

Sygn. akt: KIO/W/46/20

**POSTANOWIENIE
z dnia 22 czerwca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 czerwca 2020 r. w Warszawie, wniosku z dnia 19 czerwca 2020 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Integrated Solutions Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zawarcie umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania dla Sądu Najwyższego”

postanawia:

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

.....

Uzasadnienie

W piśmie z dnia 18 czerwca 2020 r. (data wpływu: 19 czerwca 2020 r.) Sąd Najwyższy, pl. Krasińskich 2/4/6 (dalej: „Zamawiający”), powołując się na art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wystąpił z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu pt. „Zawarcie umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania dla Sądu Najwyższego”.

W uzasadnieniu ww. wniosku zamawiający wskazywał, że w dniu 25 marca 2020 r. wszczął postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę licencji, aktualizacji licencji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania. Zgodnie z SIWZ – przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji, aktualizacji i subskrypcji pakietów standardowych oprogramowania Microsoft (dalej jako Produkty) lub Produktów Równoważnych dla Sądu Najwyższego w Okresie 36 miesięcy od podpisania umowy. Zamawiający wymagał dostawy od 1 lipca 2020 r. Zamawiający podnosi, że powyższe miało bezpośredni związek z faktem posiadania subskrypcji oprogramowania Microsoft, które dają możliwość korzystania z produktów Microsoft w terminie do dnia 30 czerwca 2020 r. a Zamawiający musi korzystać z nich także po tym terminie. Podnosił, że zgodnie z założonym harmonogramem, wszczęcie postępowania nastąpiło w dniu 25.03.2020 r., termin składania ofert upływał w dniu 30.04.2020 r., a wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający dokonał w dniu 6.05.2020 r. W terminie wpłynęły 4 oferty. W dniu 18.05.2020 r. wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. wniósł odwołanie od wyboru czynności oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty wybranej.

Zamawiający podnosi, że w wypadku nieudzielenia pilnego zamówienia częściowego w przedmiotowym postępowaniu powstanie kwestia kontynuacji dostępu do produktów oraz usług producenta poza umową, co będzie powodować ryzyko powstania naruszenia dyscypliny finansów publicznych, a co więcej, ryzyko konsekwencji dla Zamawiającego wynikających z bezumownego korzystania z produktów Microsoft. Wskazuje, że w skrajnym wypadku może to spowodować pozbawienie go kluczowych produktów informatycznych koniecznych do wypełniania statutowej działalności Sądu Najwyższego. Zamawiający informuje, że oprogramowanie stanowiące przedmiot zamówienia obejmuje produkty Microsoft 365, a w jego ramach pakiet Office 365, Microsoft Teams, Windows 10 (tj. produkty aktualnie niezbędne do prowadzenia pracy zarówno stacjonarnej jak i zdalnej); realizacja zamówień częściowych pozwoli w sposób nieprzerwany prowadzić statutową działalność Zamawiającego, który jest odpowiedzialny za:

- 1) Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez:

- a) Zapewnienie zgodności z prawem i jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i wojskowych przez rozpoznawanie środków odwoławczych oraz podejmowanie uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne,
 - b) Kontrolę nadzwyczajną prawomocnych orzeczeń sądowych w celu zapewnienia ich zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej przez rozpoznawanie skarg nadzwyczajnych;
- 2) Rozpatrywanie spraw dyscyplinarnych w zakresie określonym w ustawie;
 - 3) Rozpoznawanie protestów wyborczych oraz stwierdzanie ważności wyborów do Sejmu i Senatu, wyboru Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, wyborów do Parlamentu Europejskiego oraz rozpoznawanie protestów przeciwko ważności referendum ogólnokrajowego i referendum konstytucyjnego oraz stwierdzanie ważności referendum;
 - 4) Opiniowanie projektów ustaw i innych aktów normatywnych, na podstawie których orzekają i funkcjonują sądy, a także innych projektów ustaw w zakresie, w jakim mają one wpływ na sprawy należące do właściwości Sądu Najwyższego;
 - 5) Wykonywanie innych czynności określonych w ustawach.

Zamawiający podnosi, że szczególnie istotne jest niezwłoczne zawarcie umowy ramowej, która pozwoli na dostawy oprogramowania oraz usług niezbędnych dla funkcjonowania instytucji.

W oparciu o powyższe Zamawiający podnosi, że racjonalne i w pełni uzasadnione jest złożenie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, gdyż w jego opinii okoliczności faktyczne sprawy uzasadniają konieczność zastosowania adekwatnych środków i wydanie postanowienia o uchyleniu zakazu zawarcia umowy.

Zamawiający podnosi, że w związku z sytuacją epidemiczną postępowanie przed KIO przedłuży się i o ile w przypadku standardowego funkcjonowania Izby termin odwołania upływałby około 2.06.2020 r., to obecnie nie ma możliwości ustalenia konkretnego terminu rozpoznania sprawy, a ostrożnie oceniając może się ona odbyć dopiero za około 2 miesiące. Wskazuje, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO w zakresie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, faktem brany pod uwagę przez Izbę w postępowaniu wnioskowym jest waga interesu publicznego, którego zagrożenie mogłoby uzasadnić rezygnację z ochrony uczestników postępowania odwoławczego (KIO/W19/16). Wskazuje że w postanowieniu KIO/W10/16 zaznaczono, że przedmiotem postępowania wnioskowego jest dokonanie swoistego ważenia interesu publicznego z interesem wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Zamawiający podkreśla, że udzielenie zamówienia przed terminem rozpoznania odwołania przez Izbę, który według racjonalnych przewidywań będzie odległy, należy uznać za

konieczne i uzasadnione. Podnosi, że spełniona jest przesłanka wskazana w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą uwzględnienia wniosku mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, 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 publicznego.

Zdaniem Zamawiającego niewyrażenie zgody na wcześniejsze zawarcie umowy wywoła negatywny skutek dla interesu publicznego, gdyż interes ten materializuje się podtrzymaniu ciągłości dostępu SN do produktów i usług producenta Microsoft.

Informacyjnie Zamawiający wskazuje, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, oferowali te same produkty i że dokonał wnikliwej oceny ofert pod kątem ich zgodności z SIWZ i stwierdził ich pełną poprawność, nie eliminując z postępowania żadnego wykonawcy ani żadnej z ofert. Podnosi, że jego zdaniem zarzuty odwołania są pozorne i nie zasługują na uwzględnienie, a samo odwołanie wskazuje na nadużycie prawa do środka ochrony prawnej, polegające na zablokowaniu Zamawiającemu możliwości udzielenia zamówienia przy wykorzystaniu problemu przewlekłości rozpoznawania spraw przez Izbę. Zdaniem Zamawiającego w sprawie występuje szczególny i zasługujący na ochronę interes publiczny w postaci zapewnienia możliwości kontynuacji korzystania z produktów i usług producenta Microsoft, a jednocześnie ma miejsce ścisły związek przyczynowo – skutkowy między ewentualnym opóźnieniem zawarcia umowy, a wystąpieniem negatywnych skutków dla interesu publicznego.

W oparciu o treść złożonego przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba zważyła, co następuje: wniosek zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem 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.

Przywołana norma wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy brak udzielenia zamówienia przed rozpoznaniem przez Izbę odwołania 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 w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie Pzp przyjmuje się rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Wskazane powyżej przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy zamawiający obowiązany jest wykazać w treści złożonego wniosku.

Izba, odnosząc się do treści złożonego wniosku, nie przychyliła się do argumentacji zamawiającego uznając, że nie zostały wypełnione przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu, o których stanowi art. 183 ust. 2 Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, 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.

Izba wskazuje, że art. 183 ust. 2 Pzp stanowi wyjątek od zasady obowiązku powstrzymania się przez zamawiającego z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy pamiętać, że wyjątek od tej zasady nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby Zamawiający w treści złożonego wniosku nie wykazał wypełnienia przywołanych przesłanek ustawowych skutkujących uchyleniem przez Izbę zakazu zawarcia umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że jakkolwiek statutowa działalność Sądu Najwyższego może być uznana za dotyczącą szeroko pojętego bezpieczeństwa wewnętrznego (np. wymiar sprawiedliwości, rozpoznawanie protestów wyborczych i stwierdzanie ważności wyborów), o tyle Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające konieczność ochrony interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego.

Jak zasadnie podniósł Zamawiający, przedmiotem postępowania objętego wnioskiem jest dokonanie swoistego ważenia interesu publicznego i interesów które mogą doznać uszczerbku w wyniku działań Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, że nieudzielenie pilnego zamówienia częściowego dopiero „w skrajnym przypadku” może spowodować pozbawienie Zamawiającego kluczowych produktów informatycznych koniecznych do wypełniania statutowej działalności Sądu Najwyższego. Z powyższego wywieść należy, że nawet w ocenie Zamawiającego zagrożenie dla interesu publicznego – tj. niemożność wypełniania statutowej działalności SN jest mało prawdopodobne. Co więcej, Zamawiający wskazuje, że koniecznym jest udzielenie zamówienia częściowego – żąda zaś uchylecia zakazu zawarcia umowy w zamówieniu na umowę ramową trwającą 36 miesięcy.

Dodać również należy, że dla oceny zasadności wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy bez wpływu pozostają podnoszone przez Zamawiającego okoliczności dotyczące zasadności odwołania. Uwagi Zamawiającego mają charakter subiektywny, a o zasadności odwołania rozstrzygnie Izba, jeżeli dojdzie do jego merytorycznego rozpoznania. Ustawa Pzp w art. 183 ust. 2 nie określa przesłanek uwzględnienia wniosku, które odnosiłyby się do szans powodzenia odwołania.

Podane okoliczności mające uzasadniać uchylenie zakazu zawarcia trwającej 36 miesięcy umowy ramowej, na jakie wskazał Zamawiający w przedmiotowym wniosku, w ocenie Izby, nie są wystarczające dla stwierdzenia wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego i to takich, które znacznie przewyższałyby korzyści wynikające z ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego.

Izba uznała, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, będzie stanowiło ochronę wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem interesu publicznego, jakim niewątpliwie jest zapewnienie ciągłości sprawnego funkcjonowania Sądu Najwyższego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy zdanie drugie, na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: