

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 12 grudnia 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 grudnia 2022 r. w Warszawie wniosku z dnia 6 grudnia 2022 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Szczytnie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Podniesienie poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych w ZOZ Szczytno”*

**postanawia:**

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

**UZASADNIENIE**

Zespół Opieki Zdrowotnej w Szczytnie (dalej: „Zamawiający”) działając na podstawie art. 578 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) w dniu 6 grudnia 2022 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na

podstawie art. 275 pkt. 2 ustawy Pzp pod nazwą: „*Podniesienie poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych w ZOZ Szczytno*” w ramach realizacji zadania pn. „*Umowa o finansowanie ze środków pochodzących z Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 podniesienia poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych świadczeniodawców z Narodowym Funduszem Zdrowia Warmińsko-Mazurskim Oddziałem Wojewódzkim w Olsztynie*”.

W uzasadnieniu przedmiotowego wniosku Zamawiający wskazał, że w jego ocenie odwołanie wykonawcy Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniesione jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Zamawiający wyjaśnił, że dnia 17 października 2022 r. podpisał z Narodowym Funduszem Zdrowia Warmińsko-Mazurskim Oddziałem Wojewódzkim w Olsztynie umowę o finansowanie ze środków pochodzących z Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 w zakresie podniesienia poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych świadczeniodawców. Umowa obowiązuje do 31 grudnia 2022 r. Konieczne jest przedłożenie przez świadczeniodawcę wniosku o wypłatę finansowania, specyfikacji finansowania, dokumentów potwierdzających nabycie i sfinansowanie wydatków oraz ich wysokość w terminie do dnia 15 grudnia br. Oddział Funduszu rozliczy się ze świadczeniodawcą nie później niż 31 grudnia 2022 r.

Zamawiający wskazał, że ogłosił postępowanie przetargowe w dniu 18 listopada 2022r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00446758. Po przeprowadzeniu konsultacji m.in. z COMP S.A. zamawiający określił warunki dotyczące „niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W wyniku zadanych pytań innego wykonawcy o warunki udziału zgodnie z art. 112 ustawy Pzp, które muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponadto art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiającego przez udzielenie odpowiedzi na pytanie zmodyfikował treść warunku rezygnując z nadmiarowego wymogu dla ekspertów pełniących rolę specjalisty inżyniera posiadającego certyfikat VMware/Juniper. W postępowaniu wpłynęły dwie ważne oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty KAMSOFT WARMIA sp. z o.o. z Olsztyna, jako najkorzystniejszej. Zamawiający uzasadniając zaistnienie przesłanek umożliwiających uchylenie zakazu zawarcia umowy wskazał, że jest podmiotem działającym w interesie publicznym i istotne jest niezwłoczne zawarcie umowy na wykonanie ww. dostaw i usług. Ważny interes publiczny wyraża się w konieczności zapewnienia przez zamawiającego ochrony systemów informatycznych i danych z zakresu Cyberbezpieczeństwa. Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy będzie narażenie Szpitala i jego pacjentów na ataki hakerów, awaria systemów informatycznych itp.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący składając odwołanie powołał się na: „*interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Jak wynika z przekazanej przez Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta złożona przez Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu rankingu ofert. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, wykonawca Kamssoft zostałby wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku ich nieuzupełnienia lub uzupełnienia dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oferta złożona przez tego wykonawcę zostałaby odrzucona, a zatem Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia*”.

Zamawiający podkreślił, że wskazywany przez Odwołującego brak wezwania Kamssoft do złożenia przedmiotowych środków dowodowych jest błędny, gdyż Zamawiający udzielił odpowiedzi korzystnej dla Kamssoft odpowiadając: „*Tak, Zamawiający uzna za spełniony warunek udziału w postępowaniu, gdy Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami z powyższymi kwalifikacjami*”. Odpowiedź: Tak, spełniała wniosek Kamssoft zawarty w pytaniu i dotyczyła kwalifikacji kierownika projektu... i wszystkich następnych kierowników projektu, bo z doświadczenia zamawiającego jest tak, że w dniu podpisania umowy zgłaszany jest jeden kierownik, a następnego dnia jest zmieniany. Zamawiający wskazał również, że przeszkodą do zawarcia umowy z COMP S.A. jest wartość oferty, która znacznie przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający ujawnił przed otwarciem ofert, że przeznaczył 292.000 PLN brutto. Ponadto podkreślił, że w przypadku konieczności powtórzenia postępowania nie zostaną dochowane terminy do rozliczenia umowy z NFZ.

Wobec powyższej przytoczonych argumentów Zamawiający stwierdził, że wniosek zasługuje w całości na uwzględnienie.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 578 ust. 1 ustawy Pzp „*Zamawiający może złożyć do Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 577*”.

Z kolei stosownie do treści przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp „*Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:*

- 1. nie zawarcie umowy 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;*
- 2. zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy*”.

Zamawiający we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy z dnia 6 grudnia 2022r. odnosił się do obu przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że z wyżej wymienionych przepisów wynika, iż uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający powinien zatem wykazać, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania.

Rozpoznając wniosek złożony w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie uzasadniają uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Na wstępie Izba zważyła, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaszły przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, czy nie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest pozytywna, wówczas należy zbadać, czy negatywne skutki przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów zagrożonych uszczerbkiem skutkiem czynności podjętych przez zamawiającego.

Składając wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Zamawiający musi w sposób szczegółowy i za pomocą precyzyjnych twierdzeń wykazać wpływ wykonania danego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołującego się wykonawcy.

Należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji interesu publicznego. Z tego względu doktryna i orzecznictwo posiłkują się uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), zgodnie z którą interes publiczny stanowią korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Interesu publicznego nie należy jednak utożsamiać z interesem zamawiającego.

Z przedstawionego przez Zamawiającego stanu sprawy, nie wynika aby nie zawarcie umowy 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.

W uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający wskazał, że jest podmiotem działającym w interesie publicznym i istotne jest niezwłoczne zawarcie umowy

na wykonanie ww. dostaw i usług. Ważny interes publiczny wyraża się w konieczności zapewnienia przez zamawiającego ochrony systemów informatycznych i danych z zakresu Cyberbezpieczeństwa. Negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które powstaną ze względu na nie zawarcie umowy będzie narażenie Szpitala i jego pacjentów na ataki hakerów, awaria systemów informatycznych itp.

Zamawiający podnosząc, iż „(...) *Negatywnymi skutkami nie zawarcie umowy będzie narażenie Szpitala i jego pacjentów na ataki hakerów, awaria systemów informatycznych (...)*” skupił się na ochronie interesu publicznego rozumianego jako zbiór jego interesów oraz pacjentów, uznając że interes ten jest nadrzędny nad interesem wykonawcy, który złożył odwołanie. Zamawiający jednakże nie wykazał, że ochrona powyższego interesu publicznego nie może zostać zapewniona w inny sposób, niż poprzez uchylenie zakazu zawarcia umowy. Nie przedstawił wiarygodnej argumentacji, potwierdzającej że niemożliwe jest np. zawarcie aneksu do ww. umowy z NFZ i ewentualne późniejsze złożenie wniosku o wypłatę finansowania zamówienia. W ocenie Izby tak lakonicznie przedstawione stanowisko Zamawiającego nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla możliwości zastosowania instytucji, która co do zasady może mieć zastosowanie jedynie w szczególnych okolicznościach uzasadniających ochronę interesu publicznego, której realizacja nie jest możliwa w inny sposób.

Izba stwierdziła także, że złożony przez Zamawiającego wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie zasługiwał na uwzględnienie w związku z faktem, że Zamawiający pomimo podpisania umowy z NFZ w dniu 17 października 2022r., postępowanie przetargowe wszczął dopiero w dniu 18 listopada 2022r. Zamawiający nie wykazał Izbie, aby w okresie pomiędzy podpisaniem umowy, a wszczęciem postępowania zaistniały jakiegokolwiek, obiektywne przyczyny uzasadniające jego wszczęcie po upływie ponad miesiąca po podpisaniu umowy. Izba uznała, że Zamawiający działając z należytą starannością winien wszcząć postępowanie w takim terminie, aby umożliwić ochronę zarówno własnych interesów jak również interesów potencjalnych wykonawców. Nie może być bowiem tak, że przez ewentualne opóźnienie Zamawiającego i zbyt późne wszczęcie postępowania, narażony zostanie interes Odwołującego, który w ustawowym terminie skorzystał z przysługujących mu środków prawnych.

Odnosząc się z kolei do drugiej przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy zauważyć, że Zamawiający uzasadniając wyżej wymienioną podstawę uchylenia zakazu podniósł, iż odwołanie zostało wniesione wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy, a zarzuty są niezasadne. Powyższe w ocenie Izby nie może być uznane za skuteczne wykazanie spełnienia powyższej przesłanki. Zasadnym jest wskazanie, że na etapie

rozpatrywania wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy, Izba nie dokonuje merytorycznej oceny zawartych w nim zarzutów (zob. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 9 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO/W 75/21). W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałyby charakter „przedsądu”. Przepis art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zatem wyłącznie do przypadków oczywistych, które nie wymagają szczegółowej analizy odwołania.

Nadto należy podkreślić, że Izba dokonuje oceny wniosku o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy jedynie na podstawie informacji w nim zawartych. Zamawiający decydując się na sformułowanie wniosku w trybie art. 578 ust. 1 ustawy Pzp powinien zatem zawrzeć w nim wyczerpującą argumentację przemawiającą za spełnieniem przesłanek wskazanych w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, w tym opisać stan faktyczny sprawy w taki sposób, który nie będzie budził żadnych wątpliwości, jakie czynności i w jakich terminach zostały dokonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także załączyć ewentualne dokumenty, na których opiera swoją argumentację. Takich dowodów natomiast Zamawiający nie złożył. Nie przedłożono przede wszystkim *„Umowy o finansowanie ze środków pochodzących z Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 podniesienia poziomu bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych świadczeniodawców z Narodowym Funduszem Zdrowia Warmińsko-Mazurskim Oddziałem Wojewódzkim w Olsztynie”*, co ewentualnie umożliwiłoby ocenę zasadności złożonego wniosku.

Mając na uwadze wskazane okoliczności, Izba postanowiła jak w sentencji, na podstawie art. 578 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, uznając, że przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy Pzp na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:** .....