

POSTANOWIENIE

z dnia 24 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 kwietnia 2020 r. w Warszawie wniosku z dnia 21 kwietnia 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Udostępnienie usług asysty technicznej i konserwacji oprogramowania firmy ORACLE oraz usług zaawansowanego wsparcia ACS”, numer postępowania: 531900692.

postanawia:

**odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku
lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice w dniu 21 kwietnia 2020 r. wystąpił o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Udostępnienie usług asysty technicznej i konserwacji oprogramowania firmy ORACLE oraz usług zaawansowanego wsparcia ACS”. W uzasadnieniu wniosku podał, że wykonuje działalność sektorową, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie wydobycia węgla kamiennego, który jest podstawowym surowcem energetycznym Polski.

Podniósł, że celem postępowania jest zapewnienie usług asysty technicznej i konserwacji (tzw. ATIK) oprogramowania firmy ORACLE przez okres 36 miesięcy (pierwotnie od 1 stycznia 2020 r.) oraz udostępnienie usług zaawansowanego wsparcia ACS (Advanced Customer Services) firmy Oracle. Wskazał, że koniecznym jest zapewnienie ciągłości ww. usług, które są świadczone dotychczas. Zamawiający podnosi, że usługi będące przedmiotem zamówienia są niezbędne do zapewnienia ciągłości i niezawodności działania

systemów zarządzania przedsiębiorstwem: systemu kadrowo-płacowego (HR) i systemu ERP (w zakresie Disaster Recovery). W przypadku braku tych usług, w przypadku awarii któregoś z wymienionych wyżej systemów nie jest możliwe zarządzanie procesem wydobywczym węgla, jego sprzedażą, wykonywaniem obowiązków zamawiającego wobec pracowników (niezakłócona wypłata wynagrodzeń, organizacja pracy), niemożliwe są rozliczenia finansowe oraz znacznie utrudniony jest proces weryfikacji osób przebywających na terenie zakładu górniczego, w tym przede wszystkim osób przebywających pod ziemią kopalni. Brak ww. usługi spowoduje paraliż działań spółki – zamawiającego, ze wszelkimi konsekwencjami dla społeczności górniczej tj. kilkudziesięciu tys. osób oraz dla gospodarki wynikającym z zakłócenia procesu zabezpieczenia energetyki zawodowej w węgiel.

Wnioskodawca wskazuje, że z uwagi na COVID-19 nie jest wiadomym, kiedy odwołanie wniesione przez Odwołującego mogłoby zostać rozpoznane, o ile KIO nie odrzuci odwołania Odwołującego z przyczyn wskazanych przez przystępującego, do którego to wniosku Zamawiający się przychyli.

Zamawiający podnosi, że każdy kolejny okres, o jaki przedłużana jest procedura przetargowa skutkuje ryzykiem dla działalności Zamawiającego w zakresie określonego utrzymania systemów informatycznych, co rzutuje na jego sektorową działalność. Znaczne opóźnienia i zaniechania w zakresie funkcjonowania systemów objętych postępowaniem zakłócić może prawidłowość zaopatrywania w węgiel kamienny, a stałe i sukcesywne jego dostawy są podstawą bezpieczeństwa energetycznego Polski, czyli prawidłowe wykonywanie działań przez Zamawiającego leży w interesie publicznym.

Wnioskodawca z powyższego wywodzi, że konieczne jest szybkie rozpoczęcie realizacji zamówienia – podnosi, że powyższe cele stanowią interes publiczny w rozumieniu art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazuje, że jakiegokolwiek przedłużanie postępowania, w tym oczekiwanie na zakończenie postępowania odwoławczego, urzeczywistni niemożliwość realizacji zamówienia w terminach przewidzianych zakresem zamówienia i budżetem. Przedłużanie postępowania będzie też skutkowało ograniczeniem czasowym trwania zamówienia, gdyż wykonawcy wyceniali koszt swych usług zgodnie z okresem z OPZ w zw. z odpowiedzią na pytanie z 7 stycznia 2020 r. Tym samym z upływem czasu, wynagrodzenie wykonawców będzie zmniejszane i nie będzie adekwatne do zaproponowanego wynagrodzenia w ofertach.

Zamawiający powołuje się na postanowienie KIO z 30.06.2016 r. (KIO/W 9/16) wydane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było utrzymanie i rozwój systemu informatycznego.

Zamawiający wskazuje też, że bezpieczeństwo z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy również bezpieczeństwa energetycznego, którego częścią jest działalność Zamawiającego. Powołuje się na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, który wskazał, że przez pryzmat

interesu publicznego należy postrzegać m.in. zaopatrywanie ludności w energię (uchwała TK z dnia 12 marca 1997 r. W 8/96). Wnioskodawca wskazuje, że z uwagi na przedmiot jego działalności, analizę interesu publicznego związanego z zawarciem umowy w ramach postępowania należy skoncentrować na obowiązku zapewnienia przez Zamawiającego bezpieczeństwa energetycznego. Podnosi, że zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego stanowi co do zasady domenę państwa, przy czym obowiązek ten został niejako przeniesiony częściowo na przedsiębiorstwa energetyczne i pośrednio też na podmioty powiązane, w tym dostawców surowców energetycznych, czyli Zamawiającego.

Zamawiający wywodzi, że ww. negatywne skutki dla interesu publicznego, w kontekście sytuacji z COVID-19 i brakiem przeprowadzania rozpraw i posiedzeń jawnych przez KIO przewyższają 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. Zamawiający wskazuje też, że nie jest w stanie nawet tymczasowo zapewnić sobie usług objętych postępowaniem do czasu rozpoznania odwołania na posiedzeniu jawnym i rozprawie, co wynika to z sytuacji wynikającej epidemii COVID-19, w której nie wiadomo, jaki będzie termin ww. posiedzeń.

Izba, mając na uwadze niedochowanie wymaganej formy wniesienia wniosku, uznała, że wniosek został wniesiony nieskutecznie i jako taki, podlegał oddaleniu.

Zgodnie ze wskazanym we wniosku art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp: *„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”*.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu i wydanie ewentualnej zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy nie ma charakteru „przedsądu”. Izba rozstrzygając o zasadności wniosku (w aktualnym stanie prawnym) bada wyłącznie przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy na wniosek zamawiającego, tj. bada, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego i 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. Dla uchylenia zakazu zawarcia umowy o którym stanowi art. 183 ust.2 ustawy Pzp wystarczającym jest już uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez zamawiającego we wniosku okoliczności.

Dla skutecznego wniesienia wniosku do Izby koniecznym jest dochowanie warunków formalnych. Zgodnie z art. 183 ust. 6 ustawy Pzp, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy zamawiający może złożyć za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca albo przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Warunki wnoszenia pism w sprawie w drodze elektronicznej określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. 2010 poz. 1092). Zgodnie z § 5 rozporządzenia odwołanie oraz dalsze pisma w sprawie (do jakich należy zaliczyć wniosek z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp) wnoszone jest w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone podpisem elektronicznym – za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie Urzędu.

Do Izby w dniu 21 kwietnia 2020 r., na elektroniczną skrzynkę podawczą, przekazano wiadomość e-mail, do której załączono m.in. plik „wniosek PPG art. 183 pzp KIO 621 20” w formacie pdf. Wbrew treści samej wiadomości e-mail, wniosek ten nie został opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, żaden inny plik dołączony do tej wiadomości również nie zawierał podpisu elektronicznego.

Wobec wskazanych okoliczności Izba nie mogła uznać złożonego pisma za skutecznie wniesiony wniosek o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego postanowiła o jego oddaleniu.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: