

Sygn. akt: KIO 3193/20

WYROK
z dnia 22 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 grudnia 2020 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 grudnia 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **Intergraph Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

- 1) **GisPartner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- 2) **Wrocławski Instytut Zastosowań Informacji Przestrzennej i Sztucznej Inteligencji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **Intergraph Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Intergraph Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Odwołującego - Intergraph Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego - Skarbu Państwa, Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 3 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami, dalej zwana „PZP”) odwołanie złożył wykonawca **Intergraph Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, dalej jako „Odwołujący”.

Zamawiający - **Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie**, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, którego, przedmiotem jest „Rozbudowa UMM wraz z wdrożeniem i konfiguracją systemu GEOINFO”,

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego, polegającej na przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zaszły przesłanki wskazane w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3) i 4) PZP, tj. nie zaszła wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, a warunki postępowania w trybie zamówienia z wolnej z ręki zostały istotnie zmienione w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, w którym nie zostały złożone żadne oferty.

Odwołujący zarzucał naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3) i 4) PZP w związku przepisem art. 7 ust. 1 PZP polegające na przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zaszła wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć, a warunki postępowania w trybie zamówienia z wolnej z ręki zostały istotnie zmienione w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, w którym nie zostały złożone żadne oferty, przez co nie zachowano zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie umowy nr IZ-BRSIG.041.3.2020 zawartej w dniu 15 października 2020 r. z GISPartner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków P. P. oraz B. Sz. na okoliczność negocjacji prowadzonych przez Zamawiającego przed udzieleniem zamówienia z wolnej ręki, w szczególności kategoriycznych twierdzeń Zamawiającego o braku jakiegokolwiek możliwości zmiany zakresu zamówienia i terminu jego realizacji.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż brał udział w negocjacjach z Zamawiającym w ramach postępowania. W wyniku naruszenia wskazanych przepisów prawa Zamawiający dokonał wyboru innej oferty, co pozbawiło

Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przeprowadzenie postępowania zgodnie z przepisami PZP mogło umożliwić Odwołującemu złożenie innej oferty i mogło skutkować jej wyborem.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w wyniku przeprowadzonego postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2020 r., zatem 30-dniowy termin, o którym mowa w przepisie art. 182 ust. 4 pkt 1) PZP upływa w dniu 3 grudnia 2020 r. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że w dniu 22 lipca 2020 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem była „Rozbudowa UMM wraz z wdrożeniem i konfiguracją systemu GEOINFO” (zwany dalej „przetargiem”). Termin składania ofert wyznaczono na dzień 18 września 2020 r. Termin wykonania zamówienia miał przypadać nie później niż na dzień 18 grudnia 2020 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) wraz z wymienionymi w jej treści załącznikami. W ocenie Odwołującego wyznaczony termin wykonania zamówienia, będący obok ceny, jednym z dwóch kryteriów oceny ofert, był terminem niemożliwym do dotrzymania. Ponadto, przedmiot zamówienia był bardzo szeroki i obejmował wdrożenie systemu w skali całego kraju, a także przeszkolenie użytkowników końcowych systemu. Z wyżej wymienionych powodów Odwołujący nie złożył oferty w przetargu.

W dniu 18 września 2020 r. Zamawiający poinformował, że w przetargu nie zostały złożone żadne oferty i z tej przyczyny unieważnił przetarg.

Następnie Zamawiający zaprosił Odwołującego do negocjacji, w trakcie których Zamawiający kategorycznie wskazał, że zakres zamówienia i termin realizacji nie mogą podlegać negocjacjom. Odwołujący wskazał, że na cenę zaoferowaną przez Odwołującego wpływ mają przede wszystkim warunki określone w SIWZ, tj. wysokie SLA (service level agreement), długość gwarancji i zakres wdrożenia, ale przede wszystkim ryzyko związane z krótkim terminem przewidzianym na realizację zamówienia. Odwołujący zaproponował podział zamówienia na część obowiązkową i fakultatywną, przy czym część obowiązkowa miałaby zostać wykonana w terminie przewidzianym przez Zamawiającego. Zamawiający poinformował, że taki podział stanowiłby istotną zmianę w stosunku do pierwotnego zamówienia, wskutek czego negocjacje zostały zakończone, a postępowania o udzielenie zamówienia - unieważnione.

W dniu 7 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W trakcie negocjacji z GISPartner sp. z o.o., podmiot ten podobnie jak Odwołujący, wskazywał, że

oferowana przez niego cena obliczona jest na podstawie wykazanego zakresu prac oraz ryzyka związanego z krótkim czasem przeznaczonym na realizację zamówienia. GISPartner deklaruje, że cena może ulec zmniejszeniu w zależności od warunków realizacji umowy. W wyniku przeprowadzonych negocjacji warunki realizacji zamówienia zostały zmienione tak dalece, że GISPartner mógł zaproponować cenę niższą niż Odwołujący, podczas gdy w trakcie negocjacji prowadzonych z Odwołującym, Zamawiający kategorię wskazywał na brak możliwości zmiany warunków realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że w trakcie negocjacji prowadzonych z GISPartner zmieniono harmonogram prac tak znacząco, że de facto stanowił on zmianę terminu realizacji zamówienia. W harmonogramie prac załączonym do SIWZ w ramach przetargu stabilizacja działającego systemu miała zostać wykonana do dnia 15 grudnia 2020 r., tj. 3 dni przed terminem realizacji zamówienia wyznaczonym w przetargu. Tymczasem w wyniku negocjacji z GISPartner termin stabilizacji działającego systemu został przesunięty aż do dnia 31 marca 2021 r., tj. ponad 3 miesiące po wyznaczonym przez Zamawiającego w przetargu terminie realizacji zamówienia.

Odwołujący przedstawił zestawienie jak kształtował się harmonogram w przetargu oraz w zamówieniu w wolnej ręce:

Harmonogram w przetargu

Etap	Lp.	Zadanie/ produkt	Data zakończenia prac	% wynagrodzenia łącznego brutto
ETAP Realizacja	1	Dostawa opieki technicznej na bazę danych AllegroGraphCore 4 na okres 1 roku	01.07.2020	80%
	2	Przygotowanie Projektu Technicznego Systemu zgodnie z szablonem PTS	17.07.2020	
	3	Implementacja funkcjonalności wskazanych do realizacji zgodnie z SIWZ	14.11.2020	
	4	Wdrożenie w środowisku testowym CIRF MF	14.11.2020	
	5	I iteracja testów akceptacyjnych w oparciu o scenariusze testowe	19.11.2020	
	6	Modyfikacje po testach	25.11.2020	
	7	II iteracja testów	26.11.2020	
	8	Wdrożenie masowe	30.11.2020	
	9	Odbiór etapu I - protokół końcowy z etapu	30.11.2020	
ETAP Szkolenie i stabilizacja	10	Stabilizacja działającego systemu	15.12.2020	20%
	11	Podręcznik użytkownika w postaci pomocy kontekstowej	05.12.2020	
	12	Szkolenie administratorów w wymiarze 3 dni	08.12.2020	
	13	Odbiór etapu II- protokół końcowy z etapu	18.12.2020	

Harmonogram w zamówieniu z wolnej ręki

Etap	Lp.	Zadanie / produkt	Data zakończenia prac	% wwnaodrodzenia łącznego brutto
ETAP Realizacja	1	Dostawa opieki technicznej na bazę danych AllegroGraphCore 4 na okres 1 roku lub przedstawienie propozycji rozwiązania równoważnego	termin 5 dni roboczych od podpisania Umowy	100%
	2	Przygotowanie Projektu Technicznego Systemu zgodnie z szablonem PTS obowiązującym w CIKF MF	14 dni roboczych liczonych od dnia podpisania Umowy	
	3	Implementacja funkcjonalności wskazanych do realizacji zgodnie z SIWZ	23.11.2020	
	4	Wdrożenie w środowisku testowym CIRFMF	23.11.2020	
	5	I Iteracja testów akceptacyjnych w oparciu scenariusze testowe	27.11.2020	
	6	Modyfikacje po testach	07.11.2020	
	7	II iteracja testów	11.12.2020	
	8	Wdrożenie masowe	14.12.2020	
	9	Podrecznik użytkownika w postaci pomocy kontekstowej	14.12.2020	
	10	Szkolenie administratorów w wymiarze 3 dni	18.12.2020	
	11	Wstępna stabilizacja systemu	18.12.2020	
	12	Odbiór - protokół końcowy odbioru	18.12.2020	
Gwarancja	13	Stabilizacja działającego systemu	31.03.2021	
	14.	Okres gwarancji	19.12.2022	

W wyniku negocjacji przeprowadzonych z GISPartner zakres zamówienia został istotnie zmieniony w stosunku do zakresu przedstawionego w ramach przetargu. Przedmiotem zamówienia miała być rozbudowa Uniwersalnego Modułu Mapowego (dalej jako „UMM”) wraz z wdrożeniem i konfiguracją systemu GEOINFO. Tymczasem w umowie z GISPartner umożliwiono wykonawcy zmianę rozwiązania AllegroGraph na inne równoważne. Tym samym w sposób istotny zmieniono warunki realizacji zamówienia, co w dużej mierze przełożyło się na proponowaną przez wykonawców cenę, a to z kolei ograniczyło Odwołującemu możliwość przedstawienia innej, niższej oferty cenowej w przypadku zastosowania innego, równoważnego dla AllegroGraph rozwiązania.

Dodatkowo w umowie zawartej z GISPartner wprowadzono dodatkowe postanowienie (w § 6A umowy) uprawniające wykonawcę do odstąpienia od umowy w związku z zakażeniem wirusem SARS-CoV-2, które może mieć wpływ na wykonanie przez niego zobowiązań umownych, a wykonawca nie będzie w takim wypadku ponosił odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Ponadto, Zamawiającemu nie będzie wówczas przysługiwało roszczenie o wypłatę odszkodowania ani kar umownych. Tymczasem w negocjacjach z Odwołującym Zamawiający nie chciał słyszeć o jakichkolwiek odstępstwach w zakresie terminu realizacji zamówienia. Gdyby Odwołujący wiedział, że w tym zamówieniu jest możliwość wprowadzenia do umowy postanowienia podobnego do tego określonego w § 6a umowy z GISPartner inaczej skalkulowałby cenę,

co stanowiłoby zachowanie zasady uczciwej konkurencji zgodnie z zasadami przejrzystości postępowania.

W następstwie powyższych zdarzeń w dniu 15 października 2020 r. Zamawiający zawarł z GISPartner Sp. z o.o. umowę nr IZ-BRSIG.041.3.2020.

W ocenie Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zostały dokonane z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4) PZP, ponieważ warunki postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zostały istotnie zmienione w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu. Zgodnie z „*Wytycznymi dotyczącymi interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*” opublikowanymi na stronie internetowej UZP za istotną zmianę warunków zamówienia należy uznać również obniżenie w ramach postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowania prowadzonego uprzednio w jednym z trybów podstawowych albo w dialogu konkurencyjnym. W literaturze przedmiotu prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zakaz zmian określony w art. 67 ust. 1 pkt 4) PZP ma zapobiegać sytuacji, w której zamawiający w postępowaniach prowadzonych w trybach konkurencyjnych postawi trudne lub niemożliwe do spełnienia warunki realizacji zamówienia, aby zniechęcić potencjalnych wykonawców do ubiegania się o te zamówienia, a potem udzieli danego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, na zmienionych już warunkach (tak B, Kotowicz, w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Sieradzka, 2018).

W opinii Odwołującego Zamawiający w przetargu postawił potencjalnym oferentom tak zaporowe warunki realizacji zamówienia, zwłaszcza w kontekście jego szerokiego zakresu oraz krótkiego terminu realizacji, że żaden z potencjalnych wykonawców nie zdecydował się na złożenie oferty. W wyniku powyższego Zamawiający zmuszony był do ograniczenia zakresu zamówienia (jego zmiany poprzez umożliwienie zastosowania innego alternatywnego rozwiązania do początkowo zakładanego) oraz takiego ukształtowania harmonogramu pracy, który choć pozornie wydaje się określać ten sam termin realizacji zamówienia, to w praktyce wydłuża go o ponad 3 miesiące.

Nadto Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3) PZP, ponieważ zamiar dotrzymania terminu realizacji zadania Zamawiającego wynikający ze zmiany przyjętego sposobu finansowania i harmonogramu prac nie jest sytuacją wyjątkową niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że „*niemożność przewidzenia określonego zdarzenia określone jest generalnie jako niska prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Muszą to być*

sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego. Przykładem mogą być klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki” (tak A. Matusiak, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2020 pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Janickiej, A. Matusiak). Za takie sytuacje wyjątkowe nie sposób uznać chęci osiągnięcia przez Zamawiającego założonych celów czy też potrzeby wydatkowania środków zgodnie z założeniami budżetowymi danego roku budżetowego Zamawiającego. Okoliczności te stanowią bowiem wymagania organizacyjne, stanowiące przyczyny leżące po stronie Zamawiającego. Jeśli Zamawiający miał przeznaczone w budżecie środki na realizację zamówienia w danym roku budżetowym, powinien w taki sposób zorganizować postępowania o jego udzielenie, aby uniknąć narzucania oferentom zbyt krótkiego, niemal niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia. Skoro Zamawiający wiedział, że konieczne będzie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien je zorganizować z odpowiednim wyprzedzeniem.

Ponadto, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r., KIO/KD 21/09, Legalis nr 1954814 wskazano, że *„jeżeli unieważnienie pierwotnego postępowania nastąpiło w wyniku działań podjętych przez zamawiającego, tj. poprzez postawienie na jego etapie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, wówczas nie może być mowy o wypełnieniu przesłanek zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy — Prawo zamówień publicznych, ponieważ to zamawiający doprowadził do powstania sytuacji, którą błędnie uznał za kwalifikującą się do zastosowania tego przepisu”*. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający mógł, a nawet powinien przewidzieć, że narzucenie potencjalnym oferentom bardzo krótkiego terminu realizacji zamówienia połączonego z szerokim zakresem świadczeń wchodzących w skład zamówienia, będzie skutkowało niezłożeniem przez żadnego z wykonawców oferty w przetargu, a to otworzy Zamawiającemu drogę do prowadzenia negocjacji, a dalszej kolejności do udzielenie zamówienia w wolnej ręki.

Biorąc pod uwagę podniesione zarzuty i przedstawioną przez Odwołującego argumentację, wskazane naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów odwołanie pozostawało konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, zaproszeniu do negocjacji, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez GisPartner, protokołach z negocjacji, ogłoszeniu o udzieleniu

zamówienia, odwołaniu, pismach procesowych, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamieszczonego przez Zamawiającego pod adresem <http://www.gugik.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/2020-powyzej-kwoty-okreslonej-w-art.-4-pkt-8-pzp/rozbudowa-umm-wraz-z-wdrozeniem-i-konfiguracja-systemu-geoinfo>, także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności wyboru trybu prowadzenia postępowania w formie z wolnej ręki oraz wybór oferty innego Wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i naraża go na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. Odwołujący wywodził, że jest podmiotem zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia i były z nim prowadzone negocjacje co do jego realizacji, które ostatecznie nie doprowadziły do podpisania umowy. Odwołujący domagał się stwierdzenia, że bezpośrednie udzielenie zamówienia Przystępującemu GisPartner nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego. W ocenie Izby wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

W dniu 7 grudnia 2020 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca GIS Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 9 grudnia 2020 roku zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca Wrocławski Instytut Zastosowań Informatyki Przemysłowej i Sztucznej Inteligencji z siedzibą we Wrocławiu.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Izba ustaliła, że 22 lipca 2020 roku Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pt. *Rozbudowa UMM wraz z wdrożeniem i konfiguracją systemu GEOINFO*, Nr referencyjny: *BDG-ZP.2610.14.2020.IZ* pod adresem <http://www.gugik.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/2020-powyzej-kwoty-okreslonej-w-art.-4-pkt-8-pzp/rozbudowa-umm-wraz-z-wdrozeniem-i-konfiguracja-systemu-geoinfo>.

W dniu 27 sierpnia 2020 roku Zamawiający wprowadził następującą zmianę w prowadzonym postępowaniu:

V. Zmiana w Rozdziale 2.1 Zakres i wstępny harmonogram prac, str. 14 poprzez dodanie do rozdziału następującego zapisu: Uwzględniając art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza wykorzystanie rozwiązania równoważnego do grafowej bazy danych AllegroGraph. W przypadku zastosowania innego silnika bazy danych grafowej niż AllegroGraph, Wykonawca w ramach realizacji Umowy dostarczy i wdroży w docelowym rozwiązaniu równoważny do zastosowanego w pilotażu komponent analiz grafowych, w tym dostosuje wytworzone w ramach pilotażu produkty. Wykorzystanie innego rozwiązania, niż wskazane przez Zamawiającego, nie może wpłynąć negatywnie na przebieg realizacji umowy, w szczególności nie może być podstawą do jej przedłużenia czy zwiększenia wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy. Wdrożone w ramach realizacji Zamówienia oprogramowanie grafowe musi:

- umożliwić bezpośredni dostęp do bazy danych grafowych, manualną eksplorację grafu w postaci diagramu, wykonywanie analiz o charakterze grafowym (poszukiwanie ścieżek, detekcję grup, detekcję klik, identyfikację obiektów podobnych, wnioskowanie);*
- umożliwić definiowanie stylistyki grafu (wierzchołków i krawędzi), w tym tzw. symboliki warunkowej;*
- umożliwiać obliczanie miar SNA dla grafu jak i grup (centralność, bliskość, przechodność);*
- posiadać interfejs programistyczny umożliwiający jego integrację z częścią mapową systemu w tym, przekazywanie danych grafowych do wyświetlenia na mapie;*
- posiadać wbudowany graficzny edytor reguł wnioskowania i obiektów podobnych;*
- wspierać zapytania w języku SPARQL i GEOSPARQL.*

Warunki licencyjne dla oprogramowania nie mogą być gorsze niż obecne. Liczba udzielonych licencji dla silnika bazy grafowej nie może być mniejsza niż 4, a udzielone licencje nie mogą być ograniczone czasowo i muszą być objęte usługą ATiK przez minimum 12 miesięcy od wdrożenia. Zastosowany silnik bazy danych musi umożliwiać skalowanie za pomocą mechanizmów federacji i klastrowania (FedShard), zapewniać obsługę transakcji w pełni zgodną z ACID (Commit, Rollback, and Checkpointing) i umożliwiać replikacje bazy

danych w trybach Online Backups, Point-in-Time Recovery, Replication, Warm Standby. Ponadto silnik bazy danych musi oferować możliwości analiz danych oraz wnioskowania z wykorzystaniem standardowego języka SPARQL, RDFS++, OWL2 również z poziomu API; w tym umożliwić wykonywanie: analiz grafowych, społecznościowych (SNA), algebry Allena, wnioskowanie OWL/SKOS. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, Wykonawca który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane powyżej, jest zobowiązany wykazać w ofercie, że ofertowany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

W postępowaniu nie złożono ofert, wobec czego w dniu 21 września 2020 roku zostało ono unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 5 października 2020 roku zawiadomił Prezesa UZP o wyborze trybu z wolnej ręki do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w przedmiocie zamówienia: rozbudowa Uniwersalnego Modułu Mapowego w zakresie wdrożenia i konfiguracji systemu GEOINFO w infrastrukturze GUGiK i MF. W ramach umowy zostanie również dostarczona usługa wsparcia powdrożeniowego obejmująca 50 roboczogodzin. Nazwa zamówienia: „Rozbudowę UMM wraz z wdrożeniem i konfiguracją systemu GEOINFO”. Wartość postępowania oszacowano na kwotę 1 219 512,20 zł netto (285 646,87 euro). Przewidywany wykonawca to GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Jako podstawę faktyczną wskazano art. 67 ust. 1 pkt 4 w związku z pkt 3. W uzasadnieniu wskazano, że w postępowaniu BDG-ZP.2610.14.2020.IZ na „Rozbudowę UMM wraz z wdrożeniem i konfiguracją systemu GEOINFO”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nie zostały złożone oferty. W związku z realizacją ostatniego etapu projektu GEOINFO, mając na celu wdrożenie w 2020 roku kompletnego systemu analitycznego wykorzystywanego do zwalczania przestępczości ekonomicznej powiązanego z przetwarzaniem informacji przestrzennej w resorcie finansów oraz mając na uwadze termin realizacji zadania wynikający ze zmian przyjętego sposobu finansowania i harmonogramu prac zostało zastosowane skrócenie terminu do składania ofert w zamówieniu przetargowym do 20 dni. Niedostarczenie wymaganego systemu w najkrótszym możliwym terminie negatywnie wpłynie na osiągnięcie celów zdefiniowanych na zapewnienia właściwego i skutecznego gromadzenia oraz analizowania informacji o charakterze strategicznym z punktu widzenia prowadzonych czynności przez Krajową Administrację Skarbową. Kolejnym argumentem jest przekazanie do GUGiK środków celowych na zbudowanie systemu GEOINFO, które winny być wydatkowane jeszcze w 2020 roku. Powyższe okoliczności zdaniem Zamawiającego wskazują jednoznacznie, iż wymagane jest

natychmiastowe wykonanie zamówienia bez możliwości zachowania terminów określonych przy innych trybach postępowania przewidzianych przez Pzp.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że nie ogranicza możliwości zastosowania równoważnych rozwiązań technologicznych, jednakże muszą być one zgodne z opisem zawartym w rozdziale 3 „Opis istniejącego rozwiązania”. Jednocześnie, z uwagi na produkcyjne funkcjonowanie UMM w infrastrukturze Zamawiającego w integracji z systemami informatycznymi Partnerów, zastosowanie równoważnych rozwiązań technologicznych nie może wpływać na ograniczenie dostępności i wydajności UMM dla tych systemów. Założono następujący wstępny harmonogram prac:

ETAP	p.	Zadanie / produkt	Data zakończenia prac	% wynagrodzenia łącznie brutto
ETAP Realizacja		Dostawa opieki technicznej na bazę danych AllegroGraph Core 4 na okres 1 roku lub przedstawienie propozycji rozwiązania równoważnego	termin 5 dni roboczych od podpisania Umowy	100%
		Przygotowanie Projektu Technicznego Systemu zgodnie z szablonem PTS obowiązującym w CIRF MF	14 dni roboczych liczonych od dnia podpisania Umowy	
		Implementacja funkcjonalności wskazanych do realizacji zgodnie z SIWZ	23.11.2020	
		Wdrożenie w środowisku testowym CIRF MF	23.11.2020	
		I iteracja testów akceptacyjnych w oparciu scenariusze testowe	27.11.2020	
		Modyfikacje po testach	07.11.2020	
		II iteracja testów	11.12.2020	
		Wdrożenie masowe	14.12.2020	
		Podręcznik użytkownika w postaci pomocy kontekstowej	14.12.2020	
	0	Szkolenie administratorów w wymiarze 3 dni	18.12.2020	
	1	Wstępna stabilizacja systemu	18.12.2020	
	2	Odbiór - protokół końcowy odbioru	18.12.2020	
	Gwarancja	3	Stabilizacja działającego systemu	31.03.2021
	4.	Okres gwarancji	19.12.2022	

GISPartner złożył ofertę wstępną za cenę 1 611 317,22 PLN brutto, deklarując wykonanie przedmiotu zamówienia do 18 grudnia 2020 roku.

Negocjacje przeprowadzono w dniu 8 października 2020 roku przy udziale wyznaczonej komisji przetargowej i przedstawicieli Wykonawcy. Komisja stwierdziła,

iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania, powyższe potwierdziła dokumentacja załączona wraz z ofertą złożoną w formie elektronicznej i opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym.

Zamawiający rozpoczął negocjacje informując, że zaproponowana kwota przekracza szacunkową wartość zamówienia i nie zostanie zaakceptowana. Wykonawca poinformował, że oszacowana kwota jest wyliczona na podstawie wykazanego zakresu prac oraz ryzyka związanego z krótkim czasem przeznaczonym na realizację zamówienia. Jednocześnie poinformował, że kwota może ulec zmniejszeniu w zależności od warunków realizacji umowy, które chciałby szczegółowo omówić w trakcie negocjacji.

Wykonawca zaproponował skorzystanie z możliwości wskazanej w SOPZ związanej ze zmianą rozwiązania AllegroGraph (zastosowanie rozwiązania równoważnego). Propozycje argumentował testami wydajnościowymi nowego rozwiązania, które zrealizował na bazie testowej zawierającej 100 milionów obiektów wykonując na nich skomplikowane analizy. W kontekście przedmiotu zamówienia, wydajność nowego rozwiązania w znacznym stopniu przewyższa rozwiązanie AllegroGraph. Zamawiający oświadczył, że z formalnego punktu widzenia zmiana rozwiązania jest dopuszczalna, pod warunkiem, że wykonawca zapewni iż rozwiązanie które oferuje zapewni równoważną funkcjonalność dla oprogramowania GEOINFO względem rozwiązania AllegroGraph. Zamawiający poprosił o doprecyzowanie, czy rozwiązanie AllegroGraph w takim wypadku zostałoby całkowicie wyłączone z oprogramowania. Wykonawca udzielił odpowiedzi, że jeśli wdrożenie innej technologii będzie dopuszczone, to stopień wykorzystania zostanie dokładnie przeanalizowany z zespołem merytorycznym KAS oraz dostawcą oprogramowania. Wykonawca poinformował, że testy zostały wykonane na rozwiązaniu: ArangoDB. Brane pod uwagę jest również rozwiązanie Neo4j. Zamawiający poinformował o potrzebie dokładnej weryfikacji przedstawionego rozwiązania zastępczego.

Wykonawca wskazał na kluczową kwestię, w kontekście podjęcia się realizacji zamówienia, mianowicie aktualna sytuacja epidemiologiczna w Polsce i zapytał, czy mając na uwadze sytuację z COVID-19, Zamawiający dopuści przedłużenie terminu realizacji umowy bądź odstąpienie od umowy bez naliczania kar oraz wynagrodzenia w przypadku gdy, w związku z sytuacją losową, kluczowe osoby z zespołu projektowego trafią na kwarantannę. Zamawiający poinformował, że nie przewiduje możliwości znacznego wydłużenia terminu realizacji umowy. Kwestię odstąpienia od umowy bez naliczania kar oraz wynagrodzenia zostaną omówione z zespołem prawników Zamawiającego.

Wykonawca zaproponował aby istotna część dokumentacyjna została zrealizowana po wdrożeniu. Argumentował zasadność pytania pracochłonnością wykonania dokumentacji. Zaproponował wykonanie dokumentacji po odbiorze, jako dokumentacja powykonawcza. Zamawiający nie zgodził się na taką propozycję, ponieważ mogłoby to zostać potraktowane

jako istotna zmiana warunków realizacji zamówienia, która jest niezgodna z wytycznymi Prawa Zamówień Publicznych. Dodatkowo Zamawiający poinformował, że część dokumentacji, np. projekt techniczny, jest wymagany przez Ministerstwo Finansów aby móc rozpocząć prace wdrożeniowe.

Negocjacje kontynuowano w dniu 9 października 2020 roku. Podczas tego spotkania Zamawiający oświadczył, że nie wyraża zgody na zmianę terminu realizacji zamówienia. Rozumiejąc obawy związane z krótkim czasem na realizację projektu oświadczył, że jest w stanie skrócić czas zarezerwowany na weryfikację prac, co skutkowałoby wydłużeniem czasu dostępnego dla Wykonawcy. Zamawiający zadeklarował chęć weryfikacji bieżącej postępów prac wykonywanych w ramach umowy, przy jednoczesnym skróceniu czasu na weryfikację przewidzianego w SOPZ do 5 dni roboczych.

Zamawiający potwierdził możliwość zastosowania innej technologii bazy grafowej pod warunkiem zachowania równoważności do technologii AllegroGraph w zakresie funkcjonalności wymaganej (wykorzystywanej) w systemie GeoINFO. Zamawiający zwrócił uwagę, że proponowane rozwiązanie, powinno zapewnić w szczególności:

- osiągnięcie co najmniej minimalnej założonej wydajności,
- możliwość zarządzania użytkownikami,
- brak konieczności ponoszenia kosztów licencji (ponad zawarte w wynagrodzeniu za umowę).

Wykonawca zaproponował zastosowanie technologii ArangoDB/Neo4J/ONgDB, które w przeprowadzonych przez Wykonawcę wstępnych testach wydajnościowych charakteryzowały się odpowiednią szybkością i stabilnością. Wyniki przeprowadzonych testów należy traktować jako wstępne i być może Wykonawca w trakcie prac zaproponuje jeszcze inne równoważne rozwiązanie, z uwzględnieniem powyższych wymagań Zamawiającego.

Zamawiający ponownie poinformował o braku możliwości zmiany terminu zakończenia umowy, ale przychylił się do propozycji Wykonawcy dotyczącej zmiany harmonogramu i połączenia prac w jeden etap. W związku z powyższym oraz przeprowadzonymi w trakcie negocjacji wstępnymi ustaleniami, Wykonawca zaproponował harmonogram prac w wersji opisanej przez Odwołującego w odwołaniu. Zamawiający poinformował o braku możliwości zmiany umowy polegającej na wprowadzeniu odbioru warunkowego.

Zamawiający przychylił się do wprowadzenia dodatkowego zapisu do Umowy związanego z sytuacją epidemiologiczną COVID-19. Zapis ten uprawniałby Zamawiającego i Wykonawcę do odstąpienia od Umowy bez wynagrodzenia i bez potrącania kar umownych z tytułu nie dotrzymania terminu realizacji Umowy, w przypadku wystąpienia okoliczności związanych z epidemią, których nie można było przewidzieć w momencie podpisania

Umowy. W dalszej części spotkania Strony uzgodniły skrócenie o połowę terminów przewidzianych dla Zamawiającego na weryfikację przedmiotu Umowy przedstawianego do odbioru, w tym w szczególności skrócenie terminu przewidzianego na weryfikację dokumentacji przewidzianego w punkcie 6.1 ust. 5 Załącznika nr 1 do SIWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający zadeklarował jednocześnie czynny udział w odbiorach przedmiotu zamówienia w celu odbioru przedmiotu Umowy w możliwie najkrótszych terminach.

Wykonawca poinformował, że wyniki ustaleń w znacznym stopniu pozwoliły zrozumieć charakter zamówienia i zminimalizować ryzyka związane z jego realizacją, dzięki czemu jest w stanie zmniejszyć cenę jaką zaoferował w wycenie wstępnej. Wykonawca zaproponował realizację przedmiotu zamówienia w cenie netto 1 199 000 zł netto, co daje cenę brutto 1 474 770 zł brutto. Wykonawca zastrzegł jednak, że oferta ze względu na krótki czas pozostający do oczekiwanej realizacji zamówienia jest ważna pod warunkiem podpisania Umowy nie później niż do dnia 16.10.2020 r.

Negocjacje wznowiono w dniu 12 października 2020 roku. Do umowy wprowadzono zapisy związane z sytuacją epidemiologiczną w Polsce, zaakceptowano harmonogram przedstawiony przez Wykonawcę na poprzednim spotkaniu, Kierownik Zamawiającego ze względu na krótki czas pozostały na realizację zamówienia, przychylił się do wniosku Wykonawcy i polecił odstąpić od publikacji ogłoszenia ex-ante i związanego z tym przedłużenia procedowania umowy.

Umowa została podpisana w dniu 15 października 2020 roku.

W dniu 6 listopada 2020 roku ukazało się ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Izba po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że Zamawiający udzielając w dniu 15 października 2020 roku zamówienia w trybie z wolnej ręki Przystępującemu GisPartner nie naruszył art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, doszło natomiast do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co jednak nie miało wpływu na możliwość uwzględnienia odwołania, stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp lub też możliwość unieważnienia zawartej umowy, o co wnioskował Odwołujący. Wystarczające było bowiem ziszczenie się możliwości zastosowania jednej z przesłanek wyboru trybu z wolnej ręki, by zawartą umowę uznać za wiążącą i nie wymagającą unieważnienia.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane

jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Wystarczy żeby jedna z przywołanych przesłanek nie została wypełniona aby uznać, że zamawiający niezasadnie zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w ocenie składu orzekającego Izby w przedstawionym Prezesowi UZP uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki, które zostało powtórzone w protokole z postępowania (druk ZP-WR) nie wykazał, iż zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. Cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać, zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. W przedmiotowej sprawie nie doszło do nagłego i niespodziewanego dla Zamawiającego wydarzenia skutkującego koniecznością natychmiastowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamówienie miało charakter planowany, przewidziane były na ten cel środki w budżecie, Zamawiający wiedział również czemu służy przedmiot zamówienia i jak istotny ma on wpływ na realizację obowiązków podmiotu, który użytkował będzie zamawiany system.

Za sytuację wyjątkową oraz nieprzewidywalną nie można też uznać konieczności rozliczenia środków w ramach budżetu za 2020 rok. W ocenie Izby, realizacja projektu o charakterze długofalowym, wieloetapowym warunkuje przygotowanie dużo wcześniej tak harmonogramu realizacji takiego przedsięwzięcia, jak również ustalenia planu budżetowego w celu zabezpieczenia środków. Jest to zatem sytuacją występującą powszechnie na rynku zamówień publicznych realizowanych przez podmioty z sektora finansów publicznych i nie wykracza poza przewidziane obowiązującym prawem procedury planowania inwestycyjnego i wydatkowania środków, także w wymiarze wydatków wieloletnich. Inaczej mówiąc, zasady przyznania i wydatkowania takich środków są uregulowane prawnie i dotyczą wielu podmiotów realizujących takie założenia.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie wskazują, aby zaistniała sytuacja nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Należy podnieść, że wskazywany przez Zamawiającego ostateczny termin realizacji zamówienia z wolnej ręki wynikający z harmonogramu stanowiącego do załącznik umowy, miał swoje źródło w zobowiązaniach, które przyjął na siebie sam Zamawiający. W konsekwencji, Zamawiający jako beneficjent środków, ich dysponent i podmiot realizujący założenia inwestycyjne, był świadomy konieczności dochowania terminów wykonania zamówienia oraz zasad rozliczenia środków w perspektywie rocznego budżetowania.

Dodatkowego dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający zarówno w zawiadomieniu skierowanym do Prezesa UZP, jak również w protokole ZP przesłance określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie poświęcił wiele miejsca, ograniczając się jedynie do zdawkowego zaznaczenia, że środki na cel umowy (projektu) muszą być wydatkowane do końca 2020 roku i wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia bez możliwości zachowania terminów określonych w innych trybach postępowania przewidzianych przez Pzp. Trudno takie uzasadnienie nazwać wyjaśnieniem podstaw zastosowania trybu najmniej konkurencyjnego z możliwych. Jest to w zasadzie powtórzenie treści przepisów, bez wskazania dodatkowych elementów stanu faktycznego, które uzasadniałyby ich zastosowanie.

Nie można uznać, iż w przedmiotowej sprawie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Za natychmiastową wykonalnością zamówienia nie przemawia konieczność realizacji zamówienia w określonym terminie wynikającym z budżetu, czy też umowy o dofinansowanie. Należy zauważyć, że Zamawiający powinien być świadomy na jakich warunkach środki z budżetu są dostępne i w jakim terminie winny być wydatkowane.

Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca w przypadku regulacji art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Przy stosowaniu powyższego przepisu ważnym jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, co niewątpliwie ma istotne znaczenie w rozpoznawanym przypadku. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Ustawodawca nie zdefiniował co prawda, jak należy rozumieć pojęcie natychmiastowego wykonania. Pomocne w tej kwestii jest jednak orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie którego stwierdzić można, że okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. Ponadto wskazać należy, że wystąpienie okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia jest wówczas absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia (patrz orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inne niż wolna ręka tryby, mianowicie – tryby negocjacyjne bez konieczności zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu, zgodzić należy się z twierdzeniami, iż wykonanie prac było zadaniem pilnym z uwagi na wskazywane przez Zamawiającego uwarunkowania, natomiast nie było to zadanie wymagające natychmiastowego wykonania.

Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Abstrahując od oceny, czy z taką sytuacją mamy do czynienia w kontrolowanym postępowaniu, a Zamawiający nie przyczynił się do zaistniałej sytuacji, konieczność wykonania zadania Zamawiający mógł i powinien był przewidywać. Problemy z realizacją wykonania przedmiotowych prac były znane Zamawiającemu już de facto w momencie ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego, ponieważ już wtedy Wykonawcy zgłaszali szereg wątpliwości w postaci zapytań skierowanych do opisu przedmiotu zamówienia, terminu na realizację zamówienia, harmonogramu, możliwości stosowania rozwiązań równoważnych. Nie można zatem uznać, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że niemożliwe było skorzystanie z innego trybu i dochowanie terminów przewidzianych ustawą ze względu na pilną potrzebę wykonania zamówienia. Ustawa Pzp daje Zamawiającemu możliwość skorzystania z trybów konkurencyjnych z jednoczesną możliwością skrócenia terminów z uwagi na pilną konieczność udzielenia zamówienia. Takiej możliwości Zamawiający nie rozważył. Nie jest także wytłumaczeniem dla zastosowania przedmiotowej przesłanki przedłużające się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym. Zamawiający powinien w taki sposób zaplanować daną inwestycję, by możliwe było dotrzymanie terminów przewidzianych ustawą dla trybów konkurencyjnych. Należy dodać, że w przypadku skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, co niewątpliwie przedłuży proces udzielenia zamówienia, Zamawiający miał uprawnienie do złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania.

Reasumując, zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał, by przedmiotowej sprawie zachodziły przesłanki zastosowania trybu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przetawiona przez Izbę argumentacja jest zbieżna z argumentacją zaprezentowaną w odwołaniu odnośnie do możliwości zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w tej części orzeczenia podzieliła stanowisko Odwołującego, co jednak nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania i unieważnienia umowy z przyczyn wskazanych we wcześniejszych fragmentach niniejszego orzeczenia.

Dokonując analizy, czy możliwe było zastosowanie przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego GisPartner.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Zastosowanie przywołanej regulacji stanowi wyjątek od zasady prymatu trybów podstawowych, polega bowiem na całkowitym wyłączeniu konkurencji w postępowaniu, które prowadzi się wyłącznie z udziałem jednego, wybranego wykonawcy. Nie ulega zatem wątpliwości, że przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki należy interpretować wyjątkowo ostrożnie, zawężająco, mając na względzie wyłączenie działania tych zasad (tak Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11.1.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Zb. Orz. 2005, s. I-1). Przesłanki warunkujące możliwość zastosowania trybu winien wykazać zamawiający na dzień udzielenia zamówienia w sprawie, czyli zawarcia umowy (tak Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-385/02 Komisja Wspólnot Europejskich vs Republika Włoska).

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izby nie ulega wątpliwości, że ziściła się pierwsza z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Mianowicie Zamawiający uprzednio prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w którym nie złożono żadnej oferty a postępowanie unieważniono. Odwołujący powyższych okoliczności nie negował.

Kluczowe było więc udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy ziściła się kolejna z przesłanek, to jest, czy pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Odwołujący w tej właśnie przesłance upatrywał niezgodności zastosowanego trybu. Odwołujący istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia wiązał ze zmianą

harmonogramu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym przedłużenia ostatecznego terminu na wykonanie świadczenia, dopuszczenia możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązania AllegroGraph oraz wprowadzenia do wzoru umowy regulacji § 6a. Przedstawioną przez Odwołującego argumentację Izba uznała za chybioną.

Co do zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia w harmonogramie, to Odwołujący zdaje się nie zauważać, że terminy pierwotnie wskazywane w harmonogramie określone były datami dziennymi, które upłynęły przed zawarciem umowy. Tak więc dostosowanie harmonogramu było konieczne z przyczyn obiektywnych. Jeżeli chodzi zaś o datę końcową, to jest zakończenie prac do 18 grudnia 2020 roku, to data ta została przez Zamawiającego utrzymana. Kluczowe dla Zamawiającego było dotrzymanie terminu końcowego odbioru zamówienia, który tak w zamówieniu pierwotnym, jak też w zamówieniu z wolnej ręki został ustalony na tę samą datę dzienną, to jest 18 grudnia 2020 roku.

Jak wynika z przedstawionego przez Przystępującego GisPartner protokołu odbioru z dnia 18 grudnia 2020 roku Strony odebrały przedmiot zamówienia bez uwag. Nie sposób zatem uznać, że dostosowanie harmonogramu było istotną zmianą pierwotnych warunków zamówienia, bowiem przedmiot zamówienia został wykonany w zakładanym terminie do 18 grudnia 2020 roku. Jak wynika z protokołu odbioru Zamawiającemu przekazano działający system – wersję elektroniczną, przekazano dokumentację systemu, dokumentację użytkownika, plan testów akceptacyjnych, przeprowadzono szkolenia. Co ciekawe i warte podkreślenia, to sam Odwołujący w negocjacjach poprzedzających negocjacje z GisPartner wnioskował o zmianę terminów realizacji zamówienia i proponował podział zamówienia na 2 części – obowiązkową i fakultatywną, przy czym tylko obowiązkowa miała być zrealizowana do końca roku. Wówczas Odwołujący nie protestował, że dopiero taka zmiana stanowiłaby istotną zmianę w stosunku do pierwotnego charakteru zamówienia, co podkreślał Zamawiający nie zgadzając się na takie postanowienia i zmiany. Odwołujący kontrpropozycji nie złożył. Obecnie zaś Odwołujący wywodzi, że jakiegokolwiek zmiany w harmonogramie mają charakter istotnych, jednak tej istotności w żaden sposób nie próbuje nawet udowodnić.

Działanie, które określono w harmonogramie jako „wstępna stabilizacja” systemu dotyczy działającego systemu, czyli zrealizowania celu, który zakładało postępowanie z wolnej ręki. Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że wskazanie w harmonogramie w okresie gwarancji terminu 31 marca 2021 roku odnosiło się zmiany ostatecznego terminu wykonania przedmiotu zamówienia. Termin ten jest związany ze świadczeniami gwarancyjnymi, a jak stanowi protokół odbioru złożony przez GisPartner w dniu 18 grudnia 2020 roku przedstawiciele Zamawiającego dokonali odbioru kompletnego systemu.

Odwołujący nie wykazał prawdziwości tezy, że nie jest technicznie możliwe sprawdzenie wydajności systemu bez zaimportowania wszystkich rekordów (500 000 000).

Zauważyć w tej kwestii należy iż pierwotnie termin ten wyznaczony był na 15 grudnia 2020 roku, przy zakończeniu wykonania przedmiotu zamówienia do 18 grudnia 2020 roku. | Z jednej strony więc Odwołujący wywodzi, że nie jest możliwa realizacja tego elementu zamówienia w dacie do 18 grudnia 2020 roku, ale zakładał, że powyższe jest możliwe do wykonania w ciągu 3 dni, między 15 a 18 grudnia 2020 roku. Takie podejście należy uznać za co najmniej dyskusyjne, czy rzeczywiście podstawą zarzutów odwołania była pierwotna niemożliwość wykonania świadczenia w wyznaczonych terminach, czy też okoliczność, że Zamawiający zawarł umowę z podmiotem innym niż Odwołującym.

Przechodząc do analizy, czy dopuszczenie w toku negocjacji przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych do rozwiązania AllegroGraph stanowiło istotną zmianę warunków zamówienia w stosunku do zamówienia podstawowego, Izba zwraca uwagę, iż argumentacja Odwołującego w tym przedmiocie całkowicie nie zasługiwała na uwzględnienie.

Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych nie została dopuszczona dopiero na etapie zamówienia z wolnej ręki, była ona bowiem przewidziana już w przetargu nieograniczonym. Jak wynika niezbicie z dokumentacji postępowania podstawowego zamieszczonej przez Zamawiającego na stronie internetowej pod adresem <http://www.gugik.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/2020-powyzej-kwoty-okreslonej-w-art.-4-pkt-8-pzp/rozbudowa-umm-wraz-z-wdrozeniem-i-konfiguracja-systemu-geoinfo> Zamawiający w SIWZ i opisie przedmiotu zamówienia wprost przewidywał możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych. Zamawiający w tym zakresie dokonał stosowanych zmian SIWZ w dniu 27 sierpnia 2020 roku, w Rozdziale 2.1 Zakres i wstępny harmonogram prac, str. 14 poprzez dodanie do rozdziału następującego zapisu: *Uwzględniając art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza wykorzystanie rozwiązania równoważnego do grafowej bazy danych AllegroGraph. W przypadku zastosowania innego silnika bazy danych grafowej niż AllegroGraph, Wykonawca w ramach realizacji Umowy dostarczy i wdroży w docelowym rozwiązaniu równoważny do zastosowanego w pilotażu komponent analiz grafowych, w tym dostosuje wytworzone w ramach pilotażu produkty. Wykorzystanie innego rozwiązania, niż wskazane przez Zamawiającego, nie może wpłynąć negatywnie na przebieg realizacji umowy, w szczególności nie może być podstawą do jej przedłużenia czy zwiększenia wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy. Wdrożone w ramach realizacji Zamówienia oprogramowanie grafowe musi:*

- umożliwić bezpośredni dostęp do bazy danych grafowych, manualną eksplorację grafu w postaci diagramu, wykonywanie analiz o charakterze grafowym (poszukiwanie ścieżek, detekcję grup, detekcję klik, identyfikację obiektów podobnych, wnioskowanie);*

- umożliwić definiowanie stylistyki grafu (wierzchołków i krawędzi), w tym tzw. symboliki warunkowej;
- umożliwić obliczanie miar SNA dla grafu jak i grup (centralność, bliskość, przechodność);
- posiadać interfejs programistyczny umożliwiający jego integrację z częścią mapową systemu w tym, przekazywanie danych grafowych do wyświetlenia na mapie;
- posiadać wbudowany graficzny edytor reguł wnioskowania i obiektów podobnych;
- wspierać zapytania w języku SPARQL i GEOSPARQL.

Warunki licencyjne dla oprogramowania nie mogą być gorsze niż obecne. Liczba udzielonych licencji dla silnika bazy grafowej nie może być mniejsza niż 4, a udzielone licencje nie mogą być ograniczone czasowo i muszą być objęte usługą ATiK przez minimum 12 miesięcy od wdrożenia. Zastosowany silnik bazy danych musi umożliwiać skalowanie za pomocą mechanizmów federacji i klastrowania (FedShard), zapewniać obsługę transakcji w pełni zgodną z ACID (Commit, Rollback, and Checkpointing) i umożliwiać replikację bazy danych w trybach Online Backups, Point-in-Time Recovery, Replication, Warm Standby. Ponadto silnik bazy danych musi oferować możliwości analiz danych oraz wnioskowania z wykorzystaniem standardowego języka SPARQL, RDFS++, OWL2 również z poziomu API; w tym umożliwiać wykonywanie: analiz grafowych, społecznościowych (SNA), algebry Allena, wnioskowanie OWL/SKOS. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, Wykonawca który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane powyżej, jest zobowiązany wykazać w ofercie, że ofertowany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Podobne zapisy zawierał opis przedmiotu zamówienia przesłany wykonawcom wraz z zaproszeniem do negocjacji w trybie z wolnej ręki (rozdział 2 Załącznika nr 1 – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia).

Z całą stanowczością zatem Izba podkreśla, iż w przedmiocie możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych nie doszło do jakiegokolwiek zmiany warunków. Warunki zamówienia w postępowaniu podstawowym przewidywały taką możliwość, podobnie wyglądała sytuacja w zamówieniu z wolnej ręki. To, że Odwołujący nie zdecydował się z takiej możliwości skorzystać obciąża jedynie ten podmiot. Zupełnie w takiej sytuacji niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego, że nie miał on wiedzy o możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego podczas negocjacji. Taka postawa świadczyłaby o braku znajomości podstawowego dokumentu postępowania jakim jest opis przedmiotu zamówienia, o co Izba Odwołującego – profesjonalisty, nie podejrzewa.

Okoliczności zaś, że warunków równoważności nie wykazano przy umowie lub w trakcie negocjacji prowadzonych z GisPartner nie była przedmiotem zarzutów odwołania, tak więc podnoszenie tej argumentacji na rozprawie należy uznać za niedopuszczalne

rozszerzenie podstawy zarzutów, co do którego Izba, z uwagi na treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie musi zajmować stanowiska.

W przypadku wprowadzenia do umowy zapisów § 6a, zgodnie z którym przewidziano możliwość odstąpienia od umowy w całości (dla Zamawiającego także w części) w przypadku wystąpienia okoliczności związanych z sytuacją epidemiologiczną w kraju oraz wprowadzenia zasady, że Strony nie będą ponosić odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w całości lub w części, w takim zakresie, w jakim zostało to spowodowane wystąpieniem COVID-19, a w sytuacji odstąpienia od umowy spowodowanej przez COVID-19, Stronom nie będą przysługiwały od drugiej Strony roszczenia o wypłatę odszkodowania czy kar umownych, Izba uznała, że nie były to zmiany istotne w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia.

Izba uważa, że zmiany te podyktowane są dynamiczną sytuacją epidemiologiczną w kraju, której przebiegu, skutków nie można w jakikolwiek przewidzieć, a sytuacja ta ulega ciągłym zmianom, wprowadzane są nowe restrykcje, często z dnia na dzień, brak jest możliwości długofalowego planowania. Ponadto, co słusznie podkreślił w stanowisku pisemnym Przystępujący GisPartner, przepisy ustaw związanych z regulacjami zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19 dopuszczają możliwość zmian zawartych już umów w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji wystąpienia okoliczności związanych z COVID-19. Nawet więc jeżeli do zawartej umowy nie wprowadzono by zapisów § 6a, a wystąpiłaby sytuacja związana z epidemią i miałoby to związek z możliwością należytego wykonania umowy, w terminie, czy na podstawie pierwotnie określonych warunków, Zamawiający niezależnie od pierwotnych zapisów umownych uprawniony byłby do renegocjacji postanowień umownych. W zawartej umowie Strony zgodnie jedynie doprecyzowały jaki skutek może wywołać wystąpienie określonych okoliczności. Nic nie stało na przeszkodzie, by Odwołujący w toku negocjacji prowadzonych z Zamawiającym również takie postanowienia umowne zaproponował. Jak wynika ze złożonego protokołu z negocjami, Odwołujący w tym zakresie nie podjął żadnej inicjatywy.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający wykazał możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji zdecydowało o kształcie sentencji niniejszego orzeczenia.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, jego działania miały charakter świadomy i celowy, co prowadzić mogło do unieważnienia zawartej umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....