli nie, należy wskazać wykonawców, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować; 2) czy ze względu na charakter zamówienia zmiana wykonawcy lub lokalizacji świadczenia usług dotychczas świadczonych byłaby technicznie wykonalna oraz czy możliwe jest uznanie, iż tego rodzaju zmiana w kontekście danego zamówienia stanowi rozsądne rozwiązane alternatywne lub rozwiązanie zastępcze; 3) czy sposób określenia przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania może zostać uznany za celowe zawężenie parametrów zamówienia, czego wynikiem byłby brak konkurencji w postępowaniu; 4) czy możliwe byłoby wyodrębnienie z zakresu przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki części zamówienia, która mogłaby być powierzona do realizacji innemu podmiotowi aniżeli DXC w związku z niezaiistnieniem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze uzasadniających powierzenie tej części wyłącznie wykonawcy DXC, w szczególności w zakresie: a) usługi utrzymania Centrów Przetwarzania Danych, o której mowa w paragrafie 3 załącznika nr 1 do umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 30 października 2019 r.; b) usługi IaaS, o której mowa m.in. w pkt 1.2 lit. b) załącznika nr 1 do umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 30 października 2019 r.

W zakresie pytania nr 1, biegły wskazał w konkluzjach opinii uzupełniającej z dnia 22 lutego 2021 r.: *„Usługi będące przedmiotem zamówienia publicznego nr BDG.ZPB.230.5.2019 składają się z następujących części: kolokacji, dostarczania części zamiennych i utrzymania*

Centrum Przetwarzania Danych, utrzymania infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. Wszystkie wymienione wyżej usługi mogą być realizowane przez wielu wykonawców działających na terenie Polski. Wybrana do wykonania zamówienia spółka DXC Technology Polska nie jest jedynym podmiotem w Polsce mogącym świadczyć tego typu usługi dla Zamawiającego. Usługa kolokacji to usługa wynajmu pomieszczeń i infrastruktury w profesjonalnej serwerowni tzw. Data Center oraz zapewnienie ochrony, konserwacji, obsługi i stałego połączenia do Internetu. Usługa ta może mieć różny zakres. W ramach usługi klient może wstawić swój własny sprzęt do wynajmowanej powierzchni w Data Center, może też korzystać z usługi udostępnienia potrzebnej mu infrastruktury przez Wynajmującego. Usługa kolokacji jest standardową usługą, z której korzysta wiele podmiotów, dla których nie jest opłacalne utrzymywanie własnej powierzchni serwerowni oraz infrastruktury sieciowej. Dostarczanie części zamiennych i utrzymanie Centrum Przetwarzania Danych polega na serwisowaniu, wymianie, naprawie wadliwego sprzętu wraz z zarządzaniem siecią. Celem serwisu jest utrzymanie infrastruktury w zakresie wymaganej przez Zamawiającego dostępności, niezawodności, wydajności i bezpieczeństwa. Utrzymanie infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat to utrzymywanie, wsparcie techniczne, i zarządzanie systemem informatycznym. W przypadku zarządzania systemem informatycznym najważniejsze jest posiadanie przez Zamawiającego szczegółowej i rzetelnej dokumentacji technicznej posiadanego systemu. Zamawiający od dnia 09.07.2018 roku miał wiedzę o brakach systemu KSPO i koniecznych działaniach zmierzających do uniezależnienia się od jednego wykonawcy, a od dnia posiadanej wiedzy z audytu minęło 13 miesięcy do dnia ogłoszenia postępowania przetargowego nr BDG.ZPB.230.5.2019. Dodatkowo należy wskazać, że w okresie od 19.10.2018 roku tj. zawarcia umowy nr 603/2018 w trybie zamówienia z wolnej ręki współpracował z Wykonawcą DXC Technology Polska, który był jednym z podwykonawców systemu KSPO i posiadał zarówno wiedzę o systemie, jak i możliwości uzupełnienia dokumentacji. Z materiału dowodowego wynika, że Zamawiający czynił starania, aby wykonać zalecenia z zamówionego przez siebie audytu systemu KSPO. W każdej sytuacji, gdzie przedmiotem zamówienia jest system informatyczny, dedykowany pod konkretnego zamawiającego, który łączy w sobie wiele procesów biznesowych, na różnych płaszczyznach, wykonawca tego systemu, a następnie podmiot, który przez długi okres czasu odpowiadał za jego utrzymanie, będzie miał przewagę nad wykonawcą, który nie budował tego systemu. Przewaga wynika z faktu posiadania zespołów ludzkich dedykowanych do utrzymania tego systemu, które doskonale i na bieżąco znają system. Ta przewaga nie oznacza oczywiście, że taki wykonawca jest niezastępowalny. Istnieje na rynku wiele wykwalifikowanych firm informatycznych, które są w stanie "przejąć" utrzymanie systemu informatycznego i dalej go rozbudowywać. Kryterium, które działa na niekorzyść innych wykonawców jest czas, w jakim są oni w stanie zapoznać się

z dokumentacją systemu, zapoznać się z wymaganiami zamawiającego, uzgodnić wszelkie niejasności i zbudować zespół programistów i analityków. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który wybudował, nawet częściowo system i świadczy usługi utrzymaniowe, jest w stanie błyskawicznie przystąpić do prac, pomijając etap zaznajamiania się z systemem, jego wymaganiami oraz oczekiwaniami zamawiającego. Przy bardzo skomplikowanych systemach informatycznych zamawiającego, a takim jest system ESPO, należy przyjąć, że nowy wykonawca musiałby poświęcić około 6 tygodni na tzw. prace przygotowawcze. Należy stwierdzić, że o ile udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w roku 2018 było zasadne, bo istniały obiektywne przesłanki natury technicznej, które pozwalały wykonać to zamówienie jednemu Wykonawcy, jakim była firma DXC Technology Polska, o tyle biorąc pod uwagę wszystkie powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że Zamawiający w postępowaniu z 2019 roku powinien dopuścić do udziału innych wykonawców. W sierpniu 2019 roku nie było już żadnych obiektywnych przesłanek technicznych uzasadniających udzielenie z wolnej ręki zamówienia firmie DXC Technology Polska. Wykaz niektórych podmiotów mogących wykonać zamówienie nr BDG.ZPB.230.5.2019: Netia SA – ul. Poleczki 13, Warszawa (z tego podwykonawcy korzystał Wykonawca DXC Technology Polska przy realizacji zamówienia z 2019 roku nr BDG.ZPB.230.5.2019, <https://www.netia.pl/pl/srednie-i-duzefirmy/produkty/data-center-cloud/data-center>, S-Net sp. z o.o., ul. Kapelanka 13, 30-347 Kraków, <https://www.snet.pl/>, Talex SA – ul. Karpia 27d, 61-619 Poznań, <https://www.talex.pl/pl/>, ATM SA – ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, <https://www.atman.pl/>, T-Mobile, ul. Jana Pawła II, Piaseczno, COMARCH SA, Al. Jana Pawła II 41d, 31-864 Kraków, <https://www.comarch.com/>, Hewlett Packard Enterprise Polska, ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (z tego podwykonawcy korzystał Wykonawca DXC Technology Polska przy realizacji zamówienia z 2019 roku nr BDG.ZPB.230.5.2019), <https://www.hpe.com/pl/pl/home.html>, Asseco Poland SA – ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów, <https://pl.asseco.com/>.”

W zakresie pytania nr 2, biegły wskazał w konkluzjach opinii uzupełniającej z dnia 22 lutego 2021 r. co następuje: „Przedmiot i charakter zamówienia pozwalał na zmianę wykonawcy oraz zmianę lokalizacji świadczenia usług. Obecnie w Polsce istnieje wiele specjalistycznych DATA Center wyposażonych na najwyższym poziomie i spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego. Dopuszczenie przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu BDG.ZPB.230.5.2019 firm konkurencyjnych było rozsądną alternatywą, pozwalającą [na] wynegocjowanie dla Zamawiającego jak najlepszych warunków realizacji zamówienia oraz jego ceny.” W zakresie pytania nr 3, biegły wskazał w konkluzjach opinii uzupełniającej z dnia 22 lutego 2021 r., iż: „Nie ma podstaw, aby uznać, że przedmiot zamówienia został określony w sposób zawężający krąg potencjalnych wykonawców. Jak wskazano w odpowiedzi do pytania nr 1 istniał duży krąg wykonawców zdolnych zrealizować

zamówienie na warunkach opisanych w postępowaniu przetargowym nr BDG.ZPB.230.5.2019.”

W zakresie pytania nr 4, biegły wskazał w konkluzjach opinii uzupełniającej z dnia 22 lutego 2021 r.: „Z zakresu przedmiotowego zamówienia możliwe byłoby wyodrębnienie co najmniej 2 części zamówienia i powierzenie ich do realizacji innemu podmiotowi niż DXC Technology Polska. Mowa tutaj o usłudze kolokacji systemu oraz dostarczania części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych. Te usługi nawet w warunkach, kiedy Zamawiający nie wykonał zaleceń wynikających z audytu PWPW i nie uzupełnił dokumentacji systemu ESPO, mogły być wykonywane przez inne podmioty. Obydwie wymienione usługi są usługami powszechnie dostępnymi na rynku i nie wymagają pełnej znajomości systemu ESPO, ponieważ dotyczą najmu powierzchni serwerowej, łączy sieciowych oraz możliwości serwisowania sprzętu. Utrzymywanie Centrów Przetwarzania Danych jest możliwe niezależnie od systemu informatycznego ESPO, ponieważ Centra te stanowią jedynie bazę, na której system informatyczny jest przechowywany i wykonuje swoje działania. Co do powierzenia realizacji usługi IaaS innemu podmiotowi niż DXC Technology Polska, to było to możliwe przy wykonaniu przez Zamawiającego zaleceń audytu PWPW, tj. uzupełnieniu dokumentacji systemu KSPO, opracowaniu dokumentacji systemu przez Wykonawcę DXC Technology Polska oraz przeprowadzeniu testów przełączeniowych w trakcie trwania rocznej umowy nr 603/2018. W przypadku, gdy Zamawiający z niezależnych od siebie przyczyn nie był w stanie zgromadzić pełnej dokumentacji systemu informatycznego, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wydzielił z postępowania nr BDG.ZPB.230.5.2019 część dotyczącą usługi IaaS i tylko tę część powierzył do wykonania w trybie z wolnej ręki Wykonawcy DXC Technology Polska.”

W związku z powyższym w ocenie Prezesa Urzędu zasadne jest uznanie, iż na dzień udzielenia zamówienia publicznego nie istniały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, z uwagi na które usługi będące przedmiotem zamówienia co najmniej w zakresie usług kolokacji systemu oraz dostarczania części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych mogły być świadczone tylko przez wykonawcę DXC. Zdaniem Kontrolującego poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp2004. Zamawiający poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych naruszył tym samym art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem wykonawca DXC, któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

W dniu 18 czerwca 2021 r. Zamawiający - Główny Inspektorat Transportu Drogowego („GITD”) z siedzibą w Warszawie wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, nie zgadzając się z jej ustaleniami.

W treści pisma przedstawiono stan faktyczny, wskazując, iż w dniu 24 grudnia 2009 r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „GDDKiA”) przekazała ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zamówienia pod nazwą „Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej” do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wszczynając tym samym to postępowanie. Jako najkorzystniejsza w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego okazała się oferta konsorcjum składającego się z Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Telematic Services sp. z o.o. oraz Texel sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Kapsch”). Wskutek wyboru oferty Konsorcjum Kapsch w tym postępowaniu - GDDKiA zawarła w dniu 2 listopada 2010 r. z tym podmiotem umowę na 8 lat liczonych od dnia podpisania umowy, tj. z terminem obowiązywania do dnia 2 listopada 2018 r. W związku ze zbliżającym się upływem terminu realizacji ww. umowy, o którym mowa powyżej, w dniu 12 grudnia 2016 r. GDDKiA przekazała do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu pn. „Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd” o numerze DPR.DPR-2.2413.6.2016.DZR.34 (dalej: „Postępowanie prowadzone przez GDDKiA w trybie dialogu konkurencyjnego”). W dniu 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 rozumianych jako: a) pobór opłaty elektronicznej w rozumieniu art. 13hb ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 1440, z późn. zm.), oraz b) pobór opłaty za przejazd autostradą w rozumieniu art. 37a ust. 1a pkt 1) ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 641, z późn. zm.), przekazała z GDDKiA na Głównego Inspektora Transportu Drogowego. W następstwie uchwalenia i wejścia w życie Nowelizacji, GDDKiA z dniem 18 stycznia 2018 r. przekazała wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania prowadzonego przez GDDKiA w trybie dialogu konkurencyjnego.

W związku z przygotowaniami GITD do przejęcia od GDDKiA w dniu 3 listopada 2018 r. obowiązku poboru opłat, dnia 19 lipca 2018 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi przejęcia i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat” (numer referencyjny: BDG.ZPB.230.28.2018; dalej: „Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia”), przekazując zaproszenie do negocjacji czterem podmiotom, tj. Instytutowi Badawczemu Dróg i Mostów, Instytutowi Łączności - Państwowemu Instytutowi Badawczemu (dalej: „IŁ – PIB”), Instytutowi Techniki Budowlanej, Państwowemu Instytutowi Badawczemu – Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa. Przedmiotem Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia było świadczenie usługi przejęcia i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia stanowił załącznik do Zaproszenia do negocjacji. W odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji zainteresowanie udziałem w postępowaniu wykazało dwóch Wykonawców, tj. IŁ – PIB oraz Państwowy Instytut Badawczy – Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa. Finalnie, w wyniku przeprowadzonego Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ofertę złożył jeden Wykonawca, tj. IŁ – PIB, z którym GITD zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego dnia 28 sierpnia 2018 r. W czasie realizacji umowy IŁ - PIB, okazało się, że Wykonawca, któremu udzielono zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, nie jest zdolny do jego wykonania w pełnym zakresie. Mając na uwadze powyższe oraz nałożony Nowelizacją obowiązek GITD do zapewnienia ciągłości poboru opłaty elektronicznej, a przede wszystkim zbliżający się termin realizacji tego zadania, jak również wszelkie zdarzenia opisane powyżej, Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki. Przedmiotem postępowania było świadczenie usługi kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych Elektronicznego Systemu Poboru Opłat (numer referencyjny: BDG.ZPB.230.48.2018). Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w innym trybie nie było możliwe, w tym między innymi z uwagi na bardzo krótki czas pozostały do dnia 3 listopada 2018 r.

W wyniku przeprowadzonego postępowania w dniu 19 października 2018 r. podpisano umowę nr 603/2018 z firmą DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szturmowa 2a (dalej: „DXC”). Umowa została zawarta na czas oznaczony od dnia 3 listopada 2018 r. do dnia 2 listopada 2019 r. włącznie. Podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania stanowił art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie mógł przewidzieć, że Wykonawca (IŁ – PIB), któremu udzielono zamówienia publicznego, nie będzie zdolny do wykonania zamówienia w pełnym zakresie, tak więc została wypełniona dyspozycja tego przepisu uprawniająca GITD do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. GITD w uzasadnieniu przekazanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych szczegółowo uzasadnił i wykazał zaistnienie spełnienia przesłanek zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. W wyniku przejęcia Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej z dniem 3 listopada 2018 r., GITD miał możliwość dokonania weryfikacji budowy, konstrukcji

i kompletności Systemu Poboru Opłaty Elektronicznej. W wyniku tych analiz GITD doszedł do konstatacji, że nie jest możliwe pełne przejęcie obszaru związanego z utrzymaniem Centrum Przetwarzania Danych z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, bowiem przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) jest przesłanką nadal aktualną zdaniem Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe GITD wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego numer BDG.ZPB.230.5.2019 na „Świadczenie usługi kolokacji, dostarczenia części zamiennych i utrzymanie Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IaaS” (ang. Infrastructure as a Service – infrastruktura, jako usługa) Elektronicznego Systemu Poboru Opłat udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a). W wyniku przeprowadzonego postępowania w dniu 30 października 2019 r. podpisano umowę nr 373/2019 z firmą DXC. Umowa została zawarta na czas oznaczony od dnia 3 listopada 2019 r. do dnia 2 listopada 2020 r. włącznie.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki było świadczenie usługi kolokacji, utrzymania i dostarczanie części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. Zamówienie składało się z dwóch kluczowych usług:

- a) usługi kolokacji, polegającej na fizycznym umieszczeniu i utrzymaniu funkcjonowania środowisk IT Zamawiającego w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych (CPD A i CPD B) przez Wykonawcę, na którą składają się takie czynności, jak: udostępnianie powierzchni dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, zapewnianie odpowiednich warunków dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, zasilanie energią elektryczną Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, zapewnienie klimatyzacji w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych, zapewnienie bezpieczeństwa w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych, konfiguracja sprzętu sieciowo-serwerowego dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych;
- b) usługi utrzymania Centrów Przetwarzania Danych, na którą składają się takie czynności, jak: wsparcie obecnie eksploatowanego sprzętu, serwis sprzętu, cykliczna wymiana sprzętu, utrzymanie infrastruktury w modelu IaaS, odbiór wadliwych urządzeń, weryfikacja i naprawa wadliwego sprzętu, zarządzanie sieciami (LAN/WAN, DNS, DHCP, Active Directory), Systemy Zarządzania (obsługa sprzętu, administracja systemu operacyjnego, system startup / shutdown 2Patch, zarządzanie przywracaniem systemu, monitoring systemów), usługi zarządzania aplikacjami (Zarządzanie Firewalllem, McAfee IPS, McAfee EPO, szyfrowanie, Obsługa HP Open.View lub podobnych, systemy monitoringu NNM i PI, systemy przywracania, TYPO3 CMS, Citrix, Borderware, Safeword, Certyfikaty, wsparcie techniczne w zakresie sprzętu i oprogramowania), operacje systemowe, m.in. zarządzanie środowiskiem Microsoft (Exchange, Active Directory, Database, Webserver), Unix (m.in.

HP UX, Linux), monitorowanie operacji systemowych (za pomocą dedykowanego oprogramowania m.in. HP OpenView); zarządzanie i utrzymanie pamięci operacyjnej (m.in. SAN, SAN Switch, VLT, Tapelibrary, Backup/Restore).

Zamawiający wskazał, iż w trakcie realizacji zawartej z DXC umowy, GITD przeanalizował dokumentację dotyczącą Centrum Przetwarzania Danych, procedury i procesy operacyjne, integrację Wykonawcy z pozostałymi elementami systemu, ustanowił stały kontakt operacyjny z Wykonawcą, a także ocenił holistycznie obszar kolokacji w porównaniu z przeprowadzonymi przed 3 listopada 2018 r. audytami. Przeprowadzone analizy oraz poczynione w nich wnioski okazały się nadal aktualne, zaś możliwość samodzielnego utrzymania systemu lub zlecenia takiego działania innemu podmiotowi zewnętrznemu, oprócz DXC jako podmiotowi, który od początku realizował tę usługę, było niemożliwe. Zamawiający wskazał, że już w trakcie przygotowań do przejścia systemu przez GITD od GDDKiA zidentyfikowano następujące trudności związane z infrastrukturą techniczną i teleinformatyczną, tj.:

- a) GDDKiA i GITD zgłosili ponad 110 uwag do pierwszej wersji dokumentu Szczegółowy Plan Zdawczo-Odbiorczy, który powinien organizować cały proces przekazania KSPO przez wykonawcę; do samego końca przejścia systemu Szczegółowy Plan Zdawczo-Odbiorczy nie został zatwierdzony, a wiele z jego postanowień nie zostało zrealizowanych, w tym kluczowych dotyczących sposobu funkcjonowania systemu oraz zapewnienia możliwości samodzielnego jego utrzymania;
- b) jakość i szczegółowość dokumentacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, w tym dokumentacji oprogramowania, będącej podstawą przekazania wiedzy stronie publicznej o architekturze, sposobie funkcjonowania i procesach realizowanych w Elektronicznym Systemie Poboru Opłat, a także sposobie ich realizacji i obsługi systemu, pozostawiała wiele do życzenia; GDDKiA i GITD wyartykułowali kilkaset uwag do różnego rodzaju dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej systemu;
- c) GDDKiA i GITD w wyniku wstępnej analizy kodu źródłowego oprogramowania dedykowanego (specjalnego) Elektronicznego Systemu Poboru Opłat zidentyfikowali potencjalne braki lub nieścisłości w przekazanym kodzie i dokumentacji go opisującej, co mogło oznaczać, że Wykonawca nie wywiązał się w sposób należyty z obowiązku kontraktowego przekazania Zamawiającemu pełnego kodu źródłowego do tego oprogramowania;
- d) GDDKiA i GITD zidentyfikowali brak odpowiedniego przekazania do Zamawiającego i udokumentowania wszystkich licencji, sublicencji i innych praw do użytkowania oprogramowania standardowego stron trzecich wykorzystywanych w Elektronicznym Systemie Poboru Opłat, a także stwierdzili brak w ogóle przekazania Zamawiającemu niektórych licencji wykorzystywanych w ramach systemu;

- e) Wykonawca sprzeciwiał się przekazaniu do GDDKiA i GITD zaktualizowanych wersji dokumentacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat;
- f) Wykonawca sprzeciwiał się przeprowadzeniu inspekcji urządzeń i sprzętu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat w sposób potwierdzający ich prawidłowe funkcjonowanie i żywotność w terminach przewidzianych umową.

Powyższe stwierdzenie nie stanowiło wyłącznie subiektywnej oceny Zamawiającego. Okoliczności te zostały potwierdzone również wspomnianymi przeprowadzonymi audytami. W celu jednoznacznej oceny stanu faktycznego dotyczącego kodów źródłowych oprogramowania Krajowego Systemu Poboru Opłat (dalej: „KSPO”), w pierwszej kolejności została zlecona analiza oprogramowania i dokumentacji. Wojskowa Akademia Techniczna (dalej: „WAT”) przedstawiła następujące wnioski i rekomendacje w audycie pt. „Opracowanie wstępnej analizy architektonicznej Krajowego Systemu Poboru Opłat wraz z oceną przekazanej dokumentacji i stosu technologicznego składowych komponentu systemu” (załącznik nr 1):

1. Po analizie przekazanych dokumentów eksperci WAT stwierdzili, że składowe elementy KSPO, w głównej większości nie mogą zostać zbudowane poza środowiskiem dostawcy (lub jego podwykonawców) oprogramowania KSPO, gdyż:
 - 1.1 Zamawiający (GITD) nie dysponuje licencjami oprogramowania i nie jest w stanie ich pozyskać na rynku gdyż producent nie wspiera takiego oprogramowania – przykładem jest środowisko Microsoft Dynamics;
 - 1.2 Zamawiający (GITD), w przypadku oprogramowania niskopoziomowego i aplikacji mobilnych, nie dysponuje środowiskami budowania takich aplikacji z wykorzystaniem zależnych bibliotek i środowisk wbudowanych;
 - 1.3 Zamawiający (GITD) nie posiada informacji na temat składowych bibliotek i ich wersji (lub samych bibliotek jeżeli są płatne lub niedostępne do pozyskania ze względu na zakończenie wsparcia tych bibliotek), aby podpinać je w narzędziach CASE i doprowadzić do skompilowania i zbudowania przekazanych komponentów programowych;
 - 1.4 Zamawiający (GITD) nie posiada specyficznych wersji produktów bazodanowych, dla których zostały przygotowane struktury bazodanowe, oraz elementy aplikacyjne (procedury wbudowane).
2. zdaniem ekspertów WAT opracowane produkty architektoniczne nie są precyzyjne i są niewystarczające, aby poznać struktury wewnętrzne podsystemów, a w szczególności składowe aplikacje, a zależności pomiędzy tymi aplikacjami, wykorzystywane technologie i składowe zależne produkty są niemożliwe do odnalezienia. Tak rozległy produkt informatyczny musi posiadać dokumentację architektury pozwalającą na prowadzenie

procesów rozwoju aplikacji składowych, testowania, a w konsekwencji utrzymania systemu KSPO.

3. W ramach przeprowadzonych analiz wykonano następujący zakres czynności:
 - 3.1. ocenę kompletności przekazanej dokumentacji architektonicznej – oceniono i stwierdzono braki pełnej informacji architektonicznej oprogramowania;
 - 3.2. ocenę kompletności i wskazanie braków w procedurach budowania przekazanego oprogramowania (kodów źródłowych i plików zależnych) – dokumentacja ich nie specyfikuje i uniemożliwia pozyskanie wiedzy na temat procedur skutecznego budowania oprogramowania;
 - 3.3. ocenę kompletności i braków w procedurach wdrożeniowych opisanych w dokumentacji – w minimalnym stopniu zostały fragmentarycznie opisane jednak nie są wystarczające gdyż nie specyfikują kompletnej listy kroków od zbudowania binariów przez ich wdrożenie i wykonanie procedur sprawdzenia poprawnego uruchomienia aplikacji i podsystemów KSPO;
 - 3.4. analizę kompletności i braków w kodach źródłowych oraz bibliotekach wraz z referencjami do zastosowanych bibliotek firm trzecich – w ograniczonym (możliwym zakresie) stwierdzono te braki jednak przekazane kody źródłowe, pliki konfiguracyjne i dokumentacja uniemożliwiają stwierdzenie wszystkich braków;
 - 3.5. ocenę kompletności i zgodności dokumentacji z wzorcami inżynierii oprogramowania dotyczącej danego rodzaju dokumentacji (dokumentacja wdrożeniowa, administrowania, utrzymaniowa, użytkowa, testowa, analityczna i architektoniczna) – braki zostały wskazane w dokumencie, a dokumentacja szczególnie administracyjna, wdrożeniowa i architektoniczna nie jest kompletna i nie pozwala pozyskać kompletnej informacji o systemie KSPO;
 - 3.6. ocenę kompletności i braków w strategiach i procedurach zapewniania jakości oprogramowania – przeprowadzona analiza, a szczególnie przekazane kody źródłowe pozwalają stwierdzić, iż brak jest skodyfikowanych procedur zapewniania jakości kodu, a w wielu aspektach też kontroli jakości kodu na poziomie wytwórczym (statyczna analiza kodu, procedury code review, pokrycie kodu testami jednostkowymi i testami automatycznymi).

Konkluzją powyższego jest to, że system ten jest obciążony długiem technologicznym oraz brakami dokumentacji systemu KSPO, co uniemożliwia samodzielne działania w systemie i uzależnia je od dotychczasowych podwykonawców. Dodatkowo GDDKiA, GITD i ewentualny zewnętrzny podmiot nie byłby w stanie uzupełnić omawianych braków z uwagi na specyfikę systemu i wdrożonych rozwiązań.

Zamawiający GITD wskazał, iż zlecono również przeprowadzenie kolejnego audytu przez PWPW S.A. Zgodnie z informacjami umieszczonymi w „Audycie IT Krajowego Systemu Poboru Opłat” (załącznik nr 2) wskazano wprost, że przekazana dokumentacja związana z systemem KSPO jest niewystarczająca do samodzielnego zarządzania infrastrukturą teleinformatyczną systemu KSPO przez następczego Wykonawcę poprzez między innymi brak w dokumentacji systemu KSPO. Jak już wcześniej wskazywano KSPO do chwili przejścia przez GITD był systemem zarządzanym przez Konsorcjum Kapsch. Jednym z elementów tego systemu i podwykonawców była firma DXC, która odpowiadała za obszar związany z utrzymaniem Centrum Przetwarzania Danych. Braki w przekazanej dokumentacji dotyczą systemu KSPO, jako całości, którego istotnym elementem jest również CPD i to tego elementu systemu się również odnoszą. Zgodnie z dalszymi wnioskami z audytu IT systemu Krajowego Systemu Poboru Opłat „W wyniku przeglądu otrzymanej dokumentacji systemowej dotyczącej wykorzystywanych przez Wykonawcę serwerów, bazy danych oraz opisu oprogramowania stwierdzono, iż jest niewystarczająca do odtworzenia tych środowisk teleinformatycznych. Stwierdzono przypadki, gdzie dokumentacja była niekompletna oraz nieaktualna. Z powyższego wynika, wprost, iż otrzymana dokumentacja systemu KSPO odnosząca się między innymi do serwerów oraz baz danych, a więc elementów CPD (co było przedmiotem postępowania) uniemożliwia przejście tego obszaru i realizację usługi przez podmiot trzeci. Co więcej dalej wskazano, iż we wnioskach z audytu IT Krajowego Systemu Poboru Opłat, iż: „Przekazana dokumentacja dotycząca aplikacji i kodów źródłowych nie jest wystarczająca do pełnego zrozumienia działania systemu, odtworzenia środowiska testowego, zbudowania i rozwijania oprogramowania specjalistycznego, ani do przejścia świadczenia usług i utrzymywania systemów informatycznych bez ścisłej współpracy z Wykonawcą Konsorcjum Firm Kapsch”. Zgodnie z wnioskami z „Audytu IT Krajowego Systemu Poboru Opłat” ze względu na utrzymanie ciągłości funkcjonowania KSPO rekomendowane przez audytora było przedłużenie działania obecnej infrastruktury, a także ścisła współpraca Wykonawcami posiadających doświadczenie i wiedzę z zakresu utrzymania KSPO, co Zamawiający uczynił. Jednocześnie we wnioskach z audytu IT systemu KSPO wskazano również: „Należy rozważyć sukcesywną wymianę elementów oprogramowania systemu centralnego na nowo napisane i będące pod pełną kontrolą Następczego Wykonawcy (...). Jednocześnie, niezbędne będzie pozyskanie dodatkowej wiedzy i wsparcia Wykonawcy, szczególnie przy przeprowadzaniu testów wytworzonego rozwiązania”. Powyższe w jasny sposób wskazuje, że bez napisania i zaprojektowania nowych elementów systemu KSPO, pełne objęcie jego funkcjonalności nie jest możliwe.

Odnosząc się do uzasadnienia konieczności powierzenia realizacji przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki GITD zauważył, że ESPO jest jednolitym systemem teleinformatycznym, służącym do poboru opłaty 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 lub opóźnienie ich uruchomienia mogłoby spowodować dysfunkcję w systemie, w szczególności brak wpływów do Krajowego Funduszu Drogowego czy też zagrożenie dla bezpieczeństwa osób i mienia, a także danych osobowych. Ponadto podkreślił, że istnienie i funkcjonowanie niektórych z elementów systemu jest wymaganiem prawa lub wynika z przepisów unijnych, czy też strategii i programów rządowych. Ewentualne nieprawidłowości działania dowolnego z elementów systemu, 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 poprzez nieprawidłowe działanie niektórych funkcjonalności, a także prowadzić do obniżenia przychodu z tytułu poboru opłat do KFD, włącznie z całkowitym przerwaniem ciągłości poboru opłat, a co za tym idzie - przychodu. Biorąc powyższe pod uwagę, poszczególne elementy systemu muszą być w pełni funkcjonalne przez cały okres działania produkcyjnego, gdyż z punktu widzenia technologicznego bez nich nie jest możliwe funkcjonowanie całego systemu oraz prawidłowe kończenie procesów, a ich brak prowadzi do utraty przychodów dla Skarbu Państwa poprzez brak czasowych wpływów do KFD, które obecnie wynoszą ok. 5 mln złotych dziennie. Zamawiający GITD podkreślił, że usługa eksploatacji i utrzymania Elektronicznego Systemu Poboru Opłat (dalej: „ESPO”) nie może być również powierzona podmiotom innym niż wyspecjalizowane w obsłudze ESPO, posiadającym specjalistyczną wiedzę z zakresu funkcjonowania ESPO, jego poszczególnych elementów oraz interfejsów pomiędzy nimi, a także znających specyfikę problematyki telematiki transportu i poboru opłat, co gwarantuje prowadzenie skutecznych operacji zgodnie z aktualnie obowiązującymi standardami i normami.

Odnosząc się do poszczególnych elementów składających się na system, dzięki którym funkcjonowaniu możliwa jest obsługa całego procesu poboru opłat elektronicznych, Zamawiający GITD wskazał, że elementy pozostające w obszarze działań GITD są ściśle związane z realizacją przez GITD zadań własnych związanych z ESPO dotyczących monitoringu, kontroli i nadzoru i obejmują zadania dotyczące, m.in. usługi utrzymania Centrum Przetwarzania Danych oraz usług kolokacji. Zamawiający dodał, że ESPO posiada dwa niezależne CPD - Główny i Zapasowy, w których znajdują się kluczowe elementy infrastruktury teleinformatycznej, m.in.: serwery, na których działają wszystkie aplikacje odpowiedzialne za

działanie ESPO, w tym aplikacje naliczające opłaty, bazy danych, dedykowane interfejsy do elementów zewnętrznych, w tym infrastruktury przydrożnej, usług płatniczych oraz systemu kontroli; macierze danych, na których przechowywane są wszystkie dane dotyczące ESPO i wykorzystywane do naliczania i pobierania opłat, a także cała historia przejazdów i opłat; elementy sieciowe tworzące podstawowy szkielet sieci ESPO i zapewniające jej nieprzerwane działanie. CPD jest więc miejscem, w którym znajduje się cała infrastruktura odpowiedzialna za działanie Systemu Centralnego. Ośrodki, w których znajdują się CPD są odpowiedzialne za nieprzerwane dostarczenie energii elektrycznej, chłodzenie elementów infrastruktury teleinformatycznej, monitorowanie oraz utrzymanie tej infrastruktury wraz z jej zabezpieczeniem przed nieautoryzowanym dostępem, nagłymi zdarzeniami, warunkami zewnętrznymi i aktami wandalizmu. Infrastruktura teleinformatyczna znajdująca się w CPD jest ponadto głęboko zintegrowana z ośrodkiem, w którym się znajduje – przechowywana jest w dedykowanych szafach, posiada skomplikowany system okablowania sieciowego, wraz z jego logiczną konfiguracją, a także bezpośrednie połączenie pomiędzy Głównym i Zapasowym CPD, zapewniając nieprzerwane działanie.

Opisany wyżej System Centralny jest jednolitym, logicznie zaimplementowanym jako całość zespołem aplikacji, interfejsów i baz danych. W celu uzyskania maksymalnej wydajności został on rozproszony po całej infrastrukturze teleinformatycznej znajdującej się w CPD, tak aby maksymalnie wykorzystać możliwości ośrodka oraz infrastruktury. Zdaniem GITD w dniu dzisiejszym nie istnieje inne rozwiązanie pozwalające na zastąpienie Systemu Centralnego innym zespołem aplikacji i baz danych. Z technologicznego punktu widzenia nie istnieje w tej chwili możliwość wyłączenia któregośkolwiek elementu CPD bez spowodowania całkowitej utraty funkcjonalności Systemu Centralnego. Elementy te działają jako nierozdzielna całość i są podstawą działania ESPO. W przeciwnym wypadku opisana sytuacja wiąże się z całkowitą utratą: 1) przychodu do KFD w wysokości średnio ok. 5 mln złotych dziennie, 2) wszystkich danych wynikających z działania systemu – danych na temat zarejestrowanych przejazdów użytkowników dróg, danych na temat płatności, historii reklamacji i innych wynikających z zadań realizowanych przez ESPO, co spowoduje niemożliwe do oszacowania straty finansowe oraz będzie stało w sprzeczności z wymaganiami prawnymi w zakresie przechowywania danych, 3) możliwości odtworzenia ESPO, co spowoduje bezpośrednie straty Skarbu Państwa wynikające z prawa własności do ESPO; koszt systemu to ponad 4 mld złotych, 4) możliwości dostępu do danych ESPO na potrzeby uprawnionych służb, w tym w szczególności Policji, co w znaczny sposób wpływa na bezpieczeństwo Państwa.

Zamawiający GITD wskazał, iż DXC świadczy szereg głęboko zintegrowanych z systemem usług, które wymagają wieloletniego ustanawiania procesów, procedur,

interfejsów oraz opracowywania odpowiednich technologii i znajomości utrzymywanego środowiska oraz jego pełnego otoczenia. Są to m.in.:

- a) znajomość Centrum Przetwarzania Danych – DXC posiada pełną, całościową znajomość CPD, w tym w szczególności umiejscowienia poszczególnych elementów składowych systemu, jego logicznego działania, newralgicznych elementów, priorytetowości i ważności systemów i podsystemów oraz wpływu poszczególnych awarii na sposób funkcjonowania systemu, działania kopii zapasowych, redundancji danych i ich retencji, a także zastosowanych technologii oraz długu technologicznego w poszczególnych warstwach;
- b) znajomość infrastruktury i integracja – DXC posiada pełną znajomość infrastruktury systemu wraz z całym zastosowanym stosem technologicznym, składającym się na odpowiednio dobrany zespół serwerów, macierzy, urządzeń do archiwizacji danych, wirtualizatorów i innych elementów, które są ściśle związane z funkcjonującymi na nich aplikacjami, bazami danych i systemami. Ponadto zgodnie z najlepszymi standardami DXC posiada wypracowane ścieżki dostępu do określonych elementów systemu, umożliwiające reagowanie na awarie i incydenty w wymaganym czasie, gwarantującym minimalizację ich negatywnego wpływu na działanie systemu;
- c) znajomość sieci – DXC w dniu dzisiejszym odpowiedzialne jest za administrowanie siecią w ramach CPD oraz za zarządzanie wszystkimi regułami bezpieczeństwa sieciowego, w tym zarządzanie firewallami i ich regułami. W przypadku tak rozległego systemu, łączącego w sobie zarówno tysiące sieciowych elementów infrastrukturalnych na terenie całego kraju, jak i setki elementów sieciowych w ramach CPD, jest to jedno z kluczowych zadań Wykonawcy i unikalna kompetencja w ramach systemu, która budowana była w oparciu o wieloletnie doświadczenie w administracji CPD systemu;
- d) znajomość oprogramowania – DXC jako wieloletni administrator CPD, odpowiedzialny również za przeprowadzanie okien serwisowych, wdrożeń oprogramowania, jego instalację, a także utrzymanie systemów operacyjnych i ich administrację jako jedyny podmiot na rynku posiada pełną wiedzę na temat oprogramowania i jego lokalizacji na infrastrukturze fizycznej systemu, w skład którego wchodzi ponad 21 tys. różnych licencji;
- e) znajomość zabezpieczeń systemu – DXC jako podmiot odpowiedzialny za bezpieczeństwo teleinformatyczne w warstwie CPD oraz w warstwie systemów operacyjnych i reguł zabezpieczeń sieciowych posiada pełną i całościową wiedzę na temat funkcjonowania zabezpieczeń systemu. Są to kompetencje nabyte podczas wieloletniej obsługi systemu, w tym w szczególności wynikające z wykrywanych zagrożeń bezpieczeństwa i rozpoznanych ryzyk. Dodatkowo DXC jako podmiot odpowiedzialny za realizację usługi administracji systemami zabezpieczeń zna reguły bezpieczeństwa w każdej z warstw systemu;

- f) procedury, w tym w szczególności okna serwisowe, przełączenia – Wykonawca DXC realizując usługi w ramach CPD KSPO ustanowił i dopracował procesy i procedury operacyjne, w tym w szczególności procesy obsługi incydentów, zmian, problemów, a także procedury przeprowadzania okien serwisowych i przełączenia pomiędzy CPD głównym i zapasowym. Są to procesy ściśle zintegrowane z systemem, uwzględniające uwarunkowania będące podstawą działania systemu i ustanawiane w odpowiedzi na występujące w systemie sytuacje. Są one kluczowe do prawidłowej obsługi systemu i zapewnienia ciągłości działania, a także minimalizacji skutków potencjalnych awarii;
- g) pełny dostęp – DXC realizując obecne usługi posiada pełny dostęp administracyjny do wszystkich kluczowych elementów systemu, w tym do systemów bezpieczeństwa, zarządzania kopiami zapasowymi, zarządzania siecią, zarządzania dostępami oraz zarządzania infrastrukturą teleinformatyczną. Dostępny te są kluczowe przy utrzymaniu systemu, a ich ustanowienie jest niezbędne do prawidłowej i skutecznej obsługi i utrzymania CPD;
- h) wyspecjalizowana kadra – DXC jako wieloletni administrator CPD posiada wyspecjalizowaną kadre, posiadającą głęboką wiedzę na temat działania CPD, jego budowy, funkcjonowania poszczególnych elementów, kluczowości systemów zainstalowanych w CPD, a także wiedzę na temat budowy, konfiguracji i funkcjonowania warstwy sieciowej. Jest to wiedza, którą można zdobyć jedynie poprzez praktyczną obsługę i utrzymanie CPD, a jednocześnie jest ona niezbędna dla skutecznego świadczenia usługi;
- i) system monitoringu – do świadczenia usług utrzymania i kolokacji CPD niezbędne jest zapewnienie monitoringu każdego elementu infrastruktury teleinformatycznej, a także działania poszczególnych systemów operacyjnych, zajętości i wydajności powierzchni dyskowych, wykorzystania procesorów, pamięci, a także działania elementów sieciowych. DXC świadcząc usługi utrzymania i kolokacji CPD posiada skonfigurowany, w pełni funkcjonalny monitoring, który był budowany i usprawniany przez kolejne lata utrzymania systemu i jednocześnie jest najważniejszym elementem pozwalającym na responsywne działanie na wykryte problemy i zagrożenia;
- j) autoryzowany serwis – CPD zostało wyposażone głównie w sprzęt firmy HP, w tym serwery i macierze, niezbędne do działania systemu. Ich serwisowanie wymaga zaangażowania autoryzowanego serwisu. DXC jako partner firmy HP zapewnia właśnie taki serwis, zapewniając naprawy przy użyciu oryginalnych części i właściwych procedur, które są kluczowe do zapewnienia prawidłowego działania infrastruktury teleinformatycznej.

Zdaniem GITD Zapewnienie kolokacji oraz utrzymania CPD w świetle powyższego jest więc kluczowe dla działania całego ESPO. Działanie jakiegokolwiek innego elementu ESPO

nie jest możliwe bez prawidłowo działającego i utrzymanego CPD, posiadającego pełną funkcjonalność i odpowiedni poziom zabezpieczeń. CPD musi być bezwzględnie utrzymane, aby zachować funkcjonowanie ESPO oraz stały przychód do KFD. Dostarczanie usług przez firmę DXC, która w chwili obecnej jest ich dostawcą jest kluczowe – kolokacja i utrzymanie CPD wiążą się nierozdzielnie z głęboką integracją pomiędzy firmą świadczącą te usługi a CPD wraz ze wszystkimi jego aspektami. Kluczowa jest wypracowywana przez wiele lat znajomość CPD, w tym w szczególności infrastruktury teleinformatycznej i sieci, oprogramowania i zabezpieczeń systemu, a także posiadanie w pełni funkcjonującego systemu monitorowania, ustanowionych procesów i procedur, posiadanie pełnych, administracyjnych dostępu do systemu, posiadania pełnej, zapisanej i utrzymywanej konfiguracji poszczególnych elementów, w tym w szczególności elementów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo. Również autoryzowany serwis jest niezbędny do prawidłowej realizacji usługi i zapewnienia ciągłości działania infrastruktury i sieci, w tym w szczególności dla usług obsługiwanych przez utrzymywaną infrastrukturę. W chwili obecnej nie jest możliwa realizacja usługi przez jakikolwiek inny podmiot dostępny na rynku w sposób niezagrażający ciągłości działania systemu oraz gwarantujący zachowanie wpływów do KFD w wysokości ok. 5 mln złotych dziennie. Aby realizować usługę w sposób umożliwiający realizację usługi na wymaganym poziomie, w tym w szczególności z wymaganym SLA, zapewniając ciągłość działania systemu, jego odporność na awarie, zachowanie integralności danych, bezpieczeństwo, a także zapewniając zachowanie ciągłości przychodu do KFD, potencjalny inny niż DXC Wykonawca musiałby w chwili przejęcia usług spełniać szereg wymagań, których obecnym gwarantem jest wyłącznie firma DXC. Oznacza to m.in. że:

- a) Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby mieć uruchomiony kompletny, działający, przetestowany i gwarantujący wykrywanie awarii system monitorowania, działający w każdej warstwie CPD, który umożliwiłby reakcję na występujące awarie i zdarzenia. Do wytworzenia takiego systemu monitoringu konieczna jest nie tylko dogłębna znajomość obsługiwanego CPD, wielomiesięczna konfiguracja i testowanie oraz szkolenie zespołu wraz z wytworzeniem niezbędnej dokumentacji i procesów, ale także dostęp do CPD zagwarantowany znacznie wcześniej niż przed momentem obowiązywania umowy, co nie może mieć miejsca z powodów bezpieczeństwa nie tylko fizycznego i logicznego systemu, ale także z powodu dużego prawdopodobieństwa nieumyślnego spowodowania awarii systemu bez ponoszenia odpowiedzialności za tę awarię. Reasumując – nie ma fizycznej możliwości utworzenia skutecznego systemu monitorowania w czasie pozwalającym na skuteczne świadczenie usług zgodnie z SLA, zaś awaria w przypadku braku systemu monitorowania byłaby niemożliwa do zlokalizowania i mogłaby spowodować długą niedostępność i utratę przychodu w wysokości ok. 5 mln złotych za każdy dzień niedostępności.

- b) Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby posiadać pełną wiedzę na temat sieci teleinformatycznej systemu, pełną wiedzę na temat konfiguracji zabezpieczeń, w tym wszystkich zabezpieczeń sieciowych i sprzętowych, posiadać pełną wiedzę na temat narzędzi administratorskich oraz pełny administratorski dostęp do każdego elementu CPD, a także doskonale znać nie tylko skład infrastruktury fizycznej, ale także posiadać pełną wiedzę co do tego gdzie znajdują się poszczególne elementy i jak są ze sobą połączone. W chwili obecnej ze względów bezpieczeństwa systemu oraz względów umownych nie tylko niemożliwe byłoby udzielenie takich dostępu Potencjalnemu Wykonawcy, ale także stwarzałyby duże zagrożenie. Ponadto, odpowiednie zapoznanie się ze wszystkimi elementami CPD oraz ich fizyczną lokalizacją wymaga miesięcy przygotowań, pracy na infrastrukturze i systemach, zbudowaniu odpowiedniej bazy wiedzy, kompetencji i umiejętności, skatalogowaniu i zlokalizowaniu poszczególnych systemów i odpowiadającej im infrastrukturze. Zadanie to jest konieczne do zrealizowania aby zachować ciągłość usług zgodnie z SLA oraz zagwarantować odpowiednią responsywność na potencjalne awarie lub konieczność natychmiastowych zmian operacyjnych wykonywanych w CPD. Jednocześnie jest ono niemożliwe do zrealizowania bez fizycznego dostępu do CPD, który może być zagwarantowany dopiero w momencie rozpoczęcia usługi – do dnia 3 listopada 2019 r. usługę tę pełni firma DXC.
- c) Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby posiadać głęboką integrację nie tylko z poszczególnymi elementami CPD, ale także z procesami Zamawiającego i Wykonawców Zamawiającego. Są to procesy operacyjne gwarantujące obsługę wszelkich zdarzeń, incydentów, zmian, okien serwisowych, czy przełączeń awaryjnych. Procedury te są opracowane po stronie firmy DXC i nie podlegają one przekazaniu – potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia usługi, aby zagwarantować ciągłość działania CPD i ciągłość procesów operacyjnych musiałby wytworzyć integrację, procesy operacyjne oraz odpowiednie procedury, które wymagają nie tylko dogłębnej znajomości CPD, ale także znajomości działania Zamawiającego oraz Wykonawców Zamawiającego, ich systemów, procedur, usług powiązanych i zależności. Niemożliwe jest wytworzenie takiej integracji, procesów i procedur bez pełnego dostępu do CPD i jednocześnie wymaga ono wielomiesięcznych przygotowań. Warunek ten nie może być jednak spełniony - do dnia 3 listopada 2019 r. usługę tę pełni firma DXC i żaden inny podmiot nie może uzyskać takiego dostępu do CPD oraz brać udziału w ww. procesach ze względów bezpieczeństwa, a także ze względu na to iż jest to know-how i element usługi, którą świadczy firma DXC.
- d) Umowa z firmą DXC zawarta jest do dnia 3 listopada 2019 r. Usługa jest świadczona w ośrodku firmy DXC Technology, przy wykorzystaniu infrastruktury, oprogramowania

i sprzętu tej firmy. Oznacza to, że od dnia 3 listopada 2019 r., w przypadku zmiany operatora CPD, nowy potencjalny Wykonawca musiałby kolejno: przeprowadzić fizyczną relokację obu ośrodków – głównego i zapasowego do nowej lokalizacji, co oznacza przeniesienie wszystkich serwerów, urządzeń sieciowych, okablowania itp., zapewnić łącza danych w nowych ośrodkach, zapewnić łącze DWDM pomiędzy nowymi ośrodkami – głównym i zapasowym, zapewnić uruchomienie systemu w nowych ośrodkach i pełną sprawność operacyjną. Operacja taka wymaga wielomiesięcznego planowania i uzgodnień, wcześniejszego przygotowania odpowiedniej infrastruktury, warstwy sieciowej, zagwarantowania operacyjności nowych CPD, przeprowadzenia wielodniowych okien serwisowych podczas których system jest niedostępny, a także przygotowania planów awaryjnych, zapasu części zamiennych dla potencjalnie uszkodzonych elementów, przygotowania planów odtworzeniowych, uruchomieniowych i innych. Przeprowadzenie takiej operacji jest niemożliwe nie tylko ze względu na przesłanki wskazane powyżej, ale także ze względu na ogromne ryzyko braku możliwości uruchomienia systemu, ze względu na uszkodzenia dysków, serwerów, pamięci, procesorów i innych, brak możliwości zachowania SLA. Obecnie nie ma możliwości przeprowadzenia takiej relokacji przez podmiot inny niż aktualnie świadczący usługi kolokacji i utrzymania CPD.

- e) W przypadku spełnienia przesłanek a) – d), co jak wykazano jest w chwili obecnej niemożliwe przez jakikolwiek inny podmiot niż DXC, potencjalny Wykonawca musiałby dysponować odpowiednią, kompletną wiedzą z zakresu działania systemu, odtworzenia systemu, procedur przełączenia systemu, wydajności działania systemu i retencji danych, aby móc rozpocząć świadczenie usług w modelu IaaS. Wśród działań poprzedzających migrację systemu z fizycznej infrastruktury Zamawiającego na infrastrukturę Wykonawcy należy wymienić dokładne zaplanowanie migracji, obejmujące szczegółowe procedury, zagwarantowanie bezprzerwowego działania systemu, dokładne odtworzenie wszystkich struktur danych, aplikacji, interfejsów, elementów sieciowych i konfiguracji, w tym w szczególności bezpieczeństwa, zagwarantowanie wydajności, odpowiedniej pojemności, mocy obliczeniowej, przepustowości jak i bezpieczeństwa, dostosowanie do procedur odtworzeniowych i awaryjnych, a także odpowiednie zabezpieczenie kopii zapasowych możliwych do odtworzenia w przypadku niepowodzenia migracji oraz innych, koniecznych prac. Część obecnie wykorzystywanych technologii musi zostać zastąpiona z racji wycofania ich z dalszej eksploatacji i wsparcia przez producentów, a także z racji potencjalnych zagrożeń bezpieczeństwa. Wiąże się to z koniecznością tzw. backportowania (przenoszenia poprawek z nowszych wersji systemów i oprogramowania do starszych) z powodu tego, że nie można zastąpić starego oprogramowania bez wpływu na inne elementy, a jednocześnie zmiana technologii wymusza odpowiednie poprawki. Opisane procedury wiążą się również ze stosownymi

testami przeprowadzonymi odpowiednio wcześniej, będącymi podstawą do rozpoczęcia świadczenia usługi. Biorąc powyższe pod uwagę, jest to obecnie niemożliwe do wykonania przez podmiot inny niż DXC.

Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie GITD świadczenie usługi kolokacji, utrzymania i dostarczenia części zamiennych CPD KSPO z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, w ocenie tutejszego organu mogło być powierzony tylko podmiotowi obecnie świadczącemu usługę w tym zakresie na podstawie umowy nr 603/2018 – firmie DXC, z uwagi na fakt, że a) istnieje tylko jeden podmiot zdolny do realizacji zamówienia – jak wykazano tylko firma DXC jest w stanie utrzymywać CPD od momentu rozpoczęcia umowy, zachowując ciągłość działania systemu i zabezpieczając wpływy do KFD w wysokości 5 mln złotych dziennie; b) występowanie monopolu wynika z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – jak wykazano tylko firma DXC posiada odpowiednią integrację, merytoryczną znajomość CPD, gotowe procesy i procedury pozwalające na zapewnienie ciągłości działania systemu i gwarantujące zabezpieczenie wpływów do KFD w wysokości 5 mln złotych dziennie; c) nie istnieje alternatywne rozwiązanie zastępcze – nie ma możliwości relokacji CPD lub jego przejścia bez przerywania ciągłości działania systemu i utraty wpływów do KFD; d) brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów działania - wymogi wynikają z konieczności zachowania ciągłości działania systemu oraz wpływów do KFD w wysokości 5 mln złotych dziennie, jakiegokolwiek przerwy w działaniu CPD skutkują znacznymi stratami Skarbu Państwa oraz potencjalnym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych; dodatkowo zgodnie z decyzją Dyrektora Biura Zarządzania Kryzysowego w Ministerstwie Infrastruktury, z upoważnienia Ministra Infrastruktury, w dniu 29 maja 2019 r. GITD stał się operatorem usługi kluczowej, tym samym Krajowy System Poboru Opłat Drogowych stał się usługą kluczową, co dodatkowo podnosi wymogi nie tylko co do dostępności, ale także bezpieczeństwa systemu i określa go jako system kluczowy dla państwa; e) ustalenia dotyczące stanu systemu oraz braku możliwości przekazania jego samodzielnej obsługi lub przekazania usług jego utrzymania innym podmiotom zostały potwierdzone w dwóch niezależnych analizach sporządzonych na potrzeby przejścia KSPO.

Odnosząc się do uzasadnienia prawnego zastosowanego trybu GITD wskazał na art. 67 ust. 1 pkt 1) lit a) ustawy Pzp, w świetle którego należy wykazać cztery przesłanki:

- Zamawiający musi wykazać, że ze względów technicznych wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Jak wskazywano w poprzedniej części przedmiotowego pisma potencjalny wykonawca w celu zapewnienia ciągłości działania usługi musiałby spełnić szereg wymagań, które ze względów technicznych są niemożliwe do spełnienia. Kluczowe w tym przypadku jest zapewnienie ciągłości działania systemu, a więc zapewnienie działania CPD w trybie 24/7

i natychmiastowe usuwanie jakichkolwiek awarii. Sam wybór i rozpoczęcie świadczenia usług innego wykonawcy wiązałby się z wielodniową lub nawet w krytycznym przypadku wielotygodniową przerwą, konieczną do relokacji CPD do własnego ośrodka, a co za tym idzie brakiem zachowania ciągłości usługi i stratami dla Skarbu Państwa sięgającymi średnio 5 mln złotych dziennie za każdy dzień niedostępności.

- Zamawiający nie może przez subiektywne przekonanie domniemywać, że zamówienie może być wykonane jedynie przez jednego Wykonawcę. Przyczyny tej wyłączności muszą być jasno wskazane i przedstawiać stan faktyczny – konieczne do wypełnienia przesłanki jest wykazanie, że nikt inny nie jest w stanie wykonać danego zamówienia. W przypadku omawianego zamówienia GITD jasno wykazał obiektywne przesłanki techniczne, całkowicie od niego niezależne, uzasadniające dlaczego tylko podmiot, któremu powierzona będzie realizacja zamówienia jest w stanie wykonać te usługi. Decydujące są przede wszystkim kwestie techniczne, w tym w szczególności konieczność zabezpieczenia działania kluczowego dla Państwa Polskiego systemu, będącego ważnym czynnikiem przychodów do KFD. Wśród nich należy wymienić integrację z CPD, integrację z systemem, integrację z elementami systemu zabezpieczeń, lokalizację (kolokację) i fizyczne umiejscowienie urządzeń w ośrodkach wykonawcy, pełną fizyczną warstwę sieciową, a także zabezpieczeń fizycznych. Ważne są jednak również kwestie merytoryczne i kompetencyjne, w szczególności posiadanie kadry mającej pełną znajomość specyficznych rozwiązań CPD systemu, kluczowości elementów, konfiguracji, a także działania i charakterystyki całego rozwiązania. Są to kwestie, których brak całkowicie uniemożliwia realizację usług przez inny podmiot. Ważne są również kwestie merytoryczne i kompetencyjne, w szczególności posiadanie kadry mającej pełną znajomość specyficznych rozwiązań CPD i systemu, kluczowości elementów, konfiguracji, a także działania i charakterystyki całego rozwiązania. Są to kwestie, których brak całkowicie uniemożliwia realizację usług przez inny podmiot. Dodatkowo dokumentacja, w której posiadaniu jest Zamawiający, związana z systemem jest niewystarczająca do samodzielnego zarządzania infrastrukturą teleinformatyczną oraz uniemożliwia odtworzenie tych środowisk teleinformatycznych w obszarach związanych z wykorzystywanymi serwerami, bazami danych. Niekompletność i nieaktualność przekazanej dokumentacji uniemożliwia wykonanie przedmiotu niniejszego postępowania przez podmiot inny niż dotychczasowy wykonawca. Należy również podkreślić, że niekompletność dokumentacji w zakresie aplikacji i kodów źródłowych nie pozwala zrozumieć działania ESPO tak, więc niemożliwe staje się wejście przez nowego Wykonawcę w miejsce dotychczasowego podmiotu świadczącego usługi będące przedmiotem niniejszego postępowania. Uzasadnienie to należy interpretować wprost

jako względy techniczne, które powstały niezależnie od Zamawiającego i takie, na które nie miał wpływu. Ważny w uzasadnieniu przesłanki jest obiektywny charakter wyboru obecnego wykonawcy, który nie wynika z celowego działania Zamawiającego. Jak wykazano umowa dotycząca KSPO była realizowana po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego. Wykonawca, z którym podpisano umowę, zlecił realizację wdrożenia, kolokacji i utrzymania CPD podwykonawcom. Firmą, która faktycznie realizowała zadanie była HPE (Hewlett Packard Enterprise), oddział Enterprise Services, wraz z różnymi dalszymi wykonawcami. W wyniku sprzedaży tej części firmy powstała firma DXC Technology – proces ten został zakończony 3 kwietnia 2017 r. Firma ta (HPE, a następnie DXC) realizowała umowę w opisanym zakresie do dnia 2 listopada 2018 r. włącznie. Sytuacja, którą zastał Zamawiający ma więc przyczyny obiektywne – w ciągu 8 lat doszło do wytworzenia opisanego monopolu, polegającego na zdolności i gotowości tylko jednego podmiotu na rynku do świadczenia usług, których dotyczy kontrolowane postępowanie. Było to zdarzenie całkowicie niezależne od GITD. GITD znajdując się w wyjątkowej sytuacji i wynikającej z niej pilności, a także konieczności zapewnienia ciągłości usług, przeprowadził pierwsze postępowanie z wolnej ręki z przesłanki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3) p.z.p., a następnie podpisał umowę na świadczenie usług z firmą DXC. Niemniej już w chwili przeprowadzania ww. postępowania istniały wszelkie przesłanki do tego, aby postępowanie to mogło zostać przeprowadzone zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1) lit a) p.z.p. GITD zdecydowało się jednak na wykorzystanie ww. trybu w związku z wyjątkową sytuacją w jakiej się znalazło, oraz kierując się koniecznością poznania rozwiązania CPD w sposób dogłębny, niebudzący wątpliwości Zamawiającego co do konieczności powierzenia zamówienia wybranemu podmiotowi, który jako jedyny na rynku może w chwili obecnej świadczyć usługi w wymaganym zakresie. Niestety mimo upływu czasu możliwość samodzielnego utrzymania systemu lub powierzenia tej usługi innym podmiotom okazała się niemożliwa.

- Jak wykazano brak jest racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych. Nie istnieje gotowe rozwiązanie, które mogłoby w sposób bezprzerwowy, gwarantując ciągłość działania systemu, zapewnić te same usługi, z uwzględnieniem ich wymaganej dostępności. Każdorazowo rozwiązanie takie – w postaci nowych ośrodków danych, procesów, procedur, wiedzy, znajomości działania i innych należałoby wytworzyć od podstaw, jednocześnie gwarantując przeniesienie infrastruktury CPD do tych ośrodków w sposób bezprzerwowy, gwarantujący brak utraty przychodu do KFD, ciągłość działania systemu oraz bezpieczeństwo użytkowników, samego systemu, a także wszystkich elementów fizycznych. Z technicznego punktu widzenia nie jest to możliwe do zrealizowania zarówno przez żaden z podmiotów krajowych, jak i europejskich. Co ważne, nie ma także obecnie rozwiązania alternatywnego lub zamiennego – w Polsce nie istnieje

drugi system poboru opłat, który mógłby działać równolegle do obecnego systemu, nie istnieją dwa gotowe, alternatywne centra danych z zainstalowanym obecnym systemem, które mogłyby działać równolegle, nie istnieje także rozwiązanie dające taką samą funkcjonalność. Co ważne – nie istnieje także żadna forma usługi pozwalająca na zapewnienie ciągłości w momencie potencjalnej zmiany usługodawcy.

- Wymogi jakie GITD postawił przed Wykonawcą wynikają bezpośrednio z charakterystyki systemu i CPD, a także kluczowości systemu viaTOLL. W systemie zarejestrowanych jest ponad 1 200 000 pojazdów, a każdego dnia z dróg płatnych korzysta około 400 000 - 500 000 użytkowników, nie tylko jeżdżąc po drogach, ale także wykonując konieczne doładowania, korzystając z punktów obsługi klienta, strony internetowej czy aplikacji mobilnej. Dzienny przychód do KFD z tytułu opłat za przejazd wynosi średnio około 5 mln złotych. Tym samym wymogiem koniecznym jest zapewnienie bezwzględnej, bezawaryjnej ciągłości działania systemu, co gwarantować będzie dostępność wszystkich, koniecznych do zapewnienia usług. Należy zaznaczyć, że jest to także kwestia bezpieczeństwa na drogach – niedostępności systemu zauważalne przez użytkowników, jak pokazała praktyka mogą skutkować zatrzymywaniem się pojazdów ciężkich w dowolnych miejscach - ma to związek z chęcią uniknięcia potencjalnej kary administracyjnej za przejazd z naruszeniem obowiązku uiszczenia opłaty elektronicznej, który traktowany jest jako naruszenie. Stwarza to duże zagrożenie dla innych uczestników ruchu i jest sytuacją, której bezwzględnie należy unikać. CPD jest elementem niezbędnym do działania systemu - jest miejscem, gdzie zainstalowane jest pełne oprogramowanie systemu, składowane i przetwarzane są wszelkie dane, a także odpowiada za działanie każdego z elementów systemu. Jego niedostępność, lub niedostępność poszczególnych elementów może mieć opisane powyżej skutki w postaci zagrożenia bezpieczeństwa na drogach, utraty przychodu do KFD, z potencjalnym nieodwracalnym uszkodzeniem samego systemu włącznie. Podsumowując – wymogi stawiane przez GITD są wymogami wynikającymi z uwarunkowań technologicznych o charakterze obiektywnym i nie służą ograniczeniu konkurencji, a koniecznemu zabezpieczeniu prawidłowego działania systemu, w tym CPD. Powierzenie świadczenia usług innemu podmiotowi jest nie tylko niemożliwe, ale stwarzałoby duże ryzyko również dla takiego potencjalnego podmiotu, który nie byłby w stanie zagwarantować ciągłości działania systemu, a w konsekwencji zmuszony byłby nie tylko do zapłaty wysokich kar, ale także potencjalnego zwrotu utraconych przychodów do KFD w wysokości ok. 5 mln złotych dziennie za każdy dzień niedostępności systemu.

Biorąc pod rozwagę konieczność zapewnienia ciągłości funkcjonowania KSPO oraz mając na uwadze wszelkie okoliczności wskazane powyżej, zdaniem GITD należy uznać, że w zaistniałym stanie faktycznym spełnione zostały przesłanki do udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1) lit a) ustawy Pzp, a GITD może

powierzyć realizację zadania tylko jednemu podmiotowi z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jednocześnie nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężania parametrów zamówienia.

Odnosząc się do opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie uzupełnionej opinią z dnia 22 lutego br., Zamawiający GITD odniósł się kolejno do udzielonych przez biegłego odpowiedzi na pytania:

Ad 1) Jak wskazywano w uzasadnieniu wyboru trybu realizacji zamówienia w ocenie Zamawiającego nie było i nadal nie jest możliwe powierzenie realizacji przedmiotu zamówienia innemu podmiotowi niż DXC, przy zachowaniu gwarancji zapewnienia ciągłości poboru opłat i zapewnienia wpływów do KFD na niezmienionym poziomie. Biegły w swojej opinii nie odniósł się do ustaleń audytowych wykonanych przez WAT i PWPW S.A. całkowicie pomijając w tej kwestii fakt, że obiektywne przesłanki natury technicznej istniejące od 2018 r. nadal pozostają aktualne. Dodatkowo nie wzięto pod uwagę specyfiki systemu i wdrożonych rozwiązań zakładając, że na podstawie ogólnych informacji o rodzaju świadczonych usług przez wybrane podmioty, bez dokładnego zapoznania się z systemem i jego dokumentacją, można przyjąć o gotowości świadczenia usług zawartych w przedmiocie zamówienia. Co więcej, nie wzięto pod uwagę uregulowań umownych, które uniemożliwiają ewentualne przejście świadczenia usług utrzymania CPD z zachowaniem ciągłości świadczenia usług oraz konieczności wielomiesięcznych przygotowań w celu realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo GITD podkreślił, że w wyniku pogłębionych analiz ustalono, że dotychczasowe wyposażenie CPD (zarówno w warstwie sprzętowej jak i programowej) zakupione w ramach umowy zawartej pomiędzy GDDKiA, a Konsorcjum Kapsch od 2011 r. nie posiada od wielu lat wsparcia, przez co sprzęt nie spełniania obligatoryjnych wymagań dla prawidłowej realizacji usług poboru opłat i tym samym generuje ogromne ryzyko wpływające na prawidłowe funkcjonowanie całego KSPO. W szczególności, ustalono, że pomimo zobowiązań umownych dotychczasowy wykonawca: nie zagwarantował pełnego wsparcia i odpowiedniego serwisu dla wyposażenia CPD, w wyniku czego powstał dług technologiczny (sprzęt nie był wymieniany od 2011 r.); nie dokonywał wraz z postępowaniem technologicznym niezbędnych aktualizacji technologii, w szczególności koniecznych do zapewnienia funkcjonowania usług; nie dokonał wymiany przestarzałego lub niemożliwego do utrzymania sprzętu.

Ad 2) W ocenie Zamawiającego brak jest racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych. Nie zidentyfikowano gotowego rozwiązania, które mogłoby w sposób bezprzerwowy, gwarantując ciągłość działania systemu, zapewnić te same usługi, z uwzględnieniem ich wymaganej dostępności. Z uwagi na zawartą tylko konkluzję z opinii biegłego w uzasadnieniu z kontroli doraźnej, GITD stoi na stanowisku, że wyczerpująco przedstawił swoje stanowisko w poprzednich punktach przedmiotowego pisma.

Ad 3) Tutejszy organ nie wnosi uwag do konkluzji biegłego w przedmiocie odpowiedzi na pytanie „Czy sposób określenia przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania może zostać uznany za celowe zawężenie parametrów zamówienia, czego wynikiem byłby brak konkurencji w postępowaniu?” Niemniej jednak, zgodnie ze wcześniejszą argumentacją, w ocenie GITD istniał jeden podmiot zdolny wykonać przedmiot zamówienia.

Ad 4) Mając na uwadze stwierdzony dług technologiczny infrastruktury teleinformatycznej KSPO, a także zasady celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, Zamawiający podjął decyzję o rezygnacji z przewidzianej w dotychczasowej umowie na „Świadczenie usług kolacji, dostarczanie części zamiennych i utrzymanie centrum przetwarzania danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat” opcji, która miała zapewnić migrację systemu KSPO do Nowego Krajowego Systemu Poboru Opłat przy wykorzystaniu niektórych elementów wyposażenia CPD. A tym samym podjęto działania zmierzające do rozwiązania stanu uzależnienia się od jednego wykonawcy w przypadku budowy nowego rozwiązania. Biorąc pod uwagę brak realizacji przedmiotu zamówienia w ww. zakresie kwestia ta stała się niejako bezprzedmiotowa.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający GITD wniósł o rozpatrzenie zgłoszonych zastrzeżeń do kontroli doraźnej przeprowadzonej w związku z postępowaniem na „Świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat” (zamówienie o numerze BDG.ZPB. 230.5.2019), poprzez uznanie argumentacji tutejszego organu i zmianę wyniku kontroli stwierdzającej naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp z uwagi na zastosowanie zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek i w konsekwencji naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Wskazał, iż pismem z dnia 28.06.2021 r. (wpływ do Urzędu w dniu 28.06.2021 r.) biegły przekazał następujące informacje:

„(...) Ad.1 W opinii oraz opinii uzupełniającej biegły wziął pod uwagę oraz cytował ustalenia audytowe dokonane przez PWPW SA. Odnośnie audytu przeprowadzonego przez Wojskową Akademię Techniczną w Warszawie w terminie od 05.03-10.04.2018 roku to dokument ten nie znajdował się w aktach sprawy przekazanych przez Głównego Inspektora Transportu Drogowego, jak również w wyjaśnieniach GITD nie powoływał się na takowy. Dokument ten został dołączony do akt sprawy dopiero w piśmie z dnia 18.06.2021 roku. Wnioski z audytu przeprowadzonego przez WAT pokrywają się z wnioskami z późniejszego audytu wykonanego przez PWPW w lipcu 2018 roku. Należy więc podkreślić, że Zamawiający co najmniej od

kwietnia 2018 roku miał wiedzę o brakach systemu ESPO, a więc do czasu wyboru wykonawcy „z wolnej ręki” we wrześniu 2019 upłynęło co najmniej 17 miesięcy, podczas których Zamawiający miał możliwość przede wszystkim wyegzekwowania brakującej dokumentacji i procedur od Konsorcjum Kapsch oraz DXC-Technology. Podkreślenia wymaga fakt, że obydwa audyty były wykonane na kilka miesięcy przed zawarciem umowy przez Zamawiającego w dniu 19.10.2018 roku umowy nr 603/2018, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, z firmą DXC Technology Polska sp. z o.o. na czas oznaczony do dnia 03.11.2019. Biegły nie kwestionuje, że zawarcie umowy 19.10.2018 w trybie „z wolnej ręki” było uzasadnione z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przedmiotem oceny jest wybór takiego samego trybu przez Zamawiającego w 2019 roku na kolejny okres. W ocenie biegłego (uwzględniającej przedstawiony w dniu 18.06.2021 audyt WAT) okres czasu od co najmniej od kwietnia 2018 roku (przedłożenie wniosków z audytu systemu Zamawiającemu przez WAT) do czasu wyboru wykonawcy DXC Technology Polska „z wolnej ręki” we wrześniu 2019, czyli co najmniej 17 miesięcy był wystarczający do dokonania uzupełnienia dokumentacji, przeprowadzenia rozeznania rynku i przygotowania postępowania przetargowego w trybie konkurencji. Już w kwietniu 2018 roku Zamawiający wiedział, że Konsorcjum Kapsch nie przekazało kompletnych kodów źródłowych do systemu KSPO i że prawdopodobnie wystąpią z tym problemy. Wyciąg ze strony 58 audytu WAT: „Pozwala to przypuszczać, że Wykonawca nie przekazał kompletnych kodów źródłowych oprogramowania Zamawiającemu (GITD)”. Już w kwietniu 2018 audytorzy WAT zaproponowali Zamawiającemu rozwiązania alternatywne, prowadzące do uniezależnienia się Zamawiającego od obsługi systemu ESPO od Konsorcjum Kapsch i jego podwykonawcy DXC Technology Polska: Wyciąg ze strony 58 audytu WAT: „Alternatywną lub dodatkową opcją umożliwiającą Zamawiającemu (GITD) lub Następczemu Wykonawcy samodzielne utrzymywanie i rozwijanie systemu, poza dokumentacją opisującą konfigurację środowisk wytwórczych mogło by być udostępnienie takich środowisk czy to przez przekazanie odpowiednich maszyn wirtualnych, być może z użyciem narzędzia klasy Vagrant, ewentualnie gotowych kontenerów wirtualizowanych na poziomie systemu operacyjnego, jak na przykład Docker”. Wyciąg ze strony 62 i 63 audytu WAT: „[...]w celu zapewnienia ciągłości niezawodnego świadczenia usług oraz utrzymania jakości produktu, system KSPO powinien być już zmigrowany do nowszych wersji wybranych technologii; w najgorszym przypadku obecnie powinno być realizowane zadanie polegające na jego migracji i uaktualnieniu. Procedury migracyjne pomiędzy poszczególnymi wersjami są kluczowe dla produkcyjnie działających systemów, gdyż zapewniają możliwość wykorzystania aktualnie posiadanych zasobów danych – kluczowy aspekt działania systemu. [...] Zespół audytujący wyraźnie wskazuje konieczność zbudowania i wdrożenia poszczególnych komponentów KSPO, na wyspecyfikowanych w dokumentacji środowiskach. Tylko w przypadku kompletności i spójności procesu budowania, można mieć

wysokie prawdopodobieństwo poprawnego działania, stwierdzający kompletność przekazanych plików kodu źródłowego, z którego budowane są pliki binarne komponentów oprogramowania”. W powyższych okolicznościach powierzenie po raz wtóry w roku 2019 świadczenia usług kolokacji, utrzymania i dostarczenia części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych systemu ESPO, w trybie „z wolnej ręki” nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. Co więcej można wręcz zauważyć, że firma DXC Technology Polska odpowiedzialna (przez 8 lat jako podwykonawca Konsorcjum Kapsch, a przez 1 rok jako Wykonawca) za kluczowy element jakim jest Centrum Przetwarzania Danych, zyskała w oczach Zamawiającego przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami, w wyniku niewykonania zobowiązań wynikających z umowy pomiędzy Konsorcjum Kapsch, a GDDKiA. Ad.4 Dług technologiczny systemu KSPO, na który powołuje się GITD oraz niewykonanie zobowiązań umownych przez Konsorcjum Kapsch nie może stanowić w nieskończoność podstawy do kolejnego zlecenia „w trybie z wolnej ręki” obsługi systemu ESPO. Zdaniem biegłego Zamawiający miał wystarczająco dużo czasu tj. około 17 miesięcy na wykonanie zaleceń ze zleconych przez siebie audytów, przeprowadzenie migracji danych systemu i przeprowadzenie postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym dla co najmniej części obsługi części systemu ESPO tj. kolokacji oraz dostarczania części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych. Te usługi mogły być realizowane przez wielu wykonawców działających na terenie Polski, wymienionych w opinii uzupełniającej biegłego z dnia 19.02.2021. O zainteresowaniu potencjalnych innych wykonawców zdolnych do świadczenia tych usług świadczą również odwołanie z dnia 20.09.2019 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożone przez Lantana Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wnioski o wszczęcie postępowania i przeprowadzenie kontroli doraźnej złożony do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez [...] z dnia 18.02.2020. Wybrana w 2019 roku do wykonania zamówienia spółka DXC Technology Polska nie była jedynym podmiotem w Polsce mogącym świadczyć tego typu usługi dla Zamawiającego.”

Prezes Urzędu podkreślił, iż argumentacja przedstawiona w zastrzeżeniach GITD. jest w zasadniczej części zbieżna z argumentacją przedstawioną uprzednio w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, będącą przedmiotem analizy w ramach opinii biegłego, stanowiących podstawę dla ustalenia stanu faktycznego sprawy w ramach Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8.06.2021 r. W zakresie nowych dowodów i twierdzeń przedstawionych w piśmie GITD. Kontrolujący uznał, iż konkluzje biegłego w zakresie stanu faktycznego sprawy zawarte w piśmie z dnia 28.06.2021 r. z uwzględnieniem poprzednio przygotowanych opinii są wyczerpujące i zasługujące na uznanie. Tym samym, biorąc pod uwagę ustalenia w zakresie stanu faktycznego sprawy dokonane na podstawie opinii biegłego, zawarte w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8.06.2021 r. z uwzględnieniem informacji

przekazanych przez biegłego w piśmie z dnia 28.06.2021 r. zasadne jest uznanie, że na dzień udzielenia zamówienia publicznego nie istniały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, z uwagi na które usługi będące przedmiotem zamówienia co najmniej w zakresie usług kolokacji systemu oraz dostarczania części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych mogły być świadczone tylko przez wykonawcę DXC, co w konsekwencji skutkuje koniecznością uznania, iż poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zaś poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp.

Również Ministerstwo Finansów (dalej „MF”) w dniu 18 czerwca 2020 r. przedstawiło swoje stanowisko w odniesieniu do wyniku kontroli, nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. W piśmie wskazano, iż umowa 373/2019 z dnia 30 października 2019 r. zawarta z DXC na „świadczenie usługi kolokacji, utrzymania i dostarczanie części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IAAS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat” składa się z dwóch kluczowych usług:

- a) usługi kolokacji, polegającej na fizycznym umieszczeniu i utrzymaniu funkcjonowania środowisk IT Zamawiającego w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych (CPD A i CPD B) przez Wykonawcę, na którą składają się takie czynności, jak: udostępnianie powierzchni dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, zapewnianie odpowiednich warunków dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, zasilanie energią elektryczną Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, zapewnienie klimatyzacji w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych, zapewnienie bezpieczeństwa w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych, konfiguracja sprzętu sieciowo-serwerowego dla Głównego i Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych;
- b) usługi utrzymania Centrów Przetwarzania Danych, na którą składają się takie czynności, jak: wsparcie obecnie eksploatowanego sprzętu, serwis sprzętu, cykliczna wymiana sprzętu, utrzymanie infrastruktury w modelu IaaS, odbiór wadliwych urządzeń, weryfikacja i naprawa wadliwego sprzętu, zarządzanie sieciami (LAN/WAN, DNS, DHCP, Active Directory), Systemy Zarządzania (obsługa sprzętu, administracja systemu operacyjnego, system startup / shutdown 2Patch, zarządzanie przywracaniem systemu, monitoring systemów), usługi zarządzania aplikacjami (Zarządzanie Firewalllem, McAfee IPS, McAfee EPO, szyfrowanie, Obsługa HP Open.View lub podobnych, systemy monitoringu NNM i PI, systemy przywracania, TYPO3 CMS, Citrix, Borderware, Safeword, Certyfikaty, wsparcie techniczne w zakresie sprzętu i oprogramowania), operacje systemowe, m.in. zarządzanie środowiskiem Microsoft (Exchange, Active Directory, Database, Webserver), Unix (m.in.

HP UX, Linux), monitorowanie operacji systemowych (za pomocą dedykowanego oprogramowania m.in. HP OpenView); zarządzanie i utrzymanie pamięci operacyjnej (m.in. SAN, SAN Switch, VLT, Tapelibrary, Backup / Restore).

W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający przewidział możliwość skorzystania z prawo opcji tj. zlecenia zadania dot. utrzymania systemu w modelu IAAS. Celem tego zadania było całkowite pozbycie się długu technologicznego i możliwość przenoszenia systemu pomiędzy różnymi lokalizacjami poprzez zwirtualizowanie całego systemu ESPO. Czynności które były by do wykonania przez Wykonawcę DXC to migracja całego systemu ESPO z dotychczasowej infrastruktury na infrastrukturę docelową wraz z wykonaniem pełnej wirtualizacji Systemu. Do tego zadania była potrzeba specjalistyczna wiedza i zasoby o budowie systemu, których Zamawiający nie posiadał. Powyższa okoliczność została udowodniona audytem IT Krajowego Systemu Poboru Opłat. (Dowód: Audyt IT Krajowego Systemu Poboru Opłat z dnia 09.07.2018 - przekazany UZP pismem z dnia 21.08.2020 r.). Zamawiający zauważył, iż Elektroniczny System Poboru Opłat (zwany dalej „ESPO”) jest jednolitym systemem teleinformatycznym, służącym do poboru opłaty za przejazd odcinkami dróg płatnych. 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. Ponadto, należy podkreślić, iż 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. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia wyводу zaprezentowanego w dalszej części pisma. Takie zaburzenia mogą mieć wpływ na obniżenie skuteczności poboru opłat poprzez nieprawidłowe działanie niektórych funkcjonalności, a także prowadzić do obniżenia przychodu z tytułu poboru opłat do Krajowego Funduszu Drogowego, włącznie z całkowitym przerwaniem ciągłości poboru opłat, a co za tym idzie – przychodu.

Zamawiający dodał, że ESPO posiada dwa CPD – Główny i Zapasowy, w których znajdują się kluczowe elementy infrastruktury teleinformatycznej, m.in.: a) serwery, na których działają wszystkie aplikacje odpowiedzialne za działanie ESPO, w tym aplikacje naliczające opłaty, bazy danych, dedykowane interfejsy do elementów zewnętrznych, w tym infrastruktury przydrożnej, usług płatniczych oraz systemu kontroli, b) macierze danych, na których przechowywane są wszystkie dane dotyczące ESPO i wykorzystywane do naliczania i pobierania opłat, a także cała historia przejazdów i opłat, c) elementy sieciowe tworzące podstawowy szkielet sieci ESPO i zapewniające jej nieprzerwane działanie. CPD jest więc

miejszem, w którym znajduje się cała infrastruktura odpowiedzialna za działanie Systemu Centralnego. Ośrodki, w których znajdują się CPD są odpowiedzialne za nieprzerwane dostarczenie energii elektrycznej, chłodzenie elementów infrastruktury teleinformatycznej, monitorowanie oraz utrzymanie tej infrastruktury wraz z jej zabezpieczeniem przed nieautoryzowanym dostępem, nagłymi zdarzeniami, warunkami zewnętrznymi i aktami wandalizmu. Infrastruktura teleinformatyczna znajdująca się w CPD jest ponadto głęboko zintegrowana z ośrodkiem, w którym się znajduje – przechowywana jest w dedykowanych szafach, posiada skomplikowany system okablowania sieciowego, wraz z jego logiczną konfiguracją, a także bezpośrednie połączenie pomiędzy Głównym i Zapasowym CPD, zapewniając nieprzerwane działanie. W odpowiedzi na wnioski z opinii biegłego dotyczące możliwości realizacji usługi kolokacji przez inne podmioty, świadczące usługi tego typu na rynku, Ministerstwo Finansów podkreśliło, że aby móc jednoznacznie określić możliwość zlecenia tych czynności na zewnątrz (innemu podmiotowi) w przypadku posiadania niepełnej dokumentacji w zakresie ESPO potrzebna jest bardzo dobra znajomość struktury, budowy systemu, aby obiektywnie możliwe było przesądzenie czy faktycznie usługa kolokacji – w niniejszym stanie faktycznym – mogła zostać wykonywana przez inny podmiot, aniżeli DXC. Zamawiający zgadza się z biegłym, że sama usługa kolokacji – co do zasady - jest usługą ogólnie dostępną na rynku, jednakże tak jak Zamawiający wskazywał powyżej oraz w dotychczasowej korespondencji w ramach przedmiotowego postępowania nie wchodziła tylko usługa kolokacji, dodatkowo nie jest możliwa zmiana fizycznego umiejscowienia Sprzętu wchodzącego w skład wyposażenia CPD A i B z przyczyn technicznych.

Niezależnie od powyższego wskazano, że zmiana w zakresie podmiotu świadczącego usługi dotyczące kolokacji, dostarczenia części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych wiązała by się de facto ze zmianą umiejscowienia środowiska CPD A lub CPD B. Sprzęt posadowiony obecnych lokalizacjach musiał by zostać relokowany do nowo wybranego miejsca wskazanego przez nowego Wykonawcę, i to zdaniem Zamawiającego biorąc pod uwagę budowę obecnego systemu jest niemożliwe. Zamawiający wskazuje, iż w ramach systemu ESPO tak jak wyżej wskazaliśmy istnieją dwa ośrodki CPD, a usługa kolokacji jest dostarczona przez Wykonawcę DXC, który korzysta z zasobów swoich podwykonawców One DC oraz Netia. Według wiedzy Zamawiającego pozyskanej od Wykonawcy DXC oraz One DC, przestrzeń na którym aktualnie znajdują się infrastruktura pod system Viatoll była całkowicie zarezerwowana przez DXC i w sytuacji podpisania umowy z innym podmiotem niż DXC wiązało by się to z relokacją sprzętu z centrum przetwarzania danych do innej lokalizacji, bądź innego pomieszczenia w ramach danej kolokacji. Podczas prac nad przejściem systemu przez Zamawiającego, analizowany był między innymi bardzo ważny aspekt dot. obszaru Centrum Przetwarzania Danych i całego ESPO. Dotyczył on możliwości przełączenia systemu pomiędzy Głównym Centrum Przetwarzania Danych (dalej: CPD A),

a Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych (dalej: CPD B). W ramach umowy pomiędzy Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: GDDKiA) i konsorcjum firm Kapsch, miały być dokonywane cykliczne testy przełączeniowe pomiędzy lokalizacją główną CPD A oraz CPD B. Wykonywanie tych testów umożliwiło by po okresie przejścia całej infrastruktury przez sektor publiczny świadczenie tego rodzaju usług przez dowolny podmiot trudniący się realizacją tego rodzaju usług. Zgodnie z informacjami zebranymi przez pracowników Departamentu Poboru Opłat Drogowych (dalej: DPO) nie uzyskano stosownych raportów wskazujących na cykliczną weryfikację poprawności działania procedury. Z informacji jakie uzyskali pracownicy DPO przełączenie nigdy nie zostało zrealizowane w cyklu produkcyjnym (stwarzało to duże ryzyko niepowodzenia przełączenia w przypadku awarii). Pracownicy DPO oraz wyniki audytów wielokrotnie wskazywali przy przejściu ESPO od GDDKiA na niekompletność i nieaktualność procedur administracyjnych/ przełączeniowych oraz braku przetestowania przełączenia. Jedyne raporty dot. przełączenia systemu pomiędzy ośrodkami pochodzi z 2011 roku i z informacji jakie posiadają pracownicy DPO, były to testy nie odbywające się na środowisku produkcyjnym. Po przejściu ESPO od GDDKiA, przeprowadzone zostały testy przełączeniowe mające na celu przygotowanie do produkcyjnego przełączenia pomiędzy Centrami Danych. W wyniku przeprowadzonych testów wynikło, iż CPD A nie jest w pełni funkcjonalne bez poprawnie działającego CPD B. Przyczyna leży po stronie operatora KTS, który do dnia dzisiejszego nie naprawił problemu dot. nie działających usług w CPD A bez w pełni funkcjonalnego CPD B. (dowód: Notatka z wyników testów przełączeniowych przeprowadzonych przez Zamawiającego). Z powyższego wynika, iż nie jest możliwe bezprzerwowe przeprowadzenie relokacji, zatem nie istnieje możliwość zlecenia innemu podmiotowi usługi kolokacji dla systemu ESPO. Zgodnie z opinią biegłego, z której wynika iż czas jaki potrzebował by nowy wykonawca na tak zwane prace przygotowawcze to około 6 tygodni. Biorąc pod uwagę, iż system ESPO działania nie przerywanie 24/7/365 dni w roku, a średni przychód do KFD w wysokości średnio ok. 5 mln złotych dziennie, daje ryzyko przychodu utraty przychodu ok. 210 mln złotych do KFD w związku z tzw. pracami przygotowawczymi nowego Wykonawcy. Zgodnie z informacjami pozyskanymi od wytwórcy systemu KTS, brak połączenia bramownic na których odkładane są dane o przejazdach przez ponad 48 godzin wiąże się z dużym prawdopodobieństwem z braku możliwości odzyskania tych danych co za tym idzie utraty przychodu do KFD.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności, które zostały poparte również dowodami wskazującymi na działanie Zamawiającego w tym obszarze Ministerstwo Finansów stwierdziło, że na chwilę zainicjowania przedmiotowego postępowania nie istniało żadne rozsądne rozwiązanie alternatywne pozwalające na uwolnienie usługi na zewnątrz bez wpływu na działanie ESPO oraz danych gromadzonych przez ESPO. Zdaniem Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający udowodnił, że ziszczyły się przesłanki techniczne

o obiektywnym charakterze wskazujące na okoliczność że relokowanie sprzętu wiązało by się z niemożnością uruchomienia usługi w dotychczasowym kształcie. Analiza możliwości uruchomienia systemu w oparciu o jedno CPD A lub CPD B jest więc niemożliwa ze względu na błędną budowę systemu na którą to Zamawiający nie miał wpływu, ponieważ ESPO zostało przekazane obecnemu Zamawiającemu w utrzymanie. Jednym rozwiązaniem alternatywnym dla takiego stanu rzeczy jest opracowanie nowego systemu poboru opłaty elektronicznej bowiem obecny system jest narzędziem już pod względem informatycznym bazującym na pewnych archaicznym rozwiązaniach. Modyfikacja systemu ESPO biorąc pod uwagę budowę nowego systemu poboru opłaty elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej (SPOE KAS) było by działaniem nieracjonalnym i nieuzasadnionym. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że nie było by możliwości uruchomienia ESPO przez podmiot inny niż DXC. Zamawiający był skazany na dotychczasową lokalizację CPD A i B bowiem jakkolwiek zmiana w tym zakresie powodowała by błędy i niedostępność działania ESPO. Błędy te nie mogły by zdaniem Zamawiającego usunięte przez nowego Wykonawcę tylko przez twórcę ESPO, co w sposób jednoznaczny wskazuje, że usługa ta nie została by uruchomiona w innej lokalizacji centrum przetwarzania danych niż obecnie usługa ta jest świadczona.

W zakresie zarzutu dotyczącego zlecenia DXC usługi dotyczącej zapewnienia i serwisu części zamiennych Zamawiający zwrócił uwagę, iż Wykonawca gwarantuje Zamawiającemu Autoryzowany serwis – CPD zostało wyposażone głównie w sprzęt firmy HP, w tym serwery i macierze, niezbędne do działania systemu. Ich serwisowanie wymaga zaangażowania autoryzowanego serwisu. DXC jako partner firmy HP zapewnia właśnie taki serwis, zapewniając naprawy przy użyciu oryginalnych części i właściwych procedur, które są kluczowe do zapewnienia prawidłowego działania infrastruktury teleinformatycznej. Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby dysponować odpowiednim zapasem części zamiennych dla potencjalnie uszkodzonych elementów. Aby realizować usługę w sposób umożliwiający realizację usługi na wymaganym poziomie, w tym w szczególności z wymaganym SLA, zapewniając ciągłość działania systemu, jego odporność na awarie, zachowanie integralności danych, bezpieczeństwo, a także zapewniając zachowanie ciągłości przychodu do KFD, potencjalny inny niż DXC Technology Wykonawca musiałby w chwili przejęcia usług spełniać poniższe wymogi, których obecnym gwarantem jest firma DXC Technology. Oznacza to m.in. że:

- a) Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby mieć uruchomiony kompletny, działający, przetestowany i gwarantujący wykrywanie awarii system monitorowania, działający w każdej warstwie CPD, który umożliwiłby reakcję na występujące awarie i zdarzenia. Do wytworzenia takiego systemu monitoringu konieczna jest nie tylko dogłębna znajomość obsługiwanego CPD, wielomiesięczna konfiguracja i testowanie oraz szkolenie zespołu wraz z wytworzeniem niezbędnej dokumentacji

i procesów, ale także dostęp do CPD zagwarantowany znacznie wcześniej niż przed momentem obowiązywania umowy, co nie może mieć miejsca z powodów bezpieczeństwa nie tylko fizycznego i logicznego systemu, ale także z powodu dużego prawdopodobieństwa nieumyślnego spowodowania awarii systemu bez ponoszenia odpowiedzialności za tę awarię. Reasumując – nie ma fizycznej możliwości utworzenia skutecznego systemu monitorowania w czasie pozwalającym na skuteczne świadczenie usług zgodnie z SLA, zaś awaria w przypadku braku systemu monitorowania byłaby niemożliwa do zlokalizowania i mogłaby spowodować długą niedostępność i utratę przychodu w wysokości ok. 5 mln złotych za każdy dzień niedostępności,

- b) Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby posiadać pełną wiedzę na temat sieci teleinformatycznej systemu, pełną wiedzę na temat konfiguracji zabezpieczeń, w tym wszystkich zabezpieczeń sieciowych i sprzętowych, posiadać pełną wiedzę na temat narzędzi administratorskich oraz pełny administratorski dostęp do każdego elementu CPD, a także doskonale znać nie tylko skład infrastruktury fizycznej, ale także posiadać pełną wiedzę co do tego gdzie znajdują się poszczególne elementy i jak są ze sobą połączone. W chwili obecnej ze względów bezpieczeństwa systemu oraz względów umownych nie tylko niemożliwe byłoby udzielenie takich dostępu Potencjalnemu Wykonawcy, ale także stwarzałoby duże zagrożenie. Ponadto, odpowiednie zapoznanie się ze wszystkimi elementami CPD oraz ich fizyczną lokalizacją wymaga miesięcy przygotowań, pracy na infrastrukturze i systemach, zbudowaniu odpowiedniej bazy wiedzy, kompetencji i umiejętności, skatalogowaniu i zlokalizowaniu poszczególnych systemów i odpowiadającej im infrastrukturze. Zadanie to jest konieczne do zrealizowania aby zachować ciągłość usług zgodnie z SLA oraz zagwarantować odpowiednią responsywność na potencjalne awarie lub konieczność natychmiastowych zmian operacyjnych wykonywanych w CPD. Jednocześnie jest ono niemożliwe do zrealizowania bez fizycznego dostępu do CPD, który może być zagwarantowany dopiero w momencie zakończenia świadczenia usługi przez dotychczasowego Wykonawcę.
- c) Potencjalny Wykonawca w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi musiałby posiadać głęboką integrację nie tylko z poszczególnymi elementami CPD, ale także z procesami Zamawiającego i Wykonawców Zamawiającego. Są to procesy operacyjne gwarantujące obsługę wszelkich zdarzeń, incydentów, zmian, okien serwisowych, czy przełączeń awaryjnych, aby zagwarantować ciągłość działania CPD i ciągłość procesów operacyjnych musiałby wytworzyć integrację, procesy operacyjne oraz odpowiednie procedury, które wymagają nie tylko dogłębnej znajomości CPD, ale także znajomości działania Zamawiającego oraz Wykonawców Zamawiającego, ich systemów, procedur, usług powiązanych i zależności. Niemożliwe jest wytworzenie takiej integracji, procesów

i procedur bez pełnego dostępu do CPD i jednocześnie wymaga ono wielomiesięcznych przygotowań. Warunek ten nie może być jednak spełniony z powodu świadczenia na bieżąco usługi przez firmę DXC Technology i żaden inny podmiot nie może uzyskać takiego dostępu do CPD oraz brać udziału w ww. procesach ze względów bezpieczeństwa, a także ze względu na to iż jest to know-how i element usługi, którą świadczy firma DXC Technology.

W świetle przedstawionych powyżej umotywowanych zastrzeżeń Ministerstwo Finansów wniosło o uznanie, iż Zamawiający nie naruszył art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).

Odnosząc się do stanowiska Ministerstwa Finansów, Prezes Urzędu stwierdził, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Prezes Urzędu zwrócił uwagę, iż argumentacja przedstawiona w treści cytowanego pisma odnosi się do zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8.06.2021 r. ustaleń w zakresie stanu faktycznego sprawy dokonanych na podstawie opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie. Z tego też względu, Kontrolujący zwrócił się do biegłego celem odniesienia się do argumentów zawartych w cytowanym piśmie. Pismem z dnia 28.06.2021 r. (wpływ do Urzędu w dniu 28.06.2021 r.) biegły przekazał następujące informacje:

„W odpowiedzi pismo z dnia 21.06.2021 dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie z wolnej ręki przez Skarb Państwa — Główny Inspektorat Transportu Drogowego na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IAAS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat (ESPO), niniejszym przedkładam swoje stanowisko do zastrzeżeń złożonych przez: [...] Ministerstwo Finansów – Departament Poboru Opłat Drogowych w piśmie z dnia 18.06.2021. Biegły w całości podtrzymuje swoje twierdzenia zawarte w opinii z dnia 14.01.2021 oraz opinii uzupełniającej z dnia 19.02.2021. Prace przygotowawcze niezbędne nowemu Wykonawcy do przejęcia obsługi przynajmniej części systemu ESPO w postaci kolokacji oraz dostawy części zamiennych, byłyby prowadzone w sposób równoległy do świadczenia przez spółkę DXC Technology Polska usług w ramach umowy z dnia 19.10.2018. W żaden więc sposób nie nastąpiłoby przerwanie ciągłości obsługi systemu. Oczywiście niezbędne do tego byłoby odpowiednio wcześniejsze przygotowanie przez Zamawiającego postępowania przetargowego na wybór wykonawcy w trybie konkurencyjnym, w taki sposób, aby w momencie zakończenia trwania umowy z DXC Technology, nowy Wykonawca był już po przeprowadzeniu prac przygotowawczych i gotowy do świadczenia usług.”

Prezes Urzędu podkreślił, iż argumentacja przedstawiona w piśmie Ministerstwa Finansów - Departamentu Poboru Opłat Drogowych z dnia 18.06.2021 r. jest w zasadniczej części zbieżna z argumentacją przedstawioną uprzednio w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, będącą przedmiotem analizy w ramach opinii biegłego, stanowiących podstawę dla ustalenia stanu faktycznego sprawy w ramach Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8.06.2021 r. W zakresie nowych dowodów i twierdzeń przedstawionych w piśmie Ministerstwa Finansów Prezes Urzędu uznał, iż konkluzje biegłego w zakresie stanu faktycznego sprawy zawarte w piśmie z dnia 28.06.2021 r. z uwzględnieniem poprzednio przygotowanych opinii są wyczerpujące i zasługujące na uznanie. Tym samym, biorąc pod uwagę ustalenia w zakresie stanu faktycznego sprawy dokonane na podstawie opinii biegłego, zawarte w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8.06.2021 r. z uwzględnieniem informacji przekazanych przez biegłego w piśmie z dnia 28.06.2021 r. zasadne jest uznanie, że na dzień udzielenia zamówienia publicznego nie istniały przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, z uwagi na które usługi będące przedmiotem zamówienia co najmniej w zakresie usług kolokacji systemu oraz dostarczania części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych mogły być świadczone tylko przez wykonawcę DXC, co w konsekwencji skutkuje koniecznością uznania, iż poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zaś poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, iż stosownie do art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie ustawy uchylanej w art. 89 i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, a zatem do przedmiotowej kontroli zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń. W przepisie tym zwrócono uwagę na konieczność umotywowania zastrzeżeń co do stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń. Dalej należy zauważyć, że zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por.

m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń.

Izba, uznając ustalenia faktyczne oraz prawne dokonane przez Kontrolującego za prawidłowe, stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej zgłoszone pismem z dnia 18 czerwca 2021 r. przez Zamawiającego GITD nie zasługują na uwzględnienie, jak również nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko przedstawione w przedmiocie wyniku kontroli w piśmie z dnia 18 czerwca 2021 r. przez Ministerstwo Finansów, Departament Poboru Opłat Drogowych (podmiot, który z dniem 1 lipca 2020 r. wstąpił w stosunki prawne, których podmiotem był Główny Inspektor Transportu Drogowego na mocy ustawy z dnia 6 maja 2020 r. o zmianie ustawy o drogach publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2020 r. poz. 1087). Mając na uwadze, że argumentacja przedstawiona w pismach GITD i Ministerstwa Finansów opiera się na zbieżnych podstawach faktycznych, poniższe stanowisko Izby odnosi się do obu ww. pism w sposób łączny.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia co do zaistnienia naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp, przyjmując zaprezentowaną przez Prezesa Urzędu argumentację za własną. Zdaniem Izby stanowisko Kontrolującego znajduje pełne oparcie w przepisach ustawy Pzp oraz ukształtowanym na ich gruncie orzecznictwie dotyczącym interpretacji przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, warunkujących prawidłowość udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Art. 10 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Podkreślić należy, że przesłanki uprawniające do zastosowania trybów innych niż podstawowe, w tym trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie Pzp. To na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania tego trybu, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo do zasady

udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt II GSK 2371/14 „Podstawowym trybem udzielania zamówień publicznych jest przetarg (nieograniczony bądź ograniczony). Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Skoro tryby udzielania zamówień publicznych, wymienione w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp mają charakter wyjątkowy, to nie tylko powinny być interpretowane ściśle przesłanki ich zastosowania, ale i na korzystającym z tych trybów ciąży obowiązek wykazania, że musiał je zastosować zamiast trybów podstawowych.”

Przedmiotem kontroli była ocena legalności udzielenia zamówienia publicznego przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w wyniku którego w dniu 30 października 2019 r. zawarto umowę nr 373/2019 z wykonawcą DXC Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IAAS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat (ESPO).

Zgodnie z 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Do wypełnienia dyspozycji przedmiotowej normy muszą zostać spełnione zatem następujące przesłanki: 1) przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez wykonawcę posiadającego monopol na wykonywanie zamówienia, 2) podłożem zaistniałego monopolu są przeszkody techniczne o obiektywnym charakterze, 3) ponadto brak jest rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego, 4) a powstała w ten sposób niemożność zachowania zasad konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wykazanie, że wszystkie te przesłanki zaistniały w określonym przypadku kumulatywnie jest wyłączną rolą zamawiającego. Wynika to z wyjątkowego charakteru regulacji pozwalających na odstępianie od zasady stosowania trybów konkurencyjnych i faktu, że jako odstępstwa od reguły nie mogą one być wykładane rozszerzająco.

Fakt, że dane dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę oznacza, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do realizacji zamówienia, posiadający faktyczny monopol w danym obszarze. Jak wskazano w uchwale KIO z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 29/18, przesłanka prawna jedyne wykonawcy,

warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi. Przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwóch lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu.

Co istotne, dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (por. m.in. uchwała KIO z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KD 4/20). Decyzja o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego musi być poprzedzona obiektywnym i rzetelnym ustaleniem przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do określonego zamówienia, istnieją inni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie takie zamówienie zrealizować. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych (por. uchwała KIO z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18). Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt I ACa 1201/14 „przesłanka jednego wykonawcy nie oznacza wykonawcy, który jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, ale wykonawcę, który - obiektywnie rzecz biorąc - jako jedyny jest w stanie tego rodzaju zamówienie wykonać. Nie można stosować trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w danym miejscu i czasie jest zasadne domniemanie, że istnieje jeden lub więcej wykonawców mogących świadczyć usługi objęte przedmiotem zamówienia.” W sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość zlecenia wykonania usług przynajmniej dwóm podmiotom, odpowiadających potrzebom zamawiającego, to wówczas nie będzie podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp (tak m.in. uchwała KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 32/15).

Ponadto zauważyć trzeba, że istniejący faktyczny monopol wykonawcy w danym obszarze ma mieć podłoże w przyczynach technicznych o obiektywnym charakterze. Jak wskazano m.in. w uchwale z dnia 3 marca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 10/15, skoro w myśl art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp monopol ma być wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, to nie bez znaczenia jest ustalenie, czy źródłem monopolu są takie właśnie okoliczności, a nie np. określone działania lub zaniechania zamawiającego. Jak wskazała Izba w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18, przyczyn technicznych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom zamawiającego, ani to czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewycięzalny. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 12 maja 2016 r., sygn. akt I CSK 335/15, gdzie stwierdzono, iż „Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określonemu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć zasadniczy charakter, tak aby można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione i że ta niemożliwość ma charakter trwały oraz nieprzewycięzalny, zaś możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie jest wynikiem wcześniejszych działań czy ewentualnie zaniechań zamawiającego”.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nakłada na zamawiających dodatkowo obowiązek wykazania, że nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze do opisanego w przedmiocie zamówienia, a sam opis nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Ustawodawca wyraźnie wskazał, iż udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. podstawę prawną musi być uwarunkowane przeprowadzeniem szczegółowej analizy weryfikującej czy nie istnieje możliwości zastosowania rozsądnego alternatywnego bądź zastępczego rozwiązania. Jeżeli bowiem tego rodzaju rozwiązanie alternatywne czy zastępcze jest możliwe do zastosowania w danym przypadku, to nie może być mowy o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki.

W rozpoznawanym przypadku Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, oparte na opinii biegłego sądowego, iż nie została spełniona wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp przesłanka istnienia monopolu jednego wykonawcy wynikająca z przyczyn technicznych

o obiektywnym charakterze.

Po pierwsze wskazać należy, że argumentacja przedstawiona przez GITD i Ministerstwo Finansów w pismach z dnia 18 czerwca 2021 r., jakkolwiek zdaje się być obszerna, to stanowi w zdecydowanej większości powtórzenie stanowisk prezentowanych przez ww. podmioty w toku kontroli oraz argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki zawartego w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania z dnia 4 września 2019 r. (znak postępowania BDG.ZPB.230.5.2019). Podobnie Audyt IT KSPO opracowany przez PWPW S.A., który załączono do zastrzeżeń GITD, został przedstawiony Kontrolującemu. Zarówno wyjaśnienia przedstawiane w toku kontroli przez GITD i MF, jak i składane wówczas dokumenty, w tym ww. Audyt, zostały poddane szczegółowej analizie Kontrolującego, a z uwagi na konieczność posiadania wiadomości specjalnych, także wnikliwej analizie przez biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie, której wyniki przedstawiono w opinii oraz opinii uzupełniającej. W ocenie Izby złożone przez biegłego sądowego opinie były opiniami rzetelnymi, jasnymi, jak również wyczerpującymi merytorycznie. Oparte zostały o całą zgromadzoną na moment ich wydania dokumentację kontroli, a przedmiotem ich analizy były także wyjaśnienia składane w toku kontroli przez GITD i MF i załączane do nich dowody. Zdaniem Izby należytej staranności w toku kontroli dochował także Kontrolujący, który po złożeniu przez GITD i MF dalszych wyjaśnień i dokumentów zwrócił się do biegłego o wydanie opinii uzupełniającej uwzględniającej nowy materiał dowodowy. Kontrolujący poddał ocenie biegłego również wniesione przez GITD i MF zastrzeżenia, celem wtórnej weryfikacji ustaleń kontroli, której wynik pozwolił na podtrzymanie stanowiska stwierdzającego naruszenie przepisów.

Izba na gruncie przedstawionych zastrzeżeń nie znalazła podstaw do podważenia wniosków wynikających z opinii biegłego sądowego. W ocenie Izby stanowiska zawarte w pismach z dnia 18 czerwca 2021 r. stanowią jedynie polemikę z twierdzeniami zawartymi w opinii oraz opinii uzupełniającej, ograniczającą się w głównej mierze do powielania tych samych argumentów, które biegły już raz poddał ocenie i które nie były przekonujące ani dla biegłego, ani dla Kontrolującego. Ani GITD, ani Ministerstwo Finansów nie przedstawili także dowodów, które pozwalałyby poddać kompletność i rzetelność opinii biegłego w wątpliwość. Zamawiający GITD poprzestał na załączeniu do zastrzeżeń analizy KSPO opracowanej przez WAT w pierwszym kwartale 2018 r. i audytu KSPO sporządzonego przez PWPW S.A. w lipcu 2018 r. Ustalenia audytowe dokonane przez PWPW S.A. zostały jednak już poddane ocenie w toku kontroli i były brane pod uwagę przez biegłego sądowego podczas sporządzania opinii oraz opinii uzupełniającej. Z kolei wyniki analizy WAT są z wnioskami tego audytu co do zasady zbieżne i audyt ten poprzedzały, wobec czego konkluzje wynikające z opinii biegłego zachowują aktualność.

Izba stwierdziła ponadto, iż Zamawiający GITD oraz MF pomijają okoliczność, że dokumenty te zostały opracowane jeszcze w 2018 r. i odnoszą się do ówczesnego stanu infrastruktury, jak i stanu faktycznego, jaki wówczas miał miejsce. Legalność udzielenia przez Zamawiającego zamówienia na świadczenie usługi kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych Elektronicznego Systemu Poboru Opłat (nr ref.: BDG.ZPB.230.48.2018) firmie DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i zawarcia z ww. podmiotem umowy na czas oznaczony od dnia 3 listopada 2018 r. do dnia 2 listopada 2019 r. nie była kwestionowana. Powyższe było uzasadnione zbliżającym się termin realizacji tego zadania powiązaniem z faktem, że Zamawiający GITD, w związku z przejściem przez GITD od GDDKiA obowiązku zapewnienia ciągłości poboru opłaty elektronicznej, nie mógł przewidzieć, że dotychczasowy wykonawca (IŁ-PIB) nie będzie zdolny do realizacji zamówienia w pełnym zakresie. Natomiast nie można równoważyć okoliczności, w jakich Zamawiający udzielił zamówienia w listopadzie 2018 r. w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp z okolicznościami, jakie miały miejsce w listopadzie 2019 r., kiedy to Zamawiający zdecydował się udzielić firmie DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Udzielenie tego zamówienia miało miejsce po upływie półtora roku od czasu opracowania analizy przez WAT oraz po upływie kilkunastu miesięcy od czasu kiedy Zamawiający w oparciu o przeprowadzony przez PWPW S.A. Audyt IT pozyskał szczegółową wiedzę na temat stanu infrastruktury i niekompletności dokumentacji.

Na powyższe zwracał uwagę biegły sądowy, wskazując w opinii, iż „Zamawiający od dnia 09.07.2018 roku miał wiedzę o brakach systemu KSPO i koniecznych działaniach zmierzających do uniezależnienia się od jednego wykonawcy, a od dnia posiadanej wiedzy z audytu minęło 13 miesięcy do dnia ogłoszenia postępowania przetargowego nr BDG.ZPB.230.5.2019. Dodatkowo należy wskazać, że w okresie od 19.10.2018 roku tj. zawarcia umowy nr 603/2018 w trybie zamówienia z wolnej ręki współpracował z Wykonawcą DXC Technology Polska, który był jednym z podwykonawców systemu KSPO i posiadał zarówno wiedzę o systemie, jak i możliwości uzupełnienia dokumentacji.”. Ponadto w opinii uzupełniającej biegły zwrócił uwagę, że „od chwili przekazania systemu ESPO przez Konsorcjum Kapsch (październik i listopad 2018) do czasu wyboru wykonawcy „z wolnej ręki” we wrześniu 2019 upłynęło co najmniej 9 miesięcy, podczas których Zamawiający miał możliwość uzupełnienia dokumentacji i procedur oraz przeprowadzenia testów przełączeniowych systemu przy wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia firmy DXC, która w okresie od 19.10.2018 roku (umowa nr 603/2018) do 03.11.2019 była Wykonawcą umowy na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczenia części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych systemu ESPO (następcy systemu KSPO)”. Ponadto jak zauważył

biegły sądowy w piśmie odnoszącym się do wniesionych zastrzeżeń „Już w kwietniu 2018 roku Zamawiający wiedział, że Konsorcjum Kapsch nie przekazało kompletnych kodów źródłowych do systemu KSPO i że prawdopodobnie wystąpią z tym problemy (...) Już w kwietniu 2018 audytorzy WAT zaproponowali Zamawiającemu rozwiązania alternatywne, prowadzące do uniezależnienia się Zamawiającego od obsługi systemu ESPO od Konsorcjum Kapsch i jego podwykonawcy DXC Technology Polska.” W analizie opracowanej przez WAT wskazano, iż „alternatywą lub dodatkową opcją umożliwiającą GITD lub następczemu wykonawcy samodzielnie utrzymanie i rozwijanie systemu, poza dokumentacją opisującą konfigurację środowisk wytwórczych mogłoby być udostępnienie takich środowisk czy to przez przekazanie odpowiednich maszyn wirtualnych, być może z użyciem narzędzia klasy Vagrant, ewentualnie gotowych kontenerów wirtualizowanych na poziomie systemu operacyjnego, jak na przykład Docker.” Biegły podkreślił ponadto, iż „wnioski z audytu przeprowadzonego przez WAT pokrywają się z wnioskami z późniejszego audytu wykonanego przez PWPW w lipcu 2018 roku. Należy więc podkreślić, że Zamawiający co najmniej od kwietnia 2018 roku miał wiedzę o brakach systemu ESPO, a więc do czasu wyboru wykonawcy „z wolnej ręki” we wrześniu 2019 upłynęło co najmniej 17 miesięcy, podczas których Zamawiający miał możliwość przede wszystkim wyegzekwowania brakującej dokumentacji i procedur od Konsorcjum Kapsch oraz DXC-Technology.”

Sam Zamawiający GITD w treści zastrzeżeń wskazał, że już w trakcie przygotowań do przejścia systemu od GDDKiA zidentyfikowano określone trudności związane z infrastrukturą techniczną i teleinformatyczną, które następnie zostały poddane eksperckiej analizie przez WAT i PWPW S.A. Zdaniem Izby Zamawiający GITD, nawet jeśli czynił starania zmierzające do realizacji zaleceń audytu, to jednak nie wykazał, aby przez tak długi okres nie było możliwe podjęcie dostatecznych działań gwarantujących możliwość udzielenia zamówienia na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczenia części zamiennych CPD systemu ESPO w trybie konkurencyjnym. Co więcej, ani Zamawiający GITD ani Ministerstwo Finansów w ogóle nie odnieśli się do stanowiska biegłego sądowego, który wskazywał, że okres kilkunastu miesięcy był wystarczający do dokonania uzupełnienia dokumentacji, przeprowadzenia rozeznania rynku i przygotowania postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym. W ocenie Izby ani GITD, ani MF nie wykazali, że udzielenie zamówienia na realizację ww. usług w trybie konkurencyjnym faktycznie nie było możliwe. Nie budziła większych wątpliwości okoliczność, że co do zasady usługa kolokacji (polegająca w tym przypadku na fizycznym umieszczeniu i utrzymaniu funkcjonowania środowisk IT Zamawiającego w Głównym i Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych (CPD A i CPD B), składająca się z udostępnienia powierzchni, zapewnienia odpowiednich warunków, zasilenia energią elektryczną, zapewnienia klimatyzacji, zapewnienia bezpieczeństwa, konfiguracji sprzętu sieciowo-serwerowego) jest usługą powszechnie dostępną. Wskazało na to samo

Ministerstwo Finansów w piśmie z dnia 18 czerwca 2021 r. Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o usługę utrzymania Głównego Centrum Przetwarzania Danych oraz Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych (dalej zwanych CPD A i CPD B) Zamawiającego, obejmującą m.in. wsparcie obecnie eksploatowanego sprzętu, serwis sprzętu, cykliczną wymianę sprzętu, odbiór wadliwych urządzeń, weryfikację i naprawę wadliwego sprzętu, zarządzanie sieciami, Systemy Zarządzania, usługi zarządzania aplikacjami, operacje systemowe, etc.). Biegły w treści opinii wskazał szereg podmiotów mogących świadczyć tego rodzaju usługi, a kompetencji tych podmiotów GITD i MF nie kwestionowali.

Zarówno GITD, jak i Ministerstwo Finansów zasłaniaли się natomiast trudnościami w dokonaniu oceny czy udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym jest możliwe, z uwagi na brak posiadania dobrej znajomości struktury i budowy systemu, co wynikać miało z faktu posiadania przez niech niepełnej dokumentacji systemu. Jak wskazało Ministerstwo Finansów „aby móc jednoznacznie określić możliwość zlecenia tych czynności na zewnątrz (innemu podmiotowi) w przypadku posiadania niepełnej dokumentacji w zakresie ESPO potrzebna jest bardzo dobra znajomość struktury, budowy systemu, aby obiektywnie możliwe było przesądzenie czy faktycznie usługa kolokacji mogła zostać wykonywana przez inny podmiot, aniżeli DXC.” Ministerstwo Finansów wskazywało także, że nie jest możliwe fizyczne przeniesienie CPD A i B z przyczyn technicznych, tj. z uwagi na niekompletność procedur przełączeniowych i braku przetestowania przełączenia. Zamawiający GITD ani MF nie wyjaśnili jednak dlaczego - pomimo, że już od co najmniej połowy 2018 r. Zamawiający GITD posiadał wiedzę o wynikach analiz i audytów - to nie było możliwości uzupełnienia brakującej dokumentacji dotyczącej systemu czy przeprowadzenia testów przełączeniowych systemu do CPD A i CPD B i pomiędzy Centrami Danych (zgodnie z załączoną do pisma MF notatką testy takie przeprowadzono dopiero w okresie od czerwca do listopada 2019 r.).

Stanowisko Zamawiającego GITD i MF Izba oceniła jako niekonsekwentne, z jednej strony powołują się oni bowiem na brak posiadania kompletnej dokumentacji i wiedzy dotyczącej systemu, mający uniemożliwiać udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym, a z drugiej strony zgodnie twierdzą, że wykonawca DXC posiada pełną, całościową znajomość CPD, infrastruktury systemu wraz z całym zastosowanym stosem technologicznym, znajomość sieci w ramach CPD, którą DXC administruje i zarządza, znajomość oprogramowania, zabezpieczeń systemu, procedur, przełączenia, jak i posiada pełny dostęp administracyjny do wszystkich kluczowych elementów systemu. Trudno uznać, aby tak wyspecjalizowany podmiot, znający całą infrastrukturę teleinformatyczną systemu, będący jednym z twórców systemu (podwykonawców Konsorcjum Kapsch jako podmiot odpowiedzialny za obszar związany z utrzymaniem Centrum Przetwarzania Danych, będącym jednym z kluczowych elementów całego systemu KSPO), nie był w stanie uzupełnić braków

dokumentacji tego systemu, a przynajmniej Zamawiający GITD i MF tego nie wykazali. Zamawiający GITD w zastrzeżeniach wskazał, iż „GDDKA, GITD i ewentualny zewnętrzny podmiot nie byłby w stanie uzupełnić omawianych braków dokumentacji systemu KSPO z uwagi na specyfikę systemu i wdrożonych rozwiązań”, pominął jednak całkowicie kwestię czy byłby to w stanie zrobić wykonawca DXC, który był podwykonawcą tego systemu i który po przejęciu systemu przez GITD od GDDKiA z powodzeniem świadczył usługi jego utrzymania od listopada 2018 r. w oparciu o zamówienie udzielone mu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający GITD oraz Ministerstwo Finansów powoływali się ponadto na okoliczność, że system obciążony jest długiem technologicznym i brakami dokumentacji, co uniemożliwia samodzielne działania w systemie i uzależnia je od dotychczasowych podwykonawców. W ocenie Izby słusznie jednak zauważył biegły sądowy, że „dług technologiczny systemu KSPO, na który powołuje się GITD oraz niewykonanie zobowiązań umownych przez Konsorcjum Kapsch nie może stanowić w nieskończoność podstawy do kolejnego zlecenia „w trybie z wolnej ręki” obsługi systemu ESPO. Zdaniem biegłego Zamawiający miał wystarczająco dużo czasu tj. około 17 miesięcy na wykonanie zaleceń ze zleconych przez siebie audytów, przeprowadzenie migracji danych systemu i przeprowadzenie postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym dla co najmniej części obsługi części systemu ESPO tj. kolokacji oraz dostarczania części zamiennych i utrzymania Centrum Przetwarzania Danych. Te usługi mogły być realizowane przez wielu wykonawców działających na terenie Polski, wymienionych w opinii uzupełniającej.”

W ocenie Izby nie sposób uznać za zasadne opierania braku możliwości udzielenia zamówienia na przedmiotową usługę w trybie konkurencyjnym na licznych trudnościach, jakie z tym faktem się wiążą, jeżeli nie są to trudności niemożliwe do przewyciężenia. Każdorazowo przejście skomplikowanego systemu informatycznego przez innego wykonawcę wiązać się będzie z takimi trudnościami, niemniej mogą one zostać przewyciężone w szczególności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób kompleksowy, udostępnienie wykonawcy niezbędnej dokumentacji systemu i zapewnienie odpowiedniego czasu na przygotowanie do rozpoczęcia realizacji usług. Zamawiający GITD nie wykazał, aby dochował należytej staranności i podjął dostateczne działania w tym celu, zlecając dotychczasowemu wykonawcy (DXC) świadczenie usług na kolejny okres, w drodze kolejnego zamówienia z wolnej ręki. Jak zauważył biegły w opinii uzupełniającej „W każdej sytuacji, gdzie przedmiotem zamówienia jest system informatyczny, dedykowany pod konkretnego zamawiającego, który łączy w sobie wiele procesów biznesowych, na różnych płaszczyznach, wykonawca tego systemu, a następnie podmiot, który przez długi okres czasu odpowiadał za jego utrzymanie, będzie miał przewagę nad wykonawcą, który nie budował tego systemu. Przewaga wynika z faktu,

posiadania zespołów ludzkich dedykowanych do utrzymania tego systemu, które doskonale i na bieżąco znają system. Ta przewaga nie oznacza oczywiście, że taki wykonawca jest niezastępowalny. Istnieje na rynku wiele wykwalifikowanych firm informatycznych, które są w stanie „przejąć” utrzymanie systemu informatycznego i dalej go rozbudowywać. Kryterium, które działa na niekorzyść innych wykonawców jest czas, w jakim są oni w stanie zapoznać się z dokumentacją systemu, zapoznać się z wymaganiami zamawiającego, uzgodnić wszelkie niejasności i zbudować zespół programistów i analityków. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który wybudował, nawet częściowo system i świadczy usługi utrzymaniowe, jest w stanie błyskawicznie przystąpić do prac, pomijając etap zaznajamiania się systemem, jego wymaganiami oraz oczekiwaniami zamawiającego. Przy bardzo skomplikowanych systemach informatycznych zamawiającego, a takim jest system ESPO, należy przyjąć, że nowy wykonawca musiałby poświęcić około 6 tygodni na tzw. prace przygotowawcze.” Biegły przedstawił przykładowy wykaz podmiotów mogących wykonać zamówienie.

Nie jest także zrozumiałe twierdzenie, że ewentualne prace przygotowawcze nowego wykonawcy miałyby się wiązać z ryzykiem utraty przychodu związanym z przerwaniem ciągłości dostaw. Wskazywana przez biegłego okoliczność, że nowy wykonawca potrzebowałby na te prace ok. 6 tygodni nie powoduje, że w tym czasie musiałoby nastąpić przerwanie ciągłości pracy systemu, a przynajmniej ani GITD, ani MF okoliczności takiej nie wykazali. Jak wskazał biegły w piśmie odnoszącym się do wniesionych zastrzeżeń „Prace przygotowawcze niezbędne nowemu wykonawcy do przejęcia obsługi przynajmniej części systemu ESPO w postaci kolokacji oraz dostawy części zamiennych, byłyby prowadzone w sposób równoległy do świadczenia przez spółka DXC Technology Polska usług w ramach umowy z dnia 19.10.2018. W żaden więc sposób nie nastąpiłoby przerwanie ciągłości obsługi systemu.”. Biegły słusznie zauważył także, że „niezbędne do tego byłoby odpowiednio wcześniejsze przygotowanie przez Zamawiającego postępowania przetargowego na wybór wykonawcy w trybie konkurencyjnym, w taki sposób, aby w momencie zakończenia trwania umowy z DXC Technology, nowy Wykonawca był już po przeprowadzeniu prac przygotowawczych i gotowy do świadczenia usług.”

Niewątpliwie zachowanie ciągłości działania systemu jest czynnikiem kluczowym, niemniej brak jest podstaw do stwierdzenia, że ciągłość taka nie mogłaby zostać zachowana w przypadku należytego przygotowania postępowania i przekazania nowemu wykonawcy dokumentacji systemu oraz zapewnienia mu odpowiedniej ilości czasu na przygotowanie się do świadczenia usług. Nawet gdyby uznać, że obiektywną przyczyną o charakterze technicznym, przesądzającą o monopolu firmy DXC w momencie udzielania jej kolejnego zamówienia z wolnej ręki w 2019 r., mogła być konieczność zachowania ciągłości poboru opłat, powodująca, że żaden z innych wykonawców, funkcjonujących na rynku nie byłby

w stanie rozpocząć świadczenia tych usług w takim terminie, to sytuacja ta mogłaby zostać zaakceptowana wyłącznie w przypadku, gdyby zamawiający nie miał wpływu na powstanie takiego stanu rzeczy i zaistniałych okoliczności nie mógł przewidzieć odpowiednio wcześniej, tak aby przeprowadzić postępowanie przetargowe. Tymczasem w przedmiotowym przypadku Zamawiający posiadał wiedzę o trudnościach związanych z przekazaniem świadczenia usług innemu wykonawcy na długo przed udzieleniem zamówienia firmie DXC w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp i nie podjął skutecznych działań zmierzających do wyeliminowania tych trudności i zlecenia świadczenia usług w trybie konkurencyjnym. Co więcej, w treści wniesionych zastrzeżeń w zasadzie w ogóle nie odniesiono się do argumentacji Kontrolującego (popartej opinią biegłego), wskazującej na długi okres, który upłynął od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o wynikach analiz i audytu do udzielenia zamówienia w zakwestionowanym w toku kontroli trybie oraz na brak podjęcia przez ten okres przez GITD działań, które umożliwiłyby udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Izba stwierdziła ponadto, że zarówno Zamawiający GITD, jak i Ministerstwo Finansów poświęcili w swoich pismach dużo uwagi na opisanie bogatego doświadczenia firmy DXC, jak i licznych wymogów, jakie powinien spełnić ewentualny nowy wykonawca, przejmujący utrzymanie systemu. Podkreślić jednak należy, iż dla uznania, że spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie jest wystarczające samo tylko przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i pełną wiedzę w zakresie systemu jest w stanie wykonać zamówienie w określonych okolicznościach stanu faktycznego. Nie uzasadnia też powołania się na ten przepis wcześniejsze wykonywanie tożsamej usługi przez wykonawcę DXC. Dlatego też twierdzenia, że firma DXC jest gwarantem świadczenia tych usług w żaden sposób nie determinują okoliczności, że inny wykonawca nie mógłby z powodzeniem tego rodzaju usług wykonywać. Wręcz przeciwnie, ze stanowiska prezentowanego przez GITD i MF wynika, że jest to możliwe, przy czym siłą rzeczy wymagałoby to zasadniczo większego nakładu pracy niż w przypadku wykonawcy DXC. Sytuacja taka w ocenie Izby nie usprawiedliwia jednak stawiania wykonawcy DXC na uprzywilejowanej pozycji i rezygnacji z przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego GITD przedstawione w piśmie z dnia 18 czerwca 2021 r. do wyniku kontroli doraźnej i stwierdzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku tej kontroli naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp, jak również stanowisko Ministerstwa Finansów wyrażone w piśmie z dnia 18 czerwca 2021 r. w przedmiocie ww. wyników kontroli, nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....