

POSTANOWIENIE
z dnia 29 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 lutego 2016 r. wniosku z dnia 24 lutego 2016 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. 01-224 Warszawa, ul. Kasprzaka 25** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „cyfryzacji dokumentacji Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG SA”

postanawia:

uchylić zakaz zawarcia umowy.

Uzasadnienie

24 lutego 2016 r. zamawiający złożył wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu na wykonanie „cyfryzacji dokumentacji Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG SA” przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego 11 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Archus Sp. z o.o. 40-144 Katowice, ul Józefowska 5 oraz J. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gama J. L., 32-048 Jerzmanowice, Sąspów 268 (sygn. akt KIO 2691/15).

We wniosku zamawiający wskazał, iż sformułował program cyfryzacji zasobów archiwum geologicznego w trosce o zachowanie zasobów archiwalnych. W programie ustalono, że dokumenty zostaną zdigitalizowane i zapisane na nośnikach danych cyfrowych oraz przeniesione na mikrofilm o trwałości 300 lat i zdeponowane w niezależnej lokalizacji, jako zabezpieczenie przed upływem czasu, skutkami katastrofy, kataklizmu bądź wojny. Centralne Archiwum Geologiczne PGNiG S.A. zbiera, przechowuje i udostępnia

dokumentacje geologiczne. Zasoby archiwum są zbiorem dokumentacji technicznej o szczególnym znaczeniu dla działalności przedsiębiorstwa. Dokumentacje techniczne zawierają m.in. niepowtarzalne dane pomiarowe. Materiał ten po przetworzeniu na postać cyfrową stanowi zestaw danych, czyli podstawę do dalszej pracy dla kadry inżynierskiej PGNiG. Dokumenty wytworzone w PGNiG do 23 września 2005 r. podlegają przepisom ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym. Dokumenty archiwalne stanowią materiały archiwalne w rozumieniu art. 1 wspomnianej ustawy i na podstawie Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 20 października 2015 r. w sprawie klasyfikowania i kwalifikowania dokumentacji, przekazywania materiałów archiwalnych do archiwów państwowych i brakowania dokumentacji niearchiwalnej i automatycznie otrzymują kategorię A.

Centralne Archiwum Geologiczne PGNiG SA przechowuje dokumenty stanowiące państwowy zasób archiwalny wchodzący w skład narodowego zasobu archiwalnego, zgodnie z przepisami ww. ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach. Dokumenty te zazwyczaj składają się z części tekstowej i załączników graficznych (mapy, przekroje, rysunki techniczne). Dokumentacje wykorzystywane są na bieżąco do prac prowadzonych przez PGNiG S.A. zgodnie z ustawą z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze.

Zgodnie z art. 12 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach państwowe jednostki organizacyjne, do których obecnie zalicza się PGNiG S.A., u których powstają bądź które przechowują materiały archiwalne, są obowiązane zapewnić należyte warunki ich przechowywania, chronić je przed uszkodzeniem, zniszczeniem bądź utratą oraz zapewnić konieczną konserwację tych materiałów. Dokumentacja geologiczna będąca dokumentacją techniczną bieżącego stosowania, jest przechowywana w Centralnym Archiwum Geologicznym PGNiG, ale w przypadku likwidacji bądź przekształcenia spółki skutkującego utratą ciągłości prawnej, podlega przekazaniu do właściwego archiwum.

Ta sama ustawa reguluje też zasady udostępniania materiałów archiwalnych, nakazując udostępnianie uprawnionym podmiotom.

Dokumentacja geologiczna zawiera dane, informację geologiczną, opis warunków pozyskania danych oraz jej interpretację. Dokumenty zawierające opis warunków pozyskania danych i dokonywania pomiarów oraz zawierające interpretację danych są szczególnie cenne, gdyż opis warunków pozyskania danych pozwala m.in. na ich właściwą ocenę merytoryczną, wskazuje sposób dalszego traktowania i interpretacji, pozwala odfiltrować dane właściwe od zakłóceń i tła pomiarowego. Ponadto wnioskowanie o budowie geologicznej odbywa się w sposób pośredni, prawidłowa interpretacja danych pomiarowych wymaga zarówno wiedzy jak i doświadczenia, a każda interpretacja jest uzupełniona o komentarz i uzasadnienie merytoryczne.

Dokumentacja geologiczna była i nadal jest sporządzana w postaci dokumentów papierowych. Zbiór dokumentacji geologicznych jest zbiorem unikalnym, co potwierdza m.in. fakt, iż o udostępnienie informacji w nim zawartych zwraca się do PGNiG S.A. m.in. Państwowy Instytut Geologiczny. Zbiór dokumentacji geologicznych jest nieodtwarzalny w wypadku zniszczenia, gdyż dokumenty te były sporządzane w jednej kopii. W latach ubiegłych, a w szczególności w latach 70-tych i 80-tych XX wieku, dokumenty były sporządzane na papierze niskiej jakości. Z przyczyn technologicznych, produkowany wówczas papier był kwaśny, co skutkuje jego korozją. Codzienna eksploatacja dokumentacji powoduje jej fizyczne zużycie, a dokumenty z tego okresu same ulegają dezintegracji (rozpadowi). Dokumenty archiwalne są słabo czytelne, noszące ślady zużycia, wykonane na papierze słabej jakości, który podlega korozji i w przeciągu kilku lat ulegnie całkowitemu zniszczeniu. Ponadto załączniki często wykonane są na papierze ozalidowym.

Jak wskazano powyżej na PGNiG S.A. nałożono, m.in. rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie gromadzenia i udostępniania informacji geologicznej obowiązek udostępniania informacji geologicznej dla celów naukowo-badawczych i zadań statutowych uczelni, w tym dydaktyki, przygotowywania prac dyplomowych, magisterskich, doktorskich czy rozpraw habilitacyjnych. Zbiory Centralnego Archiwum Geologicznego cieszą się dużym zainteresowaniem, zarówno pracowników PGNiG, jak też podmiotów zewnętrznych. Dokumentacja geologiczna ma charakter dokumentacji technicznej wykorzystywanej na bieżąco do prac przedsiębiorstwa związanych m.in. z poszukiwaniem nowych złóż węglowodorów, jak również do celów naukowych, np. prac badawczych prowadzonych przez Akademię Górniczo-Hutniczą, Uniwersytet Warszawski, Politechnikę Warszawską, Wojskową Akademię Techniczną, Uniwersytet Adama Mickiewicza, Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy, Instytut Nafty i Gazu – Państwowy Instytut Badawczy. Każdego roku PGNiG otrzymuje od uczelni około 300 wniosków o udostępnienie dokumentacji geologicznej.

Wobec opisanego powyżej charakteru dokumentacji geologicznej oraz intensywnego jej wykorzystywania istnieje uzasadnione duże ryzyko bezpowrotnej utraty zawartej w dokumentacji informacji geologicznej w wyniku fizycznego zużycia nośnika papierowego. W związku z ryzykiem trwałego zużycia dokumentacji geologicznej podjęto decyzję o udostępnianiu dokumentacji geologicznej w formie elektronicznej. Udostępnienie poprzez narzędzia elektroniczne posiada dodatkowe zalety w postaci szybkiego dostępu do informacji, zdalnego dostępu do informacji oraz możliwości jednoczesnego dostępu przez wiele osób. Dostęp elektroniczny zabezpiecza dokumentację również przed zniszczeniem lub utratą podczas transportu.

Zamówienie dot. cyfryzacji archiwum nie jest zamówieniem samodzielnym, lecz powiązaniem z innymi zrealizowanymi już zamówieniami. PGNiG S.A. posiada bazę danych do

udostępniania zasobów archiwalnych. Bez procesu cyfryzacji wspomniana baza danych pozostaje pusta i nie osiąga założonej funkcjonalności.

PGNiG jest spółką o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa i realizuje zadania dla zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju. Zasoby Centralnego Archiwum Geologicznego stanowią podstawowe wsparcie informacyjne dla kształtowania polityki bezpieczeństwa energetycznego kraju, gdyż na podstawie informacji zebranej w archiwum sporządza się prace studialne i analityczne, które wskazują cele i możliwości dalszych poszukiwań złóż ropy naftowej i gazu ziemnego, a także racjonalnej gospodarki tymi surowcami.

Centralne Archiwum Geologiczne PGNiG, zbiera dokumentację geologiczną, wytworzoną w przedsiębiorstwie oraz wszelkich poprzednikach prawnych, od początku historii przemysłu naftowego w Polsce. Stąd jest największym i podstawowym zbiorem informacji o zasobach ropy naftowej i gazu ziemnego.

Zbiór danych i interpretacji zawarty w archiwum jest podstawą dla funkcjonowania pionu górniczego PGNiG (poszukiwania i eksploatacja złóż węglowodorów). Służy do projektowania i dokumentowania bieżących prac poszukiwawczych. Dokumentację geologiczną złóż stanowią podstawę techniczną i prawną do prowadzenia eksploatacji złóż. Na podstawie danych gromadzonych w Centralnym Archiwum Geologicznym sporządzane są koncepcje i plany poszukiwacze przedsiębiorstwa.

Powyższe czynności stanowią podstawę do realizacji jednego z podstawowych zadań statutowych spółki, jakim jest zaopatrzenie w nośniki energii w postaci ropy naftowej i gazu ziemnego. Zadanie to oprócz celu biznesowego ma ogromny aspekt społeczny.

Zasoby Centralnego Archiwum Geologicznego PGNiG SA mają znaczną wartość materialną. Według szacunków wartości informacji geologicznej pozostającej w dyspozycji PGNiG, wartość dokumentacji geologicznej zgromadzonej w postaci papierowych dokumentów przekracza sumę 2.6 miliarda złotych.

W interesie publicznym leży dbałość o zachowanie dokumentacji przechowywanej w Centralnym Archiwum Geologicznym i jak najszybsze poddanie jej cyfryzacji. Interes publiczny należy rozumieć jako cel, dla którego zaspokojenia realizowane miało być zamówienie, który to cel zaspokajają konkretnie wskazane potrzeby społeczne (KIO 601/11). Tak więc interes publiczny jest potrzebą ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą (KIO/UZP 262/08). Pod względem formalnym interes publiczny należy do kategorii zwrotów niedookreślonych. Przez niedookreśloność jakiegoś zwrotu rozumie się to, że jakiś zwrot będący nazwą ma nieokreśloną, niewyraźną treść. Specyfika interesu publicznego sprawia, że w każdej dziedzinie, w której występuje, w tym w zamówieniach publicznych, konieczne jest poszukiwanie treści zrelatywizowanej do określonej dziedziny prawa, w której występuje

i sfery życia ludzkiego, której to prawo dotyczy. Interes publiczny określany jest mianem stanu pożądanego przez znaczną część lub większość niedookreślonej, abstrakcyjnie pojmowanej grupy ludzi i dotyczącego tej grupy, stanowiącego pochodną systemu wartości dominującego w tym zbiorze osób i uzależnionego w swojej treści od sfery, której ów pożądaný stan dotyczy, mogącego być odmiennym albo nawet przeciwstawnym interesom prywatnym.

Ponadto doktryna i orzecznictwo odnosząc się do przesłanki interesu publicznego częstokroć odwołują się do uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., zgodnie z którą za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej. Interes publiczny należy wiązać również z mieniem publicznym – z pewnością nie jest w interesie publicznym działanie, które wyrządza szkodę w tym mieniu.

Zamawiający nie finansuje realizacji zamówienia ze środków publicznych (zdefiniowanych w art. 5 ustawy o finansach publicznych) nie oznacza to jednak, że realizacja tego zamówienia nie ma związku z interesem publicznym. Nie jest bez znaczenia, że spółka PGNiG S.A. jest spółką, w której 72,40 % akcji posiada Skarb Państwa. Działanie na szkodę interesów tej spółki jest działaniem na szkodę mienia publicznego, godzi zatem w interes publiczny. Skoro więc brak realizacji zamówienia jest niekorzystny dla Spółki, gdyż mógłby prowadzić do utraty mienia o znacznej wartości, niemożność zwarcia umowy godzić będzie w interes majątkowy spółki, a zatem także w interes publiczny.

Interes publiczny, w opinii zamawiającego konkretyzuje się w przedmiotowym postępowaniu publicznym również w postaci zachowania unikalnej dokumentacji i zasobów archiwalnych, co leży nie tylko w interesie przedsiębiorstwa rozumianego, jako spółka Skarbu Państwa, ale również w interesie całego społeczeństwa. Nie leży w interesie publicznym utrata dokumentacji mogącej służyć celom rozpoznawania i poszukiwania nowych złóż ropy naftowej i gazu ziemnego mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju jak również służącej celom naukowo-badawczym.

W aktualnym stanie faktycznym zamawiający, w związku z wystąpieniem Izby z zapytaniem do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, odroczeniem rozprawy i wydania orzeczenia do chwili otrzymania orzeczenia trybunału, co może potrwać nawet 2 lata, nie ma możliwości realizacji swoich wyżej wskazanych obowiązków. Należy podkreślić, iż zamawiający prowadził postępowanie publiczne z zachowaniem zasad określonych ustawą Prawo zamówień publicznych. W celu oceny ofert zlecił wykonanie ekspertyzy niezależnemu biegłemu. Biegły wykonał ekspertyzę rzetelnie, posługując się profesjonalnym sprzętem oraz zgodnie z ogólnie przyjętą metodologią wykonywania badań mikrofilmów, przedłożonych, jako próbki przez wykonawców.

W opinii zamawiającego odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet, jeśli by przyjąć, iż rozstrzygnięcie odwołania nastąpi na korzyść odwołującego, to wartość utraconego przez niego zysku z tytułu realizacji zamówienia (interesu majątkowego) jest znikoma w stosunku do wartości, jakie mogą zostać utracone w związku z kilkuletnim oczekiwaniem na przystąpienie do realizacji zamówienia przez zamawiającego. Odwołujący wycenił wartość zrealizowanych prac na kwotę ok. 4.650.000 zł., przy czym obejmuje ona zarówno koszty wykonania zamówienia, jak i zysk wykonawcy. Tym samym stratą wykonawcy będzie jedynie utrata owego zysku. Wskazać należy, iż wartość dokumentacji i informacji, jakie mogą zostać bezpowrotnie utracone wynosi ok. 500 milionów złotych, różnica tych kwot (tj. straty zamawiającego i wykonawcy) jest ogromna. Ranga owych dwóch kwot, tj. strat zamawiającego i odwołującego, jest nieporównywalna. Uszczerbek, który może ponieść odwołujący, jest hipotetyczny, natomiast szkoda dla zamawiającego jest realna.

Ponadto prawdopodobieństwo doznania uszczerbku przez odwołującego w wyniku podejmowanych przez zamawiającego czynności jest, w opinii zamawiającego niewielkie, gdyż złożone odwołanie zostało poparte dowodami wykonanymi w niewłaściwy sposób, z brakiem zachowania należytej staranności i profesjonalizmu. Dlatego też negatywne skutki dla interesu publicznego będą znacznie przewyższały korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów odwołującego.

W tym stanie rzeczy, w opinii zamawiającego zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Dalsze wydłużanie terminu, w którym zostaną podjęte prace mające na celu cyfryzację archiwum, co wiąże się z niemożnością zawarcia umowy może powodować zagrożenie utraty dokumentacji geologicznych. Utrata tak istotnych danych może wpływać na zdolność Spółki do wywiązywania się ze swoich statutowych i prawnych obowiązków.

Zatem niezawarcie 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.

Z tych powodów, w przekonaniu zamawiającego, zachodzi przesłanka do wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku kończącego postępowanie odwoławcze.

Przepis art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli jej niezawarcie 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.

Dla oceny możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, konieczne jest zatem wykazanie, że niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawców biorących udział w postępowaniu – w tym przypadku odwołującego.

Biorąc pod uwagę zaprezentowaną powyżej argumentację zamawiającego przedstawioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, która w opinii Izby jest przekonująca i wskazuje na wypełnienie przesłanek art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a którą Izba niniejszym uznaje za swoją, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz stwierdziła, że w niniejszym przypadku niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów odwołującego się wykonawcy. Z tym zastrzeżeniem, iż powyższe podzielenie stanowiska zamawiającego nie dotyczy kwestii związanych z oceną słuszności zarzutów oraz argumentacji podnoszonej przez strony w ramach postępowania odwoławczego, których Izba nie rozstrzyga niniejszym postanowieniem. Również przepis art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w żaden sposób nie odnosi się do tego, która ze stron ma potencjalnie większe szanse na wygranie sporu zawisłego przed Izbą, a jedynie do wpływu opóźnienia realizacji planowanego zamówienia na interes publiczny.

W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji.

Stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: