

sygn. akt: KIO 2006/13

Sygn. akt: KIO 2006/13

WYROK
z dnia 3 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 r. przez **Safe Computing Sp. z o.o., ul. Arabska 7A, 03-977 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych, ul. Rtm. Witolda Pileckiego 63, 02-781 Warszawa**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Safe Computing Sp. z o.o. z Warszawy**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Safe Computing Sp. z o.o. z Warszawy**, tytułem wpisu od odwołania,

sygn. akt: KIO 2006/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych, ul. rtm. Witolda Pileckiego 63; 02-781 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wyposażenie centrum utrzymania systemu e-PUAP*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907).

Zamawiający dnia 9 sierpnia 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 19 sierpnia 2013 roku wykonawca Safe Computing sp. z o.o., ul. Arabska 7A; 03-977 Warszawa 23 73 (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy brak było przesłanek do dokonania tej czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Zgodnie z przekazanym przez zamawiającego *Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty* z dnia 11 lipca 2013 r., oferta złożona przez odwołującego została wybrana, jako oferta najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego z odwołującym zostałaby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie zostanie z nim zawarta umowa i nie będzie realizował przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 sierpnia 2013 roku, zawierającym informację o unieważnieniu postępowania, zamawiający, jako podstawę prawną unieważnienia postępowania podał przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał z kolei, iż *„Pierwotnie za utrzymanie systemu e-PUAP odpowiedzialny był Departament Informatyzacji MAiC, który zgodnie ze stanem faktycznym zgłosił potrzebę doposażenia istniejącego już centrum utrzymania dla systemu ePUAP. Wynikiem tego działania było wszczęcie postępowania przetargowego o numerze 19-CPI-WZP-2244/13 dotyczącego wyposażenia centrum utrzymania systemu ePUAP. W związku ze zmianą podmiotu odpowiedzialnego za przyszłe utrzymanie systemu ePUAP, zachodzi konieczność zmiany obecnego modelu utrzymania polegającego na obsłudze przez podmiot zewnętrzny komercyjny (outsourcing) na model utrzymania systemu w ramach własnych zasobów i środków CPI. W związku z powyższym przewiduje się obniżenie kosztów utrzymania. W związku z wyżej opisanymi zmianami zakres zamówienia zlecony do realizacji CPI przez Departament Informatyzacji MAiC ulegnie zmianie. W szczególności będzie to dotyczyć zakresu wykorzystania narzędzi informatycznych objętych przedmiotem aktualnie prowadzonego postępowania oraz przewidywanego harmonogramu wdrożenia produkcyjnego. W związku z powyższym, zmiana organizacji utrzymania w związku z decyzją nr 15 Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 31 lipca 2013 r., wpływa na celowość i zasadność przedmiotu zamówienia 19-CPI- WZP-2244/13 oraz znajduje odzwierciedlenie w harmonogramie realizacji tego zamówienia. (...) Mając powyższe na uwadze aspekty techniczne z szczególnym uwzględnieniem faktu zmiany podmiotu utrzymującego i jego organizacji (zasoby, tryb pracy, infrastruktura) udzielenie zamówienia w ramach postępowania 19-CPI-WZP-2244/13 jest niecelowe i bezzasadne ze względu na:*

- 1) *bezwzględną nieprzydatność przedmiotu zamówienia dla zamawiającego do jest sprzeczne z celowym, gospodarnym i efektywnym wydatkowaniem środków publicznych,*
- 2) *zmianę koncepcji utrzymania i jej wpływu na zakres niezbędnych narzędzi,*

- 3) zmianę zakresu funkcjonalnego narzędzi planowanych do wykorzystania w nowym modelu utrzymania,
- 4) posiadaną przez zamawiającego wiedzę o możliwej zmianie terminu realizacji umowy ewentualnie zawartej w wyniku zakończenia postępowania 19-CPI-WZP-2244/13 przed jej podpisaniem.”.

Odwołujący podał, iż wskazana w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia okoliczność, iż CPI realizowało zadania zlecone przez MAiC (Departamentu Informatyzacji MAiC) nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania. W sekcji I ogłoszenia o zamówieniu, jako zamawiający zostało wskazane CPI, a nie Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji. W sekcji I pkt 1.4) ogłoszenia jednoznacznie stwierdzono, że CPI dokonuje zakupu we własnym imieniu. Informacja o tym, że CPI prowadzi postępowanie w imieniu i na rzecz MAiC nie została również zamieszczona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezsprzeczne jest zatem, że CPI przygotowało i prowadziło postępowanie w celu realizacji własnych potrzeb oraz w ramach własnych zasobów i środków.

Powoływana w uzasadnieniu faktycznym decyzja Ministra Administracji i Cyfryzacji nie ma zatem wpływu na realizację przedmiotu zamówienia. Przed jej wydaniem przedmiot zamówienia był realizowany w ramach własnych zasobów i środków. Zamawiający nie występował, jako podmiot zewnętrzny, a MAiC jako odbiorca usług. Decyzja Ministra Administracji i Cyfryzacji nie wprowadza w tym zakresie żadnych zmian. Na mocy tej decyzji, Minister Administracji i Cyfryzacji powierzył bowiem CPI „*utrzymanie Systemu elektronicznej Platformy Usług administracji Publicznej e-PUAP*”, czyli *de facto* usankcjonował fakt, że utrzymanie systemu e-PUAP, a zatem również realizacji przedmiotu zamówienia ma następować w ramach własnych zasobów i środków CPI. W konsekwencji, nie wystąpiła zatem, żadna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Co więcej nawet gdyby zmiana faktycznie zaistniała to zmiana ta spowodowała, iż realizacja zamówienia jest jeszcze bardziej niezbędna zamawiającemu, albowiem pozwoli mu realizować nowe obowiązki.

W ocenie odwołującego, jeżeliby nawet gdyby przyjąć, że rzeczywiście mamy do czynienia ze zmianą modelu utrzymania z outsourcingu na modelu utrzymania w ramach własnych środków i zasobów CPI to podkreślenia wymaga, że narzędzie wspomagające zarządzanie operacyjne i bezpieczeństwa jest narzędziem kluczowym i niezbędnym zamawiającemu do prawidłowej realizacji powierzonych mu zadań. Sytuacja przedstawiona w uzasadnieniu jest dokładnie odwrotna niż realne sytuacje zachodzące na rynku. To właśnie w modelu outsourcingu narzędzia wspomagające nie są istotne, gdyż leżą one w zakresie podmiotu zewnętrznego. Innymi słowy natura outsourcingu polega na tym, iż m.in. odpowiedzialność za bezpieczeństwo, monitorowanie, obsługę incydentów czy prawidłowe działanie

wydajnościowe leży w kwestii podmiotu zewnętrznego, odbiorca usług outsourcingowy jedynie rozlicza outsourcera z ww. zakresów. W przypadku przejścia na model utrzymania własnymi środkami/zasobami, wyżej wymienione aspekty, tj. m.in. odpowiedzialność za bezpieczeństwo, monitorowanie, obsługa incydentów czy prawidłowe działanie wydajnościowe przechodzą w zakres obowiązków departamentu IT zamawiającego.

Ewentualna zmiana modelu utrzymania nie implikuje zmian w formie świadczenia usługi, architekturze aplikacji czy natury pracy związanej z utrzymaniem komponentów IT. W tym przypadku zmiana dotyczyłaby jedynie zmiany organizacyjnej i zakresu odpowiedzialności (inny podmiot odpowiada za dostarczenie tych samych usług). Stąd zakres niezbędnych narzędzi i ich zakres funkcjonalny nie ulega istotnym zmianom przy przejściu z modelu outsourcingu na model utrzymania wewnętrznego.

Zdaniem odwołującego, w przedstawionym przez zamawiającego uzasadnieniu faktycznym nie wykazał on wystąpienia również drugiej przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp - przesłanki braku możliwości przewidzenia wystąpienia istotnej zmiany okoliczności. Skoro jak twierdzi zamawiający, zmiana organizacji utrzymania wynikająca z decyzji nr 15 Ministra Administracji i Cyfryzacji miała tak istotne znaczenie to nie sposób przyjąć, że w momencie ogłoszenia postępowania w połowie kwietnia 2013 r. nie miał na jej temat żadnych informacji ani nie mógł, przy zachowaniu należytej staranności, przewidzieć jej wystąpienia. Pomiedzy ogłoszeniem postępowania a wydaniem decyzji przez Ministra Administracji i Cyfryzacji upłynęły zaledwie 4 miesiące. Tak znaczące zmiany w dużych i istotnych dla administracji publicznej projektach informatycznych nie są przecież przeprowadzane *ad hoc*, ale szczegółowo i kompleksowo planowane, co wynika również z faktu finansowania ich ze środków Unii Europejskiej. Musiały być zatem chociażby konsultowane z zamawiającym.

Znaczenie systemu e-PUAP dla administracji publicznej oraz fakt, że utrzymanie systemu zostało przekazane CPI wyklucza jakakolwiek niepewność czy nieprzewidywalność wskazywanej przez zamawiającego rzekomej zmiany organizacji utrzymania systemu e-PUAP.

Ponadto, w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia postępowania zamawiający nie wykazał, jaki interes publiczny wymaga unieważnienia postępowania. W szczególności nie stanowi wykazania przesłanki interesu publicznego nieoparte żadnymi dowodami twierdzenie zamawiającego, że udzielenie zamówienia w ramach postępowania jest niecelowe i bezzasadne ze względu na bezwzględną nieprzydatność przedmiotu zamówienia dla zamawiającego, zmianę koncepcji utrzymania i jej wpływu na zakres niezbędnych narzędzi oraz zmianę zakresu funkcjonalnego narzędzi planowanych do wykorzystania w nowym modelu utrzymania. Jak już bowiem wyżej wykazano, podnoszona przez zamawiającego rzekoma zmiana organizacji utrzymania nie ma żadnego znaczenia dla

zasadności i celowości uzyskania przedmiotu zamówienia. Tym samym, nie odpadła przesłanka interesu publicznego w prowadzeniu postępowania lub wykonaniu zamówienia.

W załączniku nr 1 do s.i.w.z. *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt 1.3 wskazano, że celem przedmiotu zamówienia jest automatyzacja i optymalizacja procesów wchodzący w zakres utrzymania platformy e-PUAP oraz monitorowanie ich. Skoro zatem w wyniku decyzji Ministra Administracji i Cyfryzacji utrzymanie e-PUAP zostało powierzone CPI to nie może budzić żadnych wątpliwości, iż narzędzia objęte przedmiotem zamówienia są CPI niezbędne do prawidłowej realizacji powierzonych jej zadań, co leży w interesie publicznym.

Przedmiotem zamówienia są narzędzia wspierające zarządzanie i prawidłowe wywiązanie się z obowiązku utrzymania systemu e-PUAP. Dzięki zastosowaniu narzędzi będących przedmiotem przetargu zamawiający redukuje następujące ryzyka i związane z nimi koszty finansowe:

- a. ryzyko związane z nieuprawnionym dostępem z wewnątrz do systemów informatycznych i komponentów takie jak utrata danych, stabilności systemu, (redukowane przez system zarządzania kontami uprzywilejowanymi);
- b. ryzyko z wystąpienie dziur bezpieczeństwa i ataków z zewnątrz takie jak utrata danych i stabilność systemu (redukowane przez system monitorowania bezpieczeństwa);
- c. czas obsługi i reakcji na zaistniałe sytuacje awaryjne, błędy czy żądania zmian (automatyzowane i wspierane przez Service Desk);
- d. ryzyko i czas związany z wykrywaniem, reagowaniem i usuwaniem awarii i błędów występujących w środowisku produkcyjnym odpowiedzialnym za dostępność i jakość usługi ePuap2 i zależnych (realizowane przez system monitoringu).

Rezygnując z wyżej wymienionych narzędzi wspierających zamawiający naraża się na dodatkowe koszty i ryzyka związane z dostępnością, wydajnością i bezpieczeństwem platformy ePuap2 i innych systemów dostarczanych przez CPI, których wystąpienie jest szczególnie prawdopodobne podczas zmiany modelu utrzymania. Oferowane narzędzia oferują gotowe schematy i standardy automatyzujące i optymalizujące pracę zespołów ludzkich, a także uzupełniające ich wiedzę, która może być nie pełna w przypadku zmiany modelu (nie pełny transfer wiedzy, różnice zasobowe i kompetencyjne w kadrze, etc.). Rezygnacja z oferowanych narzędzi nie powoduje oszczędności dla zamawiającego, gdyż przy obecnej skali i krytyczności usług dostarczanych przez IT ich obecność jest całkowicie niezbędna. Narzędzia tej klasy lub równoważne są stosowane przez wszystkie porównywalne jednostki sektora publicznego (Ministerstwa, NBP, NFZ, urzędy miasta, etc.). Unieważniając postępowanie, zamawiający jedynie przesuwają konieczność ich zakupu w czasie, co spowoduje nieuzasadniony wzrost kosztów. Zamawiający będzie bowiem musiał ponieść dodatkowe koszty związane z unieważnieniem przedmiotowego postępowania, przeprowadzeniem kolejnego oraz ryzyko i koszty związane z brakiem takich

narzędzi do czasu zakończenia kolejnego postępowania. Tym samym wykonanie przedmiotu zamówienia leży w interesie publicznym.

Za zasadnością powyższego stanowiska przemawia fakt, iż przedmiot zamówienia w istocie powoduje dostosowanie systemu teleinformatycznego ePUAP do przepisów prawa, odnoszących się do systemów teleinformatycznych używanych przez podmioty realizujące zadania publiczne. W szczególności chodzi o wymagania zawarte w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 526).

Zdaniem odwołującego realizacja przedmiotu zamówienia leży w interesie publicznym, również w tym sensie, że pozwala na spełnienie formalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych realizujących zadania publiczne, natomiast rezygnacja z ich wdrożenia powinna być rozpatrywana w kontekście braku spełnienia tych formalnych wymagań przez system ePUAP, co oczywiście jest sprzeczne z interesem publicznym.

Za nieuzasadnione należy uznać powoływanie się przez zamawiającego na fakt, że udzielenie zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania jest niecelowe i bezzasadne ze względu na „posiadaną przez zamawiającego wiedzę o możliwej zmianie terminu realizacji umowy ewentualnie zawartej w wyniku zakończenia postępowania 19-CPI-WZP-2244/13 przed jej podpisaniem.” W uzasadnieniu faktycznym zamawiający stwierdził, iż „realizowane obecnie w projekcie ePUAP2 umowy prowadzą do modernizacji kluczowych elementów systemu. Umowa 2013/CPI/7/Comarch kluczowa dla wdrożenia niniejszego przedmiotu zamówienia, obarczona jest realnym ryzykiem przekroczenia (wydłużenia) pierwotnego terminu realizacji. W związku z tym nie ma możliwości realizacji umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania w terminie określonym w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu oraz zadeklarowanym w ofercie Wykonawcy.”

Jak już wyżej podkreślano, celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający w dniu 11 lipca 2013 r. dokonał wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, co nastąpiło w terminie związania ofertą. Wskazana przez zamawiającego okoliczność, nie może zatem stanowić podstawy unieważnienia postępowania, gdyż nie ma przeszkód dla wydłużenia pierwotnie określonego terminu realizacji zamówienia zarówno przed podpisaniem umowy jak i po jej ewentualnym podpisaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, termin wykonania zamówienia nie ma istotnego znaczenia w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Nie został on ujęty w kryteriach oceny ofert, a co za tym idzie nie miał wpływu na wynik postępowania. Ewentualna zmiana umowy

w tym zakresie nie będzie zatem podlegała zakazowi zawartemu w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym za dopuszczalne należy uznać dokonanie zmiany wzoru umowy w zakresie terminu realizacji po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed jej podpisaniem (*argumentum a maiori ad minus*).

Nawet gdyby uznać, że zmiana terminu realizacji zamówienia jest na gruncie przedmiotowego postępowania zmianą istotną to biorąc pod uwagę treść art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, jest ona zmianą dopuszczalną. Zmiana terminu realizacji została bowiem przewidziana w § 13 ust. 1 załącznika nr 9 do s.i.w.z. Istotne postanowienia umowy.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie wykazał, że na gruncie przedmiotowego postępowania wystąpiły przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym, decyzja zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania była uznaniowa i bezpodstawną. Takie działanie stanowi zaś rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu unieważnić prowadzone przez niego postępowanie w przypadku, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Czynność unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania podlega regułom wykładni ścieśniającej.

Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jedynie w razie zaistnienia okoliczności, w których doszło do kumulatywnego ziszczenia trzech przesłanek połączonych adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym:

- zmiany o istotnym charakterze,
- zmiany powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym,
- braku możliwości wcześniejszego przewidzenia wystąpienia tej okoliczności.

Wstępnie zauważyć trzeba, że ustawodawca nie przesądził charakteru okoliczności uzasadniających czynność unieważnienia postępowania. Przyjąć zatem należy, że mogą mieć one charakter okoliczności faktycznych lub prawnych.

Oceny czynności unieważnienia postępowania dokonać należy, na dzień jej dokonania, według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w tej dacie, z zastrzeżeniem, iż przyczyny unieważnienia były niemożliwe do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania.

W celu dokonania właściwej wykładni brzmienia powołanego przepisu w kontekście przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w szczególności odnosząc się do przedmiotu zamówienia Izba wskazuje na istotny element, który zdaje się odwołujący nie zauważa. Chodzi mianowicie o obiektywne spojrzenie na interes publiczny, którego gwarantem jest Rząd Polski, reprezentowany w przedmiotowym postępowaniu przez Ministra Administracji i Cyfryzacji (MAiC) w imieniu, którego działa umocowany przez niego pełnomocnik – Centrum Projektów Informatycznych (CPI).

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu definicja funkcjonalna państwa charakteryzuje państwo poprzez wskazanie funkcji, jakie musi ono spełniać w danym układzie społecznym. Współcześnie zwraca się szczególną uwagę na władcze funkcje państwa. Przykładem podejścia funkcjonalnego jest definicja J. Rolanda Pennocka i Davida G. Smitha, zgodnie z którą państwo to *„Społeczna organizacja mająca rozstrzygającą władzę nad wszystkimi osobami zamieszkującymi określone terytorium i mająca za swój główny cel rozwiązywanie wspólnych problemów i zabezpieczenie wspólnych dóbr, a przede wszystkim utrzymanie porządku”*.

Zgodnie z art. 146 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. Nr 78, poz. 483) w zakresie i na zasadach określonych w Konstytucji i ustawach Rada Ministrów w szczególności:

- 1) zapewnia wykonanie ustaw,
- 2) wydaje rozporządzenia,
- 3) koordynuje i kontroluje prace organów administracji rządowej,
- 4) chroni interesy Skarbu Państwa,
- 5) uchwała projekt budżetu państwa,
- 6) kieruje wykonaniem budżetu państwa oraz uchwała zamknięcie rachunków państwowych i sprawozdanie z wykonania budżetu,
- 7) zapewnia bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz porządek publiczny,
- 8) zapewnia bezpieczeństwo zewnętrzne państwa,
- 9) sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie stosunków z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi,
- 10) zawiera umowy międzynarodowe wymagające ratyfikacji oraz zatwierdza i wypowiada inne umowy międzynarodowe,
- 11) sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie obronności kraju oraz określa corocznie liczbę obywateli powoływanych do czynnej służby wojskowej,
- 12) określa organizację i tryb swojej pracy.

Zapewnienie bezpieczeństwa wewnętrznego państwa to tradycyjna kompetencja władzy wykonawczej obejmująca nie tylko zapewnienie bezpieczeństwa obywateli i gwarantowanie w ten sposób pewności bytu mieszkańców RP, ale także umożliwiającej właściwe,

niezakłócone funkcjonowanie państwa i jego instytucji. Z bezpieczeństwem wewnętrznym ściśle związane jest zapewnienie porządku publicznego.

Zadaniem Rady Ministrów (RM) jest kierowanie procesami społecznymi dla osiągnięcia celu określonego w art. 146 ust. 4 pkt 7 oraz oddziaływanie przy pomocy wszystkich dostępnych środków na inne organy państwowe - w tym i na drugi człon władzy wykonawczej - Prezydenta (np. poprzez złożenie wniosku o wprowadzenie stanu wyjątkowego). Realizacja tego zadania przejawia się także w obowiązku planowania odpowiednich środków finansowych niezbędnych dla zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i porządku publicznego. Działania w zakresie projektowania środków budżetowych na finansowanie tej działalności RM obowiązana jest podejmować, zgodnie ze swymi konstytucyjnie określonymi kompetencjami także w zakresie procedury budżetowej (*prof. dr hab. Bogusław Banaszak* Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, C.H. Beck 2009, wydanie 1).

Ocena, czy prowadzenie danego postępowania lub wykonanie zamówienia leży w interesie publicznym, należy do zamawiającego. Należy pamiętać, że w przepisie jest mowa o interesie publicznym, który niekoniecznie musi być zbieżny z interesem zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, wykonując politykę rządu polskiego, zobligowany jest elastycznie, odpowiednio do obecnie przyjętego kierunku polityki rządu, kreować swoje czynności w postępowaniu odpowiednio do przyjętych założeń. Założenia te zamawiający przyjął i wyciągnął stosowne wnioski. Z kolei wnioski te doprowadziły do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby istotną okolicznością, z której bezpośrednio wynikał obowiązek unieważnienia przedmiotowego postępowania to wnioski płynące z treści: zarządzenia Nr 14 Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 30 lipca 2013 roku, zmieniające zarządzenie w sprawie Centrum Projektów Informatycznych (Dziennik Urzędowy MAiC z dnia 31 lipca 2013 r., poz. 25), Decyzji Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 31 lipca 2013 roku, w sprawie powierzenia Centrum Projektów Informatycznych realizacji zadania zapewnienia technicznego utrzymania systemów, notatki służbowej z dnia 8 sierpnia 2013 roku, dotyczącej weryfikacji celowości i zasadności zakupu w ramach postępowania 19-CPI-WZP-2244/13.

Jak wynika w wyżej przytoczonych dokumentów, pierwotnie za utrzymanie systemu e-PUAP odpowiedzialny był Departament Informatyzacji MAiC, który zgodnie ze stanem faktycznym zgłosił potrzebę doposażenia istniejącego już centrum utrzymania dla systemu e-PUAP. Wynikiem tego działania było wszczęcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że zapotrzebowanie powyższe ustalone zostało o istniejące zasoby (zarówno techniczne, jak i osobowe) Departamentu Informatyzacji MAiC, cyt. „*Pierwotnie za utrzymanie systemu ePUAP odpowiedzialny był*

Departament Informatyzacji MAiC, który zgodnie ze stanem faktycznym zgłosił potrzebę doposażenia (...)." (pismo zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2013 roku, informujące o unieważnieniu postępowania).

W wyniku wprowadzenia ww. zarządzenia oraz decyzji MAiC, zmianie uległ podmiot, który będzie odpowiedzialny za utrzymanie systemu ePUAP, z DI na CPI. Zmiana podmiotowa spowodowała również zmianę stanu faktycznego (osobowego i technicznego), w zakresie możliwości świadczenia przedmiotowej usługi. Analiza, jaka została przeprowadzona i przedstawiona w piśmie z dnia 8 sierpnia 2013 roku, zwraca uwagę na bardzo istotny, wręcz determinujący zasadność unieważnienia postępowania element, a mianowicie na fakt, iż zmiana podmiotu odpowiedzialnego za przyszłe utrzymanie systemu ePUAP spowoduje zmianę z obecnego modelu utrzymania polegającego na obsłudze przez podmiot zewnętrzny komercyjny (outsourcing) na model utrzymania systemu w ramach własnych zasobów i środków CPI (outsourcingowi będą podlegać tylko wybrane usługi gwarantujące ciągłość działania systemu).

Tym samym przyjąć należało, że zmiana sposobu utrzymania systemu przez inny podmiot wywołać musi zmianę zakresu przedmiotu zamówienia, jaki został opisany w przedmiotowym postępowaniu. Jak zostało to wykazane w trakcie prowadzonej rozprawy, zamawiający dysponuje narzędziami informatycznymi (np. IBM Tivoli), które umożliwią mu realizację zadań, choć nie są to narzędzia wszystkie, jaki są po temu potrzebne. W ocenie Izby nawet niewielka zmiana przedmiotu zamówienia, która ma wymierne znaczenie dla zamawiającego, może wywoływać uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania. Z zastrzeżeniem, że zmiana powyższa, okoliczność je stwarzająca, ujawniła się już po terminie składania ofert. Albowiem ujawnienie tej okoliczności stanowi jedną z kumulatywnych przesłanek opisanych w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – wystąpiła istotna zmiana okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć i występujący pomiędzy nimi związek przyczynowo-skutkowy.

Nie bez znaczenia jest również argumentacja zamawiającego, który wskazywał, że w ramach już realizowanej umowy z firmą Comarch, na rozbudowę systemu, dostarczone będą inne narzędzia wspomagające utrzymanie systemu ePUAP. W ocenie Izby, nie jest możliwe obciążanie konsekwencjami decyzyjnymi przedstawicieli rządu, zamawiającego CPI, w zakresie w jakim w wyniku tych decyzji, zamawiający CPI ma zamiar realizować nałożone na niego obowiązki. Istotnym jest bowiem wskazanie, że inna, odmienna od dotychczasowej, koncepcja realizacji utrzymania systemu, oprócz omawianej już wcześniej sytuacji związanej z innymi, posiadanymi przez CPI możliwościami techniczno-osobowymi, wiąże się ze zmianą zakresu potrzebnych do nabycia narzędzi informatycznych, innych niż przewidziane w przedmiotowym postępowaniu. Niezasadnym byłoby więc nakazywanie zamawiającemu nabycia określonych urządzeń i programów, które zamawiający już posiada,

będzie posiadał w wyniku pozyskania z realizacji innej umowy, lub które nie są mu potrzebne. Stanowisko powyższe wypełnia zatem przesłankę związaną z interesem publicznym, rozumianym jako ograniczenie bądź uniknięcie wydatkowania środków publicznych w zakresie w jakim nie jest to niezbędne.

Izba wskazuje, iż dokonując oceny czynności podejmowanych przez zamawiającego w kontekście interesu publicznego, należy poza zasadami Prawa zamówień publicznych, uwzględniać także inne obowiązujące przepisy prawa, do których przestrzegania zobowiązany jest zamawiający, w tym przede wszystkim ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). Przedmiotowa ustawa reguluje kwestie celów i zasad ponoszenia wydatków publicznych. Wydatkowanie środków publicznych powinno następować w sposób wskazany w Ustawie o finansach publicznych, co oznacza, iż każdy wydatek powinien być planowany i powinien znajdować oparcie w przepisach prawa. Podkreślić należy, iż wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione oraz oszczędne, czyli zakładające zminimalizowanie wykorzystywanych zasobów. Celowe i oszczędne gospodarowanie środkami publicznymi nie może jednak prowadzić do obniżenia standardów prowadzonej działalności. Wydatkowanie środków publicznych powinno bowiem następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach. Naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych prowadzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych i skutkuje odpowiedzialnością przewidzianą przepisami prawa. Podkreślenia wymaga fakt, iż stosownie do przepisów art. 18c ustawy o odpowiedzialności z tytułu dyscypliny finansów publicznych - niewykonanie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce finansów publicznych gdyby miało ono wpływ na działanie lub zaniechanie skutkujące zapłatą ze środków publicznych kary, grzywny lub opłaty stanowiącej sankcję finansową, do których stosuje się przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji stanowi rażące naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 68 ustawy o finansach publicznych kontrola zarządcza ma zapewnić realizację celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy, naruszenia w tym zakresie, które niewątpliwie w przypadku kontynuowania postępowania musiałyby zakończyć się postępowaniem traktującym o czynach zabronionych - postępowaniem karnym.

Co więcej działania o charakterze niegospodarności stanowią przedmiot penalizowania i zgodnie z przepisem art. 296 § 1 Kodeksu karnego stosownie, do którego kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przez nadużycie

udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciężącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową - działania takie podlegają karze pozbawienia wolności.

Żądania odwołującego, ich uwzględnienie, sprowadzające się do próby kontynuowania postępowania w kształcie dotychczasowym, niewątpliwie musiałyby doprowadzić do znacznych szkód majątkowych ze wszystkimi tego konsekwencjami dla zamawiającego.

Zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ale uwzględnienia również pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim tych, określających legalność podejmowanych działań a także zasad wydatkowania środków publicznych.

Zwróć należy uwagę, iż odwołujący w znacznej mierze skupia się na własnym interesie (jedyna oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu) związanym z kontynuacją postępowania, mimo zmiany rzeczywistych potrzeb i konsekwencji kluczowych cech pierwotnie opisanego przedmiotu zamówienia, czyli w całości odrzuca, tak ważną przecież interpretację pojęcia interesu publicznego.

Kategoria interesu publicznego jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Pewne próby jego zdefiniowania podejmował Trybunał Konstytucyjny, który wskazał m.in. iż jako interes publiczny należy uznawać 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, oświatą, kulturą czy porządkiem publicznym (Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997r., sygn. akt W 8/96). Natomiast w wyroku z dnia 9 listopada 2001 roku, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, iż *„interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w stosowaniu prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniesłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych”, prowadzącym do „elastycznego i słusznego rozstrzygnięcia spraw”* (sygn. akt K 13/07).

Podkreślenia wymaga fakt, iż ustawodawca rozróżnia interes publiczny od jego wymiaru w charakterze ważnym, jak to czyni w przepisie art. 192 ust. 5 ustawy Pzp wskazując na istotność dokonywanego rozróżnienia, cyt. *„Ważnego interesu publicznego w rozumieniu ust. 3 pkt 2 lit. c nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zamówieniem, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z: opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udzielenia zamówienia innemu wykonawcy oraz zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje.”*

Zamawiający, wszczynając przedmiotowe postępowanie, działał na podstawie obowiązujących przepisów, tj. zarządzenia Nr 3 Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 27 grudnia 2011 roku w sprawie Centrum Projektów Informatycznych (Dz. Urz. MAiC z 2012 r., poz. 3), zarządzenia Nr 2 MAiC z dnia 25 stycznia 2013 roku zmieniającego zarządzenie w sprawie CPI (Dz. Urz. MAiC z 2013 r., poz. 2). Tym samym działając jako pełnomocnik „z urzędu” wykonywał zadania zlecone z MAiC, na rzecz Departamentu Informatyzacji w wymaganym przez ten departament zakresie, opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako przedmiot zamówienia.

Izba wskazuje, że zamawiający CPI nie jest organem decyzyjnym w zakresie kreowania polityki rządu (Ministra Administracji i Cyfryzacji), dlatego też zarzucanie zamawiającemu przez odwołującego, iż mógł przewidzieć okoliczności skutkujące zmianą podmiotu realizującego utrzymanie systemu ePUAP, zdaje się być wnioskami zbyt daleko posuniętymi i niedającymi się racjonalnie uzasadnić.

Zmiana podmiotu i sposobu realizacji zadania stanowią bowiem okoliczności o wyjątkowym charakterze, których nie można było przewidzieć. *„Kategoria przewidywalności referuje się bowiem do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesadzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów”* (KIO/UZP 606/11). Natomiast zmiana prawa jest czynnikiem zewnętrznym, niezależnym od woli zamawiającego, a sam fakt częstych zmian w przepisach nie przesądza zaliczenia ich do kategorii zdarzeń przewidywalnych, podobnie jak fakt możliwego występowania jakichkolwiek powiązań pomiędzy zamawiającym, a inicjatorem zmian. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. (sygn. akt V Ca 224/03), *„istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania”*. Nie ulega wątpliwości, iż zmiana przepisów prawa jest czynnikiem obiektywnym, dotyczącym przedmiotu i terminu realizacji zamówienia, a rezygnacja z niektórych elementów bieżącego przedmiotu zamówienia stawia pod znakiem zapytania celowość i sensowność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazywana zmiana traktuje wprost o istocie przedmiotu postępowania unieważnionego, z tego względu nie budzi wątpliwości jej związek z przedmiotem zamówienia w rozumieniu, które prezentuje Sąd Okręgowy w Warszawie w ww. orzeczeniu.

Powyższe rozstrzyga o okoliczności, iż środki publiczne, które miały zostać przeznaczone na niniejszy cel powinny zostać wydatkowane w inny sposób, co przesądza o braku interesu publicznego w kontynuowaniu unieważnionego postępowania.

Podnieść też trzeba, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi

sygn. akt: KIO 2006/13

zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu. Nad realizacją budżetu czuwa Rada Ministrów.

Uznać zatem należy, że wobec zaistniałych wyjątkowych okoliczności, unieważnienie postępowania mieści się w interesie publicznym, a zamawiający nie był w stanie, w chwili wszczęcia postępowania, ich przewidzieć.

W powyższym zakresie Izba w całości identyfikuje się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2012 roku, w sprawach o sygn. akt. KIO 815/12, KIO 826/12, KIO 837/12 (sprawy połączone), podtrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 września 2012 roku, sygn. akt. V Ca 1599/12.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: