Sygn. akt: KIO/W 36/23

POSTANOWIENIE z dnia 27 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia 2023 r. w Warszawie wniosku z dnia 20 grudnia 2023 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Ministerstwo Cyfryzacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup dostępu do platformy Cyber Threat Intelligence na poziom operacyjny"

postanawia:

odmawia uchylenia zakazu zawarcia umowy.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Ministerstwo Cyfryzacji, działając na podstawie art. 578 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - złożył w dniu 20 grudnia 2023 r. wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup dostępu do platformy Cyber Threat Intelligence na poziom operacyjny"; nr referencyjny: PN17/C/2023.

Zamawiający, uzasadniając wniosek wskazał, że postępowanie prowadzone jest celem uzyskania najwyższej klasy rozwiązania oferującego szereg funkcjonalności, które w sposób istotny podniosą zdolności do rozpoznawania zagrożeń w cyberprzestrzeni i reagowania na nie przez osiem podmiotów należących do Krajowego Systemu Cyberbezpieczeństwa (dalej jako: KSC) zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne na poziomie krajowym. Zamawiający podniósł, że wynika to z faktu, iż tego typu rozwiązanie w sposób kompleksowy uzupełnia posiadane już systemy bezpieczeństwa o informacje o rozpoznanych zagrożeniach w cyberprzestrzeni dotyczących podmiotów KSC. Zamawiający podkreślił, że środki finansowe na powyższy cel zostały zabezpieczone na 2023 r., w związku z czym opóźnienia związane z zawarciem zamówienia,

skutkujące jego przesunięciem na 2024 r. mogą skutkować potencjalnym unieważnieniem postępowania. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że producent rozwiązania Cyber Threat Intelligence (dalej „CTI"), którego rozwiązanie zostało zaoferowane przez wyłonionego w procedurze przetargowej oferenta, z wysokim prawdopodobieństwem podwyższy ceny subskrypcji od 1 stycznia 2024 r. Zamawiający podkreślił, iż od zawarcia ww. umowy w dużym stopniu zależy znaczne podwyższenie zdolności jednostek KSC do zapewniania Rzeczypospolitej Polskiej bezpieczeństwa publicznego w sferze cyfrowej.

Wskazując na okoliczności faktyczne Zamawiający wskazał, że w postępowaniu przeprowadzona została kompleksowa, konkurencyjna procedura, w wyniku której wyłoniony został oferent Trafford IT sp. z o.o. sp. k. (dalej „wykonawca Trafford IT"). W dniu 27 listopada 2023 r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zawierające zarzuty Alfavox Software sp. Z o. o. (dalej „Wykonawca Alfavox") na czynność wyboru wykonawcy Trafford IT oraz odrzucenia własnej oferty (sygnatura sprawy: KIO 3584/23). Ponieważ jednym z zarzutów było podważenie referencji złożonych przez wykonawcę Trafford IT, w dniu 5 grudnia 2023 r. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie, Zamawiający podtrzymał w mocy czynność odrzucenia oferty wykonawcy Alfavox. W dniu 7 grudnia 2023 r., Wykonawca Trafford IT złożył wykaz usług uzupełniony o usługi, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należytą realizację, dzięki czemu Zamawiający już w dniu 8 grudnia 2023 r. mógł ponownie dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tą czynnością, wykonawca Alfavox w dniu 17 grudnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygnatura sprawy: KIO 3777/23, wskazując, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trafford IT. Ponownie, w kolejnym już drugim odwołaniu wykonawca Alfavox wskazuje, iż wykonawca Trafford IT nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, mimo że wykonawca Trafford IT przedstawiło dodatkowe usługi potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą ich realizację.

Zamawiający podkreślił, iż w jego ocenie wykonawca Alfavox dokonywał czynności w sposób zmierzający do uniemożliwienia zawarcia umowy, m.in. składając odwołanie z dnia 27 listopada 2023 r. z brakiem formalnym w postaci potwierdzenia uiszczenia wpisu od odwołania, a więc dokumentu, który został przesłany wraz z odwołaniem do zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, który został uzupełniony dopiero w ostatnim dniu wyznaczonego terminu, tj. dnia 7 grudnia 2023 r. o godzinie 15:57, a więc na 3 minuty przed końcem pracy Urzędu. Skutkiem tego, dalsze procedowanie odwołania przez Izbę zostało wstrzymane na ok. 10 dni względem terminu wniesienia odwołania, uniemożliwiając jego rozpoznanie w instrukcyjnym terminie wynikającym z art. 544 ust. 1 PZP. Ponadto, wykonawca Alfavox w dniu 17 grudnia 2023 r., a więc w przeddzień ostatniego możliwego terminu, ponownie złożył odwołanie do Prezesa Izby na nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trafford IT, wydłużając po raz kolejny czas na zawarcie

umowy i realizację zamówienia. Powyższe działanie wykonawcy Alfavox miało zdaniem Zamawiającego na celu wyłącznie opóźnienie zapewnienia systemów cyberbezpieczeństwa dla podmiotów KSC. Wykonawca Alfavox miał pełną wiedzę z dokumentacji dotyczącej zamówienia o krótkim terminie realizacji, co odzwierciedla chociażby termin uruchomienia świadczenia usług po podpisaniu umowy wynoszący 2 dni. Ponadto zdaniem Zamawiającego na wyjątkową pilność sprawy i potrzebę niezwłocznego wdrożenia platformy CTI w jednostkach KSC wskazuje fakt, iż Zamawiający w trybie art. 138 ust. 2 pkt 2 PZP skrócił termin składania ofert, uznając iż istnieje pilna potrzeba udzielenia zamówienia z uwagi na zwiększone ryzyko ataków hakerskich skierowanych przeciwko infrastrukturze informatycznej Rzeczypospolitej Polskiej, czego dowodem jest cyklicznie przedłużany od lutego 2022 r. stopień alarmowy Charlie-CRP dotyczący zagrożeń w cyberprzestrzeni.

Konkludując wniosek Zamawiający zaznaczył, że przedmiot zamówienia jest ze wszech miar ważny dla cyberbezpieczeństwa Polski, a niezwłoczne zapewnienie dostępu dla platformy CTI dla podmiotów KSC zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne na poziomie krajowym jest niezbędne z uwagi na istniejące i rosnące zagrożenia cyberataków. W związku z tym mając na uwadze plany budżetowe, koniec roku budżetowego, specyfikę przedmiotu zamówienia oraz jego istotność dla cyberbezpieczeństwa Polski Zamawiający wnosił o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu publicznym na zakup dostępu do platformy Cyber Threat Intelligence na poziom operacyjny zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2023 r. pod poz. 2023/S 186-581359. Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 11 października 2023 r.. W dniu 17 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawca Alfavox Software Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym kwestionował odrzucenie własnej oferty oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Trafford IT, wskazując m. in na brak wykazania przez ten podmiot warunków udziału w postepowaniu w zakresie doświadczenia (sygn. akt KIO 3584/23).

Dnia 5 grudnia 2023 r. po przeanalizowaniu treści odwołania w tym zakresie, zapisów SWZ i złożonego przez Wykonawcę Trafford IT Wykazu usług (Załącznik nr 7 do SWZ), a także dokumentów potwierdzających należytą realizację tych usług, Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający wskazał, że podejmując powyższą decyzje opierał się na podstawowych zasadach udzielania zamówień publicznych oraz na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: "W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia

decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. (...) Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsiębranych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Pzp.". Jednocześnie, Zamawiający podtrzymał w mocy czynność odrzucenia oferty wykonawcy Alfavox.

Następnie dnia 8 grudnia 2023 r. – po tym gdy w dniu 7 grudnia 2023 r., Wykonawca Trafford IT złożył wykaz usług uzupełniony o usługi, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należytą realizację – Zamawiający ponownie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy Trafford IT.

Czynność ta została zaskarżona przez wykonawcę Alfavox w odwołaniu z dnia 17 grudnia 2023 r., w którym zarzucono Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Trafford IT w sytuacji gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w tym należytego wykonania usług stanowiących przedmiot doświadczenia (sygn. akt KIO 3777/23).

W wyroku z dnia 19 grudnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3584/23, mając na uwadze dokonane 5 grudnia 2023 r. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie dot. Oferty wykonawcy Trafford IT, jednocześnie oddaliła przedmiotowe odwołanie w zakresie zarzutów dot. odrzucenia oferty wykonawcy Alfavox.

Zgodnie z art. 578 ust. 2 Pzp, Izba 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. w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy stanowi instytucję wyjątkową, która nie może być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza szczególnie uzasadnionymi sytuacjami uniemożliwiałoby korzystanie ze środków ochrony prawnej i ochrony interesów wykonawcy.

W ocenie Izby, Zamawiający w złożonym wniosku nie wykazał w sposób dostateczny, iż zawarcie umowy dopiero po rozpatrzeniu wniesionego przez wykonawcę odwołania spowoduje

negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższają korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. Izba dostrzega istotne z punktu widzenia interesu publicznego znaczenie Krajowego Systemu Cyberbezpieczeństwa (dalej KSC) dla zapewniania Rzeczypospolitej Polskiej bezpieczeństwa publicznego w sferze cyfrowej. Jednocześnie jednak stwierdzić należy, że w treści wniosku nie wykazano, że niezbędnym jest zawarcie umowy niezwłocznie tzn. jeszcze przed rozstrzygnięciem odwołania wniesionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia. W szczególności nie wykazano, aby brak niezwłocznego zawarcia takiej umowy wpłynął w jakimkolwiek stopniu nie tylko na brak funkcjonowania tego systemu, lecz choćby miał negatywny efekt w postaci na obniżenie jego funkcjonalności, możliwości operacyjnych czy też pozbawi podmioty należące do KSC niezbędnych narzędzi, którymi dotychczas dysponowali.

Zamawiający uzasadniając wniosek wskazuje, że dostęp do platformy Cyber Threat Intelligence (CTI) ma na celu podniesienie zdolności do rozpoznawania zagrożeń w cyberprzestrzeni i reagowania na nie w ramach KSC, uzupełnienie posiadanych już systemów bezpieczeństwa oraz znaczne podwyższenie zdolności jednostek KSC do zapewniania Rzeczypospolitej Polskiej bezpieczeństwa publicznego w sferze cyfrowej. Tym samym należy jednoznacznie uznać, że przedmiot zamówienia, którego dotyczy wniosek stanowi uzupełniające narzędzie będące wyłącznie udoskonaleniem i wprowadzeniem dodatkowego elementu do funkcjonującego systemu. Tym samym podkreślenia wymaga że brak niezwłocznego zawarcia umowy nie będzie skutkował jakimkolwiek uszczerbkiem dla KSC, który bez nabywanego dostępu do platformy CTI będzie funkcjonował w niezmieniony sposób, będzie realizował wszystkie swoje aktualne zadania, zapewniając bezpieczeństwo teleinformatyczne na poziomie krajowym w stopniu posiadanym dotychczas. Nie można zatem uznać, że w przedmiotowej sprawie niezawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, lecz jedynie odsunięciu w czasie wystąpienia skutków pozytywnych (w postaci uzupełnienia KSC o dodatkowe narzędzie poszerzające jego możliwości).

Zamawiający nie wykazał także w treści uzasadnienia wniosku, aby odsunięcie w czasie wdrożenia udoskonalenia, „doposażenia" systemu KSC poprzez nabywany przedmiot zamówienia mogło wywołać negatywne skutki dla interesu publicznego z uwagi na istniejące obiektywne okoliczności. Zamawiający przywołuje wprawdzie okoliczność obejmującą zwiększone ryzyko ataków hakerskich skierowanych przeciwko infrastrukturze informatycznej Rzeczypospolitej Polskiej, jednakże dowód powyższego ma stanowić wyłącznie cyklicznie przedłużany od lutego 2022 r. stopień alarmowy Charlie-CRP dotyczący zagrożeń w cyberprzestrzeni. Nie sposób uznać aby okoliczność znana od blisko 2 lat, miała stanowić uzasadnienie dla zastosowania wyjątku w postaci uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zamawiający nie przywołał jakichkolwiek okoliczności, których wystąpienie w czasie który miałby upłynąć do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, skutkowałyby nieodwracalnymi, negatywnymi skutkami dla interesu publicznego.

W ocenie Izby wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie zasługiwał na uwzględnienie również z uwagi na przywołaną w jego treści okoliczność wskazującą na potencjalne unieważnienie postępowania. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż Zamawiający poza tym lakonicznym stwierdzeniem nie wskazał czy choćby nie uprawdopodobnił odwołując się do odpowiednich przepisów czy innych okoliczności faktycznych, że taki skutek nastąpi, wskazując jedynie że istnieje taka możliwość, jak również w jaki sposób takie następstwo spowoduje uszczerbek dla interesu publicznego.

Podobnie należy ocenić podnoszoną przez Zamawiającego okoliczność wskazującą na wysokie prawdopodobieństwo podwyższenia ceny subskrypcji od 1 stycznia 2024 r przez producenta rozwiązania CTI, którego rozwiązanie zostało zaoferowane przez wyłonionego w procedurze przetargowej oferenta. Zamawiający w żaden sposób nie powiązał powyższej okoliczności z przewidzianymi w dokumentacji postępowania warunkami i sposobem realizacji zamówienia zawartymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia, czy też zapisami formularza ofertowego czy projektowanych postanowień umowy, jak również w świetle zasad dotyczących terminu związania ofertą wynikających z art. 220 i 252 Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający nie uprawdopodobnił także spełnienia drugiej z przesłanek określonych w art. 578 Pzp tj. że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Należy wskazać, że działania wykonawcy wnoszącego odwołanie o sygn. KIO 3777/23 jak również termin jego wniesienia przez wykonawcę jest ściśle powiązany i wynika z czynności, które podjął Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia po wniesieniu przez wykonawcę odwołania w sprawie o sygn. KIO 3584/23 i odnoszące się do części czynności objętych zarzutami zawartymi we wcześniejszym odwołaniu. Jak podkreślił sam Zamawiający unieważniając te czynności i dokonując ich powtórzenia kierował się on prawem do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Tym samym to działania Zamawiającego, podjęte jak sam wskazuje samoistnie wskutek oceny i rewizji własnych działań, doprowadziły do zaistnienia powtórzonej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również wyłączyły możliwość rozstrzygnięcia w zakresie tych czynności przez Krajową Izbę Odwoławczą w toku uprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego. Trudno w tej sytuacji czynić wykonawcy wnoszącemu odwołanie na obecnym etapie postępowania, zarzutu próby uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy, skoro podjęte przez wykonawcę czynności są jedynie przewidzianym przepisami działaniem, podjętym w określonym w ustawie terminie (a nawet jeden dzień przed jego upływem), dokonanym w celu skutecznej ochrony swoich interesów w uzyskaniu zamówienia.

W konsekwencji, Zamawiający nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie wykazał, że skutkiem niezawarcia umowy w wymaganym terminie może być zaistnienie takiego uszczerbku dla interesu publicznego, że uzasadnione jest

odstąpienie od ochrony wszystkich innych interesów, mogących doznać uszczerbku w wyniku czynności lub zaniechań zamawiającego. Zamawiający nie uprawdopodobnił także że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W związku z powyższym, postanowiono jak w sentencji.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący: ……