

Sygn. akt: KIO/W 45/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 grudnia 2024 r. w Warszawie wniosku z dnia 16 grudnia 2024 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wniesionego przez zamawiającego Zamek Królewski na Wawelu – Państwowe Zbiory Sztuki z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, zainstalowanie i uruchomienie w siedzibie Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowych Zbiorów Sztuki, obiektowo plikowego systemu przetwarzania danych w ramach modernizacji infrastruktury przechowywania danych Zamawiającego (wewnętrzny identyfikator: DZP-271-61/24)

postanawia:

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

W dniu 16 grudnia 2024 r. zamawiający Zamek Królewski na Wawelu-Państwowe Zbiory Sztuki (dalej jako „Zamawiający”) wystąpił z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 4605/24, na podstawie w art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej jako „ustawa Pzp”). Wniosek został złożony w związku z wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2024 r. przez wykonawcę ADT Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę, zainstalowanie i uruchomienie w siedzibie Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowych Zbiorów Sztuki, obiektowo plikowego systemu przetwarzania danych w ramach modernizacji infrastruktury przechowywania danych Zamawiającego (wewnętrzny identyfikator: DZP-271-61/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 194/2024 nr 598724-2024 w dniu 4 października 2024 r.

Zamawiający uzasadniając wniosek wskazał, że jest państwową instytucją kultury. Podstawowym celem statutowym Zamawiającego jest zachowanie dla przyszłych pokoleń najcenniejszych artefaktów polskiego dziedzictwa narodowego. Są to zarówno zabytki nieruchome (kompleks dawnej siedziby polskich władców na wzgórzu wawelskim), ale także ruchome, takie jak Szczerbiec – miecz koronacyjny królów Polski, inne precjoza zgromadzone w Skarbcu Koronnym i Zbrojowni, unikalna na skalę światową kolekcja porcelany, cenny zbiór malarstwa renesansowego, dawne księgi, mapy i plany. Jednym z elementów zachowania i zabezpieczenia zbiorów jest tworzenie ich cyfrowych kopii. Stworzenie cyfrowego odwzorowania eksponatów nie tylko umożliwia zachowanie pełnej informacji o danym przedmiocie, ale także zapewnia wgląd w wawelskie zbiory w bezpieczny sposób, czyli bez konieczności udostępniania oryginału. Ta ostatnia przesłanka jest niezwykle istotna z uwagi na kolejny ze statutowych celów Zamawiającego, a więc prowadzenie działalności edukacyjnej. Zgromadzone na wzgórzu wawelskim eksponaty są nadal przedmiotem zainteresowania i badań naukowców. Od 2021 r. Zamawiający prowadzi w zakresie digitalizacji zbiorów zakrojone na szeroką skalę działania, w tym udziela zamówień publicznych na dostawę niezbędnego sprzętu i wyposażenia. Zakupiono, m.in. aparaty fotograficzne do wykonywania zdjęć w wysokiej rozdzielczości, generatory błysku i lampy, wraz z oprzyrządowaniem i oprogramowaniem, specjalistyczne skanery do

digitalizacji materiałów archiwalnych, w tym głęboko zszytych ksiąg i pergaminów. Zamawiający wdrożył też (i stale rozwija) autorski system elektronicznego rejestru eksponatów, którego elementem jest cyfrowe repozytorium, w którym przechowywane są pliki będące efektem digitalizacji eksponatów. (Dowód: a) ogłoszenie o wykonaniu umowy z dnia 22 lutego 2022 r., nr 2022/BZP 00065267/01, b) ogłoszenie o wykonaniu umowy z dnia 22 lutego 2022 r., nr 2022/BZP 00065272/01, c) ogłoszenie o wykonaniu umowy z dnia 22 lutego 2022 r., nr 2022/BZP 00065273/01, d) ogłoszenie o wykonaniu umowy z dnia 22 lutego 2022 r. nr 2022/BZP 00065274/01, e) ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 09 grudnia 2024 r., nr 2024/BZP 00640124/01 – na okoliczność wykazania prowadzenia przez Zamawiającego procesu digitalizacji zbiorów).

Kolejnym działaniem koniecznym do zabezpieczenia cyfrowych kopii eksponatów jest zapewnienie odpowiedniej przestrzeni do przechowywania takich plików (cyfrowego archiwum). Rozwiązanie to musi zapewnić przede wszystkim łatwą skalowalność przestrzeni w celu zapewnienia miejsca na zbiory, umożliwić wymianę elementów składowych rozwiązania bez naruszania integralności zgromadzonych danych oraz bezpieczeństwo i długowieczność przechowywanych danych. Obecnie Zamawiający boryka się z problemem braku wystarczającej przestrzeni cyfrowej do przechowywania plików zawierających zdigitalizowane wizerunki eksponatów. Na dziś infrastruktura służąca do przechowywania tych danych (w ramach elektronicznego rejestru eksponatów „Mikomi”) zajęta jest w ponad 94%, a Zamawiający nie dysponuje już żadnymi rezerwami w tym zakresie (Dowód: zrzut ekranu podsumowujący stan systemu i zawierający komunikat: /home/mikomi/system/uploads is using 94.4% of 99.60TB (ponad 94% dostępnej przestrzeni jest zajęte)– na okoliczność wykazania konieczności poszerzenia zasobów służących do przechowywania plików). Gromadzone przez instytucje publiczne, w tym muzea, dane cyfrowe uznawane są za zasoby podlegające szczególnej ochronie, a systemy służące do ich przechowywania – za infrastrukturę krytyczną. Nie ma zatem możliwości wykorzystania żadnych rozwiązań prowizorycznych czy tymczasowych. Bezpieczeństwo takiego środowiska, rozumiane także jako wystarczająca pojemność do przechowywania zasobów cyfrowych, w dobie stale narastających zagrożeń powodowanych przez zewnętrzne ataki na infrastrukturę informatyczną, ma kluczowe znaczenie dla zabezpieczenia najcenniejszych zasobów, także w odniesieniu do dziedzictwa kulturowego i historycznego.

Środki przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia Zamawiający pozyskał z dotacji celowej udzielonej przez Skarb Państwa - Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, na podstawie umowy nr 78/DF-V/EK/2024. Stosownie do jej postanowień zobowiązany jest wykorzystać udostępnione środki finansowe od dnia 1 grudnia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2024 r. poprzez zapłatę za zrealizowane zadania, na

które dotacja była udzielona (w tym podatków i świadczeń od wynagrodzeń). Poprzez realizację zadania rozumie się zarówno wykonanie rzeczowe, a także finansowe, w tym realizację wszystkich płatności (tak § 9 ust 1 przywołanej umowy). Środki finansowe niewykorzystane we wskazanym terminie Zamawiający jest zobowiązany zwrócić (tak z kolei § 9 ust 2). Zamawiający nie ma możliwości sfinansowania tego zadania po dniu 31 grudnia 2024 r. (z uwagi na obowiązek zwrotu przyznanej mu, a niewykorzystanej dotacji), ponieważ nie posiada środków własnych w takiej wysokości. Przychody ze sprzedaży biletów wstępu są przeznaczone na działalność bieżącą Zamawiającego, przede wszystkim na remonty i utrzymanie substancji zabytkowej. Tym samym, nawet w przypadku wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku uznającego odwołanie za zasadne, Zamawiający nie będzie miał możliwości (z uwagi na ustawowe terminy złożenia podmiotowych środków dowodowych i zawarcia umowy) kontynuowania postępowania (z uwagi na utratę źródła finansowania) i będzie musiał podjąć decyzję o jego unieważnieniu. (Dowód: umowa dotacyjna nr 78/DF-V/EK/2024 – na okoliczność wykazania faktu pozyskania środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia z dotacji celowej Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz obowiązku zwrotu tychże w przypadku ich niewydatkowania do dnia 31 grudnia 2024 r., a w konsekwencji pozbawienia Zamawiającego po tej dacie środków niezbędnych do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy).

Zamawiający wskazał, że niezawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, który w tym przypadku przybiera postać właściwego zabezpieczenia najcenniejszych zbiorów polskiego dziedzictwa narodowego. Nie jest to zatem partykularny interes samego Zamawiającego, ponieważ nabycie tego rodzaju systemu do przechowywania danych nie przysporzy mu żadnej doraźnej korzyści związanej z wartościami materialnymi (np. ze wzrostem przychodów z prowadzonej działalności) czy też niematerialnymi (wzrost renomy instytucji). Zamawiający respektuje prawo każdego wykonawcy do kwestionowania prawidłowości dokonywanych przez niego czynności, w drodze wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach Ustawy Pzp. Jednakże w tym przypadku negatywne konsekwencje niezawarcia umowy będą miały skutki w szerszym wymiarze społecznym (przez spowodowanie zagrożenia dla szczególnie cennego dobra wspólnego wszystkich Polaków), spowodują szkodę w interesie publicznym poprzez zastopowanie procesu digitalizacji zbiorów zgromadzonych w Zamku Królewskim na Wawelu, w tym w stosunku do już zgromadzonych zasobów cyfrowych (przez brak niezbędnej przestrzeni do przechowywania danych). Te okoliczności przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony indywidualnego interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 577 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) 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;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Instytucja uchylenia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 ustawy Pzp, wobec czego przesłanki wskazane w art. 578 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne, której przedmiotem jest dostawa, zainstalowanie i uruchomienie obiektowo plikowego systemu przetwarzania danych w ramach modernizacji infrastruktury przechowywania danych Zamawiającego, mogłoby spowodować takie negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższałyby 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 nie neguje stanowiska Zamawiającego, iż prowadzone przez Zamawiającego działania związane z digitalizacją zbiorów sztuki mają ważne znaczenie dla zachowania dziedzictwa narodowego i prowadzonej przez Zamawiającego działalności edukacyjnej oraz kulturowej. Niemniej jedyna argumentacja mająca uzasadniać zasadność wniosku sprowadzała się do wskazania, że Zamawiający zobowiązany jest wykorzystać pozyskane z dotacji środki finansowe do dnia 31 grudnia 2024 r. pod ryzykiem ich utraty i braku

możliwości sfinansowania zamówienia. W ocenie Izby tego rodzaju twierdzenie samo w sobie nie stanowi argumentu dostatecznie uzasadniającego zaistnienie przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, nie można bowiem w sposób automatyczny w każdej sytuacji ryzyka utraty dofinansowania wywodzić, że interes publiczny przewyższać będzie korzyści związane z ochroną wszystkich innych interesów. Idąc tym tokiem rozumowania uchylenie zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne stałoby się normą, a nie taki jest cel tej instytucji. Ustawodawca przyznaje prymat ochronie prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, a ograniczenie tego prawa może mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, odpowiednio przez Zamawiającego wykazanych. Nie jest okolicznością nadzwyczajną to, że w przypadku uzyskania dofinansowania na realizację zamówienia instytucje zamawiające zobowiązane są do dotrzymania określonych wymagań i terminów. Co istotne na kanwie rozpoznawanego wniosku, Zamawiający zawarł umowę nr 78/DF-V/EK/2024 dotyczącą udzielenia dotacji celowej na wydatki inwestycyjne ze środków finansowych Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego pochodzących z budżetu państwa w lutym 2024 r. i już wówczas posiadał wiedzę, że termin wykonania umowy został ustalony do dnia 31 grudnia 2024 r. Zamawiający wiedział również, że przekazane środki finansowe jest zobowiązany wykorzystać do dnia 31 grudnia 2024 r. poprzez zapłatę za zrealizowane zadania, na które dotacja była udzielona. Ponadto z uwagi na prowadzenie zakrojonych na szeroką skalę działań związanych z digitalizacją eksponatów Zamawiający musiał mieć świadomość, że konieczne będzie zapewnienie dostatecznej i odpowiednio bezpiecznej przestrzeni cyfrowej do przechowywania plików. We wniosku nie wyjaśniono jednak dlaczego w takich okolicznościach stanu faktycznego Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia, którego wartość przekraczała progi unijne (a zatem implikowała konieczność zapewnienia dłuższego terminu składania ofert) dopiero w dniu 4 października 2024 r. Izba wskazuje, iż powodzenie danego przedsięwzięcia inwestycyjnego realizowanego ze środków publicznych zależy w znacznej mierze od prawidłowego zaplanowania niezbędnych postępowań o udzielenie zamówienia i właściwej korelacji działań. Powyższe obowiązki leżą po stronie Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez Zamawiającego oczekiwanym i gwarantującym zakończenie określonego rodzaju prac w pożądanym czasie.

Ponadto Izba stwierdziła, że zgodnie z dokumentami zamówienia przedmiotem zamówienia jest dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie w siedzibie Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowych Zbiorów Sztuki obiektowo plikowego systemu

przetwarzania danych w ramach modernizacji infrastruktury przechowywania danych Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem: a) dostawę Systemu Obiektowo Plikowego Przetwarzania Danych; b) wdrożenie Systemu w infrastrukturze Zamawiającego obejmujące jego instalację, uruchomienie i konfigurację; c) wykonanie dokumentacji przedwdrożeniowej w oparciu o dokumentację Zamawiającego, wizję lokalną oraz zakres określony przez Zamawiającego. Szczegółowe określenie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia zawarto w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji) oraz Wzorzec Umowy (stanowiącym Załącznik nr 9 do Specyfikacji). W Opisie przedmiotu zamówienia wskazano, że obejmuje on m.in.

1. Dostawę Systemu Obiektowo Plikowego Przetwarzania Danych;
2. Wdrożenie Systemu w infrastrukturze Zamawiającego obejmujące jego instalację, uruchomienie i konfigurację;
3. Wykonanie dokumentacji przedwdrożeniowej w oparciu o dokumentację Zamawiającego, wizję lokalną oraz zakres określony przez Zamawiającego;
4. Dokumentacja przedwdrożeniowa powinna uwzględniać m. in.:
 - 4.1. Architekturę fizyczną oraz logiczną docelowego rozwiązania,
 - 4.2. Konfigurację urządzeń w zakresie sprzętowym wraz z adresacją, konfiguracją zasobów dyskowych, replikacją, autoryzacją i innymi funkcjami wymaganymi na tym etapie przez Zamawiającego.
 - 4.3. Szczegółowy harmonogram prac wdrożeniowych.
 - 4.4. Plan minimum pięciu testów akceptacyjnych zawierający scenariusze oraz procedury składające się z co najmniej informacji na temat obiektu testu.;
5. W przypadku wymagania przez Wykonawcę wizji lokalnych, Zamawiający umożliwi ich przeprowadzenie;
6. Przeprowadzenie szkolenia dla minimum trzech pracowników Zamawiającego obejmującego konfigurowanie Systemu (w tym wchodzących w jego skład urządzeń), administrowanie Systemem w zakresie co najmniej tych parametrów i funkcjonalności, które zostaną skonfigurowane w ramach prac wdrożeniowych. Szkolenie w wymiarze co najmniej 24 godzin;
7. Opracowanie i przeprowadzenie co najmniej pięciu testów akceptacyjnych Systemu przy udziale Zamawiającego.
8. Opracowanie dokumentacji technicznej wdrożonego rozwiązania;
9. Opracowanie procedur utrzymania dostarczonego Systemu przy współpracy z Zamawiającym.

Jednocześnie termin realizacji zamówienia został w SWZ określony na 21 dni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający, powołując się na fakt, że musi wykorzystać środki finansowe do 31 grudnia 2024 r., w żaden sposób nie wyjaśnił, czy jest w ogóle możliwe wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim czasie. Tymczasem poprzez realizację zadania, jak wskazał sam Zamawiający, w świetle par. 9 ust. 1 umowy nr 78/DF-V/EK/2024 rozumie się wykonanie rzeczowe zadania oraz wykonanie finansowe zadania, w tym realizację wszystkich płatności. Najpierw zamówienie musi zostać zatem wykonane, odebrane, a wykonawcy należy zapłacić całe wynagrodzenie.

Argumentacja zawarta we wniosku została przedstawiona przez Zamawiającego z pominięciem istotnych elementów stanu faktycznego i nie stanowi argumentacji dostatecznie wykazującej, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia (które Zamawiający sprowadzał do wstrzymania procesu digitalizacji) przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba w oparciu o art. 578 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp postanowiła jak w sentencji, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, co skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp na przedmiotowe postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodnicząca: