



Warszawa, dnia

2021 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.36.2021.JB
dot.: KND/41/21/DKZP

Pan

Szanowny Panie Inspektorze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 18.06.2021 r. (znak: GGI.WK.091.3.2021) (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21.06.2021 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie 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*”, przeprowadzonego przez Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp2004”, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 8.06.2021 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ3.442.36.2021.JB).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 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.

Pismem z dnia 18.06.2021 r. Główny Inspektorat Transportu Drogowego wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

Na zasadzie art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.; dalej jako: „p.z.p.”) w związku z przeprowadzoną przez

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na świadczenie usług kolokacji, utrzymania i dostarczania części zamiennych Centrum Przetwarzania Danych wraz z utrzymaniem infrastruktury w modelu IaaS Elektronicznego Systemu Poboru Opłat prowadzonego pod numerem BDG.ZPB.230.5.2019, niniejszym przedkładam opisane poniżej wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia do stwierdzonych naruszeń.

I. Stan faktyczny

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 K

(dalej: „Konsorcjum K”). Wskutek wyboru oferty Konsorcjum K 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 (dalej jako: „GITD”, „organ” lub „Zamawiający”). 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 przejścia od GDDKiA w dniu 3 listopada 2018 r. obowiązkowi poboru opłat, dnia 19 lipca 2018 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi przejścia 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. I

(dalej: „I”),

I, P

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. I oraz P

Finalnie, w wyniku przeprowadzonego Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ofertę złożył jeden Wykonawca, tj. I, z którym GITD zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego dnia 28 sierpnia 2018 r.

W czasie realizacji umowy I, 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 postępowań 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 D.

(dalej: „D.”). 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) p.z.p., bowiem Zamawiający nie mógł przewidzieć, że Wykonawca (I), 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) p.z.p.

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 D. 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 Firewall, 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).

II. Audyty i analizy dotyczące Krajowego Systemu Poboru Opłat

III. Uzasadnienie konieczności powierzenia realizacji przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki

GITD pragnie ponownie zauważyć, że Elektroniczny System Poboru Opłat 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 (dalej: „KFD”), czy też zagrożenie dla bezpieczeństwa osób i mienia, a także danych osobowych. Ponadto należy podkreślić, 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.

Przedstawiając powyższe należy podkreślić, 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 telematycznej 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, należy zauważyć, 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 (dalej: „CPD”) oraz usług kolokacji.

Dodać należy, że ESPO posiada dwa niezależne CPD – Główny i Zapasowy, w których znajdują się kluczowe elementy infrastruktury teleinformatycznej, m.in.:

- 1. 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,*
- 2. macierze danych, na których przechowywane są wszystkie dane dotyczące ESPO i wykorzystywane do naliczania i pobierania opłat, a także cała historia przejazdów i opłat,*
- 3. 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 bezpośrednio 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.

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 bezpośrednio 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.

D 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 – D 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 – D 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 D 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 – D. 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 – D. 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 tysięcy różnych licencji;

e) znajomość zabezpieczeń systemu – D. 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 D. 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 D. 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 – D. realizując obecne usługi posiada pełny dostęp administracyjny do wszystkich kluczowych elementów systemu, w tym do systemów bezpieczeństwa, zarządzania kopiami zapasowymi, zarządzania siecią, zarządzania dostęпами 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 – D. jako wieloletni administrator CPD posiada wyspecjalizowaną kadrę, 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. D. 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. D 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.

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 D, 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 D. Wykonawca musiałby w chwili przejęcia usług spełniać szereg wymagań, których obecnym gwarantem jest wyłącznie firma D. 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 rozpoczęcia usługi – do dnia 3 listopada 2019 r. usługę tę pełni firma D.

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 D 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 D 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 D.

d) Umowa z firmą D zawarta jest do dnia 3 listopada 2019 r. Usługa jest świadczona w ośrodku firmy D, 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 D . 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, obejmującej 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. Opisanie procedury wiąże 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 D .

Biorąc powyższe pod uwagę świadczenie usługi kolokacji, utrzymania i dostarczenia części zamiennych CPD KSPO z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, w ocenie tutejszego organu mogło być powierzone tylko podmiotowi obecnie świadczącemu usługę w tym zakresie na podstawie umowy nr 603/2018 – firmie D . z uwagi na fakt, że:

- a) istnieje tylko jeden podmiot zdolny do realizacji zamówienia – jak wykazano tylko firma D. 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 D. 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 przejęcia bez przzerwania 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 przejęcia KSPO.

IV. Uzasadnienie prawne zastosowanego trybu

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1) lit a) p.z.p. możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki powstaje w przypadku gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężania parametrów zamówienia. Tym samym konieczne jest wykazanie łącznego ziszczenia się następujących warunków:

- 1) Na rynku występuje tylko jeden podmiot zdolny do realizacji zamówienia.
- 2) Występowanie monopolu wynika z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.
- 3) Nie istnieje rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze.
- 4) Brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia.

Ad 1) 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.

Ad 2) 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 H. , wraz z różnymi dalszymi wykonawcami.

W wyniku sprzedaży tej części firmy powstała firma D. – proces ten został zakończony 3 kwietnia 2017 r. Firma ta (H. , a następnie D.) 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 D. . 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.

Ad 3) 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.

Ad 4) 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 uniknąć.

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, 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) p.z.p. 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.

V. *Opinia biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki przy Sądzie Okręgowym w Warszawie*

Poniżej prezentuję odniesienie się do odpowiedzi biegłego sądowego na poszczególne pytania zawarte w opinii z dnia 14 stycznia br., uzupełnionej opinią z dnia 22 lutego br.

Ad 1) „Czy usługi będące przedmiotem zamówienia mogą być świadczone tylko przez wykonawcę D. z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeśli nie, należy wskazać wykonawców, którzy mogliby je potencjalnie zrealizować?”

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 D. przy zachowaniu gwarancji zapewnienia ciągłości poboru opłat i zapewnienia wpływów do KFD na niezmiennym poziomie. Biegły w swojej opinii nie odniósł się do ustaleń audytowych wykonanych przez W. i P. 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 przejęcie świadczenia usług utrzymania CPD z zachowaniem ciągłości świadczenia usług oraz konieczności wielomiesięcznych przygotowań w celu realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo należy podkreślić, 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 K 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 postępem technologicznym niezbędnych aktualizacji technologii, w szczególności koniecznych do zapewnienia funkcjonowania usług;
- nie dokonał wymiany przestarzałego lub niemożliwego do utrzymania sprzętu.

Tym samym Zamawiający, po przeanalizowaniu całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych towarzyszących rozpatrywanemu zamówieniu, podjął decyzję opartą na przesłankach opisanych w punkcie III niniejszego pisma.

Ad 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 rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze?”

Jak wskazywano powyżej, 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) „Czy sposób określenia przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania może zostać uznany za celowe zawężenie parametrów zamówienia, czego wynikiem byłby brak konkurencji w postępowaniu?”

Tutejszy organ nie wnosi uwag do konkluzji biegłego w przedmiocie odpowiedzi na ww. pytanie. Niemniej jednak, zgodnie ze wcześniejszą argumentacją, w ocenie GITD istniał jeden podmiot zdolny wykonać przedmiot zamówienia.

Ad 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 D w związku z niezaimplementowaniem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze uzasadniających powierzenie tej części wyłącznie wykonawcy D ; 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.?”

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, wnoszę 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 p.z.p. 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 Zamówień Publicznych informuje, co następuje:

konkurencji. Już w kwietniu 2018 roku Zamawiający wiedział, że Konsorcjum K nie przekazało kompletnych kodów źródłowych do systemu KSPO i że prawdopodobnie wystąpią z tym problemy.

Wyciąg ze strony 58 audytu W. :

Już w kwietniu 2018 audytorzy W. zaproponowali Zamawiającemu rozwiązania alternatywne, prowadzące do uniezależnienia się Zamawiającego od obsługi systemu ESPO od Konsorcjum K i jego podwykonawcy D.

Wyciąg ze strony 58 audytu W. :

Wyciąg ze strony 62 i 63 audytu W. :

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 D. odpowiedzialna (przez 8 lat jako podwykonawca Konsorcjum K), 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 K, a GDDKiA.

Ad.4 Dług technologiczny systemu KSPO, na który powołuje się GITD oraz niewykonanie zobowiązań umownych przez Konsorcjum K 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 L oraz wnioski o wszczęcie postępowania i przeprowadzenie kontroli doraźnej złożony do Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18.02.2020. Wybrana w 2019 roku do wykonania zamówienia spółka D. nie była jedynym podmiotem w Polsce mogącym świadczyć tego typu usługi dla Zamawiającego.

Podkreślić należy, iż argumentacja przedstawiona w piśmie Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego 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 Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego z dnia 18.06.2021 r. należy uznać, 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 D, 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 Pzp2004, zaś poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp2004, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stosownie do art. 167 ust. 3 ustawy Pzp2004, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 16 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 10/21) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp2004 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 167 ust. 5 ustawy Pzp2004 Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie 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”. Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 10/21).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 10/21).