

sygn. akt **KIO/KD 10/22**

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 23 lutego 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 27 stycznia 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego: Gmina Miasto Tychy, Aleja Niepodległości 49; 43-100 Tychy, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej o sygn. KND/107/21/DKZP z 20 stycznia 2022 r., w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „*Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu EWID 2007 do obsługi baz danych PZGiK w Urzędzie Miasta Tychy*”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Emil Kuriata

Członkowie:

Aleksandra Kot

Anna Kuszel-Kowalczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Tychy (dalej jako: „zamawiający”), powołując się na przepis art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, w dniu 15 października 2020 r. zawarł ze spółką GEOMATYKA-KRAKÓW S.C. umowę nr CUW.2621.114.2020, której przedmiotem jest dostawa systemu EWID 2007 do obsługi baz danych PZGiK w Urzędzie Miasta Tychy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu EWID 2007 do obsługi baz danych PZGiK w Urzędzie Miasta Tychy” zostało przeprowadzone w imieniu i na rzecz Urzędu Miejskiego w Tychach przez Centrum Usług Wspólnych Miasta Tychy, w oparciu o Regulamin udzielania zamówień publicznych przez Centrum Usług Wspólnych Miasta Tychy, w trybie § 13 ww. Regulaminu. Przedmiot ww. umowy został określony w jej § 2.

W wyjaśnieniach z dnia 9 czerwca 2021 r. złożonych na wezwanie Urzędu zamawiający wskazał, że: *„W związku z podjętą decyzją o konieczności wymiany oprogramowania funkcjonującego w Urzędzie Miasta Tychy (oprogramowanie KATASTER WZ, firmy SIGNITY S.A.) do obsługi Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego spowodowanego ogromnymi kosztami jakie ponosiło Miasto i musiało by ponieść w przyszłości na utrzymanie oprogramowania i na dostosowanie oprogramowania do zmieniającego się prawa (...), Wydział Geodezji Urzędu Miasta Tychy przystąpił do analizy systemów do obsługi baz danych PZGiK istniejących na rynku”.*

W dniu 24 lipca 2020 r. pismem stanowiącym załącznik nr 1, Naczelnik Wydziału Geodezji Urzędu Miasta Tychy zwrócił się do Centrum Usług Wspólnych Miasta Tychy z prośbą o zakup wskazanego tam oprogramowania.

Wydział Geodezji jako wydział merytoryczny znający najlepiej swoje potrzeby, zakres funkcjonalny oraz specyfikę systemów do obsługi baz danych Powiatowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego w piśmie z dnia 24 lipca 2020 r. (...) wskazał na stronach 8-9 argumentację, dlaczego to właśnie przedmiotowy system spełnia w 100 % oczekiwania wydziału. Analiza opierała się na porównaniu do ówczynie funkcjonującego w UM Tychy systemu oraz innych systemów funkcjonujących na rynku i wykazała jednoznaczne korzyści wynikające z wdrożenia oprogramowania Ewid2007 firmy Geomatyka. Pod uwagę wzięte zostały (zgodnie z 15 punktami wskazanymi na stronach 8-9 załącznika nr 1) następujące elementy: prace geodezyjne związane z projektem partnerskim z Dąbrową Górniczą i związane z tym koszty, sposób licencjonowania oprogramowania, wprowadzenie zmian w oprogramowaniu związanych ze zmieniającym się stanem prawnym, koszty i możliwości rozbudowy systemu, sposób licencjonowania bazy danych, czytelność i intuicyjność interfejsu, funkcjonalność systemu, możliwość samodzielnej rozbudowy modułów, wymiana danych

w sposób natywny, zautomatyzowanie *upgradu*, zautomatyzowanie zarządzania użytkownikami czy dostosowanie oprogramowania do zmieniających się przepisów prawnych bez konieczności ponoszenia dodatkowych opłat ze strony zamawiającego.

W toku kontroli doraźnej, w piśmie z dnia 1 października 2021 r., zamawiający wskazał, że: *„Zakupiony system w pełnym zakresie zaspokaja potrzeby w zakresie prowadzenia baz danych w ramach państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (dalej PZGiK) obsługiwane przez Wydział Geodezji Urzędu Miasta Tychy. Potrzeba zakupu oprogramowania do obsługi powiatowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego związana była z koniecznością zapewnienia odpowiedniej obsługi zasobu geodezyjnego dla urzędu i mieszkańców (...), przy zachowaniu zgodności ze zmianami prawa geodezyjnego, które weszły w życie 31 lipca 2020 r. oraz kolejnymi zmianami, które wchodziły przez następnych 12 miesięcy.*

Zgodnie z powyższym, Centrum Usług Wspólnych Miasta Tychy nie ma potrzeby udzielania dalszych zamówień w przedmiocie zapewnienia pełnej funkcjonalności systemu EWID 2007. Jednocześnie informujemy, iż na dzień dzisiejszy nie przewidujemy także zakupu nowych funkcjonalności systemu o jakiegokolwiek wartości, których wykonawcą może być firma Geomatyka-Kraków S.C.”.

Jednocześnie w ww. piśmie zamawiający wyjaśnił następująco: *„System EWID 2007 jest jednym z kluczowych systemów, w oparciu o który funkcjonuje Gmina Miasta Tychy. System służy do prowadzenia baz danych w ramach PZGiK a rejestry te dostarczają informacji o przestrzeni nie tylko dla Wydziału Geodezji, ale również dla wydziałów zajmujących się m.in. planowaniem przestrzennym, sprawami związanymi z budownictwem, nieruchomościami, czy podatkami. Dane zawarte w systemie muszą być dostępne w sposób ciągły i muszą być na bieżąco aktualizowane i dostosowywane do często zmieniającego się prawa. Wysoka ranga zawartych w systemie PZGiK danych i opartych na nich rejestrach oraz obowiązujące u Zamawiającego procedury systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji powodują, że niemożliwym jest pozbawienie systemu PZGiK asysty technicznej. Dlatego też, jedynym zamówieniem, które Centrum Usług Wspólnych Miasta Tychy jako jednostka organizacyjna Miasta Tychy, zapewniająca obsługę informatyczną dla Urzędu Miasta Tychy zamierza udzielić, to usługa polegająca na świadczeniu asysty technicznej dla systemu EWID 2007. Zamówienie jest w fazie opracowywania dokumentacji. Zamówienie zostanie udzielone w trybie zgodnym z przepisami prawa na podstawie oszacowanej wartości zamówienia.*

Wartość szacunkowa zamówienia na świadczenie usług asysty technicznej wynosi: 90 000,00 zł netto”.

W wyjaśnieniach z dnia 20 października 2020 r. zamawiający wskazał, że: *„W ramach zamówienia na «Dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu EWID 2007 do obsługi baz danych PZGiK w Urzędzie Miasta Tychy», Wykonawca dostarczył i wdrożył oprogramowanie*

i objął je (zgodnie z warunkami zamówienia) gwarancją poprawności działania. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz zawartą umową, Wykonawca udzielił Zamawiającemu gwarancji na system na okres 24 miesięcy. Jedynym skutecznym narzędziem prawnym zobowiązującym producenta licencjonowanego oprogramowania do usunięcia wad jest udzielona gwarancja. W ramach gwarancji, zgodnie z § 6 umowy nr CUW.2621.114.2020 z dnia 15 października 2020 r. Wykonawca zobowiązany jest do usuwania błędów, usterek oraz awarii krytycznych występujących w systemie. Gwarancja daje możliwość wyegzekwowania od Wykonawcy usunięcia wad systemu ujawnionych w trakcie użytkowania, które utrudniają lub uniemożliwiają prace w systemie. Gwarancja dotyczy błędnego działania systemu związanego z problemami technicznymi, takimi jak, np.:

- błędne zapisywanie lub wyświetlanie danych w programie;*
- brak możliwości uruchomienia programu;*
- zbyt wolna praca programu (np. bardzo powolne generowanie raportów spowodowane błędnie utworzonymi zapytaniami w bazie).*

Zamawiający przyjął, iż zapewnienie gwarancji oprogramowania na okres 24 m-cy będzie wystarczające i przez okres gwarancji nie będzie konieczności przeprowadzenia postępowania na asystę techniczną. Główną przyczyną, dla której Zamawiający zdecydował się na przeprowadzenie postępowania na asystę techniczną była liczba zmian prawa geodezyjnego, które pociągają za sobą konieczność zmian w oprogramowaniu, a co za tym idzie konieczność zawarcia takiej umowy. Nowelizacja ustawy prawo geodezyjne i kartograficzne weszła w życie w dniu 31 lipca 2020 r. i na tym etapie było już wiadomo, że wiele rozporządzeń wykonawczych do ustawy traci moc w dniu 30 lipca 2021 r. i muszą być zmienione. Jednak nikt nie był w stanie przewidzieć zakresu zmian, jakie zostaną wprowadzone. Zmiany mogłyby dotyczyć tylko zmian merytorycznych, bez ingerencji w sferę związaną z oprogramowaniem. Tak się jednak nie stało i zmiany bardzo mocno zaingerowały w część związaną z oprogramowaniem, w związku z czym koniecznym stało się przeprowadzenie postępowania na usługę asysty technicznej”.

Zamawiający wskazał, że: „w ocenie Zamawiającego uwzględnienie zakupu usługi asysty technicznej do oprogramowania Ewid2007, w chwili dokonywania zakupu tego oprogramowania było niemożliwe z uwagi na brak wiedzy Zamawiającego o zakresie przyszłych zmian, a tym samym brak możliwości określenia potrzeb Zamawiającego w tym zakresie. Warto podkreślić, że konieczne jest odróżnienie gwarancji od usługi asysty technicznej. Usługi asysty technicznej, zazwyczaj są dodatkowo płatne oraz mają dużo szerszy zakres niż usługi wynikające z gwarancji - mogą np. obejmować usługi help desk, usługi rozwoju czy aktualizacji oprogramowania. Gwarancja natomiast ograniczona jest do usuwania wad, które ujawnią się w oprogramowaniu.

Firma Geomatyka - Kraków S.C. jest twórcą i producentem oprogramowania Ewid2007

a oprogramowanie, które zgodnie z licencją, jako jej własność, jest chronione przepisami Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 ze zm.). W związku z powyższym, zadanie polegające na świadczeniu asysty technicznej tego oprogramowania zgodnie z prawem, może świadczyć tylko właściciel oprogramowania. Zauważyć należy iż, udostępnienie przez Zamawiającego w jakimkolwiek zakresie oprogramowania podmiotowi trzeciemu - innemu niż Geomatyka - Kraków S.C - wiązałoby się z ujawnieniem struktury baz danych i korelacji między danymi, a to z kolei, z naruszeniem zasad licencjonowania oprogramowania. Należy podkreślić, iż kluczową zależnością w działaniu systemu, jest korelacja pomiędzy bazami danych, a programem obrazującym te dane. Każdy program ma przypisaną własną bazę danych, która odpowiada za przechowywanie danych i ich integralność, a na podstawie danych, zapisanych w określony dla konkretnego oprogramowania sposób, opiera się wynik działania programu. Przy dokonywaniu zmian w strukturze baz danych, muszą również zostać dokonane odpowiednie zmiany w programie, który odpowiada za ich poprawną prezentację, edycję i gromadzenie. W teorii, sama zmiana struktury bazy jest procesem prostym do wykonania i może zostać wykonana przez jakiegokolwiek Wykonawcę. W praktyce warunkiem powodzenia jest to, czy Wykonawca ten zna relacje i zależności pomiędzy danymi ujętymi w bazie (które są własnością autora oprogramowania) i nie naruszy integralności i struktury danych i samych danych. Należy zauważyć, iż nie ma możliwości udostępnienia bazy danych bez podania jej struktury, czyli relacji i zależności pomiędzy danymi. Kolejnym krokiem w przypadku dokonywania zmian w oprogramowaniu jest zamiana sposobu wyświetlania danych w programie. W tym przypadku konieczne jest posiadanie kodów źródłowych, w celu dokonania takiej zmiany, a następnie ponowne ich skompilowanie, w celu otrzymania kodu wynikowego w postaci binarnej (wykonywalnej). Zmiana struktury bazy danych bez zmiany programu, może znacząco wpłynąć na działanie systemu, np. usunięcie jednego pola w bazie danych może doprowadzić do całkowitego paraliżu działania programu.

Z przytoczonych powyżej argumentów jasno wynika, iż znajomość struktur baz danych i oprogramowania oraz ściśle określonych zależności między nimi, warunkuje poprawność działania całego oprogramowania, a co za tym idzie, uzasadnia konieczność zlecenia asysty technicznej autorowi oprogramowania”.

Konkludując, zamawiający podniósł, że oszacował wartość zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid2007 z należytą starannością, wzięwszy pod uwagę możliwie najszerszy zakres przedmiotowy tego zamówienia i nie mógł przewidzieć konieczności zakupu usługi asysty do tego systemu w momencie jego zakupu. Jednocześnie zamawiający wskazał, że nowelizacja ustawy prawo geodezyjne i kartograficzne, która weszła w życie w dniu 31 lipca 2021 r. będzie skutkowałą zmianami wielu rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

W świetle art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro.

Zgodnie z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp2004, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości.

W myśl art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Natomiast zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004, jeżeli zamawiający udziela zamówień w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych, itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Ponadto celem ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości

zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp2004.

Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp2004.

Zgodnie z treścią uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r. KIO/KD 53/19 „*dla ustalenia czy mamy do czynienia z jednym czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe, funkcjonalne, tożsamość czasowa i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. W przypadku udzielania zamówień, których wartość i zakres są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji, a dodatkowo mogą być udzielone w ramach jednego zamówienia podzielonego na części, oszacowania wartości zamówienia dokonuje się z uwzględnieniem wartości każdej z części*”.

Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, 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.

Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W art. 10 ustawy Pzp2004 ustawodawca informuje, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, przy czym 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.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że na gruncie przedmiotowej sprawy istnieją wyraźne przesłanki świadczące o tym, że zamawiający, nie uwzględniając usługi asysty technicznej do systemu Ewid2007 w ramach zamówienia na dostawę i wdrożenie tego systemu, zaniżył wartość szacunkową tego zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości, a w konsekwencji uniknął stosowania przepisów ustawy Pzp2004 w odniesieniu do zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid2007 w siedzibie

zamawiającego, w sytuacji gdy wartość tego zamówienia zsumowana z wartością zamówienia na usługę asysty technicznej wynosi 215 000,00 zł.

Powyższe oznacza, że łączna wartość powyższych zamówień przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia zamówienia, co zobowiązywało zamawiającego do udzielenia tego zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp2004.

Jak zostało wskazane powyżej, dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Celowy podział zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy PZP może mieć miejsce wtedy, gdy zamawiający ma możliwość przewidzenia kilku zamówień częściowych w dacie wszczęcia pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z analizy wyjaśnień zamawiającego oraz przekazanej dokumentacji wynika, że wszczynając postępowanie na dostawę i wdrożenie oprogramowania systemu informatycznego do obsługi baz danych PZGIK w Urzędzie Miasta Tychy, zamawiający miał świadomość, że obsługa systemu nie zakończy się wraz z jego wdrożeniem, w tym wymagać będzie jego dalszego dostosowywania do zmian przepisów prawa geodezyjnego, oraz miał wiedzę, że w określonym czasie, tj. od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o zmianie ustawy - Prawo geodezyjne i kartograficzne oraz niektórych innych ustaw, wiele rozporządzeń wykonawczych do ustawy będzie zmienionych.

W tym miejscu wskazać należy, że ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o zmianie ustawy - Prawo geodezyjne i kartograficzne oraz niektórych innych ustaw, opublikowana w Dz.U. 2020 poz. 782, weszła w życie z dniem 31 lipca 2020 roku. Art. 19. ww. ustawy zmieniającej stanowi, że: *„Dotychczasowe przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 12d ust. 1, art. 19 ust. 1 pkt 6-11 i ust. 1a, art. 26 ust. 2, art. 27 ust. 5, art. 40 ust. 8 i art. 47b ust. 5 ustawy zmienianej w art. 1 zachowują moc do czasu wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 12d ust. 1, art. 19 ust. 1 pkt 6-11 i ust. 1a, art. 26 ust. 2, art. 27 ust. 5, art. 40 ust. 8 i art. 47b ust. 5 ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, jednak nie dłużej niż przez 12 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy”*. Natomiast postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid2007 prowadzone było - zgodnie z dokumentem zatytułowanym Protokół z przeprowadzenia zamówienia publicznego - w dniach od 25 września 2020 r. do 7 października 2020 r., umowa w sprawie zamówienia została zawarta w dniu 15 października 2020 r., zaś termin realizacji dostawy i wdrożenia systemu został ustalony na dzień 26 lutego 2021 r.

Zgodnie z ustaleniami Urzędu, w związku z ww. nowelizacją ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne wydane zostało 14 nowych rozporządzeń, których publikacja następowała sukcesywnie.

Co wynika z powyższych ustaleń, udzielając zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego, zamawiający wiedział, że wydawane będą nowe rozporządzenia wykonawcze do ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, które mogą implikować zmiany w funkcjonowaniu oprogramowania wdrożonego w siedzibie zamawiającego. Mając na uwadze, że dokonywanie tego rodzaju zmian wchodzi w zakres usługi asysty technicznej, nie sposób uznać zamówienia na tę usługę za nieprzewidywalne i niezależne od zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu. Przeciwnie, okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że nic nie stało na przeszkodzie, aby ww. zamówienia zostały zagregowane w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zamówienie zostało udzielone w częściach, jeżeli zamawiający chciałby przeprowadzić odrębne postępowania, wówczas jednak wartością zamówienia powinna być łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Warto nadmienić, że analizując rynek systemów do obsługi baz danych, zamawiający zwracał uwagę na kwestię świadczenia usługi asysty technicznej, o czym świadczą przekazane przez zamawiającego na wezwanie Urzędu dokumenty związane z udzieleniem przedmiotowego zamówienia. W piśmie Naczelnika Wydziału Geodezji z dnia 24 lipca 2020 r. zatytułowanym *„Analiza obecnie używanego systemu do prowadzenia baz danych powiatowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego”* wskazano między innymi, że - w przypadku wdrożenia systemu Ewid2007 *„nastąpi obniżenie kosztów utrzymania (roczna asysta obecnie 184 500 zł zmniejszy się do ok 40 000 zł); wdrażanie zmian związanych ze zmianami prawa, praktycznie w całości jest wykonywane w ramach asysty i jednostki posiadające system firmy Geomatyka bardzo chwalą poziom świadczonych usług; rozbudowa systemu również jest wykonywana w ramach asysty (...)”*.

Tym samym należy stwierdzić, że dokonując wyboru systemu Ewid2007, zamawiający kierował się między innymi aspektami związanymi ze świadczeniem usługi asysty technicznej, co sugeruje, że zamawiający z dużym prawdopodobieństwem planował zakup tej usługi już na etapie zakupu systemu.

Należy również wskazać, że zgodnie z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego, usługa asysty technicznej nie ogranicza się do wprowadzania zmian w oprogramowaniu w celu dostosowania go do zmieniającego się prawa. Zamawiający wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu przykładowo wskazał inne działania związane z asystą techniczną, tj.:

„- wdrażanie zmian w bazach danych jak i w oprogramowaniu zainicjowanych przez Wykonawcę, zaakceptowanych przez Zamawiającego;

- pomoc przy odtworzeniu/odzyskaniu systemu z kopii zapasowej oraz weryfikacja ich poprawności po odtworzeniu;

- pomoc przy naprawie lub ponownej instalacji systemu w przypadku awarii infrastruktury teleinformatycznej Zamawiającego;

- wsparcie dla użytkowników programu (w zakresie np. generowania dokumentów, raportów

lub zestawień) jak i administratorów (w zakresie np.: przenoszenia oprogramowania na inny serwer)”.

Nadto zamawiający wyjaśnił, że: „Usługa asysty technicznej daje Zamawiającemu pewność oraz wsparcie poprawności działania systemu (baz danych, kompatybilności poszczególnych danych) nawet w przypadku konieczności odtworzenia danych po awariach infrastruktury zamawiającego”.

Co wynika z powyższego, nawet jeśli zakupiono system w pełnej funkcjonalności, to analiza wyjaśnień zamawiającego oraz przedłożonej dokumentacji prowadzi do wniosku, że jego sprawne funkcjonowanie wymaga asysty technicznej i to nie tylko w związku z dostosowywaniem oprogramowania do zmian prawnych wpływających na działanie oprogramowania, ale szeregu innych niezbędnych działań. W ocenie Urzędu nie wydaje się, aby dostarczony system był wykorzystywany przez zamawiającego docelowo bez korzystania z asysty technicznej. Sam zamawiający wskazał, że usługa ta *„daje Zamawiającemu pewność oraz wsparcie poprawności działania systemu (baz danych, kompatybilności poszczególnych danych) nawet w przypadku konieczności odtworzenia danych po awariach infrastruktury zamawiającego”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający od początku liczył się z koniecznością zakupu usługi asysty technicznej, choćby po upływie okresu gwarancji udzielonej przez wykonawcę. Zamawiający nie włączył jej jednak w zakres zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu, uznając że *zapewnienie gwarancji oprogramowania na okres 24 m-cy będzie wystarczające i przez okres gwarancji nie będzie konieczności przeprowadzenia postępowania na asystę techniczną*, ani nie uwzględnił wartości tej usługi w wartości dostawy, choć w ocenie UZP mógł i powinien to uczynić z uwagi na obowiązek dołożenia należytej staranności przy szacowaniu zamówienia. Nie ulega wątpliwości bowiem, że oszacowanie wartości zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu EWID2007 wraz z usługą asysty technicznej było jak najbardziej realne. Mając na uwadze stanowisko zamawiającego świadczące o tym, że nie dokonał łącznego szacunku nie oznacza, że nie powinien tego uczynić. Jak wynika z ustaleń poczynionych w toku niniejszej kontroli, zamawiający przystępując do udzielenia zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu przewidywał konieczność jego dostosowywania w trakcie funkcjonowania. Zatem, przewidując konieczność prawidłowej eksploatacji i utrzymania oraz możliwość rozbudowy, czy też modyfikacji systemu informatycznego, powinien objąć zamówieniem podstawowym możliwie najszerszy zakres realizacji, włącznie z utrzymaniem i ewentualnymi modyfikacjami wdrożonego systemu. W przypadku natomiast dokonania podziału takiego zamówienia na części, zamawiający winien przyjąć dla każdej z nich wartość stanowiącą łączną wartość poszczególnych części zamówienia i przy udzielaniu tych zamówień zastosowywać przepisy ustawy PZP właściwe dla łącznej wartości zamówienia.

Nie można również pominąć faktu, że zamawiający przystąpił do przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia na usługę asysty technicznej dla systemu EWID2007. Powyższe zamówienie, zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego ma zostać powierzone wykonawcy Geomatyka Kraków S.C., realizującemu zamówienia na dostawę i wdrożenie przedmiotowego systemu, jako autorowi oprogramowania, w związku z przepisami Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 ze zm.).

Reasumując, w niniejszej sprawie zachodzi uzasadnione przypuszczenie naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie dołożenia należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid2007, w ramach którego nie uwzględniono usługi asysty technicznej dla tego systemu, co może prowadzić do naruszenia art. 5b pkt 2 ustawy Pzp polegającego na podziale zamówienia na dwa odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości.

W konsekwencji zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, w ramach którego zamówiono dostawę i wdrożenie systemu EWID 2007, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości oraz udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004.

Zamawiający nie zgodził się z takim wynikiem kontroli, wnosząc zastrzeżenia, w których podniósł następujące okoliczności.

I.

Na str. 11, odnoszące się do uznania, że „w sprawie zachodzi uzasadnione przypuszczenie naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie dołożenia należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid 2007, w ramach którego nie uwzględniono usługi asysty technicznej dla tego systemu, co może prowadzić do naruszenia art. 5b pkt 2 ustawy Pzp polegającego na podziale zamówienia na dwa odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości”,

ze względu na błędne przyjęcie przez Prezesa UZP, iż zamówienie na usługę asysty technicznej dot. systemu EWID2007 zostało przez zamawiającego udzielone, podczas gdy zamawiający nie udzielił i nie zamierza udzielić tego zamówienia. Zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 1 października 2021 r., iż zakupiony przez zamawiającego system EWID2007, w sposób kompleksowy zapewnia wykonywanie

obowiązków nałożonych na Prezydenta Miasta wykonującego zadania z zakresu administracji rządowej jako organu prowadzącego powiatową część Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego.

II.

Ustalenia zawarte na str. 11, odnoszące się do uznania, że *„Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, w ramach którego zamówiono dostawę i wdrożenie systemu EWID2007, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości oraz udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004”*,

ze względu na błędne przyjęcie, przez Prezesa UZP, jakoby zamawiający winien uwzględnić wartość usługi asysty technicznej, w ramach postępowania na dostawę i wdrożenie systemu EWID2007. W ocenie zamawiającego, to zamawiający dokonuje merytorycznej oceny swoich potrzeb. Zamówienie na usługę asysty technicznej dot. systemu EWID2007 nie zostało przez zamawiającego udzielone, ani w ramach postępowania na dostawę i wdrożenie systemu EWID2007, ani w ramach innego postępowania. Zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 1 października 2021 r., iż zakupiony przez zamawiającego system EWID2007, w sposób kompleksowy zapewnia wykonywanie obowiązków nałożonych na Prezydenta Miasta, wykonującego zadania z zakresu administracji rządowej, jako organu prowadzącego powiatową część Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego. Zaś argument czasowy, odnoszący się do upływu, jak dotychczas 11 miesięcy prawidłowego i kompleksowo zaspokajającego potrzeby zamawiającego, funkcjonowania systemu EWID2007, w ocenie zamawiającego, stanowi obiektywne potwierdzenie poprawności działań i decyzji zamawiającego.

W tym kontekście, trafnie na stronie 6 informacji Prezes UZP zauważył, iż *„dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (...), tożsamość czasowa zamówienia (...) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę”*.

W przypadku kontrolowanego postępowania, nie ma odzwierciedlenia w faktach zarzut co do dzielenia zamówienia, w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp2004, gdyż nie istnieje w sprawie przedmiot, co do którego możliwe byłoby uznanie, iż doszło do jego podziału. Przedmiotem sprawy jest jedno postępowanie dot. dostawy i wdrożenia EWID2007. Usługa asysty technicznej nie została zlecona, a zamawiający uznał, iż nie jest potrzebna.

Zamawiający kwestionuje w całości prezentowane przez UZP stanowisko, jakoby zaniechał przygotowania i przeprowadzenia kontrolowanego postępowania, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp2004, oparte na zarzucie, iż zamawiający winien uwzględnić wartość usługi asysty technicznej w ramach postępowania na dostawę i wdrożenie systemu EWID2007. W ocenie zamawiającego, co już zamawiający podniósł argumentując wcześniej, to zamawiający dokonuje merytorycznej oceny swoich potrzeb. Niezależnie jednak od tego, zdaniem zamawiającego, nie została spełniona przesłanka tożsamości czasowej w odniesieniu do postępowania na dostawę i wdrożenie systemu EWID2007, jak i przedmiotu jakim jest usługa asysty technicznej. Należy tutaj zauważyć, iż zamówienie na dostawę i wdrożenie oprogramowania EWID2007 zostało udzielone w październiku 2020 r., natomiast zamówienie na usługę asysty technicznej nie zostało udzielone do tej pory, a co istotniejsze, zamawiający nie zamierza udzielić tego zamówienia. W kontrolowanym przypadku, nie może być zatem mowy o zachowaniu tożsamości czasowej. Zamawiający podkreśla, że po 11 miesiącach użytkowania oprogramowania, nie widzi potrzeby udzielania zamówienia na usługę asysty technicznej. Na chwilę obecną zakupiona w ramach postępowania na dostawę i wdrożenie oprogramowania EWID 2007, gwarancja oprogramowania zapewnia w pełni sprawność i funkcjonalność oprogramowania, co zamawiający wskazywał w przedłożonych wcześniej wyjaśnieniach. Zatem za niezasadne uznać należy, zarzuty UZP zawarte na stronie 10 pisma, jakoby zamawiający winien uwzględnić wartość usługi asysty technicznej, w ramach postępowania na dostawę i wdrożenie systemu EWID2007. Obecny stan faktyczny potwierdza, iż usługa ta byłaby zbędna, a poniesienie jej kosztu stanowiłoby wydatkowanie środków publicznych w sposób nieoszczędny, nieefektywny i niecelowy, zatem sprzeczny z zasadami gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z ustawy o finansach publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę oczywistym jest, że zamawiający nie naruszył art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004, nie doszło do naruszenia art. 5b pkt 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004.

Prezes UZP w piśmie z 10 lutego 2022 r., nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego, wskazując dodatkowo, co następuje.

Na wstępie należy podkreślić, że istotą naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 stycznia 2022 r., jest niewłaściwe oszacowanie wartości zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego z uwagi na wyłączenie z jego zakresu usługi asysty technicznej. Ocena przedmiotowej sprawy została dokonana w oparciu o materiał dowodowy zebrany w toku niniejszej kontroli, a przedłożone przez zamawiającego na wezwanie Urzędu

wyjaśnienia oraz dokumenty związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia na usługę asysty technicznej jednoznacznie wskazywały na zamiar udzielenia tego zamówienia. Zatem – w ocenie Urzędu – wyłączenie tej usługi z zakresu kontrolowanego postępowania świadczyło o zamiarze podziału zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości, a tym samym skutkowało udzieleniem zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid2007 z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp2004.

Ponownie za Informacją o wyniku kontroli doraźnej należy wskazać, że dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Ponadto celem ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania, czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp2004.

Jak zostało wskazane powyżej, dla ustalenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też podział zamówienia na odrębne

zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp może mieć miejsce wtedy, gdy zamawiający ma możliwość przewidzenia kilku zamówień częściowych składających się na jedną funkcjonalną całość w dacie wszczęcia pierwszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tymczasem w zastrzeżeniach zamawiający próbuje zwrócić uwagę na dyskretnalność jaka przysługiwała mu jako gospodarzowi postępowania w związku z ustaleniem zakresu przedmiotu zamówienia. Wyjaśnić tutaj należy, że nie kwestionuje się prawa zamawiającego do swobodnego definiowania swoich potrzeb poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, aby zamówienie służyło najlepiej i najefektywniej realizacji jego zadań. Należy jednak zauważyć, że rolą zamawiającego jest również przewidzenie wszystkich niezbędnych świadczeń składających się na zamówienie jako funkcjonalną całość. Fakt, że zakupiono system w pełnej funkcjonalności, czego nie neguje się w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, nie wyklucza wniosku, że jego sprawne funkcjonowanie może w dalszej perspektywie czasu wymagać asysty technicznej, między innymi z uwagi na dostosowywanie oprogramowania do zmian przepisów prawnych. Jakkolwiek zgodzić się należy z tym, że zamawiający nie mógł mieć pewności, co do charakteru zmian prawnych, tego czy i w jakim zakresie będą one ingerowały w działanie samego systemu, to jednak niewątpliwie miał on świadomość, że zmiany prawne mogą stanowić o konieczności posiadania stosownych instrumentów w celu jego optymalizacji zgodnie z przepisami. W tej sytuacji zamawiający winien odpowiednio określić swoje potrzeby i zakres zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi baz danych, biorąc pod uwagę możliwie najszerszy zakres przedmiotowy zamówienia, w tym ewentualną konieczność korzystania z usługi asysty technicznej.

W opinii Urzędu, analiza wyjaśnień zamawiającego oraz dokumentacji kontrolowanego zamówienia prowadzi do wniosku, że utrzymanie oprogramowania w zgodności z aktualnymi przepisami prawnymi ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, rozporządzeń wykonawczych do tej ustawy oraz innymi przepisami, które dotyczą funkcjonowania Systemu, wymaga wsparcia asysty technicznej, nawet w okresie udzielonej przez wykonawcę gwarancji. Zgodnie bowiem z wyjaśnieniami zamawiającego, gwarancja nie obejmuje czynności związanych z utrzymaniem oprogramowania polegających na dostosowaniu go do zmian wynikających z przepisów prawnych.

Podniesiona w zastrzeżeniach kwestia braku potrzeby korzystania z usługi asysty technicznej kłóci się z wyjaśnieniami zamawiającego złożonymi w toku przedmiotowej kontroli oraz przedłożoną dokumentacją. Zamawiający w piśmie z dnia 1 października 2021 r. do UZP wprost wskazywał, że zachodzi potrzeba przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługę asysty technicznej: *„Dane zawarte w systemie muszą być dostępne w sposób ciągły i muszą być na bieżąco aktualizowane i dostosowywane do często zmieniającego się prawa. Wysoka ranga zawartych w systemie PZGiK danych i opartych na*

nich rejestrach oraz obowiązujące u zamawiającego procedury systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji powodują, że niemożliwym jest pozbawienie systemu PZGiK asysty technicznej. Dlatego też, jedynym zamówieniem, które Centrum Usług Wspólnych Miasta Tychy jako jednostka organizacyjna Miasta Tychy, zapewniająca obsługę informatyczną dla Urzędu Miasta Tychy zamierza udzielić, to usługa polegająca na świadczeniu asysty technicznej dla systemu EWID 2007. Zamówienie jest w fazie opracowywania dokumentacji. Zamówienie zostanie udzielone w trybie zgodnym z przepisami prawa na podstawie oszacowanej wartości zamówienia”.

W wyjaśnieniach z dnia 20 października 2021 r. zamawiający wskazał z kolei, że: „Główną przyczyną, dla której Zamawiający zdecydował się na przeprowadzenie postępowania na asystę techniczną była liczba zmian prawa geodezyjnego, które pociągają za sobą konieczność zmian w oprogramowaniu, a co za tym idzie konieczność zawarcia takiej umowy. Nowelizacja ustawy prawo geodezyjne i kartograficzne weszła w życie w dniu 31 lipca 2020 r. i na tym etapie było już wiadomo, że wiele rozporządzeń wykonawczych do ustawy traci moc w dniu 30 lipca 2021 r. i muszą być zmienione. Jednak nikt nie był w stanie przewidzieć zakresu zmian, jakie zostaną wprowadzone. Zmiany mogłyby dotyczyć tylko zmian merytorycznych, bez ingerencji w sferę związaną z oprogramowaniem. Tak się jednak nie stało i zmiany bardzo mocno zaingerowały w część związaną z oprogramowaniem, w związku z czym koniecznym stało się przeprowadzenie postępowania na usługę asysty technicznej. (...). Warto podkreślić, że konieczne jest odróżnienie gwarancji od usługi asysty technicznej. Usługi asysty technicznej, zazwyczaj są dodatkowo płatne oraz mają dużo szerszy zakres niż usługi wynikające z gwarancji – mogą np. obejmować usługi help desk, usługi rozwoju czy aktualizacji oprogramowania. Gwarancja natomiast ograniczona jest do usuwania wad, które ujawnią się w oprogramowaniu”.

Twierdzenia zamawiającego są więc co najmniej niespójne – zamawiający z jednej strony wskazał, że niemożliwe jest pozbawienie systemu do obsługi baz danych asysty technicznej oraz że gwarancja ogranicza się do usuwania wad, a z drugiej strony, w kontrze do wyżej cytowanych wyjaśnień – w zastrzeżeniach od wyniku kontroli stwierdził, że: „Na chwilę obecną zakupiona w ramach postępowania na dostawę i wdrożenie oprogramowania EWID 2007 gwarancja oprogramowania zapewnia w pełni sprawność i funkcjonalność oprogramowania, co Zamawiający wskazywał w przedłożonych wcześniej wyjaśnieniach”.

W świetle powyższego nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że „nie ma odzwierciedlenia w faktach zarzut co do dzielenia zamówienia, w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp2004, gdyż nie istnieje w sprawie przedmiot, co do którego możliwe byłoby uznanie, iż doszło do jego podziału”. Raz jeszcze należy podkreślić, że istotą przedmiotowej kontroli jest brak należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid2007, w ramach którego pominięto usługę asysty technicznej. Niewątpliwie innej

ocenie podlegałyby sytuacja, gdyby od początku było wiadomym, że usługa asysty technicznej będzie zbędna. Jednak zamawiający – po pierwsze – w toku kontroli wskazywał na konieczność zakupu tej usługi, po drugie – we wniesionych zastrzeżeniach nie wykazał, aby w wyniku niniejszej kontroli błędnie oceniono przedmiotowy (funkcjonalny) związek pomiędzy zamówieniem na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi baz danych a zamówieniem na usługę asysty technicznej dla tego systemu. Kwestionowanie spełnienia przesłanki tożsamości przedmiotowej zamawiającego opiera się wyłącznie na fakcie, że zamawiający nie udzielił i nie zamierza udzielić zamówienia na usługę asysty technicznej.

Odnosząc się natomiast do przesłanki tożsamości czasowej, wskazać należy, że ewentualna potrzeba zakupu usługi asysty technicznej była możliwa do przewidzenia już na etapie wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu, czego zamawiający nie kwestionuje we wniesionych zastrzeżeniach. To powyższa okoliczność stanowi o tym, że przesłanka tożsamości czasowej jest spełniona na gruncie przedmiotowej sprawy. Argumentacja zamawiającego w tym zakresie sprowadza się znowu do stwierdzenia, że zamówienie na usługę asysty technicznej nie zostało udzielone do tej pory, w związku z czym - w ocenie zamawiającego - nie może być mowy o stwierdzeniu tożsamości czasowej, co, jak wskazano powyżej, nie znajduje uzasadnienia na etapie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej.

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że na gruncie przedmiotowej sprawy istnieją wyraźne przesłanki świadczące o tym, że zamawiający, nie uwzględniając usługi asysty technicznej do systemu Ewid2007 w ramach zamówienia na dostawę i wdrożenie tego systemu, zaniżył wartość szacunkową tego zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości, a w konsekwencji uniknął stosowania przepisów ustawy Pzp2004 w odniesieniu do zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego w siedzibie zamawiającego, w sytuacji gdy wartość tego zamówienia zsumowana z wartością zamówienia na usługę asysty technicznej wynosi 215 000,00 zł.

Powyższe oznacza, że łączna wartość powyższych zamówień przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004 (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielenia zamówienia, co zobowiązywało zamawiającego do udzielenia tego zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp2004. W świetle art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Zgodnie z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp2004, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. W myśl art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Natomiast zgodnie

z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp2004, jeżeli zamawiający udziela zamówień w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, 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. Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W art. 10 ustawy Pzp2004 ustawodawca informuje, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, przy czym 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.

Mając na uwadze powyższe, uprzejmie informuję, że podtrzymuję stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 stycznia 2022 r., że zamawiający naruszył przepisy art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie dołożenia należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu Ewid 2007, w ramach którego nie uwzględniono usługi asysty technicznej dla tego systemu, co może prowadzić do naruszenia art. 5b pkt 2 ustawy Pzp polegającego na podziale zamówienia na dwa odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, w ramach którego zamówiono dostawę i wdrożenie systemu EWID 2007, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości oraz udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „kontrolujący”) stwierdził naruszenie przepisów: art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie dołożenia należytej staranności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, w ramach którego nie uwzględniono wartości usługi asysty technicznej dla tego systemu. Powyższe może świadczyć o zamiarze dokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na dwa odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości, co stanowi naruszenie art. 5b pkt 2 ustawy Pzp2004. W konsekwencji, w ocenie kontrolującego, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania dotyczącego zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu do obsługi powiatowej części Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości oraz udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp2004.

Jak słusznie wskazywali: kontrolujący i zamawiający, dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowisko kontrolującego jest niezasadne.

Zgodnie z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp2004, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należyłą starannością. Ustęp 4 wskazanego przepisu wskazuje, że jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Powyższe, zdaniem kontrolującego, mogło świadczyć o zamiarze dokonania przez zamawiającego podziału zamówienia na dwa odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego oszacowania ich wartości, co stanowi naruszenie art. 5b pkt 2 ustawy Pzp2004.

Izba wskazuje, że wskazane podstawy prawne, stwierdzonego przez kontrolującego naruszenia, nie znajdują swojego uzasadnienia w danych okolicznościach przedmiotowej sprawy. Wskazane przez kontrolującego przepisy odnoszą się bowiem do części wstępnej czynności zamawiającego, jakim jest ustalenie – przez zamawiającego – przedmiotu zamówienia, jego zakresu, czasu realizacji oraz stosowna wycena (wartość szacunkowa zamówienia). Zamawiający przygotowując się do założonego przez siebie zakupu, dokonał takiej „analizy przygotowawczej”, która w konsekwencji doprowadziła do ustalenia, że dostawa i wdrożenie systemu Ewid2007, doprowadzi do poniesienia kosztów w wysokości nieprzekraczającej równowartości 30 000 euro, co na podstawie przepisu art. 4 pkt 8 ustawy Pzp2004, zwalniało zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy Pzp. Zamawiający zrealizował zakup na podstawie wewnętrznie obowiązujących uregulowań.

Kontrolujący stwierdził natomiast, że zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Pzp2004 z uwagi na okoliczność, iż przewidywane przez zamawiającego inne zamówienie, dotyczące asysty technicznej dla kupowanego systemu, nie zostało uwzględnione przy kalkulacji wartości szacunkowej zamówienia, w konsekwencji uwzględnienie obu wartości łącznie usankcjonowałoby zastosowanie przepisów ustawy Pzp2004.

W tym miejscu Izba wskazuje, że niezasadne jest konstruowanie argumentacji, która nakazywałaby zamawiającemu obowiązek zastosowania któregośkolwiek z trybów opisanych w art. 10 ustawy Pzp2004, gdyż to zamawiający jest decydem zastosowania określonego trybu zamówienia publicznego ustalanego w oparciu o przyjęte przez niego założenia. Odwoływanie się przez kontrolującego *ad hoc* do ww. przepisu nie może zostać uznane za zasadne.

Okoliczność niesporną w sprawie jest, że zamawiający sygnalizował, że może nastąpić sytuacja, w której będzie konieczne dokonanie zakupu asysty technicznej do kupowanego systemu Ewid2007. Jednakże zwrócić należy uwagę, że sam fakt bliżej niesprecyzowanej chęci zakupu takiej asysty nie powoduje jeszcze obowiązku zamawiającego do niejako automatycznego wliczania jego wartości do bieżąco kupowanego systemu. Asysta taka, w ocenie zamawiającego została oceniona jako prawdopodobna, uzależniona od stopnia skomplikowania zmieniających się przepisów. Zdaniem Izby jest to sytuacja na tyle hipotetyczna, przyszła i niepewna, że nie sposób ustalić na etapie udzielanego zamówienia na system, jaki zakres rzeczowej asysty będzie potrzebny, a w konsekwencji czy w ogóle będzie potrzebny. Samo ustalenie zamawiającego o takiej możliwości daje uzasadnione podstawy do twierdzenia, że zamawiający profesjonalnie przygotował się do realizacji zadań nałożonych na niego zmieniającymi się przepisami.

Można by się zastanowić, nad twierdzeniami kontrolującego w kontekście elementu związanego z tożsamością czasową. Czy zamawiający dokonując zakupu określonego systemu (oprogramowania) ma obowiązek przewidzieć, że w przyszłości, zmiany przepisów wymuszą na nim wprowadzenie określonych zmian przez zakup usługi asysty technicznej. Jeżeli tak, to powstaje pytanie w jakim zakresie i w jakiej wysokości (koszt takiej usługi).

Z ustalonego stanu faktycznego sprawy wynika bowiem, że wcześniejsze ustalenia (założenia) zamawiającego nie znalazły swojego uzasadnienia, gdyż zamawiający nie dokonał, sygnalizowanej wcześniej możliwości zakupu asysty technicznej.

Obecnie stawiane zamawiającemu przez kontrolującego zarzuty dotyczą *stricte* czynności przyszłych i niepewnych, z całą pewnością niezrealizowanych.

Zdaniem Izby, zarzuty kontrolującego mogłyby znaleźć swoje uzasadnienie w przypadku zrealizowania przez zamawiającego zamówienia, którego wcześniej nie skonsolidował do zamówienia wspólnego (nie ustalił wartości zamówienia dla wszystkich zamówień udzielanych w częściach), oczywiście po stwierdzeniu tożsamości przedmiotowo-podmiotowo-czasowych.

W przedmiotowym przypadku taka sytuacja nie zachodzi, dlatego też Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego były zasadne.

W konsekwencji wyżej poczynionych ustaleń i wywodów, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004.

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

Przewodniczący

Członkowie

.....