

WYROK

z dnia 10 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 3 i 5 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2019 r. przez odwołującego: Comarch Healthcare S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „CENTRUM” w Opolu ul. Kościuszki 2, 45-062 Opole

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie oferty celem wyboru najkorzystniejszej oferty. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „CENTRUM” w Opolu ul. Kościuszki 2, 45-062 Opole 10,
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Healthcare S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „CENTRUM” w Opolu ul. Kościuszki 2, 45-062 Opole 10 kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Comarch Healthcare S.A. Al. Jana Pawła II

39 A, 31-864 Kraków, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 17 czerwca 2019 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a; 02-676 Warszawa otrzymał odwołanie w związku z prowadzonym postępowaniem przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Centrum” ul. Kościuszki 2, 45-062 Opole zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołanie wniósł Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie AL Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych dzięki wdrożeniu e-usług w SPZOZ „Centrum”, SPZOZ „Śródmieście”, SPZOZ „Zaodrze” w Opolu” (oprogramowanie)”

Numer referencyjny zamówienia: ZP-C-1-2019.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.01.2019 r. pod numerem: 15835-2019-PL.

Ilekcroć w niniejszym odwołaniu mowa o „Info-Lider” należy przez to rozumieć wykonawcę Info Lider sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Małachowskiego 25, 40-689 Katowice.

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą PZP”, Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą PZP działań Zamawiającego, polegających na:

- 1) bezzasadnym unieważnieniu postępowania,
- 2) wadliwym uzasadnieniu przyczyny unieważnienia postępowania,
- 3) wadliwym przeprowadzeniu czynności oceny i badania ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania ze względu na to, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pomimo iż:

a. zamawiający w należyty sposób nie przeanalizował stanu faktycznego i prawnego, czy możliwe jest zwiększenie tej kwoty,

b. prawidłowa analiza stanu faktycznego i prawnego prowadzi do konkluzji, iż zamawiający może zwiększyć tę kwotę, a także dysponuje środkami prawnymi, które pozwalają mu na podjęcie działań w celu zwiększenia tej kwoty,

c. kwota ta została ustalona arbitralnie, w oderwaniu od szacunkowej wartości zamówienia (kwota najkorzystniejszej oferty jest o 19% niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT), a także w oderwaniu od opublikowanego planu zamówień zamawiającego na rok 2019 i budżetu projektu unijnego,

d. zamawiający dokonał szeregu niezgodnych z ustawą PZP czynności w celu uniemożliwienia zatrzymania wadium Info-Lider - która to kwota mogłaby dać mu dodatkowe środki finansowe, niezależnie od w/w umożliwiającej zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 3 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciężącemu nań obowiązкови nie dokonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił w całości,

2) art. 92 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP - poprzez de facto brak uzasadnienia przyczyny unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, gdyż treść informacji o unieważnieniu postępowania sprowadza się do zacytowania przepisu oraz lapidarnego i powielającego przepis stwierdzenia, iż zamawiający nie może zwiększyć kwoty; jaka jest przeznaczona na sfinansowanie zamówienia,

3) art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez wadliwe przeprowadzenie czynności oceny i badania ofert, w tym zaniechanie oceny i badania oferty Comarch Healthcare S.A., a w szczególności zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, co wobec uwzględnienia poprzedniego odwołania prowadzi do naruszenia także art. 186 ust. 3 PZP, gdyż Zamawiający wbrew ciężącemu nań obowiązкови nie dokonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które uwzględnił w całości,

4) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez wezwanie Info-Lider pismem z dnia 27 maja 2019 r. do:

a. wyjaśnień i dowodów pozwalających ustalić nieterminowe złożenie wyjaśnień i dokumentów, o których złożenie był wezwany pismem z dnia 20 maja 2019 r. - przy czym Zamawiający dysponował już dowodami, na podstawie których ustalił, iż wyjaśnienia nie zostały złożone w terminie,

b. wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał już oceny złożonych wyjaśnień w tym zakresie i stwierdził, iż dokumenty nie spełniają trzech warunków pozwalających uznać te informacje za stanowiące tajemnicę przedsiębiorca, a Info-Lider nie wykazał, że stanowią one wartość gospodarczą i nie uzasadnił, w jaki sposób

ujawnienie powyższych informacji może wpływać na osłabienie pozycji gospodarczej Wykonawcy - a zatem Zamawiający miał po prostu odtajnić nieprawidłowo zastrzeżone dokumenty, czym naruszono także art. 8 ust. 1 i 3 ustawy PZP, który zasadę jawności postępowania i określa moment zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy, co zdaniem Odwoływającego miało na celu jedynie upozorować zasadność wezwania Info-Lider do przedłużenia terminu związania ofertą, a w konsekwencji bezzasadnie faworyzuje tego wykonawcę, gdyż poprzez takie działania Zamawiającego wzywany wykonawca nie poniesie negatywnych skutków swoich zaniechań w zakresie uzupełnienia złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP,

5) art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez bezpodstawne wezwanie pismem z dnia 27 maja 2019 r. Info-Lider do przedłużenia terminu związania ofertą, w sytuacji, w której w chwili wysyłania tego wezwania, oferta Info-Lider podlegała odrzuceniu, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty wykonawcy, ze względu na to, iż wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy PZP (przy czym Zamawiający wskazuje na pkt 3 - który w rzeczonym przepisie nie istnieje), co uniemożliwia zatrzymanie Info-Lider wadium w postępowaniu - zgodnie z art. 85 ust. 3 ustawy PZP - a w konsekwencji prowadzi do faworyzowania tego wykonawcy, gdyż nie poniesie on negatywnych skutków swoich zaniechań w zakresie uzupełnienia dokumentów.

Mając powyższe na uwadze wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności oceny i badania ofert,
- 3) przeprowadzenia ponownej czynności oceny i badania ofert,
- 4) unieważnienia czynności wezwania Info-Lider do wyjaśnień pismem z dnia 27 maja 2019 r.,
- 5) unieważnienia czynności wezwania Info-Lider do przedłużenia terminu związania ofertą pismem z dnia 27 maja 2019 r.
- 6) zatrzymania wadium Info-Lider w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy PZP,
- 7) zgodnego z ustawą PZP uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania.

Termin wniesienia odwołania

Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu postępowania w dniu 6 czerwca 2019 r., w tym samym dniu doręczając tę informację Odwoływającemu. Mając na uwadze, iż wartość

zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody

Odwołujący złożył jedyną konkurującą z info-Lider ofertę w postępowaniu. Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta jest jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą w postępowaniu, posiada interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które doprowadziły do unieważnienia postępowania.

Doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych - zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dowód w załączeniu).

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych dzięki wdrożeniu e-usług w SPZOZ „Centrum”, SPZOZ „Śródmieście”, SPZOZ „Zaodrze” w Opolu” (oprogramowanie)” Numer referencyjny: ZP-C-1-2019. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.01,2019 r. pod numerem: 15835-2019-PL, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

W dniu 17 kwietnia 2019 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą zgodnie z art. 91 ust 1 ustawy PZP w postępowaniu wybrana została najkorzystniejsza oferta wykonawcy Info-Lider, która osiągnęła w I kryterium - cena: 1.704 780,00 zł 60 pkt., II kryterium - gwarancja: 60 miesięcy 40 pkt. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż wykonawca spełnia wymagane w postępowaniu warunki, a wybrana oferta zgodnie z przyjętymi kryteriami uzyskała najwyższą liczbę punktów - 100 pkt.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, podnosząc szereg zarzutów dotyczących oferty i doświadczenia

wykonawcy Info-Lider - zgodnie z treścią odwołania o sygnaturze KIO 779/19. 13 maja 2019 r. (na dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą) Zamawiający uwzględnił odwołanie Odwołującego w całości. W dniu 6 czerwca 2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu postępowania ze względu na wypełnienie przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Celem prowadzenia procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i udzielenie zamówienia publicznego - zawarcie umowy, na podstawie której zamawiający nabędzie przedmiot dostawy, usługę lub roboty budowlane. Nie jest nim - w przypadku gdy wybrany przez zamawiającego tryb udzielenia zamówienia publicznego to przetarg nieograniczony - zawarcie umowy z konkretnym, preferowanym przez zamawiającego wykonawcą. Prowadzenie procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest też celem samym w sobie - dlatego ustawa PZP przewiduje zamknięty katalog przesłanek, w których zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, podejmując decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, godzi się z tym, iż będzie mógł je unieważnić tylko w przypadku, gdy stan faktyczny będzie odpowiadał dyspozycji art. 93 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający winien przy tym - jako dysponent postępowania - działać w sposób, który realizuje cel - udzielenie zamówienia publicznego, a nie w sposób, który prowadzi do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na zamawiającym ciąży obowiązek takiego prowadzenia postępowania, którego skutkiem jest udzielenie zamówienia - a nie obstrukcja tego postępowania i unieważnienie postępowania - i w tym celu ustawa PZP wyposaża go w różne narzędzia (np. możliwość samodzielnego korygowania własnych błędów), ale i nałożyła na niego pewne wymogi i ograniczenia.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych dzięki wdrożeniu e-usług w SPZOZ „Centrum”, SPZOZ „Śródmieście”, SPZOZ „Zaodrze” w Opolu (oprogramowanie)” o numerze referencyjnym: ZP-C-1-2019 Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy PZP. Z treści tego przepisu wynika jednoznacznie, iż sam fakt, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia jest większa niż kwota najwyższej ocenionej oferty - nie jest wystarczający. Konieczna jest weryfikacja możliwości zwiększenia tej kwoty. „Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków spełzną na niczym, Zamawiający będzie mógł unieważnić postępowanie stosując się do art. 93 ust 1 pkt 4 PZP' (KIO 275/2018). Teza ta jest także powielona w opinii Urzędu Zamówień Publicznych - jest także zgodna z dyrektywami udzielania zamówień wynikającymi z przepisów o finansach publicznych i o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż projekt realizowany jest w oparciu o zapisy umowy o dofinansowanie Projektu w formie zaliczki lub refundacji dla Projektu wdrażanego przez instytucję Zarządzającą w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 w ramach: Osi priorytetowej X- Inwestycje w infrastrukturę społeczną Działanie 10.3 E-usługi publiczne Numer ewidencyjny wniosku RPOP.10.03.00- 16-0003/17.

Należy jasno wskazać, iż umowa przewiduje sytuację, w której możliwe są przesunięcia kwotowe między zadaniami i kategoriami określonymi we wniosku, jak również - sytuację, w której w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość wydatków kwalifikowalnych ulegnie zwiększeniu w stosunku do sumy wartości tych wydatków, określonych we wniosku o dofinansowanie.

Zgodnie z § 25 ust. 3 i 5 rzeczonyj umowy:

3. Dopuszczalne są przesunięcia kwotowe między zadaniami i kategoriami określonymi we Wniosku, pod warunkiem uzyskania zgody instytucji Zarządzającej, z uwzględnieniem zapisów Wytycznych, o których mowa w § 1 pkt 15).

5. Jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wartość wydatków kwalifikowalnych ulegnie zwiększeniu w stosunku do sumy wartości tych wydatków, określonych we Wniosku, wysokość kwotowa dofinansowania nie ulega zmianie. W szczególnie uzasadnionych przypadkach Instytucja Zarządzająca może podjąć decyzję o zwiększeniu wysokości kwotowej dofinansowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie próbował nawet uzyskać takiej zgody Instytucji Zarządzającej - czy to na przesunięcie kwotowe między zadaniami - czy to na zwiększenie wysokości kwotowej dofinansowania.

Jeżeli Zamawiający - zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie - chce zrealizować Projekt - to nie ma innej możliwości jego realizacji niż poprzez udzielenie zamówienia zgodnie z ustawą PZP. Ponieważ w postępowaniu oferty złożyło tylko dwóch wykonawców (z czego jeden został wykluczony jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu - a jego oferta została odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ) - wyłączając z tym rozważań ofertę Comarch Healthcare S.A. - to w ogóle brakuje pewności, czy w kolejnym postępowaniu jakkolwiek inny wykonawca złoży ofertę. Irracjonalnym i sprzecznym z zasadami doświadczenia na rynku zamówień publicznych jest założenie, że w kolejnym przetargu zainteresowanie potencjalnych wykonawców będzie większe - a oferty bardziej konkurencyjne. Tym samym - nie poszukując środków na realizację zamówienia w ramach projektu - Zamawiający de facto sam torpeduje jego realizację. Podkreślić należy, iż samo zawarcie

umowy o dofinansowanie nie jest jednoznaczne ze zwolnieniem zamawiającego z zapewnienia środków (oprócz środków własnych) na realizację zamówienia. Wręcz przeciwnie - projekt określa pewne ramy brzegowe dofinansowania, natomiast w toku realizacji projektu może się okazać, że konieczne jest poniesienie dodatkowych wydatków przez zamawiającego. Zależy to od wielu czynników m. in. od założeń wartości poszczególnych kosztów przyjętych we wniosku, od koniunktury na rynku zamówień publicznych, od czasu, jaki upłynął od szacowania wartości tego kosztu do udzielenia zamówienia etc. Zamawiający, podejmując się realizacji projektu unijnego, musi brać pod uwagę, że przyznane dofinansowanie może nie być wystarczające - i jego obowiązkiem jest poszukiwanie środków finansowych, pozwalających wykonać projekt, a nie odkładanie jego realizacji w czasie.

Obowiązek weryfikacji możliwości Zamawiającego w tym zakresie aktualizuje się szczególnie w sytuacji, gdy Odwołujący zapewnił, iż wskazany w postępowaniu termin wykonania projektu jest z jego strony niezagrożony, co potwierdził przedłużeniem terminu ważności oferty i gwarancji wadialnej w dniu 28.05.2019 r. Co więcej - Odwołujący oświadczył, iż fakt unieważnienia postępowania na sprzęt lekki (komputery, drukarki, itd.) - realizowany pod nr referencyjnym C-ZP-2-19 nie blokuje w żaden sposób prac związanych z aplikacją, jej wdrożeniem i szkoleniem pracowników. Sama konstrukcja postępowań, którą Zamawiający przyjął przed ich ogłoszeniem, prowadzi do rozdzielenia obu zakresów i pozwala pracować niezależnie. W ramach złożonej przez Odwołującego oferty zgodnie z SIWZ dostarczany jest sprzęt serwerowy, który jest niezbędny do zainstalowania wymaganego oprogramowania, jak również urządzenia sieciowe i inne elementy niezbędne do uruchomienia e-Platformy, która jest głównym założeniem projektu.

Odwołujący przywołuje też treść opinii UZP dotyczącej przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP: Reasumując, zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. W szczególności, w przypadku, gdy zamawiający należy do grona podmiotów sektora finansów publicznych, może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy.

Zwiększenie kwoty, którą Zamawiający planował przeznaczyć na realizację zamówienia, było i jest jedynym racjonalnym i nienaruszającym dyscypliny finansów publicznych działaniem, które Zamawiający mógł podjąć w związku z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem oferty Info-Lider sp. z o.o. Wszelkie inne działania są sprzeczne z nadrzędnym celem, jakim jest realizacja projektu unijnego, prowadzą do bezzasadnego zwiększenia wydatków oraz naruszają zasady jawności, przejrzystości i terminowej realizacji zadań.

Automatyczne unieważnienie postępowania - bez wnikliwej analizy konsekwencji niezwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia - jest więc czynnością Zamawiającego naruszającą powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Działanie to jest wręcz absurdalne w sytuacji, w której z opublikowanego przez Zamawiającego Planu Zamówień Publicznych na rok 2019 wynika, iż orientacyjna wartość zamówienia zakładana przez Zamawiającego wynosiła 2.120.911,00 zł (netto) - a więc jest to kwota znacząco wyższa, niż kwota, na jaką opiewa oferta Comarch Healthcare (kwota netto: 1 718 000.00 zł). Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tego faktu w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

Nie sposób nie podkreślić, iż oferta Wykonawcy przekroczyła podaną przez Zamawiającego kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jedynie o około 1,73%! W przypadku tak niewielkiej różnicy - zwłaszcza przy zamówieniach publicznych o wysokim stopniu skomplikowania i złożonym charakterze - Zamawiający winien ze szczególną wnikliwością przeanalizować, czy unieważnienie postępowania spowoduje, iż zamówienie publiczne będzie mogło być zrealizowane za zapłatą niższego wynagrodzenia.

Takiej gwarancji Zamawiający absolutnie nie ma - co więcej - ponieważ w postępowaniu oferty złożyło tylko dwóch wykonawców (z czego jeden został wykluczony jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu - a jego oferta została odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ) - wyłączając z tym rozważań ofertę Comarch Healthcare - to w ogóle brakuje pewności, czy w kolejnym postępowaniu jakikolwiek inny wykonawca złoży ofertę. Irracjonalnym i sprzecznym z zasadami doświadczenia na rynku zamówień publicznych jest założenie, że w kolejnym przetargu zainteresowanie potencjalnych wykonawców będzie większe - a oferty bardziej konkurencyjne.

Jednocześnie kwota zaoferowana przez Comarch Healthcare S.A. jest o 19% niższa niż wynikająca z protokołu zamówienia publicznego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług. Tym samym Zamawiający nie może wykluczyć, że właśnie ze względu na niewielkie zainteresowanie potencjalnych wykonawców w kolejnym postępowaniu, złożone oferty będą opiewały na wyższe kwoty niż oferta Comarch Healthcare, co sprawi, że konsekwentnie i kolejne postępowanie nie zakończy się wyborem oferty.

Przeprowadzenie ponownego postępowania - oprócz oczywistego wydłużenia procesu realizacji projektu i zwiększonego ryzyka braku realizacji w terminie projektu unijnego (co wiąże się z korektą i innymi sankcjami - jak choćby karnymi odsetkami czy nawet brakiem możliwości ubiegania się o środki unijne w przyszłości) - będzie wiązało się ze strony Zamawiającego z poniesieniem dodatkowych kosztów, których wartość z pewnością przekroczy różnicę między kwotą wynikającą z budżetu a kwotą wynikającą ze złożonej przez Odwołującego oferty.

Do podstawowych kosztów należą wydatki związane z:

- a) zaangażowaniem przez kolejne kilka miesięcy komisji przetargowej w liczbie 8 osób.
- b) obsługą prawną ze strony 3 jednostek do prowadzonego postępowania.
- c) umową z Inżynierem Projektu, której termin realizacji określono na dzień 31.07.2019 r. i która wymaga aneksowania (choć tutaj należy podnieść wątpliwość, czy w ogóle jest dopuszczalna tego typu zmiana zakresu świadczeń) lub nowego postępowania.
- d) zakupem licencji na obecne oprogramowanie Asseco Poland S.A., wraz z asystami technicznymi i serwisami dla wszystkich 3 jednostek dla obecnie wykorzystywanych systemów - a zatem zdublowaniem kosztów licencji w tym samym zakresie .
- e) znacznym opóźnieniem w uruchomieniu e-Usług dla pacjentów i wydatkami związanymi z brakiem możliwości prowadzenia e-Rejestracji.

Kolejne postępowanie będzie prowadziło również ryzyko pojawienia się kosztów dodatkowych, których przyczyną może być:

- a) Ponowne unieważnienie przetargu.
- b) Znacznie wyższe przekroczenie budżetu.
- c) Koszty ewentualnych odwołań, które mogą pojawić się w kolejnym postępowaniu.

Odwołujący podkreśla, iż w żaden sposób kwota, będąca przesłanką unieważnienia postępowania, nie wynika z budżetu projektu unijnego.

Kończąc, Odwołujący zwraca uwagę, iż to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia istnienia przesłanek unieważnienia postępowania i ciężar ten w żadnym wypadku nie może być przeniesiony na Wykonawcę. (V Ca 1554/08 - Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący podkreśla, że z informacji o unieważnieniu postępowania w ogóle nie wynika stan faktyczny, w oparciu o który Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, brak także jakichkolwiek rozważań prawnych

dotyczących samej przesłanki przepisu powołanego przez Zamawiającego (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP). Zamawiający nie uzasadnił swojej decyzji w sposób pełny i wyczerpujący, ograniczając się do cytowania przepisów. Jasnym jest, że realizacja zasady przejrzystości postępowania, jawności i konkurencyjności przejawia się między innymi w tym, iż Zamawiający, podejmując tak radykalną decyzję jak unieważnienie postępowania, dokona rzetelnej analizy przesłanek i upubliczni jej wyniki wykonawcom - w szczególności tym, którzy ponieśli koszty związane z przygotowaniem oferty. W sytuacji gdy Zamawiający przyjął kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia znacząco niższą niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT oraz gdy wartość ta jest oderwana także od opublikowanego planu zamówień publicznych - Zamawiający winien szczegółowo wyjaśnić w/w rozbieżności. Podobnie jeśli zamówienie jest oderwane od budżetu projektu unijnego - o czym szerzej na rozprawie - a także jeśli umowa o dofinansowanie i Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków przewidują możliwość przesunięcia środków - Zamawiający winien wyjaśnić, dlaczego z tych możliwości nie mógł skorzystać.

ad. 3

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w błędny sposób przeprowadził także badanie i ocenę ofert. Wskazać należy, iż wybiórcze przeprowadzenie procedury o udzielenie postępowania (w którym badanie oferty i badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu ograniczyło się do wykonawcy Info-Lider), stawia w gorszej sytuacji wykonawcę Comarch Healthcare S.A. Jakkolwiek Odwołujący twierdzi, iż jego oferta jest prawidłowa, nie podlega odrzuceniu, a także wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania - to w żaden sposób nie zostało to do końca zbadane przez Zamawiającego. To Info-Lider ma pewność, iż złożone przez niego wyjaśnienia nie są uznane przez Zamawiającego za wystarczające, że Zamawiający (finalnie - po złożeniu pierwszego odwołania przez Odwołującego) uznał, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu - w konsekwencji w przypadku gdyby doszło do kolejnego postępowania wie już, jak jest ocenione jego doświadczenie i jaki błąd popełnił składając ofertę niezgodną z SIWZ (a w konsekwencji - jakie dodatkowe kroki musi podjąć do uzyskania zamówienia). Odwołujący tej wiedzy nie posiada - Zamawiający nie dokonał względem niego czynności, do których był zobligowany ustawą - w szczególności nie wezwał go do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP.

Możliwość unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP bez przeprowadzania procedury badania i wyboru ofert - mając na uwadze konieczność równego traktowania wykonawców, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP - istnieje wyłącznie wtedy, kiedy

wszystkie złożone oferty przekraczają założoną przez zamawiającego kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia - a zamawiający nie jest w stanie tej kwoty zwiększyć. W przeciwnym przypadku chcąc zapewnić równe traktowanie wykonawców Zamawiający jest zobowiązany prowadzić procedurę badania i oceny ofert w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców - gdyż może okazać się, że żadna złożona oferta finalnie nie spełnia wymogów SIWZ / żaden z wykonawców nie spełnia warunków udziału / nie spełnia przesłanki niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

ad. 4 i 5

Zdaniem Odwołującego Zamawiający popełnił szereg istotnych błędów, które koniec końców doprowadziły do faworyzowania wykonawcy Info-Lider.

Takim błędem jest wezwanie Info-Lider pismem z dnia 27 maja 2019 r. do wyjaśnień i dowodów pozwalających ustalić nieterminowe złożenie wyjaśnień i dokumentów, o których złożenie był wezwany pismem z dnia 20 maja 2019 r. - przy czym Zamawiający dysponował już dowodami, na podstawie których ustalił, iż wyjaśnienia nie zostały złożone w terminie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Podobnie bezpodstawne było wezwanie do wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał już oceny złożonych wyjaśnień w tym zakresie i stwierdził, iż dokumenty nie spełniają trzech warunków pozwalających uznać te informacje za stanowiące tajemnicę przedsiębiorca, a Info-Lider nie wykazał, że stanowią one wartość gospodarczą i nie uzasadnił, w jaki sposób ujawnienie powyższych informacji może wpływać na osłabienie pozycji gospodarczej Wykonawcy- a zatem Zamawiający miał po prostu odtajnić nieprawidłowo zastrzeżone dokumenty, gdyż moment ich złożenia był ostatnim momentem, w którym Info-Lider mógł zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego miało na celu jedynie upozorować zasadność wezwania Info-Lider do przedłużenia terminu związania ofertą, a w konsekwencji bezzasadnie faworyzuje tego wykonawcę, gdyż poprzez takie działania Zamawiającego wzywany wykonawca nie poniesie negatywnych skutków swoich zaniechań w zakresie braku uzupełnienia złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 25 ust. 1 ustawy PZP,

Pismem z dnia 27 maja 2019 r. Info-Lider do przedłużenia terminu związania ofertą, w sytuacji, w której w chwili wysyłania tego wezwania, oferta Info-Lider podlegała odrzuceniu, a ewentualne wezwania miały na celu ustalenie kwestii incydentalnych:

- 1) tego, czy można zatrzymać temu wykonawcy wadium,
- 2) tego, czy dokumenty tego wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Działanie Zamawiającego jest sprzeczne z przepisami ustawy - a w konsekwencji narusza art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty wykonawcy, ze względu na to, iż wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy PZP (przy czym Zamawiający wskazuje na pkt 3 - który w rzeczonym przepisie nie istnieje).

Takie działanie to sztuczne wytworzenie przez Zamawiającego sytuacji, w której nie można zatrzymać wadium w postępowaniu - zgodnie z art. 85 ust. 3 ustawy PZP, a zatem stanowi rażąco przykładowo faworyzowanie tego wykonawcy, gdyż nie poniesie on negatywnych skutków swoich zaniechań w zakresie złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP.

W sytuacji, kiedy łączna kwota wadium Info-lider z dwóch postępowań (zarówno ZP-C-1- 2019 jak i ZP-C-2-2019) przekracza kwotę, o jaką kwota oferty Odwołującego przekracza z kolei kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia - takie działania są sprzeczne z obowiązkiem zamawiającego do podjęcia próby zwiększenia środków i zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzega możliwość przedstawienia dodatkowej argumentacji oraz wskazania dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy.

Pismo procesowe odwołującego złożone w dniu 03.07.2019 r. na pierwszym posiedzeniu Izby.

Działając w imieniu Odwołującego, mając na uwadze sformułowane zarzuty i argumentację wskazane w odwołaniu wniesionym w dniu 17 czerwca 2019 r., Odwołujący przedstawia dodatkową argumentację oraz wskazuje dowody w piśmie procesowym.

W odniesieniu do wskazanych w odwołaniu z dnia 17 czerwca 2019 r. zarzutów, Odwołujący stwierdza, że ponieważ Zamawiający nie przekazał przed rozprawą Odwołującemu odpowiedzi na odwołanie, tym samym Odwołujący nie wie, jakie argumenty Zamawiający podniesie na swoją obronę. Odwołujący przedstawia jedynie dodatkową argumentację w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów oraz wnosi o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) Plan postępowań o udzielenie zamówień (rok 2019 r.) opublikowany przez Zamawiającego, z którego wynika, iż Zamawiający przewidywał udzielenie zamówienia na oprogramowanie wraz ze sprzętem wspomagającym i odrębnie dostawę sprzętu

komputerowego wraz z oprogramowaniem. Podkreślić należy, iż orientacyjna wartość zamówienia wskazana przez Zamawiającego to

- a. dla oprogramowania wraz ze sprzętem wspomagającym 2.120.911,00 zł,
- b. dla dostawy sprzętu komputerowego z oprogramowaniem 723.577,00 zł. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, iż oczywiście plan stanowi pewien zarys — niemniej powszechną praktyką jest, iż to właśnie z uwzględnieniem planu kalkulowany jest budżet jednostek finansów publicznych i jednostka dokonuje stosownych rezerw na realizację planów. Oba postępowania zostały ogłoszone zgodnie z planem — w pierwszym kwartale 2019 r., co świadczy o tym, że od momentu sporządzenia i opublikowania planu nie upłynął znaczący okres, który mógłby przesądzać o nieaktualności szacunków. W oparciu o plan także i wykonawcy podejmują decyzje o udziale (bądź nie) w postępowaniu, biorą także pod uwagę wskazane kwoty (taki też jest cel sporządzania tych planów).

2) Wzór umowy o dofinansowanie projektu dla projektu wdrażanego przez IZ w ramach RPO Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 na podstawie którego zgodnie z opublikowanym na stronie Województwa Regulaminem konkursu nr RPOP.10.03.00-IŻ.00-16-001/17 została zawarta umowa przez Zamawiającego z Województwem Opolskim — z której wynika, iż Zamawiający dysponuje co najmniej możliwością realokacji środków uzyskanych w ramach dofinansowania (zgodnie z S 25 ust. 3 i 5 tejeż umowy). Z umowy (§ 2 ust. 3) wynika także, iż dofinansowanie jest przeznaczone na częściowe pokrycie wydatków kwalifikowanych — sama umowa przewiduje więc konieczność partycypowania w realizacji projektu przez Beneficjenta także pod względem finansowym. Ponadto należy w tym miejscu wskazać także na zapisy § 25 ust. 1 — Beneficjent może dokonywać zmian w Projekcie — pod warunkiem zgłoszenia ich w formie pisemnej Instytucji Zarządzającej niezwłocznie, ale nie później niż w wymaganym terminie na złożenie wniosku o płatność końcową i uzyskania pisemnej akceptacji Instytucji Zarządzającej. C.) W celu zgłoszenia zmian oraz zmian okresu realizacji Projektu, Beneficjent przesyła zaktualizowany Wniosek wraz z formularzem zmian, stanowiącym załącznik nr 6 do umowy. Dodatkowo — w § 25 ust. 8 umowa przewiduje sytuację, w której dla realizacji projektu stało się konieczne poniesienie dodatkowych wydatków — co Beneficjent ma obowiązek zgłosić Instytucji Zarządzającej. Jednocześnie — Instytucja może podjąć decyzję o wprowadzeniu tych wydatków do wydatków kwalifikowanych lub niekwalifikowanych — biorąc pod uwagę cel Projektu. Z doświadczenia Odwołującego wynika, iż opisane wyżej i wynikające z umowy uprawnienia dotyczące zmian projekcie nie są jedynie pustymi frazesami, ale mają zastosowanie przy realizacji projektów unijnych. Każdy Beneficjent (Zamawiający) ma obowiązek działać na rzecz projektu — a zatem na rzecz zawarcia i realizacji umów o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach których czyni

wydatki. Należy tu podkreślić całkowitą bierność i brak transparentności Zamawiającego w swoich poczynaniach, bo nie można poczytać za jakąkolwiek aktywność ewentualnych wniosków o przesunięcie terminu realizacji projektu — bo stanowi to raczej przykład prokrastynacji niż realnego działania

3) Lista projektów wybranych do dofinansowania w trybie konkursowym — z której wynika, iż koszt całkowity projektu realizowanego przez Zamawiającego, który został wybrany do dofinansowania, wynosi aż 3.359.687,13 zł.

4) Tabela Całkowita wartość projektu wraz z informacją o kwocie poszczególnych beneficjentów wraz z dokumentacją dotyczącą postępowania na Inżyniera Projektu — sporządzoną w oparciu o publiczne i dostępne w Internecie, powszechnie znane dane. Wskazać należy, iż mając na uwadze budżety odczytane przy otwarciu ofert — z całkowitej kwoty projektu, która — jak wskazano wyżej — wynosi 3.359.687,13 zł — do wydatkowania pozostało 379.879,00 zł (ponad 11% budżetu projektu unijnego). Wskazać też należy, iż kwota, o jaką oferta Odwołującego przekroczyła podaną przez Zamawiającego kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, wynosi 35.852,78 zł, a więc jest 10-krotnie mniejsza od kwoty pozostałej do wydatkowania. W tym miejscu wskazać należy, iż nie do przyjęcia jest ewentualne twierdzenie, jakoby kwota prawie 340.000 zł (czyli różnica pomiędzy kwotą 379.879,00 zł a kwotą wydatkowaną już na komputery i drukarki zakupione w 2016 r. wynoszącą ponad 37 000 zł) miała być kwotą na zakup tablicy informacyjnej obsługę prawną, opłaty finansowe i doradztwo, działania informacyjno-promocyjne. Z doświadczenia Odwołującego, który sam realizuje takie projekty, wynika, iż nie do przyjęcia przez Instytucję Zarządzającą jest ustalenie tego typu wydatków na poziomie 10% kosztów całkowitego projektu.

Poniżej wskazujemy na typowy pod względem % udziału rozkład kosztów w projekcie z którego wynika, iż w/w wydatki nie przekraczają 5% wartości projektu.

5) Pismo z dnia 10 czerwca 2019 r. z prośbą o ponowną analizę stanu faktycznego i prawnego — w ramach którego Odwołujący oświadczył, iż zgodnie z koncepcją tych zamówień przyjętą przez Zamawiającego — jest możliwe wykonanie zamówienia bez względu na fakt unieważnienia postępowania na sprzęt lekki (ZP-C-I -2019). W piśmie tym Odwołujący wskazał na szereg swoich wątpliwości co do prawidłowości unieważnienia, wskazał też na rozbieżności pomiędzy kwotami istotnymi z punktu widzenia zamawiającego i wykonawcy — kwoty wynikające z planu zamówień, kwota szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, kwota podana na otwarciu ofert, kwota budżetu unijnego. Żadnej z tych wątpliwości Zamawiający nie tylko nie rozwiął, ale i nawet nie podjął się ich rozważenia w drodze uzasadnienia swojej decyzji, opublikowanej na stronie postępowania

6) Prezentacja Odwołującego (zwracamy uwagę na przedostatni slajd) — z którego wynika sugerowany sposób przeprowadzenia postępowań na oprogramowanie i sprzęt platformy — łącznie, tak aby można było uniezależnić postępowanie dotyczące oprogramowania i sprzętu platformy od tzw. sprzętu lekkiego. Prezentacja została przedstawiona na Dialogu Technicznym prowadzonym przez Zamawiającego — przy czym jednogłośnie wszyscy wykonawcy wskazywali na zasadność takiego rozwiązania, co znalazło swoje odzwierciedlenie w dokumentacji przetargowej. Nie polegają więc na prawdziwym stwierdzeniu Zamawiającego, jakoby nie jest możliwa realizacja umowy w ramach niniejszego postępowania bez rozstrzygnięcia postępowania na tzw. sprzęt lekki.

Potwierdza to też treść SIWZ — załącznik nr 1 B, w którym Zamawiający wskazał, co jest głównym celem realizacji w ramach projektu. Odwołujący, realizując zamówienie de facto realizuje je wszystkie, a dostarczane komputery mają w zasadzie za zadanie je tylko wesprzeć.

Dodatkowo należy wspomnieć, że Zamawiający wskazywał, że w ramach przedmiotowego projektu zakupiła już w 2016 roku 10 sztuk komputerów i 7 sztuk drukarek, które mają być zaliczone w poczet kosztów kwalifikowanych projektu (postępowanie z 2016 roku za 37. 061 , 13 zł)

Założone do zrealizowania cele (produkty) w ramach projektu to:

Liczba projektów, w których sfinansowano koszty racjonalnych usprawnień dla osób z niepełnosprawnościami - 1 szt.,

Liczba usług publicznych udostępnionych on-line o stopniu dojrzałości 3 - dwustronna interakcja - 9 szt., o stopniu dojrzałości co najmniej 4 - transakcja — 18 szt.

Liczba uruchomionych systemów teleinformatycznych w podmiotach wykonujących zadania publiczne — 3 szt.

Przebieg dyskowy serwerowni: 4,88 TB

Wykaz sprzętu, który jest dostarczany w ramach niniejszego postępowania:

Acces point	2		2
Switch typ 1	4	2	6
Switch typ 2	3		3
Switch typ 3	1		
Dysk sieciowy nas	1		3

Hdd do NAS 6tb	4	4	4	12
Serwer2	2	5		
Zasilacz awaryjny UPS do serwerów			2	1 3
Router 1	1	1	3	

Zamawiający wskazuje na koincydencję czasową między dostawą sprzętu a wdrożeniem oprogramowania, co jest sprzeczne z dokumentacją obu postępowań. Termin realizacji obu postępowań przypada na dzień 15.11.2019 r., więc dostawca oprogramowania nie miał zapewnionej tej koincydencji. Trzeba jeszcze raz podkreślić, że to sam Zamawiający po przeprowadzonym dialogu technicznym, na bazie zaleceń od Wykonawców, przyjął taką konstrukcję postępowania aby uniezależnić najważniejszy element postępowania oprogramowanie i sprzęt, który ma służyć do jego uruchomienia, od sprzętu lekkiego typu komputery i drukarki. Czas wdrożenia oprogramowania to minimum 3 miesiące. Tu należy wskazać, że na dostawę wskazanego sprzętu lekkiego termin realizacji może zostać wskazany na okres przynajmniej od 2 tygodni do maksymalnie miesiąca od podpisania umowy i będzie to zgodne tożsamymi postępowaniami na rynku — wykaz wymaganego sprzętu lekkiego przedstawia tabela poniżej.

Komputer typu AIO 120

Komputer 4

Drukarka monochromatyczna laserowa 91

Urządzenie wielofunkcyjne 10

Oprogramowanie biurowe klasy office (edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny) 1 15

Zasilacz awaryjny - UPS 120

Oprogramowanie antywirusowe (licencja na 5 lat) 142

Komputer przenośny 1

Dostarczone oprogramowanie ma w szczególności służyć pacjentom i umożliwić im komunikację z Zamawiającym poprzez e-Portal, zgodnie ze specyfikacją postępowania. Do uruchomienia systemu wykonawca dostarcza wszystkie niezbędne elementy zgodnie z postępowaniem. Do korzystania z dostarczanego przez Comarch oprogramowania ze względu

na zastosowane najnowsze dostępne na rynku narzędzia, nie ma potrzeby wykorzystywania tylko nowych komputerów. Komputery mające ponad 5 lat również z powodzeniem mogą działać. Zamawiający sam wskazał ilości stanowisk, które obecnie posiada, czyli muszą one być wyposażone w sprzęt komputerowy

7) Pismo z dnia 11 czerwca 2019 r., w którym wskazano, iż kwota na realizację obu zamówień — ZP-C-1-2019 i ZP-C-2-2019 została ustalona mając na uwadze szacunkową wartość zamówień i jest zależna od decyzji Zamawiającego, w którego dyspozycji pozostają środki finansowe zgodnie z umową o dofinansowanie. Wskazać przy tym należy, iż to właściwie stwierdzenie wewnątrznie sprzeczne, skoro kwota przeznaczona na realizację znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówień, którą określał sam Zamawiający — a przy tym umowa o dofinansowanie w żaden sposób nie nakładała na Zamawiającego obowiązku obniżenia kwot na realizację obu zamówień. Nic takiego nie wynika z treści załączonej wyżej umowy o dofinansowanie — za to wynika z niej obowiązek realizacji projektu zgodnie z Wytycznymi i ustawą PZP czego Zamawiający nie spełnia.

8) Pismo Odwołującego z dnia 12 czerwca 2019 r. wraz z tabelą — z którego wynika iż uzasadnione koszty sporządzenia oferty w przypadku Odwołującego to kwota rzędu 59 870 zł, wraz z pismem Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2019 r. dotyczącym w/w wezwania, w którym dodatkowo Zamawiający wprowadza odwołującego w błąd, jakoby przesłanką uzasadnienia roszczenia w tym zakresie było zawinienie Zamawiającego (podczas gdy przepis art. 93 ust. 4 nie przewiduje takiej przesłanki).

9) Pismo Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2019 r. — w którym Zamawiający próbuje de facto konwalidować wady swojego uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania w trybie niewynikającym z ustawy PZP poprzez polemikę z Odwołującym. Jak wykazano powyżej nie polega na prawdzie, iż unieważnienie równocześnie prowadzonego postępowania na sprzęt ma istotny wpływ na wykonanie czynności polegających na wdrożeniu oprogramowania. Nie takie było założenie, ustalone w oparciu o wynik dialogu technicznego. Gdyby zresztą tak było to Zamawiający był uprawniony do wprowadzenia stosownych mechanizmów w umowie o udzielenie zamówienia (np. odstąpienie od umowy) — ewentualnie być może postępowania byłyby ze sobą w jakiś sposób połączone i wynikałoby to z dokumentacji przetargowej. Nic takiego nie ma miejsca — a twierdzenie przeciwne winno być wykazane przez Zamawiającego poprzez wskazanie właściwych zapisów SIWZ obu postępowań.

Krytycznie należy odnieść się też do analizy prawnej przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie — po pierwsze — winna być przedstawiona w informacji o unieważnieniu postępowania, bo każdy z potencjalnych wykonawców ma prawo się z nią zapoznać, po drugie

— nie odnosi się ona do konkretnego, wskazywanego przez Odwołującego stanu faktycznego, który wprost wynika z dokumentacji postępowania. To nie Odwołujący ustalił w niniejszym postępowaniu istotne kwoty w sposób arbitralny, tylko Zamawiający — zatem on winien się z tak rozbieżnie ustalonych kwot wytłumaczyć, tak aby wykonawca mógł ocenić prawidłowość decyzji Zamawiającego, a ten zrealizować zasadę przejrzystości — jawności postępowania.

10) Pismo Odwołującego z dnia 14 czerwca 2019 r. oraz Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego z dnia 18 czerwca 2019 r. którego wynika, iż Zamawiający zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu realizacji projektu. Wskazać należy, iż bez wątpienia Zamawiający w dalszym ciągu chce realizować projekt — a zatem jest zobligowany do udzielenia zamówienia publicznego w tym zakresie.

W tym miejscu należy wskazać na wyroki, z których wynika, że zamawiający nie ma prawa unieważnienia postępowania, dopóki przynajmniej nie spróbuje pozyskać brakujących środków na realizację zamówienia. Tak było w wyroku z 10 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 911/16, gdzie KIO stwierdziło, że zamawiający nie ma prawa unieważnienia, jeśli nie podjął żadnych zabiegów zmierzających do zwiększenia kwoty.

Podobnie w wyroku z 23 października 2017 r., sygn. akt KIO 2093/17, KIO stwierdziło, że zamawiający ma obowiązek badać, czy istnieje obiektywna możliwość zwiększenia tej kwoty. Podkreślono oczywistość, iż przesłanki unieważnienia z art. 93 nie powinny być interpretowane rozszerzająco, a ich wystąpienie winno być szczegółowo zbadane i nie powinno budzić żadnych wątpliwości.

Trafny jest także wyrok z 27 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2577/2018, w którym pojawia się stwierdzenie, że zamawiający musi w pierwszym rzędzie spróbować uzyskać dodatkowe środki, aby zrealizować zamówienie. Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków spełzną na niczym, zamawiający będzie mógł unieważnić postępowanie.

Załączniki — zgodnie z treścią pisma.

1. Plan postępowań o udzielenie zamówień (rok 2019 r.)
2. Wzór umowy o dofinansowanie projektu dla projektu wdrażanego przez IZ w ramach RPO Województwa Opolskiego na lata 2014-2020
3. Lista projektów wybranych do dofinansowania w trybie konkursowym
4. Tabela Całkowita wartość projektu wraz z informacją o kwocie poszczególnych beneficjentów wraz z dokumentacją dotyczącą postępowania na Inżyniera Projektu
5. Pismo z dnia 10 czerwca 2019 r.

6. Prezentacja Odwołującego
 7. Pismo z dnia 11 czerwca 2019 r.
 8. Pismo Odwołującego z dnia 12 czerwca 2019 r. wraz z tabelą oraz z pismem Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2019 r.
 9. Pismo Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2019 r.
 10. Pismo Odwołującego z dnia 14 czerwca 2019 r.
11. Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego z dnia 18 czerwca 2019 r.

W kolejnym piśmie z dnia 2 lipca 2019 roku odwołujący przedstawił stanowisko w sprawie, załączając kolejne dowody

W odniesieniu do wskazanych w odwołaniu z dnia 29 kwietnia 2019 r. zarzutów, uwzględnionych przez Zamawiającego, i w nawiązaniu do treści odwołania z dnia 17 czerwca 2019 r., w zakresie, w jakim Odwołujący zarzuca forowanie jednego wykonawcy, Odwołujący stwierdza, że ponieważ Zamawiający nie przekazał przed rozprawą Odwołującemu odpowiedzi na odwołanie, tym samym Odwołujący nie wie, jakie argumenty Zamawiający podnieśli na swoją obronę. Odwołujący przedstawia jedynie dodatkową argumentację w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

A. Miejski Zespół Opieki Zdrowotnej w Łędzinach

ZAŁĄCZNIK NR 3 - SIWZ oraz załączniki nr 2a i 2b do SIWZ

Odwołujący wskazuje, iż wskazany w SIWZ (str. 5 pkt 4) oraz wzorze umowy termin realizacji zamówienia dla części I i II to odpowiednio: 31.03.2015 r. i 31.05.2015 r.

ZAŁĄCZNIK NR 4 — informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazuje, iż wybór oferty Info-Lider nastąpił 5 marca 2015 r.

ZAŁĄCZNIK NR 5 - OŚWIADCZENIE ZAMAWIAJĄCEGO

Odwołujący wskazuje, iż w trybie informacji publicznej złożył do Miejskiego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Łędzinach zapytanie dotyczące realizacji zamówienia. W odpowiedzi Zamawiający Miejski Zespół Opieki Zdrowotnej w Łędzinach oświadczył, iż projekt został zrealizowany do 31.05.2015 r. oraz, że w trakcie realizacji umowy strony nie dokonywały jej aneksowania.

B. Wojewódzki Szpital Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim

ZAŁĄCZNIK NR 6 - siwz oraz załącznik nr 2 do siwz

Odwołujący wskazuje, iż wskazany w SIWZ (str. 5 pkt 4) oraz wzorze umowy termin realizacji zamówienia to 30.06.2015 r.

ZAŁĄCZNIK NR 7 — informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazuje, iż wybór oferty konsorcjum Unizeto Technologies S.A. i InfoLider nastąpił 13 kwietnia 2015 r.

ZAŁĄCZNIK NR 8 - OŚWIADCZENIE ZAMAWIAJĄCEGO

Odwołujący wskazuje, iż w trybie informacji publicznej złożył do Wojewódzkiego Szpitala Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim zapytanie dotyczące realizacji zamówienia. W odpowiedzi Zamawiający Wojewódzki Szpital Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim oświadczył, iż projekt został zrealizowany do końca 2015 r. oraz że głównym wykonawcą był Unizeto Technologies S.A., a także iż trakcie realizacji umowy strony nie dokonywały jej aneksowania i przesuwania terminu realizacji.

ZAŁĄCZNIK NR 9 - ZGŁOSZENIE GOTOWOŚCI DO ODBIORU I PROTOKOŁY

Odwołujący przedstawia także datowane na dzień 26 czerwca 2015 r. zgłoszenie gotowości do odbioru w zakresie całości projektu — z terminem 30 czerwca 2015 r. — podpisane przez pana K. H. — kierownika projektu oraz protokół odbioru częściowego i końcowego — sporządzone w dniu 30 czerwca 2015 r.

C. Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu

ZAŁĄCZNIK NR 10 - siwz oraz część B siwz

Odwołujący wskazuje, iż wskazany w SIWZ (str. 8 pkt 5) oraz wzorze umowy termin realizacji zamówienia to 31.06.2015 r. (przy czym 31 jest tu oczywistą pomyłką pisarską — powinno być 30 czerwca 2015 r. — co wynika z m. in. z cząstkowych terminów wykonania zamówienia.

ZAŁĄCZNIK NR 11 - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazuje, iż wybór oferty konsorcjum Info-Lider i M3.NET sp. z o.o. sp. k. nastąpił 17 lutego 2015 r.

ZAŁĄCZNIK NR 12 - OŚWIADCZENIE ZAMAWIAJĄCEGO

Odwołujący wskazuje, iż w trybie informacji publicznej złożył do Szpitala Specjalistycznego nr 2 w Bytomiu zapytanie dotyczące realizacji zamówienia. W odpowiedzi Zamawiający Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu oświadczył, iż projekt został zrealizowany do końca 2015 r.

oraz że w trakcie realizacji umowy strony nie dokonywał aneksowania terminu realizacji zamówienia.

ZAŁĄCZNIK NR 13 - POSTĘPOWANIE W SPZOZ W GŁUBCZYCACH

Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż chociaż referencje, którymi się posługuje w niniejszym postępowaniu Info-Lider były sporządzone w styczniu 2019 r. — Info-Lider nie posłużył się nimi w postępowaniu prowadzonym przez SPZOZ w Głubczycach pn. Zakup, instalacja, szkolenie, wdrożenie i integracja oprogramowania informatycznego wraz z migracją danych w ramach realizowanego projektu dofinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego, działanie 10.3 E usługi publiczne pn. „Wdrożenie e-usług w SPZOZ w Głubczycach szansą na poprawę jakości i dostępności do świadczeń opieki zdrowotnej” — PN / 17 / XI / 18 — z terminem składania ofert 11.02.2019 r. — tylko powołał się na referencje innej spółki. Można by twierdzić, że jest to okoliczność irrelevantna dla niniejszego postępowania, ale zakładając pewną logikę postępowania po stronie wykonawców, którzy dążą do maksymalizacji swoich zysków — jeśli referencje, o których mowa w niniejszym postępowaniu spełniałyby wymogi tamtejszego SIWZ w zakresie warunków udziału — to jest działaniem kompletnie nieracjonalnym powoływanie się na referencje innej spółki. Właściwie takie postępowanie Info-Lider zgodnie z doświadczeniem życiowym da się je uzasadnić tylko jednym wyjaśnieniem — Info-Lider ma świadomość, że przedłożone referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd poprzednio powoływał się na potencjał innej spółki. W załączeniu dokumenty potwierdzające wymogi tamtejszego SIWZ, informacja z otwarcia ofert, JEDZ Info-Lider oraz JEDZ spółki, a także rzeczony referencje podmiotu trzeciego, które umożliwiły Info-Liderowi wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podpis: Załączniki:

- 1) Dell EMC Power Edge R440 Technical Specifications https://topics-cdn.dell.com/pdf/poweredge-r440_owners-manua12_en-us.pdf
- 2) wydruk strony internetowej Dell EMC PowerEdge R440 Technical Specifications
https://www.dell.com/support/manuals/pl/pl/plbsdtl/poweredger440/per440_ts_pub/video-specifications?aid-quid-598caf65-7b3c-40c0828a-8b5a386ae218&lang-en-us
- 3) SIWZ — Miejski Zespół Opieki Zdrowotnej w Lędzinach
- 4) wybór oferty — Miejski Zespół Opieki Zdrowotnej w Lędzinach

5) oświadczenie Miejskiego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Łędzinach 6) SIWZ — Wojewódzki Szpital Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim

7) wybór oferty — Wojewódzki Szpital Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim 8) oświadczenie Wojewódzkiego Szpitala Chorób Płuc w Wodzisławiu Śląskim

9) zgłoszenie gotowości odbioru z dn. 26 czerwca 2015 r., protokół odbioru częściowego i protokół odbioru końcowego z dnia 30 czerwca 2015 r.

1 0) SIWZ — Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu

1 1) wybór oferty — Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu

12) oświadczenie Szpitala Specjalistycznego nr 2 w Bytomiu 13) SPZOZ

w Głubczycach: siwz

14) SPZOZ w Głubczycach: informacja z otwarcia ofert 1 5) SPZOZ

w Głubczycach: referencje podmiotu trzeciego 16) SPZOZ w

Głubczycach: JEDZ Info-Lider, JEDZ spółki

Zamawiający przedstawił stanowisko w piśmie z dnia 1 lipca 2019 r.

Zamawiający wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) obciążenie kosztami postępowania odwołującego się Wykonawcę tj. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie,

3) nakazanie dokonania wypłaty przez odwołującego się Wykonawcę tj. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego tj. Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Cenffum” w Opolu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego w kwocie określonej w rachunku złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczonym na dzień 3 lipca 2019 f.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną

Wykonawca tj. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie w dniu 17 czerwca 2019 r. złożył w przedmiotowym postępowaniu odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na rzekomym bezzasadnym unieważnieniu postępowania, wadliwym uzasadnieniu przyczyny unieważnienia postępowania i wadliwym przeprowadzeniu czynności badania ofert.

W ocenie Zamawiającego przedmiotowe odwołanie odwołującego się Wykonawcy jest merytorycznie niezasadne i powinno zostać oddalone. W szczególności wskazać należy, co następuje:

1. zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu oferta z najniższą ceną przewyższyła kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający miał prawo unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 4 PZP, albowiem nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Wypada przy tym zauważyć, że zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1 PZP). Natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający zobowiązany jest podać kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 PZP). Najczęściej kwota ta odpowiada szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o należny podatek VAT, ale przepisy Ustawy pozwalają jednak, by kwota ta odbiegała od tej wartości — zarówno była od niej wyższa, jak i niższa. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odpowiada bowiem faktycznym możliwościom sfinansowania zamówienia w określonej wysokości.

Reasumując zatem, w ramach obecnie obowiązujących przepisów ustawy dopuszczalna staje się sytuacja wszczęcia postępowania pomimo tego, iż wartość szacunkowa zamówienia jest wyższa niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ustawodawca bowiem celowo wprowadził wyraźne rozróżnienie tych kwot - ustalanych w różnych etapach czynności podejmowanych przez zamawiającego zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego.

W przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa tę kwotę, zamawiający ma prawo unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 4 Ustawy, chyba że może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Błędny jest przy tym założenie, iż uzyskanie dodatkowych środków, czy też dokonanie przesunięć pomiędzy zadaniami stanowi obowiązek zamawiającego. Jest to uprawnienie, a

zatem nie można w tym obszarze poszukiwać odpowiedzialności zamawiającego za ciążące na nim obowiązki. Wystarczającym jest zatem oświadczenie przez zamawiającego o braku dodatkowych: środków zawarte w informacji o unieważnieniu postępowania (por. wyrok KIO z 16 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1413 /16), Zamawiający nie może bowiem zobowiązań, na które nie ma pokrycia w środkach, którymi dysponuje zgodnie z planem finansowym, albowiem stanowiło by to naruszenie dyscypliny finansów publicznych (por. wyrok KIO z 29 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO/UZP 1453/08).

Bardzo szeroką i trafną argumentację w tym zakresie przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1565/17) którą wypada w całości przytoczyć:

„ . . . Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania co do zasady w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast obowiązek ten może odpaść w sytuacji, w której zamawiający będzie mógł przeznaczyć na realizację zamówienia wyższą kwotę, odpowiadającą cenie oferty najkorzystniejszej lub z najniższą cenę.

W ocenie Izby, zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Powyższe wynika z analizy przedmiotowych przepisów. Po pierwsze, dostrzec należy, że obowiązkiem zamawiającego jest podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Rzeczoną kwotę zamawiający zobowiązany jest ustalić, zabezpieczyć i wydatkować na realizację zamówienia (udzielić zamówienia), jeśli cena oferty najkorzystniejszej mieści się w jej ramach.

Zdaniem Izby, obowiązek ten nie ulega modyfikacji w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej czy też oferta z najniższą ceną przekracza tę wartość. Gdyby bowiem przyjąć takie stanowisko, przepis art. 86 ust. 3 ustawy PZP pozostawałby martwy, bowiem w istocie nie miałoby znaczenia, jaką kwotę zamierzał zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż obowiązkiem zamawiającego byłoby w konsekwencji poszukiwanie kwoty odpowiadającej cenie oferty najkorzystniejszej czy też z najniższą ceną i tylko brak środków po stronie zamawiającego mógłby uzasadniać unieważnienie postępowania.

Powyższe konstatacja pokazuje, że istnieje kolejny argument, który nie pozwala na przyjęcie, że zamawiający ma co do zasady obowiązek podwyższyć tę kwotę, chyba że wykaze, iż nie ma takich możliwości. Otóż, gdyby przyjąć przedmiotowy obowiązek zamawiającego oznaczałoby to, że w istocie zamawiający pozostaje ograniczony w wydatkowaniu środków

publicznych i kreowaniu strategii własnej działalności, choć to on jest dysponentem tych środków i odpowiada za ich wydatkowanie.

Taka interpretacja jest, zdaniem Izby, nie do przyjęcia, bowiem dochodziłoby do sytuacji, w której zamawiający planując wydatkowanie określonej kwoty na konkretne zamówienie w istocie nie miałby pewności, czy kwoty tej nie musiał będzie zwiększyć w przyszłości i w jaki sposób w efekcie planować działalność. Okazałoby się bowiem, że w dużym stopniu w tej sytuacji wpływ na wydatkowanie środków finansowych mają wykonawcy, którzy oferują cenę na określonym poziomie, a zamawiający zobowiązany jest do podejmowania wszelkich czynności, żeby tę ofertę przyjąć.

Zdaniem Izby, taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia. To zamawiający planuje wydatkowanie środków publicznych i winien to czynić również w ramach kryterium racjonalności i to on, właśnie w ramach tej racjonalności, jest uprawniony do określenia, jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeśli uzna, że kwotę tę można podwyższyć, bo jest to racjonalne i ma na ten cel środki, to wtenczas ma taką możliwość, ale jest to uprawnienie zamawiającego, pozostające poza kontrolą wykonawców.

Za zaprezentowaną wykładnią powołanych przepisów przemawia również wykładnia historyczna oraz ratio legis przedmiotowych przepisów. Otóż, ustawodawca wprowadzając rzeczne przepisy dążył do zapewnienia wykonawcom gwarancji, wprowadzając obowiązek zamawiającego do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, że nie będzie dochodziło do dowolnego unieważniania postępowań, bowiem jeśli cena oferty najkorzystniejszej czy oferta z najniższą ceną będzie się mieściła w tej kwocie, to wtenczas zamawiający ma obowiązek udzielenia zamówienia.

Jednocześnie ustawodawca dał możliwość zamawiającym zabezpieczenia się przed unieważnieniem postępowania w przypadku, gdy cena oferty najkorzystniejszej czy też z najniższą ceną przekracza kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia poprzez podwyższenie kwoty pierwotnie planowanej na realizację zamówienia.

Natomiast w żadnym razie Zamawiający nie ma obowiązku wykazywania, że istnieje przeszkoda uniemożliwiająca mu podwyższenie tej kwoty. To by bowiem oznaczało, o czym była mowa wyżej, że w istocie zamawiający winien sprostać potrzebom finansowym wykonawców, niezależnie od swoich planów i zamierzeń finansowych.

Jeszcze należy podkreślić, że to nie do wykonawców należy ocena, czy zamawiający posiada możliwości finansowe, aby sfinansować zamówienie, którego koszt realizacji przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na jego realizację. Dysponentem i osobą odpowiedzialną za wydatkowanie środków publicznych jest zamawiający i to on powinien w tej

mierze podejmować wiążące decyzje, natomiast ustawodawca w tym przedmiocie uprawnień kontrolnych wykonawcom nie przyznał.”

Analogiczny pogląd wyrażony został w wyroku KIO z dnia 12 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 728/13) w którym stwierdzono:

„Zamawiający nie ma obowiązku zwiększyć środków na poszczególne części, gdyż art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP wyraźnie pozostawia tą kwestię do uznania Zamawiającego. Nawet bowiem w przypadku, gdyby Zamawiający mógł przeznaczyć dodatkowe środki na sfinansowanie zamówienia, to decyzja o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu podjęcia takiej decyzji. Brak jest też podstaw do zobowiązania Zamawiającego, aby w celu zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia dokonał przesunięć z innych pozycji swojego budżetu. Nowelizacja art. 93 ust. 1 pkt.4 PZP wprost dopuściła możliwość zwiększenia przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny wynikającej z oferty najkorzystniejszej. Jednakże podkreślić należy, iż taka możliwość jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający w miarę swoich możliwości finansowych może tę kwotę zwiększyć w stosunku do kwoty pierwotnie zaplanowanej, jednakże brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie Zamawiającego, aby takiego zwiększenia dokonał.” Co więcej KIO uznała, za wystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne zdanie, iż „cena najkorzystniejszej oferty w danej części przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.”

W podobnym tonie KIO wypowiedziała się również w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 1136/19):

„Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i wtedy przesłanka unieważnienia nie wystąpi. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu jest to uprawnienie zamawiającego. Zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydemtem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesuwiał środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia, czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie

środków (tak też w: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 961/15)".

W konsekwencji w świetle przytoczonej wyżej argumentacji i dominującej linii orzeczniczej jest oczywistym, że dokonane przez Zamawiającego unieważnienie przedmiotowego postępowania nastąpiło w pełnej zgodzie z obowiązującym prawem.

Niezależnie od powyższego wypada wskazać, że Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty z najniższą ceną. Abstrahując już bowiem od braku uprawnień kontrolnych Wykonawcy do oceny możliwości finansowych Zamawiającego i sposobu gospodarowania przez Zamawiającego środkami całkowicie chybione są zawarte w odwołaniu wywody wskazujące na rzekome źródła, z których Zamawiający mógłby pozyskać dodatkowe środki na realizację rzonego zamówienia.

W szczególności należy zwrócić uwagę, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia została ustalona na podstawie budżetu projektu, na który składa się:

1. Koszty pośrednie w wysokości 324 000,00 zł;
2. Koszty związane z zakupem oprogramowania medycznego wraz z niezbędnym sprzętem komputerowo serwerowym w wysokości 2 056 357,22+ 20 930,00 zł (nie kwalifikowane licencje komercji), co stanowi łączną kwotę 2 077 287,22 zł;
3. Koszty sprzętu komputerowego, drukarki, urządzenia wielofunkcyjne — 884 070,91 zł
4. Koszty dostosowania serwerowni SP ZOZ Centrum 42 000,00 zł — zadanie zrealizowane, brak oszczędności.
5. Koszty dostosowania serwerowni SP ZOZ Zaodrze — 14 514,00 zł — zrealizowane, brak oszczędności.
6. Koszty sieci LAN w SP ZOZ Zaodrze — 38 745,00 zł — zrealizowane, brak oszczędności.

Łączna wartość projektu: 3 380 617,13 zł.

Wydatki kwalifikowane projektu: 3 359 687,13 zł.

Odnosnie przesunięć wolne środki są tylko w zakresie kosztów pośrednich, ale zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 lipca 2017 t, to koszty niezbędne do realizacji projektu, ale niedotyczące bezpośrednio głównego przedmiotu także nie ma możliwości przesunięcia tych

środków na koszty bezpośrednio. W związku z powyższym Zamawiający nie wystąpił z takim wnioskiem do Instytucji Zarządzającej. Ponadto telefonicznie Zamawiający zasięgnął informacji czy istnieje możliwość zwiększenia dofinansowania w związku z potencjalnym rozstrzygnięciem postępowania przetargowego w kwocie wyższej niż przewidziana w projekcie. Opiekun projektu poinformował Zamawiającego, że w chwili obecnej wielu Beneficjentów wystąpiło z prośbą o zwiększenie wysokości kwoty dofinansowania i Instytucja Zarządzająca stoi na stanowisku, że nie posiada wolnych środków na dołożenie do zapisanej w umowie wysokości wydatków refundowanych.

Dodać trzeba, że podczas spotkania w dniu 6 czerwca 2019 r. beneficjenci projektu (tj. Zamawiający oraz SP ZOZ „Śródmieście i SP ZOZ „Zaodrze” Xv Opolu) po dogłębnej analizie stwierdzili brak możliwości sfinansowania zamówienia z innych źródeł, zwłaszcza że na rynku działają podmioty gotowe je zrealizować za wynagrodzenie nie wyższe niż kwota określona w projekcie.

Wreszcie nie sposób nie zwrócić uwagi, że kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia była zdecydowanie niższa od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie mógł pozyskać wyższych środków na sfinansowanie przedmiotu postępowania, a przewidziana na ten cel przez Zamawiającego kwota stanowi maksimum jego możliwego zaangażowania w tym zakresie.

Co zmienne, w odpowiedzi na maila Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2018 r. rozсланego do uczestników dialogu technicznego celem oszacowania wartości zamówienia Odwołujący poinformował, że jego zdaniem wynosi ona 2 670 000,00 zł brutto, co stanowi 2 170 731,71 zł netto. Zważywszy na cenę z oferty Odwołującego - opiewającą na kwotę 1 718 000 zł netto - tym bardziej jest zrozumiałym przeznaczenie przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia kwoty mniejszej od pierwotnie szacowanej wartości zamówienia, a zarzuty sformułowane na tym tle przez Odwołującego nie mogą się ostać.

W tym kontekście wydaje się oczywistym, że wobec braku możliwości przesunięcia bądź pozyskania dodatkowych środków unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt.4 PZP było konieczne i w pełni uzasadnione.

Na marginesie należy zauważyć, że w kontekście wysokości cen zaproponowanych w tym postępowaniu unieważnienie postępowania należy uznać za jak najbardziej racjonalne i zgodne z zasadami gospodarowania środkami publicznymi, skoro jak się okazuje za wykonanie przedmiotu zamówienia można zapłacić kwotę dużo niższą niż kwota

przeznaczona na ten cel przez Zamawiającego. Trudno przyjąć więc, że zwiększenie tej kwoty do wysokości wynagrodzenia żądanego przez Comarch Healthcare S.A. — abstrahując już od kwestii realnej możliwości takiego zwiększenia - byłoby traktowane jako rzetelne zarządzanie środkami publicznymi.

Jedynie dla porządku — albowiem kwestia ta jest irrelevantna dla wyniku niniejszego postępowania - wypada jeszcze podkreślić, że rozważania Odwołującego dotyczące ewentualnego przebiegu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w tym samym zakresie (zwłaszcza co do ilości potencjalnych ofert i ich wartości) mają charakter wyłącznie hipotetyczny oraz spekulatywny i jako takie nie mogą stanowić jakiegokolwiek podstawy do podejmowania przez Zamawiającego decyzji w przedmiocie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Analogicznie należy ocenić przedstawioną przez Odwołującego kwestię rzekomych oszczędności, które miałyby przynieść unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

II. Nietrafność zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 93 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP,

Chybiony jest również zarzut, że Zamawiający niedostatecznie uzasadnił przyczynę unieważnienia postępowania, skoro uzasadniając dokonanie tej czynności Zamawiający wskazał właściwą podstawę prawną i przytoczył wszystkie okoliczności faktyczne, stanowiące przesłanki do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP.

III. Nietrafność zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby Zamawiający poprzez zaniechanie oceny i badania oferty Comarch Healthcare S.A. naruszył przepisy Ustawy. Wszak po odrzuceniu oferty spółki Info-Lider pozostała jedynie oferta Odwołującego z ceną przewyższającą kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji wobec braku możliwości zwiększenia środków na udzielenie zamówienia uzasadniało to konieczność unieważnienia postępowania bez konieczności badania tejże oferty.

Zgłoszony w tym zakresie przez Odwołującego zarzut jest o tyle niezrozumiały, że nawet gdyby Zamawiający zbadał ofertę Comarch Healthcare S.A. i ustalił, że spełnia ona wszystkie przewidziane w postępowaniu wymagania, to wobec braku wystarczających środków postępowanie i tak winno ulec unieważnieniu.

W tym kontekście wydaje się oczywistym, że Zamawiający miał prawo unieważnić postępowanie bez wcześniejszego dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty, co zresztą

znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (por. choćby wyroki KIO z 15 maja 2014 r., sygn. akt KIO 823/14 i z 16 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1384/16).

IV. Nietrafność zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, jak też zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy.

Stanowiąca podstawę przedmiotowych zarzutów teza Odwołującego, jakoby Zamawiający faworyzował spółkę Info-Lider jest oczywiście nieprawdziwa, skoro oferta tegoż wykonawcy została odrzucona przez Zamawiającego. Wobec faktu wyeliminowania Info-Lider sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego wskutek tak dokonanej przez Zamawiającego czynności narracja Odwołującego o rzekomym uprzywilejowaniu konkurencji jest całkowicie bezzasadna i nie może się ostać.

Nadmienić również trzeba, że kwestia rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, jak naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy pozostaje całkowicie irrelewanna dla przedmiotowego postępowania wobec jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP. Stąd też rozpatrywanie tychże zarzutów wydaje się całkowicie zbędne, zwłaszcza że nawet gdyby hipotetycznie uznać, iż doszło do naruszenia ww. przepisów Ustawy — co jest jednak oczywiście bezpodstawne — to Odwołujący nie poniósł i nie mógł ponieść z tej przyczyny żadnej szkody.

Niemniej jednak dla porządku wypada zwrócić uwagę, że Zamawiający stosownie do art. 26 ust. 4 PZP miał prawo wzywać wykonawcę Info-Lider sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Trudno więc dopatrywać się w takiej czynności naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy.

Analogicznie należy traktować wezwanie do wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza że zgodnie z wyrokiem SN wyrażonym w uchwale z dnia 21.10.2005 r. sygn. akt. III CZP 74/05 Zamawiający ma możliwość dokonania czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w przypadku wątpliwości do wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty.

Również zarzut dotyczący rzekomego nieuzasadnionego zwrotu wadium na rzecz wykonawcy Info-Lider sp. z o.o. nie może się ostać, albowiem wadium przetargowe podlega zawsze zwrotowi z wyłączeniem sytuacji określonych w przepisach art. 46 ust. 4a i 5 PZP, a takie przesłanki nie zaistniały. Z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a Ustawy mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). (...) Sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki przedkłada wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami,

opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 PZP powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa, czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., o sygnaturze I ACa 275/14 „w obowiązującym stanie prawnym nie sposób przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który - działając w dobrej wierze doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu”.

Natomiast w wyroku z dnia 7 lipca 2011 f. (II CSK 675/10) Sąd Najwyższy wskazał, że „Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, gdy wykonawca nie składa wymaganych dokumentów lub oświadczeń, nie zaś w przypadku, przekazuje informacje w niewłaściwej formie (faksem, zamiast w formie pisemnej), a po nieznacznym upływie wyznaczonego terminu doręczony zostaje oryginał dokumentu. O istnieniu ryzyka zmywy wykonawców - czemu przeciwdziałać ma omawiana regulacja - można byłoby mówić w przypadku całkowitej bierności wykonawcy, gdyby umyślnie i celowo nie podporządkował się wezwaniu zamawiającego”

W kontekście przytoczonego wyżej orzecznictwa sądów powszechnych nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego dotyczącego zwrócenia wadium spółce Info-Lider.

Wobec powyższego wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego w związku z przywołanymi wnioskami dowodowymi zarówno przez odwołującego w odwołaniu z dnia 17 czerwca 2019 roku jak i w kolejnych pismach procesowych odwołującego z dnia 2 lipca 2019 roku jak z dnia 3 lipca 2019 roku jak i na rozprawie oraz wnioskami dowodowymi złożonymi przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 lipca 2019 roku jak i złożonymi na rozprawie w dniu 5 lipca 2019 roku Izba dokonała następujących ustaleń.

Odwołujący na rozprawie przedstawił dokument Plan postępowań o udzielenie zamówień zamawiającego, gdzie przedmiotowe zamówienie, tj. oprogramowanie wraz ze sprzętem wspomagającym na 1 kwartał 2019 rok szacowane jest na orientacyjną wartość zamówienia: 2.120.911,00 zł netto zamówienie planowane na 1 kwartał 2019r. (dowód Nr 1 odwołujący rozprawa 3 lipca 2019r.). Plan zawierał dwa postępowania: pierwsze to Oprogramowanie wraz ze sprzętem wspomagającym (przedmiotowe zamówienie) gdzie oznaczono je jako usługę o orientacyjnej wartości zamówienia na kwotę 2.120.911,00 zł i drugie to dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem gdzie oznaczono je jako dostawa o orientacyjnej wartości zamówienia 723.577,00zł. Według twierdzenia odwołującego jest to kwota bez vat. Natomiast zamawiający na rozprawie temu twierdzeniu odwołującego zaprzeczał uważając, że jest to kwota brutto a jedynie prawnie jest uregulowane, że wartość szacunkowa ustalana na podstawie art.32 ustawy pzp to kwota netto („Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością”). Z kolei oferta odwołującego złożona w tym postępowaniu to kwota 2.113.140,00 zł. i jest to kwota brutto (protokół zamawiającego poz.12 zestawienie ofert) . W tym miejscu ponownie należy przywołać dokument plan postępowań o udzielenie zamówień, gdzie przedmiotowe zamówienie, tj. oprogramowanie wraz ze sprzętem wspomagającym na 1 kwartał 2019 rok szacowane jest na orientacyjną wartość zamówienia: 2.120.911zł netto. przy czym według twierdzeń odwołującego jest to kwota nie obejmująca podatek vat. Drugi oferent w tym postępowaniu to jest Info-Lider Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach złożył ofertę na kwotę brutto 1.704.780,00 zł. brutto (protokół zamawiającego poz.12 zestawienie ofert). Przywoływany w poczet materiału dowodowego przez odwołującego protokół z postępowania, doręczony w trakcie postępowania odwoławczego, był na okoliczność kwot jakie wskazał zamawiający wykonawcom to jest wartości szacunkowej zamówienia przedstawiał się następująco. Określenie przedmiotu zamówienia „Poprawa jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych dzięki wdrożeniu e-usług w SPZOZ „Centrum”, SPZOZ „Śródmieście”, SPZOZ „Zadørze” w Opolu (oprogramowanie). Zamówienie zostało podzielone na części. Wartość zamówienia to kwota: 2.844.488,42 zł. netto co stanowi 659.713,90 euro. Przedmiotowe zamówienie udzielane jako część zamówienia to kwota: 2.120.911,18 zł. netto co stanowi 491.896,74 euro. Izba dokonując porównania kwot z otwarcia ofert stwierdza, że oferta odwołującego wynosi 2.113.140,00 zł. brutto a wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia to kwota 2.120.911,18 zł. netto.

Wniosek Izby, z przeprowadzonego postępowania dowodowego jest następujący, odwołujący złożył ofertę na kwotę brutto niższą niż kwota szacunkowej wartości, ustalona przez zamawiającego i będąca kwotą netto.

Izba kwitując powyższe stwierdza, że porównując zarówno kwotę szacunkową wartości zamówienia z Protokołu postępowania zamawiającego jak i kwotę z Planu zamawiającego postępowań o udzielenie zamówień na I kwartał 2019 roku, to kwoty w tych dokumentach podane są w tej samej wysokości (2.120.911,18 zł.) a kwota oferty odwołującego (2.113.140,00 zł.), która jest kwotą brutto jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Z pisma zamawiającego z dnia 6 czerwca 2019 roku (informacja o odrzuceniu oferty i wykluczeniu wykonawcy Info Lider Sp. z o.o. z s. w Katowicach oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia – w aktach sprawy) wynika, że zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp z powodu, iż oferta z najniższą/najkorzystniejszą ceną przekracza kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia i podane przed otwarciem ofert („W wyniku ponownego badania i oceny ofert odrzucono ofertę najkorzystniejszą. Wartość ważnej oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”). Jak wynika z przywołanego pisma zamawiającego kwota brakująca to kwota 35.852,78 zł. a według wyliczeń odwołującego oferta jego przekroczyła podaną przez zamawiającego na otwarciu ofert kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jedynie o około 1,73 procenta. Z kolei kwota zaoferowana jak podaje odwołujący jest o 19 % niższa niż wynikająca z protokołu zamówienia publicznego (szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług).

Należy wskazać co stanowiło według zamawiającego podstawę unieważnienia postępowania, na podstawie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp, to jest fakt jaką kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia na otwarciu ofert podał zamawiający a podał kwotę 2.077.287,22 zł. (poz. 11 otwarcie ofert protokół postępowania – w aktach sprawy) przy kwocie oferty odwołującego w wysokości 2.113.140,00 złotych. Czyli jak zaznaczył zamawiający w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 roku o unieważnieniu postępowania oferta odwołującego przekroczyła 35.852,78 zł. a według wyliczeń odwołującego jest to 1,73 % kwoty jego oferty.

Co do wiarygodności dowodu stanowiącego wydruk z Internetu, w tym przypadku ze strony internetowej zamawiającego, to zamawiający przede wszystkim oponował co do aktualności dokumentu Planu postępowań o udzielenie zamówień, gdzie przedmiotowe zamówienie, tj. oprogramowanie wraz ze sprzętem wspomagającym na 1 kwartał 2019 rok szacowane jest na orientacyjną wartość zamówienia: 2.120.911,00 zł netto przedkładający ten dowód odwołujący pełnomocnik odwołującego Ł. C. oświadczył do protokołu, że dokument ten pobrany został ze strony zamawiającego i dokonał tej czynności w dniu rozprawy 30 minut temu i sprawdzał w czasie przerwy w posiedzeniu i w tej samej wersji kwota : 2.120.911,00 zł netto znajduje się na stronie internetowej zamawiającego.

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie ustaliła, że nawet teoretycznie dzieląc stanowisko zamawiającego, że kwota 2.120.911,00 zł. jest brutto a nie netto jak twierdzi odwołujący to i tak oferta odwołującego na kwotę 2.113.140,00 zł. brutto jest od niej niższa. Przy czym o wiarygodności twierdzeń odwołującego co do tożsamości charakteru obydwu kwot (kwota netto) świadczy okoliczność, że kwota 2.120.911,00 jest kwotą wynikającą zarówno z Planu postępowań o udzielenie zamówień (rok 2019) jak i z Protokołu postępowania zamawiającego (poz.2 Przedmiot zamówienia publicznego)

Z kolei odwołujący odnosząc się do kwoty wiążącej z otwarcia ofert, przywołał obowiązujące warunki w jakich realizuje umowę zamawiający, które to zamówienie podlega reżimowi refundacji unijnej. Przywołał wzór umowy o dofinansowanie projektu w formie zaliczki lub refundacji dla Projektu wdrażanego przez instytucję Zarządzającą w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 w ramach: Osi priorytetowej X – Inwestycje w infrastrukturę społeczną, Działanie 10.3E-usługi publiczne. Jest to dokument w oparciu, o który wykonawcy podejmują decyzję o przystąpieniu do postępowania i wysokości złożonej oferty. Radca prawny odwołującego oświadczył, że umowę tę pobrał 17.06.2019r. ze strony instytucji wdrażającej, tj. Urząd Marszałkowski w Opolu, gdzie przez cały okres wdrażania projektu opisanego we wzorze obowiązuje, jako standard umowa, która podpisują wszyscy wnioskodawcy i umowa ta nie podlega negocjacji. Przywołał paragraf 25 ust. 1, 3, 5, 8, umowy, który mówi o zmianach w projekcie, w tym zmianach związanych z wysokością finansowania projektu, gdzie przewiduje się taką możliwość, przy czym forma obowiązuje pisemna i w szczególności można dokonywać zmian. Zmiany mają znaczenie szerokie i w ocenie odwołującego obejmują także finansowanie. Również przywołuje § 2 ust. 3 przedmiot umowy, gdzie stwierdza się, że dofinansowanie unijne ma charakter dofinansowania częściowego. Pełnomocnik odwołującego Ł. C. oświadczył, że wg jego wiedzy ten wniosek, projekt jest w 15% finansowany przez zamawiającego, kwota 503 953,07zł., suma zaś: 2 855 734, 06 zł. Są to kwoty brutto. Obejmuje to również dostawę sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem i przedmiotową usługę oprogramowania wraz ze sprzętem wspomagającym (dwie części zamówienia).

Izba ustaliła na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego ustaliła możliwość zmiany umowy w zakresie dofinansowania. Wymaga to jednak starań zamawiającego w tym pisemnego wniosku do jednostki wdrażającej to jest do Urzędu Marszałkowskiego w Opolu. Jak ustalono w toku postępowania odwoławczego, zamawiający takiego wniosku nie złożył. Natomiast zamawiający złożył wniosek o zmianę terminu realizacji obydwu unieważnionych części zamówienia.

Jako kolejny dowód w celu ustalenia obowiązującej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia odwołujący przywołał także Listę projektów wybranych do finansowania w ramach I naboru do działania 10.3 E - usługi publiczne RPO WO 2014-2020 – jest to opracowanie własne na podstawie uchwały nr 4857/2017 z dn. 27.12.2017 w sprawie rozstrzygnięcia konkursu nr RPOP.10.03.00-IZ.00-16-001/17 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 Osi Priorytetowej X Inwestycje w infrastrukturę społeczną, działania 10.3 E - usługi publiczne. Przywołano poz. 12 Tabeli, z której wynika dla projektu „Poprawa jakości i dostępności świadczeń zdrowotnych dzięki wdrożeniu e- usług w SP ZOZ „Centrum”, SP ZOZ „Śródmieście” i SP ZOZ „Zaodrze” całkowita kwota projektu to jest 3.359.687,13 złotych a kwota dofinansowania unijnego to 2.855.734,06 zł. (dowód nr 3 odwołującego przy piśmie z dnia 3 lipca 2017 roku).

Odwołujący przedstawił na rozprawie opracowanie własne pn. „Całkowita wartość projektu z informacją o kwocie dla poszczególnych beneficjentów (dowód 4 odwołującego złożony przy piśmie z dnia 3 lipca 2017 roku). Z przedłożonego dowodu wynika: Całkowita wartość projektu z informacją o kwocie dla poszczególnych beneficjentów – opracowanie własne odwołującego, które określa całkowitą wartość projektu dla wszystkich 3 podmiotów (SPZOZ„CENTRUM”,SPZOZ”ŚRÓDMIESCIE,SPZOZ„ZAODRZE”) na łączną kwotę 3 359 687,13zł w tym dofinansowanie 2 855 734,06zł. Poniżej przedstawione są 3 postępowania związane z tym projektem 1 na sprzęt lekki (drukarki), który został również unieważniony. Brał udział tylko Info Lider i druga oferta, przy czym Info Lider został wykluczony z tych samych powodów, z których został wykluczony w przedmiotowym postępowaniu. 2 projekt dot. niniejszego postępowania, oprogramowanie budżet ogłoszony 2 077 287, 22 zł. 3 projekt inżynier projektu zamknięty, zakończony podpisaniem umowy w lipcu 2018r. na kwotę 18 450,00 złotych. Z powyższego zestawienia wynika, że pozostaje do wydatkowania kwota 379 879,00 zł. jest to kwota nazwana „pozostaje do wydatkowania” i nie jest przypisana do żadnego zamówienia na dzień dzisiejszy. Kolejno odwołujący podaje wysokość przekroczenia przez niego budżetu, w kontekście kwoty podanej na otwarciu ofert, który stanowi kwotę 35 852,78zł. Kolejne pozycje dot. ofert w dwóch przetargach na sprzęt oprogramowanie w łącznej w kwocie 2 936 957,10zł. to jest na unieważniony sprzęt komputerowy z oprogramowaniem i przedmiotową ofertę odwołującego na unieważnione oprogramowanie wraz ze sprzętem wspomagającym. Kolejno podaje szacowanie postępowania, gdzie kwoty uzyskali z informacji z protokołu postępowania i ogłoszeń o zamówieniu.

Odwołujący składając powyższe opracowanie złożył je na wykazanie, że kwota podana przez zamawiającego na otwarciu ofert jest niezgodna z kwotą dofinansowania i kosztu projektu,

które odwołujący przedstawił składając powyższe wydruki ze stron internetowych zamawiającego i Jednostki Wdrażającej, jako przyznane w związku z realizowaniem projektu.

Powyższy dowód odwołujący złożył również na okoliczność, że według przyznanego dofinansowania projektu oraz udziału własnego zamawiającego, uwzględniając dwa unieważnione postępowania to jest przedmiotowe na oprogramowanie i drugie na sprzęt pozostawiają do wydatkowania kwotę 379 879,00 złotych (dowód nr 4 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019 roku).

Odwołujący również w poczet materiału dowodowego złożył pismo z 10.06.2019r. do Zamawiającego dotyczące przedmiotowego projektu, gdzie odwołujący podaje w tym piśmie, że może zrealizować zamówienie bez przeszkód jakichkolwiek to jest niezależnie od unieważnienia postępowania na sprzęt lekki (na drukarki i komputery). W piśmie tym prosił zamawiającego o ponowne przeanalizowanie czynności z dnia 6 czerwca 2019r. o unieważnieniu oraz wskazywał na niedokładności, sprzeczności, co do podawanych kwot, jakimi zamawiający dysponuje w związku z realizacją tego projektu ze środków unijnych i własnych. Jednocześnie w piśmie tym wskazywał zamawiającemu na dodatkowe koszty, jakie będzie musiał ponieść w związku z ponownym organizowaniem przetargu i w związku z koniecznością dalszego uzupełnienia dotychczasowej licencji, z których korzysta zamawiający dla jednostek, które reprezentuje w związku z tym, że odwołujący nie może realizować zamówienia. W piśmie tym także podniósł, że oferta jego przekroczyła podaną przez zamawiającego kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jedynie o około 1,73 procenta. Jednocześnie wskazał, że jego oferta jest o 19% niższa niż wynikająca z protokołu postępowania to jest szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług (dowód nr 5 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019 roku).

W ocenie Izby powyższe świadczy o okoliczności wystąpienia odwołującego do zamawiającego o rozważenie uchylecia czynności unieważnienia postępowania, celem uniknięcia kosztowej drogi ochrony prawnej.

Pełnomocnik zamawiającego Ł. C. przedstawił historię pracy nad przedmiotowym postępowaniem z udziałem zamawiającego i potencjalnych oferentów i wyjaśnił, iż pod koniec ubiegłego roku był prowadzony dialog techniczny, w którym uczestniczył odwołujący, na dowód, czego złożył prezentację zamieszczoną na 6 stronach (dowód nr 7 przy piśmie z dnia 3 lipca 2019 roku odwołującego) i wówczas to zamawiający zdecydował o podziale zamówienia na sprzęt lekki (komputery, drukarki z oprogramowaniem) i oprogramowanie

medyczne ze sprzętem serwerowym do jego uruchomienia. Wówczas wypracowano podział zamówienia na dwie części i dla zamawiającego nie było przeszkody, aby odrębnie realizować postępowanie na sprzęt komputerowy i na oprogramowanie medyczne wraz z wyposażeniem sprzętowym. Odwołujący uważa te decyzję za słuszną. Aktualnie zamawiający używa argumentacji, że te dwa postępowania są ze sobą powiązane i powinny być realizowane w jednakowym czasie. Jednocześnie podkreśla, że Info Lider aktualnie serwisuje posiadane oprogramowanie. Aktualne postępowanie dotyczy wymiany dotychczas posiadanego oprogramowania, które było nabyte przez zamawiającego ok. 7-8 lat temu. Oprogramowanie, które posiada szpital jest własnością Asseco, a Info Lider jest jego partnerem, który to serwisuje. Wskazuje tutaj na pkt 7 pn. Dobre praktyki, który mówi, że jedno postępowanie jest na oprogramowanie i infrastrukturę.

Powyższy dowód i oświadczenie na rozprawie odwołujący złożył na okoliczność, że nie ma przeszkód w realizowaniu zamówienia odrębnie na sprzęt lekki (komputery i drukarki z oprogramowaniem) i na oprogramowanie wraz z infrastrukturą. Bowiem w czasie dialogu technicznego zamawiający był przekonany do takiego podziału zamówienia na części i dokonał takiego podziału przeprowadzając przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący przywołał w poczet materiału dowodowego również pismo z dnia 11 czerwca 2019 roku stanowiące odpowiedź na pismo z 06.06.2019r. (dowód nr 8 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019 roku) gdzie zamawiający w treści tego pisma między innymi oświadcza („Jednocześnie informuję, że kwota przeznaczona na realizację obu zadań została ustalona mając na uwadze szacunkową wartość zamówień i jest zależna od decyzji Zamawiającego, w którego dyspozycji pozostają środki finansowe zgodnie z umową o dofinansowanie (...) wraz z załącznikami).

Odwołujący poddaje w wątpliwość sformułowanie zamawiającego, iż kwota przeznaczona na realizację obu zadań została ustalona mając na uwadze szacunkową wartość zamówień i jest zależna od zamawiającego. Odwołujący się z tym stanowiskiem zamawiającego nie zgadza.

Odwołujący pismo z dnia 12.06.2019r. do zamawiającego – na temat kosztów poniesionych w związku z przygotowaniem oferty. Zestawienie kosztów na kwotę 59 870,00 stanowiące wezwanie do zapłaty (dowód nr 9 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019 roku).

Odwołujący złożył również pismo z dnia 18.06.2019r. zamawiającego – odpowiedź gdzie zamawiający między innymi stwierdza, że postępowania na sprzęt lekki jak i oprogramowanie z infrastrukturą powinny być prowadzone w tym samym czasie a nie jak twierdzi odwołujący.

Stwierdza, że nie mógł zwiększyć kwoty na oprogramowanie i infrastrukturę. Stwierdza, że kwota jaką zamierza zamawiający przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia może być równa wartości szacunkowej powiększonej o vat ale może być również wyższa jak i niższa. Kwota jaką zamierza przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie zamówienia odpowiada faktycznym możliwościom sfinansowania zamówienia w określonej wysokości. Ponadto stwierdza, że zamawiający nie może bowiem zaciągać zobowiązań, na które nie ma pokrycia w środkach, którymi dysponuje zgodnie z planem finansowym, albowiem stanowiłoby to naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dowód nr 6 pismo odwołującego z dnia 3 lipca 2019 roku).

Izba podsumowując ocenę genezy sporu na etapie przed postępowaniem odwoławczym dokonała następujących ustaleń kwotowych w zakresie przedmiotowego postępowania w oparciu o przedstawione dokumenty: w Planie ujęto kwotę 2.120.911,00zł., w Protokole zamawiającego jako szacunkowa wartość zamówienia 2.120.911,18 zł. netto co daje brutto 2.608.720,75zł. a kwota odczytana przez zamawiającego jako przeznaczona na sfinansowanie to kwota 2.077.287,22zł. Kwota oferty odwołującego to 1.718.000,00zł. netto i 2.113.140,00zł brutto (dowód 11 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019r.).

W ramach składanych dowodów przez zamawiającego Izba ustaliła.

Zamawiający przedłożył umowę partnerstwa 2014-2020 wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 (dokument z 19.07.2017 – liczba dziennika Dokument Ministerstwa Rozwoju i Finansów MR/H2014-2020/23(3)07/2017. Z tego dokumentu ministerialnego wynika, iż beneficjenci są zobowiązani do przestrzegania zasad co do wydatkowania środków wynikających z kosztów pośrednich, opisane jest to na str. 98-99 dokumentu. Odnosząc się do twierdzenia odwołującego co do tego, iż można zasilić koszty pośrednie w związku z brakiem 35 852,78 zł. a wolnymi środkami według oceny odwołującego na poziomie 300 000 zł. Pełnomocnik zamawiającego stwierdza, że nie można ze środków kosztów pośrednich przesunąć na np.: zakup oprogramowania i sprzętu. Zwraca uwagę na przywoływaną przez odwołującego umowę o dofinansowanie i § 5 tej umowy, który określa koszty pośrednie. Wskazuje, że jest to kwota ryczałtowa. Wyjaśnia, że mając zakup sprzętu na kwotę 20 000 zł może otrzymać na koszty pośrednie z tytułu zakupu tego sprzętu na poziomie 10,67% zakupionego sprzętu i kwota ta uzyskana z kosztów pośrednich pozostaje po stronie wykorzystanych kosztów pośrednich.

Zamawiający na poparcie wywodów przedstawił wyciąg z tego dokumentu str. 1-4; 23, 98-99.

Izba na podstawie przedstawionego dokumentu ustaliła, że oprócz ryczału można rozliczać koszty pośrednie na podstawie rzeczywiście poniesionych wydatków (tj z pełnym udokumentowaniem wydatków) dotyczy to projektów w których co najmniej 50% wydatków bezpośrednich ponoszona jest w drodze zastosowania PZp. Poza tym określany jest maksymalny limit kosztów pośrednich, które mogą być rozliczane na podstawie rzeczywiście poniesionych wydatków w ramach danego PO. W przedłożonym wyciągu nie znajdują się postanowienia, które zabraniałyby wprost przesunięć środków między kosztami bezpośrednimi a pośrednimi.

W ocenie Izby skoro koszty pośrednie mogą być rozliczane na podstawie rzeczywiście poniesionych wydatków to wątpliwym wydaje się zakaz przesuwania środków między kosztami bezpośrednimi a kosztami pośrednimi, na który to zakaz powołuje się pełnomocnik zamawiającego.

Jako dowód nr 2 – załącznik nr 6 – lista wydatków kwalifikowalnych RPO WO 2014-2020 zakres europejski fundusz rozwoju regionalnego wersja nr 33, Zarząd Województwa Opolskiego, marzec 2019r. – na str. 672 tego dokumentu stanowiący załącznik nr 6 do uchwały 385/2015 z 19.03.2015r. wynika, że koszty pośrednie są to koszty niezbędne do realizacji prowadzenia zamówienia. Opisane są na stronach 673 i 674. M.in. w tych kosztach to koszty administracyjne w związku z prowadzonym postępowaniem. Stanowią one zamknięty katalog i znajdują się tam koszty inżyniera projektu, koszty informatyka, rozmowy telefoniczne, energetyka i inne w nim wymienione. Dokument przedstawiono jako wyciąg str.670-674.

Na podstawie tego wyciągu z dokumentu Izba ustaliła, że katalog wydatków jest określony i odpowiada interpretacji zamawiającego.

Dowód nr 3 – wniosek o dofinansowanie Projektu – ze środków EFRR w ramach RPO WO na lata 2014-2020. Odnosi się do kwot podawanych przez odwołującego i zwraca uwagę, że korzystając z informacji ze stron internetowych bardzo często mamy do czynienia, że kwoty przedstawiane na tych stronach już są nieaktualne. Złożyliśmy wniosek na łączna 3 380 217,13 zł, w tym kwota wsparcia 2 855 734,06 zł i kwota ta została nam zakwalifikowana przy zmianie opiekuna projektu przez instytucję zarządzającą przez Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego. Przy zmianie opiekuna bezpodstawnie zakwalifikowano nam do kosztów licencje komercyjne w związku z prowadzoną działalnością komercyjną. W związku z tym zwiększyła się wartość projektu o 20 930 zł. odnosząc się do możliwości przenoszenia środków pomiędzy poszczególnymi pozycjami wskazuje na zadanie 10,11, 12, tj. dostosowanie pomieszczeń serwerowni wykonanie sieci LAN. Wskazuje, że są to rzeczy wykonane. Co do kosztów pośrednich to podkreślono, że „Realizacja projektu prowadzi do postania kosztów pośrednich

w wysokości 324.000,00zł. po 108.000 na Lidera i Partnerów”. Jednocześnie pełnomocnik zamawiającego zaprzecza, że zamawiający ma środki wolne, które może przeznaczyć na wydatki medyczne.

Dowód nr 4 – szacowanie rynku/rozeznanie rynku – załącznik nr 3 przedstawia dokumenty potwierdzające dokonania rozeznania rynku co nastąpiło 20.12.2018r. na podstawie powyższego ustaliliśmy w tym dniu kwotę. Jest to kwota podana przez Zamawiającego. zapytania skierowaliśmy do Odwołującego Info - Lider, Medinet, Gabos. Według zamawiającego powyższe stanowi dowód na staranne określenie wartości szacunkowej wbrew twierdzeniu Odwołującego.

W przedłożonych dokumentach znajduje się również odpowiedź odwołującego, który wskazuje kwotę 2.670.000,00zł. brutto.

Dowód nr 7 – ten dowód złożono na okoliczność zgodności oferty Info – Lider ze specyfikacją. Składał ten dowód na okoliczność podnoszonych w odwołaniu kwestii w mojej ocenie niezwiązanych z przedmiotowym postępowaniem odwoławczym, bowiem uważam, że przedmiotem niniejszego postępowania jest próba wykazania przez Odwołującego, iż bezprawnie unieważniliśmy przetarg w trybie 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Nie mniej chcąc odeprzeć argumentację co do kwestii ponownego wzywania i oddanego wadium to przedkładam pismo z 15.04.2019r. DELL Sp. z o.o. Warszawa, w którym prokurent R. B. stwierdza, że DELL POWER EDEGE E440, który zaoferował Info -Lider odpowiada kryteriom opisanym w SIWZ w zakresie rozdzielczości ekranu.

Pełnomocnik zamawiającego przedkłada dowód w związku z podniesionymi zarzutami poza art.93 ust.1 pkt4 pzp.

Dowód nr 8 – dowód ten przedstawia pełnomocnik zamawiającego jako opracowanie własne w kontrze do opracowania własnego odwołującego. Celem wykazania, iż posługiwanie się przez odwołującego kwotami na stronach internetowych instytucji wdrażającej projekt nie są zawsze identyczne, bowiem koszty bezpośrednie realizowanego zamówienia stanowią 3 .035. 687,13 zł. Kwota kosztów bezpośrednich wynika z wniosku o dofinansowanie z dnia 10.06.2019r., tj. korekta, pierwotny wniosek składany był w dacie 2016r. Pierwotnie kwota podana aktualnie przeze mnie co do kosztów pośrednich była niższa o 20 930 zł i dot. to licencji komercyjnych. Kwota ta była o tę ilość niższa koszty bezpośrednie. Podobnie jak wydatki niekwalifikowalne, są również wydatki okołoprojektowe, które nie są wydatkami planowanymi. W tym miejscu wyjaśniam, że przedstawiona w dowodzie nr 4 kwota

odwołującego w wysokości 3.359. 687,13zł. jest to kwota, która zawiera w nieuprawniony sposób koszty pośrednie w kwocie 324 000 zł, co jest zgodne z wnioskiem o dofinansowanie.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez odwołującego w szczególności do dowodu nr 1, gdzie odwołujący twierdzi, że są to kwoty netto – pełnomocnik zamawiającego oświadcza, że są to kwoty brutto i weryfikowałam to wczoraj z pracownikiem, który ustalał te kwoty i zamieszczał w planie. Są to kwoty brutto, są to kwoty planowane, a znacznie nie odbiegają od kwot ustalonych w umowie. Oświadczam, iż kwota jaką podaliśmy na otwarciu ofert jest kwotą rzeczywistą i prawidłową 2 077 287,22 zł – protokół otwarcia ofert z dnia 18.03.2019r.

Zamawiający przedkłada protokół z postępowania z dnia 06.06.2019r. który wskazuje na okoliczności podjęcia decyzji co do unieważnienia postępowania („W wyniku analiz ustalono, że korzystniejsze będzie unieważnienie postępowania ZP-C-1-2019 (oprogramowanie), mając na uwadze fakt, że SP ZOZ Śródmieście i SP ZOZ Zaodrze nie posiada odpowiedniego wyposażenia sprzętowego (komputerów, urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek) celem pełnego wdrożenia oprogramowania medycznego i e-portalu, którego przedmiotem było ww. postępowanie”).

Jednocześnie pełnomocnik zamawiającego oświadczył, że postępowania na zakup sprzętu też było unieważnione, nie złożono tam odwołania, jest ogłoszone nowe postępowanie.

Odwołujący złożył na rozprawie w dniu 5 lipca 2019 roku następujące dokumenty dowodowe, w jego ocenie wskazujące na zarzut uprzywilejowania konkurenta to jest Info –Lider oraz zasadność zarzutu odwołania co do unieważnienia postępowania.

Dowód nr 1 przedstawiono porównawczo zał. Nr 1 do SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w przetargu na część obejmującą dostawę nowego sprzętu i oprogramowania w zakresie dostawy sprzętu ZP-C-2-2019 i ZP-c-5-2019 z dnia 03.07.2019 pobrany ze strony internetowej zamawiającego. Pan Ł. C. wskazuje na zmianę wykazu sprzętu to jest w aktualnym wykazie znalazły się trzy routery, które znajdują się w części zamówienia na przedmiotowe oprogramowanie. Jednocześnie składa dowody na zakup routera cena netto 10.814,22 zł. co daje łącznie kwotę 32.442,66 zł. netto. Ze zmienionego wykazu sprzętu powiększonego o trzy routery odwołujący wywodzi, że z oferty wynika, że koszt wynosi 10 000, a trzeba 3 i do tego vat i w związku z tym Zamawiający de facto jeszcze zamawia 3 routery mimo, że postępowanie o unieważnienie na oprogramowanie jest w toku.

Również przedkłada warunki udziału w nowo ogłoszonym postępowaniu na dostawę sprzętu gdzie obniża się wymagane parametry kwotowe i wielkości doświadczenia na wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej.

Na okoliczność twierdzeń zamawiającego co do posługiwania się przez odwołującego nieaktualnymi informacjami ze stron internetowych zamawiającego przedłożono dowód nr 2

Dowód nr 2 – na okoliczność twierdzenia dzisiaj przez Zamawiającego na rozprawie, że wydruki ze stronie internetowej nie mogą stanowić dowodu, że nie są aktualne to wskazuje wczoraj pobrane informacje partnerów tego projektu, tj. strona SP ZOZ „Zaodrza” oraz SP ZOZ „Centrum”, gdzie kwoty są tożsame. Z przedłożonych dowodów wynika, wartość całkowita zamówienia to kwota 3.359.687,13zł.a wartość dofinansowania to kwota 2.855.734,06 złotych.

Na podstawie przedstawionych wydruków ze stron internetowych Izba ustaliła, że kwoty podane przez odwołującego w przedłożonym opracowaniu własnym pn. Całkowita wartość projektu z informacją o kwocie dla poszczególnych beneficjentów jest zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy.

Natomiast opracowanie własne zamawiającego nie odpowiada rzeczywistemu stanowi rzeczy a być może obejmuje stan oczekiwany to jest zgodnie ze złożoną jak oświadczył pełnomocnik zamawiającego korektą bowiem kwota kosztów bezpośrednich podawana przez zamawiającego 3 .035. 687,13 zł. wynika z wniosku o dofinansowanie z dnia 10.06.2019r., tj. korekta, pierwotny wniosek składany był w dacie 2016r. Z powyższego wynika, że kwoty na stronach internetowych beneficjentów są aktualne . Natomiast oświadczenie pełnomocnika zamawiającego pozostaje w sprzeczności z dotychczasowymi oświadczeniami zamawiającego. I tak w dniu 28 czerwca 2019 roku Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego odpowiadając odwołującemu stwierdził „Zamawiający wystąpił do Instytucji Zarządzającej RPO WO 2014-2020z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji projektu zgłaszając jednocześnie problemy z rozstrzygnięciem przetargu.” (dowód 11 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019 roku).

Izba ustaliła, że w sprzeczności z oświadczeniami zamawiającego co do braku środków w związku z unieważnieniem przedmiotowego postępowania (oprogramowanie) pozostaje decyzja o rozszerzeniu zakupu o 3 routery w zamówieniu na sprzęt komputerowy (dowód odwołującego Nr 1 [1 a; 1b;1c] złożony na rozprawie z dnia 5 lipca 2019 roku) to jest na kwotę powyżej 32.442,66 zł. netto co jest porównywalne do kwoty, która spowodowała unieważnienie postępowania na oprogramowanie (35.852,78 zł.). Ponadto decyzja zamawiającego o zakupie

dodatkowo trzech routerów w nowo otwartym postępowaniu na zakup sprzętu pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem zamawiającego z dnia 18 czerwca 2019r. pismo do odwołującego – dowód nr 6 do pisma odwołującego z dnia 3 lipca 2019 r.(...)”Najczęściej kwota ta odpowiada szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o należny podatek VAT, ale przepisy Ustawy pozwalają jednak, by kwota ta odbiegała od tej wartości – zarówno była od niej wyższa, jak i niższa. Kwota, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia odpowiada bowiem faktycznym możliwościom sfinansowania zamówienia w określonej wysokości”(...).

Tę sprzeczność podniesioną na rozprawie w dniu 5 lipca 2019 roku w związku z rozszerzeniem zamówienia na sprzęt, pełnomocnik zamawiającego skwitował, jako omyłkę (Faktycznie stwierdzam, że znalazł się router w zamówieniu sprzętowym na co zwrócił uwagę odwołujący ale kwalifikuję to do błędu i to zobowiązuje się zweryfikować. Tym bardziej, że to postępowanie ma czas na złożenie ofert co nastąpi dopiero na początku sierpnia. Jeżeli chodzi o kwoty, za które można nabyć routery to trudno mi się odnieść do tego co przedstawił odwołujący natomiast moja wiedza co do routera sprowadza się do kwoty ok. 3 700 zł.).

Izba oceniając zaistniały stan rzeczy na podstawie dowodów stwierdza, że odwołujący udowodnił zakup 3 ruterów na poziomie 32.442,66 zł. netto w nowo otwartym postępowaniu na zakup sprzętu jak i mijanie się z rzeczywistym stanem rzeczy wobec oświadczenia zamawiającego do odwołującego z przywołanego powyżej pisma z dnia z dnia 3 lipca 2019 roku.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie w dniach 3 i 5 lipca 2019 roku i ustaleń Izby przedstawionych powyżej Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgromadzony materiał dowodowy w sprawie oraz dokonane na jego podstawie ustalenia wskazują na bezpodstawne zastosowanie przez zamawiającego przepisu art.93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp.

Przed wszystkim ustalenia w toku sprawy nie wykazały aby zamawiający nie posiadał wymaganych środków na realizację przedmiotowego zamówienia. Powyższe zostało w sposób bezsporny dla Izby wykazane przez odwołującego, który udowodnił jakie środki zostały przeznaczone na realizację zamówienia wywodząc je zarówno z Planu zamówień zamawiającego na 2019r. jak i ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. Obie te wartości

ze sobą korelują są tożsame co do wysokości kwot. Nie ma znaczenia podnoszona argumentacja zamawiającego, że tylko wartość określona według art.32 ustawy pzp jest bez podatku od towarów i usług. Powoływanie się na nieobecnego na rozprawie pracownika, który wyjaśnił pełnomocnikowi zamawiającego, że kwota w Planie zamówień ma vat jest o tyle niewiarygodna bo nie wskazuje ani podstawy prawnej ani formalnej - faktycznej przez wskazanie dokumentu z którego to twierdzenie by przywoływanego pracownika wynikało. Poza tym tożsamość kwot w Planie zamówień i w Protokole zamawiającego w części dotyczącej wartości zamówienia wobec treści art.32 ust.1 ustawy pzp świadczy, że te obie kwoty sprowadzają się do bez VAT skoro są w tej samej wysokości.

Gdyby przyjąć, że wartość szacunkowa to kwota przeznaczona na realizację zamówienia sprawa bezpodstawnego unieważnienia postępowania byłaby bezprzedmiotowa tzn. zamawiający nie miał prawa unieważnić postępowania, ponieważ oferta odwołującego była niższa od wartości szacunkowej powiększonej o vat.

Natomiast zamawiający w tym postępowaniu uznał, że nie wiąże go wartość szacunkowa tylko ma pełnię swobody podania kwoty na otwarciu ofert zarówno w tej samej wysokości po dodaniu vat albo również może podać kwotę wyższą jak również niższą. Tę ostatnią wersję z trzech możliwości zamawiający wybrał. Bo jak wynika z jego pisemnej korespondencji z odwołującym jest suwerennym w tym zakresie no i nie dysponuje środkami według wartości szacunkowej. Niemniej przy takiej postawie stwierdził, że nie musi się z tej różnicy tłumaczyć bo wystarczy jego zdanie „posiadam takie środki, jestem dysponentem środków, ja decyduję. Owszem można teoretycznie przyjąć taką postawę zamawiającego. Jednak w tym postępowaniu nie sprawdziła się. Bowiem odwołujący udowodnił, że zamawiający ma przyznane środki w kwocie wystarczającej, że nie ma zakazu przesuwania środków z kosztów pośrednich do bezpośrednich, że dopiero w miesiącu czerwcu 2019 r. złożył wniosek o korektę jak twierdzi pełnomocnik na rozprawie. Natomiast z przedstawionych dokumentów z internetu zarówno z Jednostki Wdrażającej, jak samego zamawiającego, jak i jego partnerów na dzień zarówno rozprawy 3 lipca jak i 5 lipca 2019r. wynika, że prawdziwe kwoty co do środków finansowania są takie jakie podał odwołujący. Izba w tym stanie nie daje racji twierdzeniom zamawiającego, że wpisy na stronach czy to jednostki wdrażającej czy to beneficjentów są nieaktualne i niewiarygodne. Samo twierdzenie nie jest dowodem. Ponadto należy posiadać zaufanie do informacji jakie zamieszczane są na stronie zamawiającego czy jednostki wdrażającej. Zresztą jak sam pełnomocnik zamawiającego przyznał, że 10 czerwca 2019 r. . złożono wniosek o korektę a kwoty obowiązują na podstawie danych z 2016 roku.

Podsumowując tę kwestię należy stwierdzić, że odwołujący udowodnił, iż kwoty jako wartość szacunkowa odpowiadają kwotom przyznanym przez jednostkę wdrażającą z uwzględnieniem

vat. Natomiast zmniejszanie tej kwoty z argumentacją zamawiającego, że przeznaczył kwotę w ramach posiadanych środków nie potwierdziło się, nie odpowiada rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Ponadto na rozprawie w dniu 5 lipca 2019r. odwołujący udowodnił, że zamawiający dołożył do zamówienia sprzętowego 3 routery o kwocie przewyższającej brakującej kwotę w zamówieniu na oprogramowanie, oczywiście nie według wartości szacowanej tylko podanej na otwarciu ofert (niższej). Stąd też wniosek, że są wolne środki i to w kosztach bezpośrednich. Izba nie przyjęła za wiarygodne oświadczenie pełnomocnika zamawiającego, że jest to błąd (zwiększenie zamówienia o 3 routery) i że dokona zmiany bo oferty mają być składane na początku sierpnia 2019 roku. Izba orzeka według stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania art. 191 ust.1 ustawy pzp.

Według ustaleń Izby zamawiający ma wolne środki w kosztach bezpośrednich co najmniej w kwocie brakującej według kwoty odczytanej na otwarciu ofert.

Z kolei co do spornej kwoty kosztów pośrednich na poziomie 300 tys. złotych to zamawiający nie udowodnił, że nie można przesunąć środków z kosztów pośrednich do kosztów bezpośrednich. Nie wykazał jaką formę przyjęto czy ryczałtu czy na podstawie poniesionych kosztów. Ponadto odwołujący słusznie zauważył, że z żadnego dokumentu nie wynika, iż nie można przesunąć środków z kosztów pośrednich do kosztów bezpośrednich.

Co do kwoty 20 tys. złotych wyłączonej na zadania komercyjne to słusznie odwołujący podniósł, że kwota ta nie została w jakikolwiek sposób wiarygodnie wykazana co do zasady jak i co do jej poniesienia.

Co do argumentacji na bazie art.93 ust.1 pkt 4, że zamawiający nie musi tylko zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej.

To faktycznie zamawiający odmówił jakichkolwiek wyjaśnień dlaczego przeznaczył niższą kwotę niż w szacunku wartości zamówienia. Również zamawiający odmówił wyjaśnień dlaczego nie może podwyższyć kwoty do ceny oferty odwołującego i tylko to skwitował w korespondencji z odwołującym, że nie posiada środków i on decyduje ile przeznaczy środków.

W tej sytuacji odwołujący udowodnił ile środków wynika z planu zamówień w kontekście listy projektów wybranych oraz informacji internetowych jego i jego partnerów jak i jednostki wdrażającej.

Odwołujący wykazał, że są wolne środki bo zamawiający zwiększył zamówienie w sprzęcie komputerowym o co najmniej brakującą kwotę.

Wykazał również, że zamawiający nie wystąpił do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego o korektę kwoty, bo jak Urząd odpowiedział, że tylko o zmianę terminu a umowy tego rodzaju możliwości dofinansowania projektu przewidują.

Tak więc wobec biernej postawy zamawiającego co do możliwości zwiększenia kwoty co zresztą jest bezprzedmiotowe, bo odwołujący udowodnił, że zamawiający ma wystarczające środki, uznać należy, że odwołujący udowodnił u zamawiającego środki wyższe na to zamówienie w stosunku do kwoty, którą odczytał na otwarciu ofert.

Tak więc Izba stwierdza naruszenie art.93 ust.1 pkt 4 ustawy pzp i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i ponowną ocenę i badanie w kierunku najkorzystniejszej oferty, bo według art.192 ust.2 pzp miało to wpływ na wynik postępowania.

Izba oddaliła pozostałe zarzuty odnoszące się do Info –Lidera uznając, że nie ma odwołujący interesu w zakresie tych zarzutów bo konkurent został z tego postępowania wykluczony a jego oferta odrzucona. Natomiast to do oceny zamawiającego należy badanie i decyzja co do zatrzymania wadium. Izba również podziela pogląd, że jeżeli wykonawca dostarczy dokumenty ale one nie potwierdzają wymaganych warunków to zamawiający nie powinien zatrzymywać wadium. Poza tym terminy wyznaczane przez zamawiającego nie są terminami zawitymi.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego. Odwołujący nie złożył rachunku na poczet wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: