

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:     Bartosz Stankiewicz

Protokolant:         Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Szyperskiej 14 (61-754 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Wojewódzki w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu przy ul. Juraszów 7/19 (60-479 Poznań)

przy udziale wykonawcy KAMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. 1 Maja 133 (40-235 Katowice), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz dalsze prowadzenie postępowania z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital Wojewódzki w Poznaniu i:
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu na rzecz wykonawcy Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, kwotę w wysokości 18 600 zł gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Szpital Wojewódzki w Poznaniu, zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu* (nr referencyjny: SZW/DZP/37/2022), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 czerwca 2022 r. pod numerem: 2022/S 113- 318819.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 22 grudnia 2022 r. wykonawca Nexus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, poprzez niezgodne z jej przepisami:

- odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku podstaw odrzucenia;
- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo braku podstaw unieważnienia, podczas gdy to postępowanie powinno zakończyć się wyborem najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego;
- zaniechanie udostępnienia odwołującemu kompletnego protokołu postępowania; co doprowadziło do przeprowadzenia postępowania z istotnym naruszeniem ustawy mającym wpływ na jego wynik.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena ofertowa oferty odwołującego jest ceną rynkową i nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;
- 2) art 224 ust. 6 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem na skutek błędnego przyjęcia, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- 3) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie przedstawienia odwołującemu pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty

odwołującego, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasad: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i jawności postępowania;

4) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty w następstwie odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowaniu w oparciu o kryteria nieznające oparcia w przepisach ustawy oraz niewykazane przez zamawiającego w uzasadnieniach podjętych decyzji;

5) art. 18 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w zakresie w jakim odwołujący został pozbawiony możliwości samodzielnej kontroli pod kątem prawidłowości i zgodności z przepisami czynności podejmowanych przez zamawiającego z racji niezgodnych z przepisami Pzp uzasadnień zawiadomień o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania;

6) art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, mimo iż oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu;

7) art. 74 ust.1 i ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia, po unieważnieniu postępowania, załączników do protokołu postępowania, obejmujących:

a) nieudostępnione części oferty Kamsoft S.A. obejmujące materiały producenta oferowanego sprzętu i oprogramowania, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych części oferty, jeżeli przedmiotowe części zostały utajnione przez wykonawcę;

b) wyjaśnienia Kamsoft S.A. dotyczące rażąco niskiej ceny, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych wyjaśnień, jeżeli przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę;

c) kompletne materiały, w tym korespondencję zamawiającego prowadzoną z firmami, które nie uczestniczą w przetargu, dotyczące wyceny przedmiotu zamówienia, stanowiące podstawę do przyjęcia przez zamawiającego stanowiska, że oferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska; mimo obowiązku zamawiającego ich udostępnienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu;
- dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- udostępnienie odwołującemu całego protokołu postępowania według stanu aktualnego na dzień udostępnienia wraz z następującymi załącznikami:

- a) częścią oferty Kamssoft S.A. obejmującą materiały producenta oferowanego sprzętu i oprogramowania, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tej części oferty, jeżeli przedmiotowa część została utajniona przez wykonawcę;
  - b) wyjaśnieniami Kamssoft S.A. dotyczącymi rażąco niskiej ceny, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych wyjaśnień, jeżeli przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę;
  - c) kompletnymi materiałami, w tym korespondencją zamawiającego prowadzoną z firmami, które nie uczestniczą w przetargu, dotyczącą wyceny przedmiotu zamówienia, stanowiącą podstawę do przyjęcia przez zamawiającego stanowiska, że oferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska;
- zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany dalszym udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie odwołującego niezasadne odrzucenie oferty oraz niezasadne unieważnienie postępowania skutkowało utratą możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, a w dalszej kolejności zawarcia umowy i realizacji zamówienia, co doprowadziło do szkody po stronie odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do kwestii zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty. W tym zakresie wskazał, że zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne, natomiast stosownie do art. 260 ust. 1 Pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego podstawą tej decyzji, art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, należy mieć również na względzie art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu

jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w cenie oferty lub kosztu.

Odwołujący wskazał, że na zamawiającego nałożony jest obowiązek nie tylko wskazania uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, lecz w takim samym stopniu zamawiający zobowiązany jest do wskazania uzasadnienia faktycznego. Z technicznego punktu widzenia zamawiający powinien w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty dokonać subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do odpowiedniej normy prawnej. Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego winien zatem wynikać precyzyjny opis przyczyn podjętej decyzji oraz wykazanie, że w zaistniałym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej. Przykładowo, jeżeli zamawiający dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, to *musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska*". Zamawiający nie może w tym zakresie oprzeć się wyłącznie na rozkładzie ciężaru dowodu wynikającym z art. 224 ust. 5 p.z.p. Zamawiający będzie zatem zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia, dlaczego złożone wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.) (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 253"). Dodatkowo w judykaturze akcentowane jest, że art. 253 ust. 1 pkt Pzp stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zatem w ocenie odwołującego uzasadnienie odrzucenia jego oferty powinno być pełne i wyczerpujące. Odwołujący na podstawie prawidłowo skonstruowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego powinien uzyskać wiedzę, czym kierował się

zamawiający odrzucając ofertę. Co więcej, jednak trzeba mieć na uwadze, że odrzucenie oferty jest zasadne, gdy nie narusza podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady konkurencji o oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku Wydział VII Gospodarczy, sygn. akt VII Ga 59/08). Natomiast zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że argumentacja przedstawiona przez odwołującego w złożonych przez niego 30 września 2022 r. wyjaśnieniach nie jest wystarczająca dla uznania, że cena zamówienia zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Co ważne, zamawiający nie zakwestionował żadnego z elementów wyjaśnień odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny, a całość wyjaśnień podsumował jednym ogólnikowym stwierdzeniem, że „...biorąc pod uwagę wyjaśnienia przekazanych przez Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny – w ocenie Zamawiającego ww. informacje nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.” Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął przedmiotowe stanowisko i jakie konkretnie zastrzeżenia ma do wyjaśnień odwołującego. Mając na uwadze brak formułowania takich zastrzeżeń odwołujący przyjął, że takowych zamawiający nie posiada. Odwołujący nie był bowiem w stanie odnieść się do zacytowanego wyżej stanowiska zamawiającego, które de facto sprowadza się do argumentu, że zamawiający „uważa inaczej”.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że jako pozostałe motywy, które zdecydowały o odrzuceniu jego oferty, zamawiającego wymienił:

- (1) obecne koszty miesięczne utrzymania komputerowych systemów szpitalnych jakie ponosi zamawiający są znacząco wyższe niż koszty, które zaoferował odwołujący,
- (2) porównanie cen tytułem miesięcznych kosztów utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych przeprowadzone przez zamawiającego wśród innych firm informatycznych nie biorących udziału w postępowaniu wskazuje, że ceny wskazane przez podmioty spoza postępowania są kilkadziesiąt razy wyższe niż cena zaproponowana przez odwołującego,
- (3) sytuacja na rynku gospodarczym (inflacja).

W ocenie odwołującego żadna z powyższych przywołanych przez zamawiającego przyczyn, rozpatrywana samodzielnie, a tym bardziej kumulatywnie nie może stanowić prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznego odrzucenia oferty w rozumieniu art. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający nie podał żadnych konkretnych danych czy wyliczeń, które podważyłyby wyjaśnienia odwołującego lub tłumaczyłyby stanowisko zamawiającego. Wskazane w piśmie z dnia 12 grudnia 2022 r.

przyczyny odnoszą się do okoliczności w żadnym stopniu niemających odniesienia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożonych przez odwołującego. Żadna z nich nie ma związku z ofertą przedłożoną przez odwołującego i nie ma żadnego powiązania z kryteriami zawartymi wobec wykonawców w OPZ i SWZ. 27. Argument, że obecne koszty miesięczne utrzymania komputerowych systemów szpitalnych jakie ponosi zamawiający są znacząco wyższe niż koszty, które zaoferował odwołujący niczego nie przesądza. Zamawiający nie wskazał, z kim zawarta jest umowa, na jaki okres, w jakich okolicznościach i kiedy została zawarta, jakiego systemu dotyczy, jakie są parametry serwisu, itp. Nie dokonał żadnego porównania parametrów utrzymania obecnych systemów i rozwiązania projektowanego w ramach postępowania. O cenie oferty decyduje cały szereg okoliczności i parametrów. Ponieważ zamawiający nie podał żadnych informacji o warunkach obecnego serwisu, odwołujący nie jest w stanie wyjaśnić różnicy między wynagrodzeniem odwołującego a wynagrodzeniem płaconym obecnie przez zamawiającego. Pomijając fakt, że zamawiający nawet nie wskazał, jakie są jego obecne koszty utrzymania systemu, to z góry założył, że obecnie płacone przez niego wynagrodzenie ma wartość rynkową i nie jest zawyżone. Tymczasem gwarancji takiej nie ma i z faktu zawarcia umowy na określonych warunkach nie można wnosić automatycznie, że uzyskanie tego samego świadczenia za niższą cenę nie jest możliwe. Za całkowite nieporozumienie odwołujący uznał porównanie przez zamawiającego cen tytułem miesięcznych kosztów utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych wśród innych firm informatycznych nie biorących udziału w postępowaniu. Po pierwsze nie wiadomo jakie dane zostały przekazane tym podmiotom celem dokonania wyceny, zwłaszcza że zamawiający w dokumentach postępowania nie przedstawił rozbudowanych wymagań odnośnie serwisu i utrzymania rozwiązania, co powoduje, że oferty i wyceny mogą być bardzo trudno porównywalne. Po drugie podmioty te nie uczestniczą w przetargu, nie prowadzą więc walki konkurencyjnej, nie muszą więc zaoferować konkurencyjnej ceny. Po trzecie nie wiadomo jakimi systemami opiekują się te firmy. Tymczasem budowa i funkcjonalność systemu oraz jego skomplikowanie, a także technologia budowy mają zasadnicze znaczenie dla wyceny kosztów utrzymania danego rozwiązania. Po czwarte nie wiadomo, dlaczego przedmiotowe firmy nie biorą udziału w przetargu, w szczególności czy działają na rynku ochrony zdrowia i w ogóle oferują systemy spełniające wymagania zamawiającego.

W odniesieniu do trzeciego z argumentów – inflacji, odwołujący podniósł, że zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że ta występuje. Nie wiadomo w jakim zakresie ma ona wskazywać na rażąco niską cenę oferowaną przez odwołującego i w odniesieniu do jakich wartości zamawiający chciałby przedmiotowy mechanizm zastosować. Zdaniem



odwołującego teza zamawiającego sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia, że istnienie inflacji potwierdza rażąco cenę odwołującego. Bliższego uzasadnienia brak.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie wskazywane jest, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryterium pełnego i wyczerpującego przedstawienia motywów działania zamawiającego. Kwestia prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia czynności dokonanych przez zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania.

Odwołujący podniósł, że w komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, wyd. 2022 autorzy wskazują, że *wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu. W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie.*

Podsumowując przedmiotową część uzasadnienia odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty w sposób niezgodny z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, co naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w żadnej mierze nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że argumentacja przedstawiona przez odwołującego w złożonych przez niego 30 września 2022 r. wyjaśnieniach nie jest wystarczająca dla uznania, że cena zamówienia zawarta w ofercie nie jest rażąco niska – co także stanowiło naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego czynności unieważnienia postępowania odwołujący wskazał, że w kontekście wadliwości decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, także i decyzja o unieważnieniu postępowania narusza treść art. 255 pkt 2) Ppzp. Skoro bowiem,

jak wynika z treści odwołania, oferta odwołującego nie powinna ulec odrzuceniu, brak było podstaw do unieważnienia postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej.

W przypadku ostatniego z podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek (art. 74 ust. 1 Pzp). Obowiązek udostępnienia protokołu i załączników jest jednym z przejawów zasady jawności zamówień publicznych, o której mowa w art. 18 ust. 1 Pzp. Natomiast, zgodnie z art. 74 ust. 2. Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert (...), nie są udostępniane jednak informacje mające charakter poufny. W szczególności mowa tu o dokumentach przekazywanych w czasie negocjacji czy dialogu oraz ofertach podlegających negocjacjom. Szczegółowy dostęp do protokołu określa § 5 rozporządzenia z 18 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434), zgodnie z którym Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. Powyższe jednak nie oznacza, że należy dokonać tego natychmiast. Zamawiający ma bowiem obowiązek zweryfikowania oferty pod kątem ewentualnie zawartych w niej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak wyjaśnił odwołujący, zamawiający został wezwany przez niego do udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami dwukrotnie, w dniu 17 listopada 2022 r. i 16 grudnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wezwanie w dniu 13 grudnia 2022 i 21 grudnia 2022 r., zatem już po unieważnieniu postępowania, jednakże nie udostępnił on (mimo ustawowego obowiązku) załączników do protokołu postępowania, obejmujących:

- a) nieudostępnione części oferty Kamssoft S.A. obejmujące materiały producenta oferowanego sprzętu i oprogramowania, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych części oferty, jeżeli przedmiotowe części zostały utajnione przez wykonawcę;
- b) wyjaśnienia Kamssoft S.A. dotyczące rażąco niskiej ceny, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych wyjaśnień, jeżeli przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę;
- c) kompletne materiały, w tym korespondencję zamawiającego prowadzoną z firmami, które nie uczestniczą w przetargu, dotyczące wyceny przedmiotu zamówienia, stanowiące podstawę do przyjęcia przez zamawiającego stanowiska, że oferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska; Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że w rozmowie telefonicznej zamawiający wskazał, że powodem nieprzekazania odwołującemu wnioskowanych załączników było ich utajnienie jako wiadomości stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednakże, udostępniając odwołującemu protokół postępowania zamawiający pisemnie nie poinformował, że nieprzekazane załączniki zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ani nie przekazał dokumentów zawierających uzasadnienie ich utajnienia, które to dokumenty są dokumentami jawnymi. W ocenie odwołującego zamawiający nie udostępniając mu wnioskowanych załączników naruszył art. 74 ust. 1 i ust.2 Pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem uniemożliwia odwołującemu podniesienie merytorycznych zarzutów wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach.

W dniu 3 stycznia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, której zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

W zakresie pierwszych pięciu zarzutów zamawiający wskazał, że te zarzuty oraz ich uzasadnienie stanowi polemikę ze stanowiskiem zamawiającego zawartym w zawiadomieniu z dnia 12 grudnia 2022 r. o odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołujący w przedmiotowym odwołaniu wskazał wprost, że nie zgadza się decyzją zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Następnie odwołujący w uzasadnieniu odwołania dokonuje wykładni przepisów Pzp dotyczących wyjaśniania rażąco niskiej ceny, przywołując przy tym orzeczenia KIO, czy sądów powszechnych. Odwołujący swoje stanowisko opiera głównie na przesłance braku wystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia jego oferty. Zarzuca przy tym brak wyjaśnienia uznania przez zamawiającego argumentacji przedstawionej przez odwołującego w piśmie z dnia 30 września 2022 r. tj., że cena odwołującego nie jest rażąco niska. W związku z powyższym stanowiskiem odwołującego, z którym zamawiający się nie zgodził, należy wskazać na istotę problemu. Otóż jak to wskazał zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty: *Jednym z ważniejszych kryteriów dotyczących zadania były miesięczne koszty utrzymania systemów szpitalnych, które w obecnym modelu pracy na dwóch systemach HIS kształtują się w kwocie około 100 tys. zł. Również część składowa ceny – w niniejszej sprawie: cena za serwis i utrzymanie - może być rażąco niska. Zwłaszcza, że w niniejszym postępowaniu „serwis i utrzymanie” został szeroko opisany i odbiegał w swym zakresie od standardowych procedur. Zamawiający wskazał to odwołującemu podając: *Jednocześnie zakres działań wynikających ze zmian, które są oczekiwane podczas wdrożenia projektu w zakresie oprogramowania, sprzętu oraz integracji z systemami szpitalnymi bardzo odbiega od obecnie wdrożonych rozwiązań. Największą różnicę stanowi kompleksowe podejście do integracji pomiędzy systemem HIS i ERP oraz narzędziami wspierającymi, co w ocenie Zamawiającego znając realia rynkowe dotyczące**

*kosztów budowy i utrzymania systemów IT obciąża budżet Wykonawcy a tym samym wpływa istotnie na cenę końcową.*

Zamawiający wyjaśnił, że jest zobligowany do stosowania Pzp, gdyż dysponuje środkami z budżetu państwa. W związku z powyższym posiada doświadczenie w szacowaniu wartości zamówienia, w rozeznawaniu rynków i ofert wykonawców, ponieważ zgodnie z przepisami Pzp, zamawiający musi dokonywać szacunku z należytą starannością. Dlatego też zamawiający posiada pewną wiedzę na temat cen rynkowych jakich mogą żądać od zamawiającego wykonawcy za swoje usługi. Ponadto, zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie musiał rozeznac rynek wykonawców i cen. Zamawiający wskazał odwołującemu, że *Biorąc pod uwagę koszty związane z budową i utrzymaniem interfejsów pomiędzy systemami oraz średnie wynagrodzenia na rynku IT w zakresie zespołów developerskich (programiści) oraz po analizie informacji uzyskanych od Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej oraz biorąc pod uwagę obecnie ponoszone przez Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu koszty miesięczne utrzymania i aktualizacji systemów HIS i ERP Zamawiający podjął działania zmierzające do weryfikacji cen na rynku informatycznych systemów szpitalnych.*

W ocenie zamawiającego treść przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień, mimo ich obszerności, de facto jest ogólnikowa. Nie wynika z tych wyjaśnień, jakie konkretnie koszty składają się na składową cenę za serwis i utrzymanie. Na marginesie zamawiający wskazał, że jego stanowisko, iż odwołujący zaoferował ofertę zawierającą rażąco niską cenę, zostało potwierdzone przez samego odwołującego w innym postępowaniu (ogłoszenie nr 2022/BZP 00399553/01 z dnia 19 października 2022 r.) na wsparcie serwisowe dla systemu Eskulap i Impuls, subskrypcja na aktualizację posiadanego oprogramowania systemu informatycznego (KS-MEDIS, KS-SOMED, KSW-ASW) oraz świadczenia stałego serwisu. W powyższym postępowaniu, którego skala serwisowania jest na mniejszym poziomie niż w przedmiotowym postępowaniu odwołujący zaproponował wyższą stawkę. Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia polega na rozbudowaniu systemu i jego zintegrowaniu. Serwisowanie nie polega na utrzymywaniu już istniejącego od lat systemu. Innymi słowy, łączone będą różne systemy, a więc mogą wystąpić różne błędy, które w normalnym użytkowaniu nie miałyby miejsca. Dlatego też cena serwis i użytkowanie winna uwzględniać powyższą skalę problemu.

Zamawiający wyjaśnił, że wskazał w zawiadomieniu, że *Biorąc pod uwagę odpowiedzi dostawców informatycznych w których wskazano w szczególności kilkadziesiąt razy wyższe koszty utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych oraz biorąc pod uwagę obecne koszty ponoszone przez Szpital, sytuację na rynku gospodarczym (inflację) oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia przekazanych przez Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej*

*ceny – w ocenie Zamawiającego ww. informacje nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W związku z powyższym zamawiający uznał, że posiadał rozeznanie w cenach za usługi serwisowe w zakresie różnych systemów informatycznych. Porównując zakresy serwisów, zamawiający doszedł do przekonania, że przedstawiona przez odwołującego cena jest rażąco niska. Odwołujący mimo przedłożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów, nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.*

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 255 pkt 2 Pzp, mając na uwadze swoje stanowisko w zakresie powyższych zarzutów nr 1)-5) wskazał, że zarzut jest nietrafny. Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku odrzucenia wszystkich złożonych ofert, ze względu na rażąco niską cenę, nie mógł postąpić inaczej jak tylko unieważnić postępowanie.

W zakresie ostatniego zarzutu zamawiający stwierdził, że udostępnił odwołującemu te dokumenty, w których był posiadaniem i, które mógł przekazać, bez narażenia się na naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, którą konkurencja odwołującego zastrzegła. Niezależnie od powyższego, zamawiający wyjaśnił, że zaniechanie udostępnienia żądanych przez odwołującego dokumentów, nie ma wpływu na wynik postępowania – tu: odrzucenie ofert i unieważnienie postępowania. Innymi słowy, odwołujący miał wyjaśnić rażąco niską cenę zawartą w swojej ofercie, a nie konkurencji. Żadne z żądanych przez odwołującego dokumentów nie są potrzebne wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny. W związku z tym, zamawiający wskazał, że nie miał innego wyjścia, jak tylko postąpić zgodnie z przepisami Pzp, tj. odrzucić oferty i unieważnić postępowanie. Jednocześnie na marginesie zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 537 pkt 1) Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zdaniem zamawiającego, odwołujący na etapie składania odwołania, nie wykazał faktu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ograniczył się jedynie do polemiki z uzasadnieniem odrzucenia jego oferty, nie wskazując przy tym, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tym samym nie wypełniona została norma z art. 537 pkt 1) Pzp.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił

materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Kamssoft S.A. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 2 stycznia 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 30 września 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w dniu 27 września 2022 r. w zakresie rażąco niskiej ceny;
- zawiadomienie z dnia 12 grudnia 2022 r. dotyczące odrzucenia oferty odwołującego;
- zawiadomienie z dnia 12 grudnia 2022 r. o unieważnieniu postępowania;

2) załączniki do odpowiedzi na odwołanie:

- faktury za dotychczasowe usługi serwisowe opłacone przez zamawiającego:
- FV/024/11/22 z dnia 30 listopada 2022 na kwotę 73.185,00 zł brutto;
- FV/022/10/22 z dnia 31 października 2022 na kwotę 73.185,00 zł brutto;
- FV/054/09/22 z dnia 30 września 2022 na kwotę 73.185,00 zł brutto;
- FV/028/08/22 z dnia 31 sierpnia 2022 na kwotę 73.185,00 zł brutto;
- FV/048/07/22 z dnia 29 lipca 2022 na kwotę 73.185,00 zł brutto;
- FV/013/06/22 z dnia 30 czerwca 2022 na kwotę 73.185,00 zł brutto;
- 7160/FV/OLE/2022 z dnia 30 listopada 2022 na kwotę 13.125,74 zł brutto;
- 7028/FV/OLE/2022 z dnia 25 listopada 2022 na kwotę 6.025,00 zł brutto;
- 6464/FV/OLE/2022 z dnia 31 października 2022 na kwotę 13.125,74 zł brutto;
- 10) 6275/FV/OLE/2022 z dnia 27 października 2022 na kwotę 6.025,00 zł brutto;
- 4927/FV/OLE/2022 z dnia 31 sierpnia 2022 na kwotę 13.125,74 zł brutto;
- 4815/FV/OLE/2022 z dnia 26 sierpnia 2022 na kwotę 6.025,00 zł brutto;
- 4364/FV/OLE/2022 z dnia 29 lipca 2022 na kwotę 13.125,74 zł brutto;
- 4241/FV/OLE/2022 z dnia 27 lipca 2022 na kwotę 6.025,00 zł brutto;
- 3747/FV/OLE/2022 z dnia 30 czerwca 2022 na kwotę 13.125,74 zł brutto;
- 3642/FV/OLE/2022 z dnia 27 czerwca 2022 na kwotę 6.025,00 zł brutto;

- ofertę odwołującego złożoną w postępowaniu dotyczącym ogłoszenia nr 2022/BZP 00399553/01;

- 3) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego w postaci dokumentacji odnoszącej się do wcześniejszego postępowania, obejmujące SWZ w tamtym postępowaniu oraz umowę zawartą w dniu 18 listopada 2022 r. nr 192/2022;
- 4) dokumentację postępowania w postaci korespondencji mailowej prowadzonej w związku z rozmowami jakie miały miejsce pomiędzy zamawiającym a podmiotami trzecimi na etapie badania ofert, uzupełnioną na rozprawie przez zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu w wysokości 4 920 598,08 zł brutto, w tym cena za serwis i utrzymanie w wysokości 96 000,00 zł brutto.

W dniu 27 września 2022 r. odwołujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu z racji powzięcia wątpliwości, iż zaoferowana przez odwołującego cena, koszt, lub ich części składowe przedmiotu zamówienia – w odniesieniu do zaoferowanej przez odwołującego wartości wykonania zamówienia na serwis i utrzymanie – były rażąco niskie w stosunku do dotychczasowych kosztów ponoszonych przez zamawiającego, co budziło jego wątpliwości co do możliwości wykonania przez odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący w zakreślonym terminie tj. w dniu 30 września 2022 r., przedłożył zamawiającemu odpowiedź na wezwanie z dnia 27 września 2022 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za serwis i utrzymanie.

W dniu 17 listopada 2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego do udostępnienia w trybie art. 74 ust. 2 Pzp protokołu postępowania wraz z załącznikami:

- 1) ofertą wykonawcy: KAMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach, wraz z kompletem dokumentów złożonych z daną ofertą;
- 2) korespondencją pomiędzy zamawiającym a ww. wykonawcą;
- 3) pismami, informacjami i wszelkimi innymi materiałami przedłożonymi przez ww. wykonawcę w toku postępowania;
- 4) kartami indywidualnej oceny ofert, jeśli doszło do takiej oceny przed datą udostępnienia.

Zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. zawiadomił odwołującego drogą elektroniczną:

- o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp;
- o unieważnieniu postępowania w oparciu art. 255 pkt 2 Pzp.

W ramach uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał:

Uzasadnienie faktyczne: W trakcie przygotowania zakresu działań niezbędnych do wykonania zadań związanych z realizacją przedmiotowego postępowania przetargowego Zamawiający podjął czynności zmierzające do określenia zakresu rzeczowego, merytorycznego oraz finansowego związanego z realizacją zadania dotyczącego ujednolicenia systemów szpitalnych w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu. Jednym z ważniejszych kryteriów dotyczących zadania były miesięczne koszty utrzymania systemów szpitalnych, które w obecnym modelu pracy na dwóch systemach HIS kształtują się w kwocie około 100 tys. zł. Jednocześnie zakres działań wynikających ze zmian, które są oczekiwane podczas wdrożenia projektu w zakresie oprogramowania, sprzętu oraz integracji z systemami szpitalnymi bardzo odbiega od obecnie wdrożonych rozwiązań. Największą różnicę stanowi kompleksowe podejście do integracji pomiędzy systemem HIS i ERP oraz narzędziami wspierającymi, co w ocenie Zamawiającego znając realia rynkowe dotyczące kosztów budowy i utrzymania systemów IT obciąża budżet Wykonawcy a tym samym wpływa istotnie na cenę końcową. Biorąc pod uwagę koszty związane z budową i utrzymaniem interfejsów pomiędzy systemami oraz średnie wynagrodzenia na rynku IT w zakresie zespołów developerskich (programiści) oraz po analizie informacji uzyskanych od Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej oraz biorąc pod uwagę obecnie ponoszone przez Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu koszty miesięczne utrzymania i aktualizacji systemów HIS i ERP Zamawiający podjął działania zmierzające do weryfikacji cen na rynku informatycznych systemów szpitalnych. W związku z tym, skierowano zapytania do kluczowych twórców i integratorów systemów HIS i ERP, którzy nie brali udziału w naszym postępowaniu o szacowane koszty wdrożenia i koszty utrzymania systemu informatycznego w oparciu o dokumentację przetargową ogłoszoną w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Biorąc pod uwagę odpowiedzi dostawców informatycznych w których wskazano w szczególności kilkadziesiąt razy wyższe koszty utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych oraz biorąc pod uwagę obecne koszty ponoszone przez Szpital, sytuację na rynku gospodarczym (inflację) oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia przekazanych przez Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny — w ocenie Zamawiającego ww. informacje nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

W odpowiedzi na wezwanie odwołującego z dnia 17 listopada 2022 r. do udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami, zamawiający drogą elektroniczną w dniu 13 grudnia 2022 r. przesłał odwołującemu ofertę przystępującego złożoną w postępowaniu oraz dokument protokołu postępowania aktualny na dzień 28 listopada 2022 r.



W związku z powyższym w dniu 16 grudnia 2022 r. odwołujący wystosował do zamawiającego kolejne wezwanie o przedłożenie brakujących dokumentów postępowania, w odpowiedzi na które w dniu 21 grudnia 2022 r. zamawiający udostępnił odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty przystępującego, wniosek do przystępującego o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z odpowiedzią wykonawcy oraz wezwanie do ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.;*

- art. 224 ust. 6 Pzp – *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;*

- art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

*(...)*

*2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*

*– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.;*

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

*1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

*2) przejrzysty;*

- art. 18 ust. 1 Pzp – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.;*

- art. 255 pkt 2 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;*

- art. 74 ust. 1 i 2 Pzp – *1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.*

*2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:*

*1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,*

*2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków*

*– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający stwierdził, że istota odwołania koncentrowała się na zarzutach kierowanych wobec uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. W tym kontekście na uwagę zasługuje stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 122/22, w którym trafnie wskazano, że *zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.*

W tym miejscu warto przypomnieć, że zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem dotyczącym wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu w kontekście wartości wykonania zamówienia na serwis i utrzymanie. W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia oraz załączył do nich dowody. W ocenie składu orzekającego odwołujący w przedmiotowych wyjaśnieniach odniósł się do zakresu wezwania, co potwierdza chociażby treść określona w części oznaczonej lit. N. W ramach tej

części odwołujący przedstawił także określone dowody. Przekładając powyższe okoliczności na treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego Izba przyznała słuszność argumentacji odwołującego, który wskazał, że zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że argumentacja przedstawiona przez odwołującego w złożonych przez niego wyjaśnieniach nie jest wystarczająca dla uznania, że cena zamówienia zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Co ważne, zamawiający nie zakwestionował żadnego z elementów wyjaśnień odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny, a całość wyjaśnień podsumował jednym ogólnikowym stwierdzeniem, że *biorąc pod uwagę wyjaśnienia przekazanych przez Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny — w ocenie Zamawiającego ww. informacje nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym*. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął przedmiotowe stanowisko i jakie konkretnie zastrzeżenia ma do wyjaśnień odwołującego. Tym samym skład orzekający przyznał rację odwołującemu, który stwierdził, że nie był w stanie odnieść się do zacytowanego wyżej stanowiska zamawiającego, które *de facto* sprowadzało się do argumentu, że zamawiający „uważa inaczej”.

Izba doszła do przekonania, że zamawiający w zawiadomieniu odrzucenia oferty odwołującego podał i próbował argumentować różne powody tej czynności, które zostały prawidłowo zidentyfikowane przez odwołującego, omijając najistotniejszą okoliczność tj. wyjaśnienia złożone przez odwołującego pismem z dnia 30 września 2022 r. W ocenie składu orzekającego badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny to proces wynikowy. Przedmiotowa wynikowość – w przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień – polega na tym, że zakończenie ww. procesu tj. uznanie przez zamawiającego, że oferta podlega albo nie podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, powinno być efektem analizy złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Powyższe skutkuje również tym, że to przede wszystkim udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny być przedmiotem uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, jeśli zamawiający uzna, że taką ofertę należy odrzucić z powodu rażąco niskiej ceny. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający nie odniósł się do złożonych wyjaśnień, stąd znalazły potwierdzenie zarzuty odwołującego odnoszące się do wadliwości uzasadnienia tej czynności.

Jak zasadnie wskazano w cytowanym powyżej orzeczeniu to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. W związku z powyższym odwołujący zdecydował się polemizować z czynnością zamawiającego przez

kwestionowanie uzasadnienia dla tej czynności i w okolicznościach przedmiotowej sprawy sposób ten okazał się trafny, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz w stanowisku podanym na rozprawie próbował konkretyzować i szerzej argumentować powody odrzucenia oferty odwołującego. Argumentacja ta skupiała się przede wszystkim na wskazaniu postanowień opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy dotyczących serwisu i utrzymania w porównaniu do postanowień wcześniej zawartej umowy z odwołującym. Zamawiający próbował w ten sposób wyjaśnić, że przedmiotowe postępowanie jest znacznie bardziej skomplikowane jeśli chodzi o usługi serwisu i utrzymania niż wcześniejsze usługi realizowane w tym zakresie na jego rzecz, a mimo to odwołujący dużo taniej wycenił przedmiotową usługę w postępowaniu w porównaniu do wcześniejszych umów. Powyżej wskazana argumentacja nie mogła potwierdzić słuszności odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ nie była w tak szczegółowym zakresie podana w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Zamawiający w zawiadomieniu wskazał, że *Jednocześnie zakres działań wynikających ze zmian, które są oczekiwane podczas wdrożenia projektu w zakresie oprogramowania, sprzętu oraz integracji z systemami szpitalnymi bardzo odbiega od obecnie wdrożonych rozwiązań. Największą różnicę stanowi kompleksowe podejście do integracji pomiędzy systemem HIS i ERP oraz narzędziami wspierającymi, co w ocenie Zamawiającego znając realia rynkowe dotyczące kosztów budowy i utrzymania systemów IT obciąża budżet Wykonawcy a tym samym wpływa istotnie na cenę końcową.* W okolicznościach przedmiotowej sprawy powyżej wskazane stanowisko okazało się niewystarczające ponieważ, wymagało przedstawienia szerszego kontekstu sprawy, uzupełnionego o argumentację odnoszącą się do postanowień SWZ i wcześniejszych zamówień, a ponadto zupełnie nie odnosiło się do złożonych przez odwołującego wyjaśnień. Kolejny argument podany przez zamawiającego polegał na przywołaniu dyspozycji art. 537 pkt 1 Pzp i wskazaniu, że zamawiający przez wniesione odwołanie oraz zaprezentowaną w nim argumentację próbował odwrócić sytuację procesową i przez to przerzucić ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na zamawiającego. Powyższy argument okazałby się zasadny, gdyby zamawiający prawidłowo sporządził uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego. Możliwość zastosowania dobrodziejstwa zawartego w art. 537 pkt 1 Pzp uzależniona jest od prawidłowego sporządzenia uzasadnienia odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Stanowiska zamawiającego nie potwierdziły również złożone przez niego dowody, które zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie. Faktury dotyczące wydatków za usługi serwisu, odnoszące do aktualnie realizowanych umów, co prawda wykazały prawidłowość argumentu zamawiającego koncentrującego się na podkreśleniu dysproporcji cenowej

pomiędzy dotychczasowymi kosztami usługi serwisu w stosunku do ceny zaproponowanej przez odwołującego w postępowaniu, jednakże argument ten nie mógł potwierdzić prawidłowości czynności odrzucenia, ponieważ zamawiający w uzasadnieniu tej czynności nie zestawiał go z argumentacją odwołującego podaną w wyjaśnieniach z dnia 30 września 2022 r. Niewystarczający okazał się także dowód w postaci oferty odwołującego z wcześniejszego postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia nie odnosił się do okoliczności wynikającej z tego dowodu, zatem nie miał on znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Potwierdzenie zarzutu dotyczącego wadliwego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, skutkowało w dalszej kolejności uznaniem za nieprawidłową czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W konsekwencji również czynność unieważnienia postępowania została dokonana przez zamawiającego z naruszeniem art. 255 pkt 2 Pzp.

Zasadny okazał się także ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu. Zarzut dotyczył nieudostępnienia odwołującemu części oferty przystępującego, wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego, ewentualnie uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji znajdujących się w tych dokumentach jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa o ile przystępujący dokonał takiego zastrzeżenia oraz korespondencji, na którą powoływał się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, prowadzonej z podmiotami, które nie złożyły oferty w postępowaniu. Odwołujący dopiero z odpowiedzi na odwołanie formalnie dowiedział się, że ww. dokumenty zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego tj. części oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny, należało wskazać, że skoro odwołujący uznał dokonane zastrzeżenia za zasadne to oczywiście nie mógł przekazać zastrzeżonych informacji odwołującemu, natomiast nieprzekazanie samego uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji stanowiło naruszenie art. 74 ust. 2 Pzp. Przy czym w ocenie składu orzekającego naruszenie to pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta przystępującego została odrzucona i od tej czynności przystępujący nie wniósł środka ochrony prawnej, zatem czynność tą należało uznać za ostateczną. Przy uwzględnieniu odwołania Izba bierze pod uwagę czy stwierdzone naruszenie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro oferta przystępującego została już wyeliminowana z postępowania powyżej wskazane naruszenie pozostało bez wpływu na jego wynik.

Podobny skutek miało nieprzekazanie odwołującemu korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z innymi podmiotami w związku z badaniem oferty odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie składu orzekającego informacje uzyskane od podmiotów

trzecich w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało uznać za element dokumentacji postępowania, ponieważ zamawiający oparł się na nich przy czynności odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto podmioty trzecie nie mogą utajniać informacji w postępowaniu w stosunku do wykonawców, którzy złożyli ofertę, jeśli te informacje wpływają na proces badania ofert tych wykonawców. Zgodnie z treścią art. 18 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Sytuacja jaka miała miejsce w przedmiotowej sprawie nie ma swojego odpowiednika w ustawie, zatem nieprzekazanie ww. korespondencji odwołującemu stanowiło naruszenia art. 74 ust. 2 Pzp. Przy czym w związku z uznaniem przez Izbę czynności odrzucenia oferty odwołującego za nieprawidłową z powodu sporządzenia wadliwego uzasadnienia tej czynności, powyższe naruszenie, zdaniem składu orzekającego, nie miało wpływu na wynik postępowania.

Tym samym z powodu uznania, że ww. naruszenia pozostawały bez wpływu na wynik postępowania, Izba w sentencji orzeczenia nie formułowała nakazu dotyczącego udostępnienia dokumentów wskazanych w treści żądania skorelowanego z zarzutem określonym w pkt 7 *petitum* odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz w konsekwencji unieważnienia postępowania w związku z wadliwym uzasadnieniem czynności odrzucenia.

Dodatkowo skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że uwzględnienie przedmiotowego odwołania nie oznacza, że Izba przesądziła zasadność złożonych przez odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przez co zamawiający może odstąpić od badania oferty odwołującego pod tym kątem, po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty odwołującego. Jednym ze skutków przedmiotowego orzeczenia powinno być dokładne przeanalizowanie przez zamawiającego całości okoliczności dotyczących złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w następstwie tego podjęcie odpowiednich jego zdaniem działań.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący: .....