



Dąbrowa Górnicza, 18.03.2022r.

Sygn. akt KND/104/21/DKZP

Dot. sprawy nr DKZP.WKZ2.442.101.2021.LCS

**Szanowny Pan
Hubert Nowak**

**Prezes
Urzędu Zamówień Publicznych**

Na podstawie art. 610 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), w związku z otrzymaną w dniu 14 marca 2022 r. informacją o wyniku kontroli doraźnej dot. **zamówienia publicznego na zakup oprogramowania EWID 2007** (znak postępowania: WGK.271.5.711.2020) oraz zamówienia publicznego pn. „**usługa migracji danych opisowych i geometrycznych ze struktur dotychczas eksploatowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz ewidencji zasobu nieruchomości do struktur baz danych systemu oprogramowania EWID 2007, uruchomienie e-usług, szkolenie pracowników**” (znak postępowania: ZP.WGK.271.4.44.2020) wnoszę do wyniku kontroli doraźnej następujące zastrzeżenia.

**Zamawiający kwestionuje ustalenia zawarte w informacji o wynikach kontroli, w tym
w szczególności ustalenia zawarte:**

I. Na stronie 10, akapit trzeci stwierdzające finalnie, że:

„na gruncie przedmiotowej sprawy Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 6a ustawy Pzp, a tym samym zachodzi uzasadnione przypuszczenie naruszenia przez Zamawiającego art. 5 b pkt 2 ustawy Pzp2004 oraz art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp2004 w zw. z art. 6a ustawy Pzp2004 poprzez podział zamówienia na zakup, instalację i udzielenie licencji oprogramowania systemowego do prowadzenia zintegrowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz zamówienia na usługę migracji danych opisowych i geometrycznych ze struktur dotychczas eksploatowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz

ewidencji zasobów nieruchomości do struktur baz danych systemu oprogramowania EWID 2007, uruchomienie e-usług, szkolenia pracowników, na dwa odrębne postępowania w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania dotyczącego pierwszego zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami przejrzystości oraz udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 Pzp2004”.

Zgodnie z opinią UZP pn. „Stosowanie art. 6a ustawy Pzp” dostępną pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/stosowanie-art.-6a-ustawy-pzp> „art. 6a stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 6a kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia.

W przypadku, gdy wartość części zamówienia nie przekracza kwot wskazanych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (oraz wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia) dopuszczalne jest udzielenie zamówienia na tę część z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. W takiej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z automatycznym odstępniem od stosowania ustawy Pzp, bowiem zamawiający powinien mieć na względzie przepisy ogólne ustawy, a w szczególności art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp. Nie jest zatem zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, **który bez uzasadnionej przyczyny** zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp”.

Stanowisko to potwierdzone zostało także w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z 10 października 2011 r. (BDF1/4900/83/90/11/2484): „(...) w sytuacji, kiedy zamawiający już na etapie planowania zamówienia jest w stanie przewidzieć jego rozmiar i zakres może udzielić zamówienia sukcesywnie, czyli w częściach np. z przyczyn gospodarczych lub organizacyjnych”.

Stosując regulację szczególną zawartą w art. 6a ustawy Pzp2004 Zamawiający nie działał z zamiarem pominięcia przepisów ustawy skutkujących naruszeniem art. 5 b pkt 2 oraz 33 ust. 4, a kierował się wyłącznie okolicznościami sankcjonującymi taką możliwość tj.:

- faktyczne wystąpienie zamówienia udzielanego w częściach, w ramach kilku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego - Zamawiający po określeniu zakresu zamówienia

decyduje się na dokonanie zakupów w ramach kilku postępowań, biorąc pod uwagę względy ekonomiczne, organizacyjne itp., zatem na dokonanie podziału zamówienia w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości wydzielonych części zamówienia i zastosowania art. 6a nie doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp

- zaistnienie przyczyn innych niż tylko możliwość legalna, a w szczególności przyczyny **o charakterze technologicznym i organizacyjnym**

zgodnie z przedstawionym uzasadnieniem.

Wydzielenie części zamówienia z przyczyn technologicznych, zleconego w trybie art. 4 pkt 8 w zw. z art. 6a ustawy Pzp2004, wynikało z nadrzędności i kluczowego charakteru prawidłowego zbudowania architektury informatycznej systemu (połączenia między serwerami fizycznymi, logicznymi, wydzielenia części wewnętrznej aplikacji, wydzielenia części webowej do strefy zdemilitaryzowanej), skonfigurowania silnika bazy danych Oracle, zainstalowania systemu, zweryfikowania prawidłowości instalacji, dokonania testów i czynności odbiorowych.

Ponadto, w chwili udzielania zamówienia jw. nie została przesądzona decyzja o terminie i sposobie przeniesienia danych z poprzedniego systemu, co Zamawiający argumentuje w dalszej części.

W świetle powyższego Zamawiający uznaje za nieuzasadnione również :

II. ustalenie na stronie 9, akapit 3, zgodnie z którym „*Nie należy jednak pomijać faktu, że dostarczony system EWID 2007 miał gromadzić i zarządzać danymi, w tym jak się wydaje także poddanymi konwersji. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający zdecydował się, i to w tak krótkim czasie, zlecić wykonanie konwersji istniejących danych należy uznać, że dane te były dla niego istotne, a sama konwersja konieczna. Nieracjonalne zatem wydaje się, aby dostarczony system był wykorzystywany przez Zamawiającego docelowo bez zasilenia go wcześniej posiadanymi danymi*”

oraz ustalenia na stronie 10, akapit 1 o treści :

„ *W przedmiotowej sprawie Zamawiający, od początku przewidując pełen zakres zamówienia, składającego się z części, oszacował w prawdzie jego wartość łącznie, jednak dokonał podziału zamówienia w taki sposób, aby każda część stanowiła przedmiot odrębnego postępowania, a tym samym możliwe było zastosowanie art. 6a ustawy Pzp2004*”.

Stanowisko Kontrolującego opiera się na błędnym założeniu, że system EWID2007 bez konwersji danych do niego ze starego systemu, nie spełnia swoich założeń.

Po pierwsze należy wskazać, że system EWID2007 jest systemem gotowym, którego użytkowanie nie jest uzależnione od konwersji danych z poprzedniego systemu. Wyłączną decyzją Zamawiającego było, kiedy będzie dokonywał przeniesienia danych, które prowadził w dotychczas posiadanym systemie, jak również, czy podejmie się przeniesienia danych wykorzystując wyłącznie własnych pracowników.

W dniu 31 lipca 2020 r. weszła w życie nowelizacja Prawa geodezyjnego i kartograficznego, istotnie zmieniająca algorytm naliczania opłat za udostępnianie zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz

całkowicie zmieniająca sposób naliczania opłat z tytułu udostępniania materiałów zasobu geodezyjnego i kartograficznego wykonawcom prac geodezyjnych. Wcześniej obliczenie opłaty z tytułu zgłoszenia pracy geodezyjnej związane było z rodzajem udostępnianych baz danych i materiałów zasobu, a od 31.07.2020 r. zaczęła obowiązywać zasada ryczałtowego obliczania opłaty w zależności od tego, jaką pracę zamierza wykonawca geodezyjny realizować i na jakiej powierzchni. W tej sytuacji zakupienie nowego systemu, zgodnego z wówczas aktualnymi wymogami prawnymi, miało na celu pozyskanie narzędzia do systemowego obliczania opłat związanych ze zgłaszaniem prac geodezyjnych.

W tym celu system EWID2007 był wykorzystywany od pierwszego dnia zainstalowania, co już przesądza o celowości jego zakupu niezależnie od planowanej konwersji.

Dotychczasowe systemy Zamawiającego pozbawione wsparcia i dostosowania do nowych uregulowań opierały się na nieobowiązujących już od 31.07.2020 r. algorytmach obliczeń. Z drugiej strony nie było żadnych przeszkód, a wręcz istniała potrzeba, bieżącego rejestrowania nowych zgłoszeń prac geodezyjnych i bieżących zamówień na materiały zasobu w nowym systemie, po to, aby naliczać i rejestrować wg nowych zasad opłaty geodezyjne.

Empiria tego, że w jednym systemie (nowym) były rejestrowane sprawy i naliczana opłata, a z innego (dotychczasowego) generowane bazy danych i dokumenty jest tylko kwestią organizacji pracy Zamawiającego i stanowiła przejaw dyskrecjonalności, jaka przysługuje Zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania.

Kontrolujący pominął fakt wskazywany w piśmie Zamawiającego z dnia 09.06.2021 r., iż Zamawiający na początku w ogóle nie zamierzał dokonywać zlecenia na zewnątrz przeniesienia danych dotychczas zgromadzonych w bazach danych do nowego systemu (migracji danych). Ponieważ – jak wskazano wyżej system EWID2007 jest systemem gotowym, tzn. przystosowanym do gromadzenia w nim danych bez względu na to, czy posiada treść archiwalną, czy też nie. Nie ma formalnych przeszkód, aby od oznaczonego dnia wprowadzać aktualne dane pomiarowe, czy bieżące dane podmiotów zamawiających materiały geodezyjne tylko do nowego systemu, a przeniesienie wcześniejszych danych (z miesięcy i z lat poprzednich) odłożyć w czasie. Zamawiający dysponuje dobrze wyszkoloną kadrą geodetów wspieraną informatykami, którzy byliby w stanie samodzielnie sukcesywnie dokonywać przenoszenia zarchiwizowanych w poprzednim systemie danych do nowego oprogramowania. Oczywiście odbyłoby się to w dłuższym czasie i zwiększonym nakładem pracy pracowników Zamawiającego, ale decyzja w tym zakresie należała do Zamawiającego.

Nadmienić należy, że Zamawiający od 31.07.2019 r. realizował umowę na zadanie p.n. „Modernizacja i dostosowanie baz danych PZGiK Miasta Dąbrowa Górnicza, Miasta Jaworzno, Miasta Sosnowiec, Gminy Miasta Tychy, Powiatu Będzińskiego, Powiatu Bieruńsko-Lędzińskiego” w ramach projektu partnerskiego p.n. *„Zwiększenie zdolności instytucjonalnej i skuteczności administracji publicznej poprzez rozbudowę i modernizację referencyjnych baz danych powiatowych rejestrów publicznych”* dofinansowanego ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 dla Działania 2.1. *Wsparcie rozwoju cyfrowych usług publicznych*, Oś priorytetowa II. *Cyfrowe śląskie*. Umowa przewidywała modernizację bazy ewidencji gruntów i budynków, założenie bazy

BDOT500 i założenie bazy danych GESUT (które zgodnie z art. 53b ust. 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne, zastępują mapę zasadniczą). W ramach wspomnianego zamówienia, zakładana była też ewidencja materiałów zasobu wg obowiązujących unormowań prawnych oraz po raz pierwszy tworzone było archiwum dokumentów elektronicznych zasobu. Zamawiający nie był więc w żaden sposób zmuszony do szybkiego przenoszenia danych z dotychczasowego systemu do nowego, gdyż zamierzał poczekać na założenie nowych baz danych i ich pierwotne załadowanie do nowego systemu EWID2007, przystosowanego do prowadzenia baz danych w strukturze narzuconej obowiązującymi przepisami, co miało nastąpić w III kwartale 2021 r. Do tego czasu z powodzeniem dotychczasowe bazy mogły być przetrzymywane w „starych” systemach, skoro i tak trwała budowa tych baz praktycznie od nowa- informacja dotycząca założenia bazy BDOT500 i GESUT dostępna pod adresem: <https://www.bip.dabrowa-gornicza.pl/5843/dokument/155779>.

Przygotowując zamówienie w 2020 r. na wymianę oprogramowania do prowadzenia baz danych powiatowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego w zakresie części I, Zamawiający przede wszystkim musiał dostosować technologicznie i organizacyjnie tą wymianę z trwającą realizacją umowy z 2019 r. na budowę nowych baz danych, w której to umowie już w połowie 2019 r. Zamawiający poczynił zastrzeżenie, że może dojść do wymiany oprogramowania w trakcie realizacji rzeczowej umowy oraz, **że sama wymiana oprogramowania nie będzie połączona bezpośrednio z przeniesieniem danych.**

Zamawiający nie był w stanie przewidzieć rozwoju pandemii Covid-19 po jej fazie początkowej z wiosny 2020 r., zakresu jej oddziaływania na struktury administracji jesienią 2020 r., wprowadzanego w konsekwencji prawodawstwa, czy też tego, jakie pandemia wymusi dynamiczne zmiany i kroki dostosowawcze do ciągle wówczas zmieniającej się rzeczywistości. Rozwój pandemii w tzw. drugiej fali, miał gwałtowny przebieg i efekt w postaci wielu zachorowań w urzędzie Zamawiającego. Powyższe doprowadziło do dwóch skutków:

- Zamawiający poprzez zachorowania i kwarantanny, czyli bardzo dużą skalę nieobecności pracowników w pracy utracił zdolność nałożenia na własnych pracowników zadania przeniesienia danych geodezyjnych z poprzedniego do nowego systemu, bez jednoczesnej całkowitej utraty płynności realizacji bieżących zadań;
- Zamawiający zmuszony był szybko uruchomić realizację usług on-line, w celu maksymalnego ograniczenia kontaktów urzędnik – klient, a zatem utracił możliwość odsuwania w czasie pełnego zmigrowania danych z poprzednich systemów do nowego, gdyż tylko nowy system przystosowany był do realizacji e-usług w zakresie geodezji i kartografii.

W tej sytuacji, dotychczasowe zamiary Zamawiającego musiały zostać zweryfikowane, co stało się powodem uruchomienia kolejnego zamówienia, tym razem na migrację danych przetrzymywanych dotąd w dotychczasowych systemach do nowego systemu, a zatem uznania prymatu przeciwdziałania pandemii i wszczęcia kolejnej części zamówienia.

W zaistniałych okolicznościach trudno przypisywać Zamawiającemu pozorne wydzielenie części zamówienia, kiedy w rzeczywistości części te są funkcjonalnie odrębne. Kontrolujący sam przyznaje, że

(cyt.) „*istotnie, dwa kontrolowane zamówienia różnią się od siebie*”. Nastawienie więc na bardzo ograniczony rynek wykonawców w istotny sposób zniekształcałoby ideę konkurencyjności zamówień publicznych. Na rynku systemów geodezyjnych funkcjonuje zaledwie dwóch producentów oprogramowania systemowego w dziedzinie geodezji i kartografii, których oprogramowanie spełnia wymagania Zamawiającego. Wyjście tylko z tego założenia, że każdy z nich, oprócz sprzedaży swojego oprogramowania „mógłby” też przeprowadzić migrację wcześniejszych danych do nowego systemu, sprowadzałoby się do ogłoszenia zamówienia publicznego adresowanego w gruncie rzeczy tylko do dwóch wykonawców, których oferty nota bene Zamawiający już posiadał.

Powyższe dowodzi, że udzielenie zamówienia w częściach zagwarantowało zwiększenie konkurencji wśród Wykonawców.

Zamawiający rozpoczął działania zmierzającego do rozeznania rynku w styczniu 2020 r. – czyli jeszcze przed zmierzaniem się z rzeczywistością pandemiczną. Już wówczas zwrócił się z prośbą do Wykonawców o podanie cen na trzy części zamówienia (dostawę oprogramowania, migrację danych, opiekę serwisową) – nie mając wówczas i nie mogąc mieć przecież wiedzy, jakie kwoty za poszczególne części zaoferują Wykonawcy.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że Zamawiający dostając od jednego z Wykonawców ofertę określającą jedną cenę łączną za całość, tj. zakup i instalację oprogramowania oraz migrację danych, domagał się ponownego przedłożenia oferty, zawierającej wyraźne rozbieżności na dwie ww. części. Wykonawca nie miał problemu z wyodrębnieniem owych części i ich odrębną wyceną, czego dowodem jest powtórna oferta. Co ciekawe, oferta tej firmy, zawierająca rozbieżności na części zamówienia, okazała się znacznie tańsza. Wzmianka na powyższy temat zawarta została w piśmie Zamawiającego z dnia 9.06.2021 r.

Świadczy to o tym, że jeszcze przed wszczęciem procedury zamówienia publicznego Zamawiający zaplanował udzielenie zamówienia w częściach, a zatem nieuprawnione jest twierdzenie Kontrolującego, że Zamawiający dokonał podziału na części w celu uniknięcia przepisów ustawy.

Jak wskazano wyżej, najpierw Zamawiający wydzielił części z zamiarem sukcesywnego realizowania zadania, a później zaprosił Wykonawców do złożenia ofert, stanowiących podstawę oszacowania wartości zamówienia z uwzględnieniem przyjętego podziału, w wyniku czego Zamawiający był uprawniony do udzielenia pierwszej części zamówienia w trybie art. 4 pkt 8 w zw. z art. 6a ustawy Pzp2004.

Wysnuty więc przez Kontrolującego wniosek, że Zamawiający od początku przewidywał pełen zakres zamówienia jest prawdziwy w tym sensie, że Zamawiający dochował należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia, natomiast za chybiony uznać należy zarzut, że Zamawiający podzielił zamówienie w celu ominięcia stosowania ustawy. Gdyby Zamawiający prosił o wstępne oferty na „pełen zakres zamówienia” w całości, a dopiero później tą całość podzielił na części i udzielił zamówienia w częściach, faktycznie można by Zamawiającemu zarzucić działanie niezgodne z prawem.

Zamówienie udzielane w częściach pn.: **Wymiana oprogramowania systemowego do prowadzenia zintegrowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego:**

część I - zakup, instalacja, udzielenie licencji oprogramowania systemowego do prowadzenia zintegrowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego

część II - usługa migracji danych opisowych i geometrycznych ze struktur dotychczas eksploatowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz ewidencji zasobu nieruchomości do struktur nowego oprogramowania (zakupionego w części I), uruchomienie e-usług, szkolenie pracowników

przypomina świadczenie jednorazowe realizowane w ratach (jeden przedmiot zamówienia, kilka postępowań). Każda z tych części składa się na pewną, z góry określoną całość.

Zamawiający po określeniu zakresu zamówienia zdecydował o dokonaniu zakupów w ramach kilku postępowań, biorąc pod uwagę w szczególności względy technologiczne i organizacyjne, o których mowa w treści niniejszych zastrzeżeń.

Podstawową przesłanką, warunkującą dopuszczalność zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 6a ustawy Pzp2004, jest ustalenie, iż dokonanie podziału zamówienia na części i zastosowanie do tak wyodrębnionej części art. 6a Pzp, nie jest dokonywane w celu uniknięcia stosowania Pzp, lecz jest podyktowane obiektywnymi przyczynami uzasadniającymi zastosowanie takiego rozwiązania, które wynikają z wcześniejszego planowania Zamawiającego - co miało miejsce w odniesieniu do kontrolowanego zamówienia.

Ponadto przepis art. 6a ustawy Pzp2004 może być zastosowany do zamówień udzielanych w częściach pod warunkiem, że zamówienie zaplanowane było do udzielania w częściach.

Zamawiający dokonując wymiany oprogramowania systemowego do prowadzenia zintegrowanych baz danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego zaplanował udzielenie zamówienia w częściach, a następnie, w wyniku dokonanego szacunku uwzględniającego podział zamówienia na części wszczął postępowanie z zastosowaniem art. 6a ustawy Pzp2004.

Dotychczasowe przedstawione przez Zamawiającego dowody dot. planowania architektury systemu i następnie prawidłowego oszacowania przedmiotu zamówienia i dalszych konsekwencji działań w obrębie poczynionego oszacowania potwierdzają legalność działań Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe oczywistym jest, że Zamawiający był uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 6a ustawy Pzp2004, a tym samym nie naruszył art. 32 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 5 b pkt 2 ustawy Pzp2004.

Prezydent Miasta
Marcin Bazylak