

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 lipca 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 1 lipca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego - Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi serwisu i wsparcia technicznego dla macierzy VNX, XtremIO oraz przełączników Brocade wraz z oprogramowaniem, posiadanych przez zamawiającego

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako „ustawa” albo „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi serwisu i wsparcia technicznego dla macierzy VNX, XtremIO oraz przełączników Brocade wraz z oprogramowaniem, posiadanych przez zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 5 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 046-108796.

4 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Symmetry Sp. z o.o. w Warszawie, w związku z czym Comtegra S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 15 czerwca 2020 r. Pismem z 1 lipca 2020 r. zamawiający - działając na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp - wniósł o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

W uzasadnieniu wskazał, że przedmiotem postępowania jest świadczenie jednej z usług kluczowych z punktu widzenia zamawiającego dotyczącej funkcjonowania i dostępu

użytkowników wewnętrznych zamawiającego do zasobów sieciowych i zgromadzonych na nich dokumentów. Usługa musi mieć zapewnioną ciągłość, co ma znaczenie na bezpieczeństwa publicznego i zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania - zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Symmetry Sp. z o.o. oraz naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp - zamawiający podniósł, że wyjaśnienia Symmetry są wyczerpujące, szczegółowe i dowodzą realności zaoferowanej ceny. Wyjaśnił, że prawdopodobnym źródłem zarzutów odwołania jest brak dostępu odwołującego do utajnionej części wyjaśnień zaoferowanej ceny, gdyż odwołujący przedstawia swoją kalkulację nie uwzględniającą specyfiki działania Symmetry.

Zamawiający wywiódł, że w okolicznościach sprawy ewentualne naruszenie interesu ogólnego, w tym interesu odwołującego, ma charakter jedynie hipotetyczny. Za poglądem doktryny stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając wniosek o uchylenie zakazu, powinna mieć na uwadze nie tylko sam interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, ale także ewentualne następstwa nieuzyskania przez niego zamówienia. Oceniając wniosek, Krajowa Izba Odwoławcza winna mieć także na uwadze rangę naruszeń ustawy zarzucanych zamawiającemu i zasadność twierdzeń w tym przedmiocie zawartych w odwołaniu.

Zamawiający wskazał, że niezwłoczne zawarcie umowy w postępowaniu jest kluczowe dla bezpieczeństwa funkcjonowania systemów informatycznych Ministerstwa Finansów, a tym samym również dla bezpieczeństwa publicznego. W ocenie zamawiającego, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności związane z epidemią COVID-19 i wydłużony czas rozpatrywania spraw przez Izbę, nie jest prawdopodobne rozstrzygnięcie sporu przez Krajową Izbę Odwoławczą w okresie umożliwiającym zawarcie nowej umowy zapewniającej ciągłość świadczenia usług dla zamawiającego. Brak ważnej umowy i tym samym świadczenia obsługi w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w przypadku awarii skutkować będzie utratą dostępu użytkowników Ministerstwa Finansów do niezbędnych zasobów sieciowych i zgromadzonych na nich dokumentów. Urządzenia, które mają podlegać serwisowi, odpowiadają za funkcjonowanie komputerów, telefonów i drukarek znajdujących się na wyposażeniu Ministerstwa Finansów i obecnie wszyscy użytkownicy pracujący w Ministerstwie Finansów przechowują na nich dane. Urzędnicy pracują na tzw. „Dyskach wspólnych”, w których przechowują swoje dokumenty i zamawiający musi zapewnić stały do nich stały dostęp. Co więcej, na macierzach znajdują się również systemy związane z bieżącą obsługą budynku, zatem ich niedostępność spowoduje brak działania systemów dostępowych, nie będzie można dostać się do pokoi, ani z nich wyjść. Awaria spowoduje przerwę w archiwizowaniu nagrań z kamer ochrony budynku oraz brak możliwości odzyskania wcześniejszych. Powyższe może doprowadzić do sparaliżowania działalności całego Ministerstwa Finansów i co za tym idzie zakłóci funkcjonowanie Państwa.

Z tego względu zdaniem zamawiającego brak niezwłocznego zawarcia umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie bezpieczeństwa wewnętrznego zamawiającego i całego państwa, przewyższające bez wątpienia korzyści związane z koniecznością ochrony interesu np. odwołującego w odniesieniu do weryfikacji czynności zamawiającego polegających na ocenie oferty i wyjaśnieniu cenowych wykonawcy Symmetry.

Zamawiający podkreślił, że zwłaszcza teraz, w okresie wzmożonej pracy zdalnej spowodowanej pandemią COVID-19, awaria któregośkolwiek z urzędów spowoduje odcięcie od bieżących zadań całych departamentów Ministerstwa Finansów. Wywiódł, że analogicznie, jak w sprawie KIO/W 9/16, brak zapewnienia ciągłości serwisu i wsparcia technicznego urzędów objętych postępowaniem, może uniemożliwić działalność Ministerstwu Finansów we wszystkich aktywnościach ministerstwa, centralnego organu administracji rządowej odpowiedzialnego za finanse publiczne.

Zamawiający dodał również, że posiadane przez niego urządzenia to specjalistyczny sprzęt informatyczny, który jest użytkowany od około 5 lat. W okresie ostatnich 6 miesięcy odnotowano znaczący wzrost awarii (około 300%) w porównaniu z analogicznym okresem zeszłego roku. Przykładowo, jedna z macierzy, której dotyczy umowa, w styczniu 2020 roku miała krótką awarię - była niedostępna przez ok. 3-4 h. Przez ten czas wszyscy użytkownicy w całym gmachu nie mogli używać poczty elektronicznej, dostać się do swoich dokumentów, ani ich wydrukować. Z tego względu usługa serwisu i wsparcia technicznego jest konieczna. Zamawiający nie może sobie pozwolić na przerwę ciągłości tej usługi.

Zamawiający wskazał, że nie ponosi w żaden sposób odpowiedzialności za to, że nie rozstrzygnął postępowania wcześniej. Dłuższy czas wykonywania przez zamawiającego czynności w postępowaniu oraz wydłużony czas procedowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, wynikają z epidemii COVID-19, czyli czynnika całkowicie niezależnego od zamawiającego i Izby.

Izba zważyła, co następuje:

Wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 183 ust. 2 zdanie drugie Pzp stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powołany przepis wymaga zatem

ustalenia w pierwszej kolejności, czy brak udzielenia zamówienia, czyli niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. W razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Ponieważ jednak zamawiający akcentuje swoją ocenę zarzutów odwołania wniesionego przez Comtegra S.A. należy odnieść się do tej kwestii. Pogląd zamawiającego, o konieczności badania przez Izbę w postępowaniu dotyczącym uchylecia zakazu zawarcia umowy rangi naruszeń ustawy zarzucanych zamawiającemu i zasadności twierdzeń odwołania nie znajduje wsparcia w obowiązujących przepisach ustawy. Z art. 183 ust. 2 Pzp wynika bowiem, że rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylecie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zarzutów odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylecia zakazu zawarcia umowy miałoby charakter „przedsądu”, zwłaszcza że uchylecie zakazu zawarcia umowy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Badanie zarzutów odwołania w czasie kontradyktoryjnej rozprawy na podstawie zgłoszonych dowodów prowadzi do pełniejszej oceny, niż wyłącznie na podstawie wywodów zawartych w uzasadnieniu odwołania a kwestia zarzutów odwołania z punktu widzenia uchylecia zakazu zawarcia umowy jest prawnie obojętna. *De lege lata* Izba bada bowiem wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylecia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 Pzp, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Spełnienie przesłanek warunkujących możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy nie wynika z uzasadnienia wniosku. Przede wszystkim zamawiający nie wykazał, na czym miałoby polegać zagrożenie dla interesu publicznego, jeśli zamówienie nie zostanie natychmiast udzielone wybranemu wykonawcy. Sam fakt, że zamawiający działa w interesie publicznym, nie jest równoznaczny z tym, że każde opóźnienie w udzieleniu dowolnego zamówienia spowoduje uszczerbek w interesie publicznym. Zaistnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego powinno być przekonująco uzasadnione przez zamawiającego w indywidualnych uwarunkowaniach dotyczących tego postępowania. Zamawiający poprzestaje na ogólnych twierdzeniach. Lektura wywodów uzasadnienia wniosku prowadzi do przekonania, że zamawiający błędnie utożsamia udzielenie zamówienia Symmetry Sp. z o.o. ze świadczeniem usług będących przedmiotem

zamówienia. Izba zważyła, że zamawiający nie wskazał i nie uprawdopodobnił okoliczności uzasadniających tezę, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy spowoduje zaprzestanie świadczenia usług serwisu i wsparcia technicznego dla macierzy VNX, XtremIO oraz przełączników Brocade. Wywody zawarte we wniosku są pozbawione jakiegokolwiek odniesienia do warunków formalnoprawnych świadczenia tych usług na rzecz zamawiającego. Stanowisko uzasadnienia wniosku jest niekonsekwentne. Zamawiający stwierdza bowiem, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy spowoduje brak ciągłości świadczenia usługi, jednak nie wskazuje daty obowiązywania obecnej umowy na te usługi. Z wniosku wynika natomiast, że umowa tak obowiązuje. Usługi, których dotyczy odwołanie, są zatem świadczone obecnie na rzecz zamawiającego, a zamawiający nie podaje żadnych powodów, dla których ich dalsze świadczenie – do czasu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze - nie było możliwe. W konsekwencji Izba uznała, że dla zabezpieczenia ciągłości świadczenia tych usług, wobec braku wiedzy o okresie obowiązywania obecnej umowy oraz przewidzianych przez ustawę możliwości przedłużenia świadczenia usług, zastosowanie instytucji uchylecia zakazu zawarcia umowy, która ma charakter wyjątku od zasady ogólnej zawartej w art. 183 ust. 2 Pzp zakazującej zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, nie jest konieczne.

Skoro zamawiający nie wykazał negatywnych skutków dla interesu publicznego związanych z zawarciem umowy po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, zakaz zawarcia umowy nie może zostać uchylony nawet w sytuacji wydłużenia terminów rozpoznawania odwołań przez Izbę.

Postanowienie w sprawie KIO/W 9/16 zostało wydane w odmiennych okolicznościach faktycznych. Dotyczyło systemu informatycznego Agencji Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa - aplikacji SIA, będącej kluczowym, największym i najbardziej rozbudowanym systemem informatycznym ARiMR służącym do obsługi procesu rozpatrywania wniosków o przyznanie płatności dla producentów rolnych zgodnie z zasadami określonymi w przepisach Unii Europejskiej w ramach realizacji założeń Wspólnej Polityki Rolnej oraz na podstawie krajowych aktów prawnych. Uzasadnienie wniosku było bardzo szczegółowe i konkretne oraz dotyczyło szczególnych uwarunkowań tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe Izba na podstawie art. 183 ust. 2 Pzp postanowiła jak w sentencji, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 183 ust. 4 Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

.....