

**UZASADNIENIE FAKTYCZNE I PRAWNE ZASTOSOWANIA TRYBU ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI NA
PODSTAWIE ART. 67 UST. 1 PKT. 1 A I 1B USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
(tekst jednolity: Dz. U. 2019, poz. 1843 ze zm.).**

Zamawiający w celu realizacji zadań polegających na zarządzaniu i administrowaniu nieruchomościami miasta Katowice korzysta z zintegrowanego systemu informatycznego DOM 5, który został zakupiony i wdrożony w 2013 roku na podstawie umowy nr 0|0|0|8|0|F|I|2|0|1|3|J|E|N|Z|2|3|2|0|0|3|2|0|1|3|P z dnia 11.07.2013 r. zawartej w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie o zamówieniu nr **2013/ S 032 - 050614**). Konieczność wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego wynikała ze złożoności oraz liczby transakcji i danych codziennie obsługiwanych przez zamawiającego oraz doprowadzenia do integracji tych operacji, które wcześniej wykonywane były w różnych systemach informatycznych, różnych producentów, co stwarzało problemy związane z ręcznym wykonywaniem procedur wymiany danych pomiędzy tymi systemami. Nabyte oprogramowanie jest oprogramowaniem specjalistycznym - wytworzonym przez producenta dla określonej grupy odbiorców i dostosowanym do potrzeb Zamawiającego wynikających ze specyfiki prowadzonej przez niego działalności.

Umowa na zakup, wdrożenie i obsługę techniczną tego systemu przewidywała udzielenie licencji na użytkowanie systemu na czas nieokreślony dla ustalonej liczby użytkowników oraz określonej liczby funkcjonalności systemu, jednocześnie z uwagi na ochronę autorskich praw majątkowych do eksploatacji całości oprogramowania, w tym kodów źródłowych Zamawiający, zagwarantował sobie prawo do ingerencji w nie w ściśle określonych sytuacjach, które nie wystąpiły aż do chwili obecnej.

Od momentu wdrożenia, system i jego funkcjonalności podlegały wielokrotnym aktualizacjom i modyfikacjom producenta w ramach jego prac własnych i w związku ze zmieniającymi się przepisami prawa ogólnego. Również zgodnie z wymaganiami Zamawiającego system dostosowywany był do specyfiki działalności Zamawiającego oraz obowiązujących go szczególnych przepisów prawa, w związku z czym kody źródłowe będące w posiadaniu Zamawiającego nie odzwierciedlają stanu eksploatowanego obecnie w Zakładzie systemu.

Do dnia 31.12.2020, na podstawie obowiązującej umowy nr UU|5|NZ|2017|232|13|2017 z dnia 23.03.2017r, system serwisowany jest przez jego producenta, poprzednio w okresie 01.05.2016 – 31.03.2017 system serwisowany był również przez firmę Sacer S.C, na podstawie umowy UU|37|FI|2016.

W efekcie, od momentu zakończenia wdrożenia, do chwili obecnej, system eksploatowany przez KZGM w Katowicach stanowi rozwiązanie autorskie SACER S.C. znacznie zmodyfikowane w stosunku do wersji pierwotnie wdrożonej, dostosowane do potrzeb KZGM w Katowicach, w tym zmieniających się przepisów prawa ogólnego, miejscowego, oraz zmian wynikających ze specyfiki działalności KZGM.

Dokumentacja ZSI DOM 5 w zakresie opisu struktur, powiązań, procedur i funkcji działania algorytmów jest przedmiotem ochrony jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa SACER S.C. Majątkowe prawa autorskie do oprogramowania DOM 5 oraz do dokonywania modyfikacji tego oprogramowania przysługują również wykonawcy SACER S.C.

W związku z powyższym przedmiotem niniejszego postępowania jest kontynuacja świadczonych dotychczas usług utrzymania i rozwoju ZSI DOM 5 w okresie od 01.01.2021r. do 31.12.2023 r. w celu bieżącego zapewnienia realizacji kluczowych zadań przez KZGM w Katowicach. W ramach tych usług realizowane są świadczenia umożliwiające bieżącą eksploatację systemu (w tym usuwanie awarii i usterek systemu), wsparcie dla użytkowników w rozwiązywaniu bieżących problemów związanych z obsługą (w tym wsparcia technicznego), dostosowywanie systemu do zmieniających się uwarunkowań, w szczególności udostępniania nowych wersji systemu wynikających z dostosowywania do zmian przepisów prawnych, ulepszeń wynikających z pracy własnej Wykonawcy, wykonywanie zmian funkcjonalnych oraz udostępnienie dodatkowej wersji ćwiczeniowej na potrzeby symulacji działań procesów systemu przez użytkowników zamawiającego. W ramach świadczonych usług, konieczne jest dokonywanie modyfikacji oprogramowania, co wymaga nie tylko specjalistycznej wiedzy, lecz także znajomości systemu i doświadczenia w jego utrzymaniu, ponieważ działania wykonawcy w stosunku do ZSI muszą być wykonywane w określonym czasie, zgodnie z ustalonym poziomem usługi.

Ponadto, warto wspomnieć o tym, że w trakcie prac związanych z wdrożeniem projektu „Miejskie Centrum Usług Wspólnych” w Katowicach realizowanego przez Urząd Miasta Katowice, którego głównym założeniem i oczekiwanym przez miasto efektem było wdrożenie wspólnego systemu informatycznego obsługującego wszystkie aspekty działania jednostek organizacyjnych Miasta Katowice, w czasie spotkań z przedstawicielami wykonawcy w/w wdrożenia, którzy zapoznali się z najważniejszymi aspektami działania systemu Dom5 oraz specyfiką działalności KZGM w Katowicach ustalono, że stopień integracji systemu Dom5 oraz zakres i specyfika działalności Zakładu cechują się charakterystyką znacznie przekraczającą zakres funkcjonalny przewidziany do wdrożenia MCUW dla jednostek organizacyjnych miasta Katowice – zaś dodawanie funkcjonalności specjalistycznych, przydatnych jedynie KZGM w Katowicach (ze względu na specyfikę jego działania) do systemu, który miałby objąć swoją funkcjonalnością wszystkie jednostki miasta byłoby nieopłacalne ekonomicznie ze względu na wysokie koszty finansowe i czasochłonność ich opracowania w systemie MCUW, w efekcie czego podjęto decyzję o pozostawieniu systemu Dom5 jako głównego systemu informatycznego dla KZGM, zakładając wymianę niezbędnych informacji pomiędzy systemem Dom5 i MCUW w momencie zakończenia jego wdrożenia.

W zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, ponieważ istnieją obiektywne przyczyny techniczne, dla których udzielenie zamówienia jest możliwe wyłącznie na rzecz wykonawcy SACER S.C. Zintegrowany system informatyczny DOM 5 jest rozwiązaniem bardzo złożonym, KZGM w Katowicach używa w chwili obecnej dwudziestu czterech części funkcjonalnych. Jak każdy zintegrowany system informatyczny obsługujący działalność

jednostek wielkości KZGM w Katowicach, również Dom5 składający się z odrębnych części funkcjonalnych powiązanych ze sobą poprzez zachodzące wewnątrz procesy biznesowe stanowi zbiór ogromnej ilości formatek ekranowych oraz procedur programowych, pozwalających użytkownikom na interakcję z systemem, których wytworzenie wymaga wygenerowania bardzo dużej ilości kodu źródłowego oraz bazy danych przechowującej informacje obsługiwane i generowane przez system, która w chwili obecnej zawiera około tysiąca tabel. Oznacza to, że świadczenie usługi obsługi serwisowej wymaga posiadania od wykonawcy dużej wiedzy merytorycznej, eksperckiej wiedzy o systemie, umiejętności sprawnego i bieżącego korzystania z posiadanej wiedzy i doświadczenia. W utrzymanie ZSI zaangażowany jest zespół SACER S.C. posiadający wiedzę o dokonanych dotychczas zmianach oraz pierwotnych założeniach, a także o obecnym kształcie, będącym wynikiem prac realizowanych w ramach utrzymania od 2013 roku. Zapewniający bieżące wsparcie systemu zespół, którego skład w znacznej części pozostał niezmienny od momentu wdrożenia systemu, w sposób nieustanny musi bazować na wiedzy o architekturze i strukturze oprogramowania, długoletnim doświadczeniu i rozwijanej na bieżąco wiedzy, co podkreśla unikatowość jego kompetencji.

W związku z tym, że jak już wspomniano wcześniej producent oprogramowania jako jedyny zgodnie z zapisami udzielonej licencji oraz obowiązujących w zakresie ochrony praw autorskich przepisów jako jedyny może ingerować w kod źródłowy systemu, Zamawiający w żaden sposób nie może naruszyć ochrony informacji, stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa (ochrona praw autorskich). Ponadto ewentualna ingerencja w oprogramowanie wymagałaby długotrwałego projektu, który nie daje gwarancji jego prawidłowego wykonania, bez wiedzy którą posiada zespół SACER S.C. Biorąc pod uwagę specyfikę i rozmiar systemu, oraz wymagania techniczne, warunki nadzoru autorskiego, jak i ciągłe dostosowywanie systemu do zmieniających się przepisów prawnych, a także potrzebę zapewnienia ciągłości wykorzystania podstawowych funkcji systemu, jedynym podmiotem zdolnym do zrealizowania przedmiotowego zamówienia zgodnie z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego jest SACER S.C. U podstaw takiej oceny nie leży subiektywne przekonanie zamawiającego, lecz ustalenie, że w danym czasie nie istnieje na rynku żaden inny podmiot będący w stanie zrealizować zamówienie.

Drugą przesłanką udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest ochrona autorskich praw majątkowych firmy SACER S.C, która jest wykonawcą i autorem ZIS DOM 5, posiada pełne prawa autorskie zarówno osobiste jak i majątkowe w rozumieniu art. 16 i 17 ustawy z dnia 04.02.2016 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Tj. DZ. U. 2006 nr 90, poz. 631 ze zmianami) i jako autor ma jedyne prawo do dokonywania zmian w powyższym oprogramowaniu, jest wyłącznym dysponentem usług serwisu i aktualizacji systemu stosownie do treści przepisów ww. ustawy, w szczególności polegających na ochronie kodów źródłowych systemu. Wszystkie firmy na rynku oferujące tego typu produkty opierają swój model biznesowy na zachowaniu autorskich praw majątkowych. Inaczej niecelowe byłoby ich funkcjonowanie. Praktycznie niespotykane jest zezwolenie producenta oprogramowania na ingerencję osób trzecich w kod źródłowy systemu przy zachowaniu jakiegokolwiek gwarancji prawidłowego działania systemu ze strony jego

producenta. Skutkiem udzielania uprawnień do niekontrolowanych modyfikacji byłoby bowiem- ponoszenie przez jego producenta oraz samego użytkownika systemu ogromnego ryzyka awarii spowodowanych ingerencją w kody źródłowe systemu, które mogłyby doprowadzić w efekcie do długotrwałych przerw w działalności firm użytkowników tych systemów. Nabywanie majątkowych praw autorskich lub licencji na modyfikację może być uzasadnionej w niektórych przypadkach, jednak wymagałoby od użytkowników tych systemów ogromnej wiedzy zarówno w zakresie programowania, obsługi baz danych, funkcjonowania i architektury tych systemów, co nie zmniejszyłoby jednak ryzyk opisanych powyżej.

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie ZSI DOM 5, a więc konkretnego rozwiązania informatycznego wykorzystywanego przez zamawiającego. Ewentualne rozwiązanie zastępcze lub alternatywne w sensie ścisłym nie istnieje z definicji, ponieważ każde inne zadanie nie będzie polegało na utrzymaniu istniejącego ZSI. Jeżeli sformułowanie „rozwiązanie zastępcze lub alternatywne” należałoby rozumieć w sensie szerokim, to trzeba by stwierdzić, że rozwiązaniem takim w stosunku do utrzymania ZSI byłoby wdrożenie innego systemu, który przejąłby zadania DOM 5. Tylko wówczas byłby możliwe osiągnięcie rozwiązania zastępczego albo alternatywnego, które polega na wykonaniu prac zupełnie innych, niż te, które chce nabyć zamawiający, lecz którego efektem byłoby zapewnienie tych samych celów, czyli informatycznej obsługi zadań KZGM w Katowicach. W miejsce świadczenia usługi serwisowania dla istniejącego systemu, w takim przypadku należałoby nabyć nowy produkt wraz z usługą serwisowania. Faktem jest, że nie istnieje na rynku żadne rozwiązanie informatyczne, które ma charakter standardowy i bez dokonywania istotnych zmian i modyfikacji może zastąpić system DOM 5 w stopniu pozwalającym od momentu nabycia jego standardowej wersji na realizację wszystkich zadań, którymi zajmuje się KZGM w Katowicach. Nowe zamówienie polegałoby na budowie nowego rozwiązania, ewentualnie z wykorzystaniem jakiegoś standardowego produktu, który jednak musiałby ulec istotnym modyfikacjom i rozszerzeniom, ponadto konieczna byłaby migracja danych z obecnie wykorzystywanego systemu, co przy obecnym stopniu skomplikowania struktur bazy danych systemu Dom5 oraz ogromnej ilości danych, które podlegałyby takiej migracji prawdopodobnie okazałoby się niemożliwe do wykonania dla firmy nie będącej autorem oprogramowania w więc również projektu jego bazy danych.

Zamawiający nie zawęży parametrów zamówienia, ani nie wprowadza do opisu przedmiotu zamówienia jakichkolwiek innych elementów, które miałyby ograniczać konkurencję. Ograniczenie to w przedmiotowym przypadku wynika wprost z faktu, iż rzeczywistą i istotną potrzebą zamawiającego jest zapewnienie ciągłości funkcjonowania ZSI DOM 5, jako zintegrowanego systemu informatycznego, a więc również zachowania ciągłości działań Zakładu, do czego Zamawiający jest zobowiązany.

DZIAŁ INFORMATYKI
Kierownik

mgr inż. Jacek Eiserman