

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aneta Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 roku przez **wykonawcę – bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-797)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Województwo Dolnośląskie, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu (50-411)**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Województwo Dolnośląskie, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu (50-411)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę – bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-797)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Województwa Dolnośląskiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego z siedzibą we Wrocławiu (50-411)** na rzecz wykonawcy – **bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-797)** kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup Systemu Kopii Zapasowych i Archiwizacji na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego” (DU-Z.272.87.2017) przez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław (dalej „zamawiający”) wykonawca bezpieczne.it sp. z o.o., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 poz. 1579) [dalej „ustawa Pzp”], zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, poprzez uznanie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w sytuacji, gdy zamawiający bez wystarczających podstaw unieważnił postępowanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania oraz dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego, z także o przeprowadzenie dowodów z: wyrok KIO 2375/17 z dnia 24 listopada 2017 r., wyrok KIO 458/18 z dnia 20 marca 2018 r., wyrok KIO 474/18 z dnia 26 marca 2018 r., wyrok KIO 1015/18 z dnia 8 czerwca 2018 r., odwołania KIO 125/20, a nadto dokumentów i oświadczeń przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący podał, że w oferty wykonawców Advatech sp. z o.o. i Intros Technologie Multimedialne sp. z o.o. poprzedzające w rankingu ofertę odwołującego podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, ponieważ podmioty te nie wyraziły zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania z ofertą, wobec czego najkorzystniejszą jest oferta odwołującego, która – zgodnie z wyrokiem KIO 474/18 z 27 marca 2018 r. – nie podlega odrzuceniu. Uzupełnił, że zgodnie z Informacją z otwarcia ofert zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 1.400.000,00 zł brutto, a cena oferty odwołującego to 1.338.240,00 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający czterokrotnie poszukiwał podstawy do unieważnienia postępowania i czterokrotnie zostało to zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyrokach: KIO 2375/17, KIO 458/18, KIO 474/18, KIO 1015/18. Wskazał nadto, że zamawiający uwzględnił odwołanie KIO 125/20.

W ocenie odwołującego nie można zawiadomienia o unieważnieniu postępowania traktować w oderwaniu do wcześniejszych zawiadomień o unieważnieniu i przyjętej w nich argumentacji.

Ocecił, że w części tych unieważnień argumentacja została obalona przez wyroki KIO, a w pozostałej części sam zamawiający przyznał się, że jego argumentacja była nieprawdziwa i niezwiązana z obowiązującymi przepisami prawa.

Stanął na stanowisku, że argumentacja zamawiającego sprowadzająca się do wystąpienia okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć oraz przedłużającej się procedury jest bez znaczenia, ponieważ element przedłużającej się procedury w całości obciąża zamawiającego, który wszelkie czynności w postępowaniu wykonywał wadliwie na co wskazują wyroki KIO, która czterokrotnie przyznawała rację wykonawcy walczącemu z próbami unieważnienia postępowania.

Stwierdził, że zamawiający celowo prowadzi postępowanie w sposób przewlekły tzn. od chwili otwarcia ofert poszukiwał sposobu na unieważnienie postępowania, a począwszy od wyroku KIO z 8 czerwca 2018 r. do 13 stycznia 2020 r, a i później od momentu uznania odwołania wykonawcy złożonego 23 stycznia 2020 r, nie przeprowadził żadnej czynności w toczącym się postępowaniu, pomimo licznych zapytań odwołującego o stan prowadzonego postępowania.

Zdaniem odwołującego bez znaczenia dla podstawy unieważnienia postępowania są również przywoływane w unieważnieniu okoliczności postępowań na gruncie prawa karnego – jak się finalnie okazało bezzasadne, a ponadto sztucznie podtrzymywane przez samego zamawiającego, co najmniej od połowy 2019 roku, albowiem to na skutek zażalenia zamawiającego, procedura ta została sztucznie przeciągnięta do końca 2019 roku.

Stwierdził, że największe kontrowersje w kontekście wszczętych na wniosek zamawiającego postępowań karnych, wzbudziły postanowienia SIWZ i działania zamawiającego związane z opisem przedmiotu zamówienia i w szczególności w tym aspekcie miały to być działania mające rzekomo nosić znamiona przestępstwa.

Podkreślił, że przedmiotowe postępowanie, poza kontrolą działań zamawiającego za pomocą orzeczeń KIO, z których wynika nakaz procedowania, było również kontrolowane w formie kontroli doraźnej w wyniku, której stwierdzono prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia, prowadzenia dokumentacji i czynności zamawiającego – uznał, że tym samym już od 28.02.2018 r. zamawiający nie mógł mieć wątpliwości o prawidłowości swoich działań, a mimo to, próbując unieważnić postępowanie, złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, które z uwag! na brak znamion czynu zabronionego zostało umorzone.

W ocenie odwołującego okoliczność ta nie ma i nie może mieć żadnego znaczenia dla sytuacji unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp, ponieważ

przesłanka wskazana w tym przepisie nie odnosi się do prawidłowości podejmowanych czynności czy wad postępowania.

Wskazał, że jak wynika z treści wcześniejszego unieważnienia zamawiający 10.12.2019 r. miał wiedzę iż zawiadomienie o nieprawidłowościach jest bezpodstawne, wobec czego zamawiający miał czas na wystąpienie o zabezpieczenie środków na sfinansowanie tego zamówienia.

Uzupełnił, że zamawiający – jako podmiot profesjonalny – winien przewidzieć również sytuację, gdy składane przez niego zawiadomienia będą nieprawdziwe, w przeciwnym bowiem razie każdy zamawiający, któremu niewygodne stanie się udzielenie zamówienia złoży zawiadomienie do prokuratury na podstawie dowolnego pretekstu, zażalił się na pierwsze umorzenie, a następnie po skutecznym umorzeniu postępowania, które zazwyczaj trwa kilka lub kilkanaście miesięcy stwierdzi, że środków, które wcześniej miał już nie posiada, kupił coś innego lub na rynku są inne lepsze rozwiązania.

Stwierdził, że w takim przypadku traci sens charakter gwarancyjny art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, który wymaga od zamawiającego, przed otwarciem ofert, ujawnienia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uzupełnił, że jeżeli zamawiający wstrzymywał postępowanie to jako profesjonalista musiał liczyć się z tym, że jego zawiadomienie może okazać się nieuprawnione, co nie zwalniało go z obowiązku zabezpieczenia środków na sfinansowanie zamówienia w toku.

Odwołujący stanął na stanowisku, że próba wykorzystania stanu epidemii Covid-19 nie ma związku z niniejszym postępowaniem, które od początku nacechowane jest nieudolnymi próbami unieważniania – zamawiający jedynie ogólnikowo wskazał listę wydanych rozporządzeń, wskazując lakonicznie, iż spowodowały konieczność zmiany budżetu Województwa Dolnośląskiego, zawieszenia niektórych wydatków oraz dokonania niezbędnych do usuwania skutków epidemii przesunięć w ramach tegorocznego budżetu.

Zdaniem odwołującego jest to jedynie pretekst do kolejnej próby unieważnienia, z pominięciem możliwości elastycznej zmiany umowy.

Stanął na stanowisku, że nie może również wpływać na twierdzenia o braku posiadanych środków fakt wszczęcia innych postępowań, które zamawiający sfinalizował w międzyczasie, tym bardziej, że zamawiający zobowiązany jest w pierwszej kolejności zabezpieczyć środki na trwające postępowanie. Podał, że zamawiający we wcześniejszym unieważnieniu stwierdził, że wszczęcie nowych postępowań determinuje konieczność ich zakończenia wybraniem oferty i podpisaniem umowy – podniósł, że nie wiadomo z jakich powodów ważniejsze jest postępowanie ogłoszone 23 grudnia 2019 r. na Świadczenie usługi wsparcia techniczno-merytorycznego dla Systemów naboru i Oceny Wniosków (SNÓW), czy postępowanie (symbol: DU -Z-I.272.51.2019) ogłoszonego 11 grudnia 2019 r. Uzupełnił, że na to postępowanie zgodnie z informacją zawartą w zawiadomieniu o unieważnieniu

zabezpieczono środki w wysokości ponad 90.000 zł, zamawiający otworzył oferty 20 stycznia 2020 r., a na otwarciu ofert podał, że na realizację tego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 222.431,00 zł., czyli blisko dwa razy więcej niż deklarował.

Wskazał, że w budżecie na 2020 rok Wydział Informatyki w ramach Pomocy Technicznej RPO posiada kwotę niższą o 1 mln zł, tj. 1 500 000,00 zł z czego przeznaczono na obsługę umów na wsparcie systemu do generowania wniosków SNOW 501.644,44 zł (umowy numer: DT-SI/13/2017 oraz DOK-I/3/2020) oraz 39.215,06 zł na wsparcie urządzeń sieciowych (umowa numer DOK-I/4/2020), a na potrzeby zarządzania i wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego- Województwa Dolnośląskiego około 300 000,00 zł na planowany zakup urządzeń komputerowych oraz urządzeń drukujących.

Stwierdził, że zamawiający nie wystąpił o środki, choć jak wskazuje występował o nie w roku 2018 i 2019, choć *„wiedzę o prawidłowym przebiegu postępowania miał od 25 czerwca 2019 roku, sztucznie eskalowaną do 12 grudnia 2019 roku”*.

Uznał, że zamawiający podał nieprawdziwe informacje, co oznacza, że zamawiający posiada środki, którymi swobodnie dysponuje, a okoliczność COVID-19 służyć ma jedynie uzasadnieniu decyzji zamawiającego.

Podniósł, że od uznania przez zamawiającego odwołania z 23 stycznia 2020 r. do 20 marca 2020 r. (ogłoszony stan pandemii) minęły ponad dwa miesiące bezczynności zamawiającego, a mając na uwadze procedurę skontrolowaną i trwającą 3 lata, nie można uznać by trwające postępowanie czymkolwiek zaskoczyło zamawiającego, tym bardziej iż w tzw. międzyczasie toczyło się kilka postępowań odwoławczych.

Ocecił, że rzekomy brak środków na realizację przedmiotowego zamówienia wynika jedynie z próby podjęcia kolejnej próby unieważnienia postępowania, tym razem za pomocą stanu epidemii. Za nieuprawnione uznał twierdzenie, że brak środków wynika z zaangażowania posiadanych środków w inne umowy.

Podniósł, że w § 2 uchwały w sprawie budżetu zamawiającego na rok 2020 zamawiający publikuje informację o nadwyżce przychodów budżetu województwa nad wydatkami, która na rok 2020 wynosi 29 300 000 zł – 5% z tej kwoty całkowicie wystarczy na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego nieprawdą jest, że sprzęt oferowany przez odwołującego miał się „zestarzeć”, ponieważ oferta odwołującego obejmuje dostawę macierzy dyskowych Netapp, biblioteki taśmowych i oprogramowania zarządzającego Veeam.

W odniesieniu do macierzy dyskowych Netapp stwierdził, że nadal cieszy się ona niesłabnącym zainteresowaniem na rynku i stanowi numer 2 na świecie i nr 1 w Europie – dostarcza unikalnych cech oprogramowania zarządzającego na dyskach pojemnościowych tzn. tych, które zamawia zamawiający i z danych rynkowych wynika, że cieszą się one nadal niesłabnącym popytem ze względu na najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny.

W odniesieniu do bibliotek taśmowych stwierdził, że sytuacja jest podobna, co wynika z faktu wykorzystywania taśm do długotrwałego składowania danych dla których technologicznie nie wymyślono jeszcze technologii zastępczych.

W odniesieniu do oprogramowania Veeam będącego składnikiem oferty stwierdził, że system ten jest najpopularniejszym na świecie systemem kopii zapasowych, a sam zamawiający nadal wykazuje duże zainteresowanie technologią i zgłasza do producenta chęć jej zakupu.

Stanął na stanowisku, twierdzenie jakoby zakup zamawiającego z 2018 roku zaspokoił jego potrzeby inwestycyjne określone w zamówieniu w 2017 jest również nieprawdziwy bowiem zakup dotyczył jedynie 1 urządzenia pracującego w ośrodku podstawowym o zupełnie innych właściwościach niż projektowany system kopii zapasowych o wskazanych elementach charakterystycznych.

W ocenie odwołującego argument, że zmieniły się trendy w technologii, bowiem pojawiły się technologie hiperkonwergentne jest również nieprawdziwy, bowiem technologie hiperkonwergentne nie są rozwiązaniami na bazie, których realizowane są projekty systemu kopii zapasowych z przesyłaniem danych do ośrodka zapasowego i składowaniem ich na taśmach. Dodatkowo wskazał, że rozwiązania hiperkonwergentne są popularne od 2013 roku, w 2015 roku wartość rynku wynosiła ponad 66 mld dolarów, a na polskim rynku powszechne od 2016:

- <https://www.computerworld.pl/news/Hiperkonwergencja-nowy-pomysl-na-data-center,404882.html>; (24 marca 2016) <http://www.virtual-it.pl/6843-vce-vxrail-rozwiazania-hiperkonwergentne-od-emc-i-vmware.html> (20 lutego 2016)
- <https://www.computerworld.pl/news/Wiecej-niz-moda-hiperkonwergencja-transformuje-firmowe-IT,408085.html>; (28 sierpnia 2016)
- <https://infowire.pl/generic/release/319587/hiperkonwergentne-data-center-ciaglosc-pracy-i-bezpieczenstwo/> (16 czerwca 2016)
- https://www.112it.pl/n/aktualnosci/najnowsze_switche_i_hiperkonwergentne_boxy_od_cisco_konkurencja_dla_partnerow_i_rywali/ (1 czerwca 2016)
- <http://itfocus.pl/dzial-it/wirtualizacja/odwazny-model-it/> (9 listopada 2015)
- <https://www.wirtualnemedial.pl/centrum-prasowe/artyku/Netapp-wprowadzi-na-rynek-korporacyjne-rozwiazania-hiperkonwergentne-hci> (12 czerwca 2017)

Podkreślił, że wiedza ta była zamawiającemu znana w 2017 roku, wówczas jednak zamawiający zanegował zastosowanie technologii ze względu na indywidualną charakterystykę posiadanego przez siebie środowiska. (Aplikacje Zamawiającego).

Uznał, że gdyby przyjąć taką argumentację zamawiającego to byłoby można unieważnić z takich powodów niemalże każde postępowanie, gdyż po złożeniu ofert wielu

uczestników rynku zamówień publicznych byłoby w stanie zadeklarować zamawiającemu wykonanie zamówienia, w oparciu o inne wymagania niż zawarte w SIWZ i OPZ.

Stwierdził w dalszej kolejności, że rzekome oszczędności nie zostały zweryfikowane procedurami zamówień publicznych.

Uzupełnił, że zarówno NAND jak i rozwiązania hiperkonwergentne mają swoją ugruntowaną pozycję na rynku od 2013 roku, wobec czego nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający w 2017 roku, dał wyraz swoim oczekiwaniom w SIWZ.

Za niewiarygodne uznał twierdzenie zamawiającego jakoby zamawiający był zmuszony do rozbudowy obecnego systemu do tworzenia kopii zapasowych, bowiem skończyły mu się zasoby w związku z czym musiał ogłosić postępowanie w październiku 2018 r. W ocenie odwołującego jest to sprzeczne z argumentacją, że wiąże konieczność zakupu z budową centrum, z którego zrezygnował, co dowodzi, że uzasadnienie unieważnienia zostało wykreowane na potrzeby chwili.

Podkreślił, że fakt zakupu urządzenia do przechowywania danych nie może mieć żadnego znaczenia dla zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu, ponieważ system w ramach postępowania na Zakup Systemu Kopii Zapasowych to kompletny system kopii zapasowych i archiwizacji, których różnice wynikają chociażby ze specyfikacji obu zakupów.

Zdaniem odwołującego nie stanowi również żadnego istotnego argumentu fakt rezygnacji z realizacji zadania inwestycyjnego w zakresie budowy Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych, ponieważ działania te miały miejsce w roku 2018, a postępowanie na Zakup Systemu Kopii Zapasowych i Archiwizacji było prowadzone od sierpnia 2017 r. Podał, że zgodnie z SIWZ termin wykonania przedmiotu zamówienia został określony na 30 dni od dnia dostarczenia urządzeń termin dostarczania urządzeń stanowił kryterium oceny ofert i w ofertach wykonawców wynosił nawet nie więcej niż 25 dni, wobec czego całość zamówienia miała być zrealizowana w terminie 55 dni od dnia podpisania umowy – w okolicach drugiego/trzeciego kwartału 2017 r.

Uznał, że za niezrozumiałą należy uznać argumentację o rzekomym wpływie na możliwość zawarcia umowy na dostawę systemu z 2017 roku, rezygnacji z budowy budynku, co do którego dopiero w październiku 2018 r. złożono pismo o rezygnacji z jego wybudowania.

Ocenił, że realizacja przedmiotowej umowy nie miała nic wspólnego z budową budynku, który miał powstać być może w roku 2019 lub 2020, mając na uwadze cykl budowy obiektu.

Podsumował, że nie sposób przyjąć, aby decyzje finansowe na okoliczność prac budowlanych podejmowane w roku 2018 miały jakikolwiek wpływ na postępowanie wszczęte w roku 2017, a tym samym warunkowały dostawy.

Staął na stanowisku, że jedyną okolicznością sprowadzającą się do braku środków jest możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 a ustawy Pzp, jednakże również tą przesłankę należy interpretować w sposób ścisły.

Podkreślił, że nie może być argumentem uzasadniającym unieważnienie postępowania decyzja zamawiającego o zwrocie środków, gdyż ustawodawca w tym przepisie nie przewidział takiej przesłanki unieważnienia postępowania jak zwrot środków finansowania.

Staął na stanowisku, że wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający de facto zobowiązuje się do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta okaże się najkorzystniejsza, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego o to roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego (za wyrokiem KIO z 5 października 2011 r. sygn. akt KIO 2047/11).

Podkreślił, że nawet jeśli rozstrzygane są kwestie braku posiadanych środków i unieważnienia postępowania to kluczowe znaczenie ma, czy owa utrata uprzednio przyznanych środków nastąpiła z przyczyn niezależnych od zamawiającego, pomimo jego starań, aby uzyskać, a w tym przypadku utrzymać, finansowanie – utrata finansowania na skutek działań zamawiającego nie może być poczytywana za jego nieprzyznanie i podlegać ochronie prawnej zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że w tym postępowaniu zamawiający próbuje wykazać, że cofnięto środki na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy zamawiający je zwrócił mimo trwającego postępowania, a także mając wiedzę o swoich bezzasadnych wątpliwościach co do prawidłowości postępowania.

W ocenie odwołującego środków nie cofnięto tylko sam zamawiający je zwrócił – wiedząc, że prowadzi postępowanie, które jest w toku zamawiający musiał zabezpieczyć środki z innego źródła np. środki własne na sfinansowanie zaciągniętego zobowiązania w postaci wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podniósł, że zamawiający po wszczęciu postępowania, zwłaszcza jeżeli jest ono w fazie po otwarciu ofert, ma obowiązek zmierzać do jego rozstrzygnięcia, nie zaś kierować się wyłącznie własnym interesem, musi brać pod uwagę interes wykonawców, którzy w dobrej wierze złożyli oferty i ponieśli określone nakłady w celu uzyskania zamówienia; wydłużenie prowadzonego postępowania spowodowane wnoszeniem środków ochrony prawnej przez wykonawców ani zmiana koncepcji zamawiającego co do zakresu przedmiotu zamówienia i źródeł jego finansowania nie są podstawą do unieważnienia prowadzonego postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” przy piśmie z dnia 17 lipca 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” wraz z załącznikami – pismo zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2020 r., „Pisma procesowego odwołującego” z dnia 14 sierpnia 2020 r., dokumentów i materiałów, złożonych na rozprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, poprzez uznanie, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w sytuacji, gdy zamawiający bez wystarczających podstaw unieważnił postępowanie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, prezentując następującą argumentację:

„Z uwagi na ograniczenie środków przeznaczonych przez Regionalny Program Operacyjny WD dla Wydziału Informatyki w budżecie na 2020 r., oraz wobec niemożności realizacji zakupu systemu kopii zapasowych i archiwizacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: Zakup Systemu Kopii Zapasowych i Archiwizacji na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego DU-Z.272.87.2017 w 2017 r., w 2018 r.

i w 2019 r. z przyczyn niezależnych od Zamawiającego tj. Województwa Dolnośląskiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego, dalej „Zamawiający”, jak i braku realizacji projektów, w ramach których zakup systemu miał zostać sfinansowany, stwierdza się brak środków finansowych na zakup systemu kopii zapasowych i archiwizacji.

Wobec powyższego Zamawiający zawiadamia na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019r. poz. 1843) – dalej „ustawa”, że unieważnia niniejsze postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy, ponieważ wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: Zakup Systemu Kopii Zapasowych i Archiwizacji na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego DU-Z.272.87.2017 zostało ogłoszone w sierpniu 2017 r. Cała dokumentacja została przygotowana w pierwszym półroczu 2017 r. u, a zakończenie postępowania było planowane na grudzień 2017 roku. W niniejszym postępowaniu złożono kilka odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, co znacznie przedłużyło czas trwania procedury. Ponadto, w związku z dotarciem do Zamawiającego informacji sugerujących nieprawidłowości dotyczące tego przetargu, w dniu 9 stycznia 2018 r. Zamawiający złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa i zwrócił się z wnioskiem o zbadanie okoliczności sprawy w związku z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego zakupu sprzętu. Dopiero w dniu 25 czerwca 2019 r. Prokuratora Rejonowa dla Wrocławia Krzyki Wschód zakończyła czynności postępowania przygotowawczego i zatwierdziła postanowienie Policji z dnia 25.06.2019 r. o umorzeniu śledztwa w sprawie zakłócenia niniejszego zamówienia publicznego, poprzez wejście w porozumienie z inną osobą, na szkodę Marszałka Województwa Dolnośląskiego tj. o czyn z art. 305 5 2 k.k. wobec stwierdzenia braku znamion czynu zabronionego. Z uwagi na rażące naruszenia przepisów postępowania karnego, niezbędne było złożenie zażalenia na ww. postanowienie, co nastąpiło 11.07.2019 r. W dniu 01.08.2019 r. Zamawiający został poinformowany, że na mocy postanowienia Prokuratora z dnia 31.07.2019 r. uwzględniono złożone zażalenie i skierowano sprawę do dalszego procedowania. Uwzględnienie zażalenia w tym trybie potwierdziło oczywistą zasadność zaskarżenia decyzji z 25.06.2019 r. Prokuratura przeprowadziła następnie niezbędne czynności postępowania przygotowawczego, aby zrealizować cele tegoż postępowania określone w art. 297 51 pkt 1 k.p.k., o co wnosił Zamawiający w swoim zawiadomieniu. W dniu 10.12.2019 r. zostało wydane postanowienie o umorzeniu śledztwa na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., tj. z uwagi na brak znamion czynu zabronionego, a 11.12.2019 r. zostało zatwierdzone przez Prokuratora Prokuratury Rejonowej dla Wrocławia Krzyki Wschód. Postanowienie zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 16.12.2019 r. Uzasadnienie

postanowienia o umorzeniu wykazało zbadanie przez organy postępowania przygotowawczego zgłoszonych przez Zamawiającego podejrzeń i wykazało ziszczenie negatywnej przesłanki procesowej uzasadniającej umorzenie postępowania. Postanowienie uprawomocniło się 23.12.2019 r. Tym samym dopiero z tą datą ustała przeszkoda uniemożliwiająca dotychczas kontynuowanie postępowania o zamówienie publiczne. Bez zakończenia ww. postępowania nie było bowiem możliwe rozstrzygnięcie postępowania o zamówienie publiczne, ponieważ mógł z niego wynikać fakt konieczności wykluczenia Wykonawcy na podstawie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo wskazać należy, iż na tle przedmiotowego postępowania toczyły się w tym czasie także inne dwa postępowania karne z zawiadomienia Wykonawców.

Projektując system do wykonywania kopii zapasowych i archiwizacji, który miał zastąpić istniejący w 2017r. system, Wydział Informatyki brał pod uwagę umieszczenie systemu w Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych w pomieszczeniach przy ul. Walońskiej 3-5 oraz opierał się na najnowszych technologiach jakie były dostępne na rynku. W skład systemu miały wchodzić dwie macierze na których miały być składowane kopie danych systemów wykorzystywanych przez Urząd Marszałkowski. Kolejnym elementem do wykonywania kopii zapasowych i archiwizacji miało być wyspecjalizowane oprogramowanie przeznaczone dla serwerów znajdujących się w Centrum Przetwarzania Danych. Oprogramowanie to oprócz tworzenia kopii zapasowych i odzyskiwania danych, miało posiadać funkcjonalność uruchomienia bezpośrednio z kopii zapasowej w przypadku awarii któregoś z systemów działających w Urzędzie. Funkcjonalność ta zapewniłaby zwiększenie dostępności i niezawodności systemów oraz bardzo szybkie uruchomienie systemów po ewentualnej awarii, co pozwoliłoby na zwiększenie czasu na naprawę systemu produkcyjnego.

W 2018 r. podjęto decyzję, że budowa Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych zostanie sfinansowana i zrealizowana w ramach zadania „Poprawa efektywności energetycznej budynku biurowego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego ul. Walońska 3-5 Wrocław” realizowanego przez Wydział Inwestycji.

Szacunkowy koszt zadania opiewał na kwotę 34 120 211,00 zł brutto z czego większość miała być finansowana ze środków RPO (w lipcu 2018 roku Wydział Inwestycji otrzymał dotację w wysokości 18 028 012,86 zł brutto), środki własne na realizację zadania wynosiły 9 897 617,00 zł (w ramach tej kwoty mieściła się szacunkowa wartość budowy Zapasowego Centrum Przetwarzania Danych tj. kwota 1 900 000,00 zł brutto), ale nadal brakowało 6 194 581,14 zł brutto.

W konsekwencji Wydział Inwestycji w październiku 2018 r. złożył pismo do Wydziału Zamówień Publicznych informując między innymi, że rezygnuje z realizacji zadania inwestycyjnego w roku bieżącym i odstępuje od zamiaru udzielenia zamówienia na nadzór inwestorski nad wykonywaniem robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn: „Poprawa

efektywności energetycznej bud biurowego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego ul. Walońska 3-5 Wrocław”.

Przeznaczone środki na zakup systemu kopii zapasowych i archiwizacji w kwocie 1 400 000,00 zł w 2017 r. jak i w 2018 r. oraz w 2019 r. w związku z niemożliwością rozstrzygnięcia postępowania z przyczyn przedstawionych na wstępie zostały zwrócone. Kwota ta nie przechodziła nigdy na kolejny rok automatycznie, co powodowało, że nie było co do zasady możliwości jej wykorzystania i konieczne było ponowne zagwarantowanie niezbędnych środków w budżecie RPO WD na zadania realizowane przez Wydział Informatyki w ramach Pomocy Technicznej RPO. Ponowne przyznanie środków finansowych na przedmiotowe postępowanie miało miejsce zarówno w 2018 r. i 2019 r. Aktualnie jednak ilość środków przyznanych z Pomocy Technicznej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2020-2022 (RPO Pomoc Techniczna w 2020-2022 r.) jest niewystarczająca. W budżecie na 2020 r. Wydział Informatyki w ramach Pomocy Technicznej RPO posiada kwotę niższą 0 1 mln zł, tj. 1 500 000,00 zł z czego przeznaczono na obsługę umów na wsparcie systemu do generowania wniosków SNOW kwotę 501.644,44 zł (umowy numer: DTSI/13/2017 oraz DOK-1/3/2020), oraz kwotę 39.215,06 zł na wsparcie urządzeń sieciowych (umowa numer DOK-1/4/2020). Dodatkowo na potrzeby zarządzania i wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego, przeznaczono w roku 2020 około 300 000,00 zł na planowany zakup urządzeń komputerowych oraz urządzeń drukujących.

Dodatkowo wskazać należy, że nieustający rozwój technologii informatycznych powoduje, że aktualnie za te same środki, przy założeniu ich przyznania przez RPO, Województwo kupiłoby rozwiązanie pojemnościowo większe oraz dużo wydajniejsze. W ostatnich trzech latach mocno rozwinęła się technologia dysków półprzewodnikowych Solid-State Drive – SD, które są dużo szybsze i mniej awaryjne od standardowych dysków twardych Hard Disk Drive – HDD. Przemawia za tym popularyzacja w macierzach dyskowych standardu NVMe, który powoli wypiera starsze technologie typu SATA lub SAS. Cena pamięci NAND, która jest wykorzystywana do produkcji dysków SSD spadła na przestrzeni ostatnich 3 lat o około 60% co przełożyło się na duży spadek cen dysków SSD na rynku. Zmianie uległy także trendy w budowie centrów danych i procesie ich rozbudowy. Obecnie popularnym trendem są zakupy urządzeń hiperkonwergentnych. Urządzenia hiperkonwergentne zapewniają większą elastyczność, skalowalność oraz są prostsze w zarządzaniu i serwisowaniu. W interesie publicznym, który niewątpliwie istnieje w Pomocy Technicznej RPO WD, nie byłoby zatem nabywanie sprzętu technologicznie przestarzałego po cenie znacząco wyższej, która obowiązywała przed 3 laty.

W trakcie trwania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego okazało się, że skończyły się zasoby obecnego systemu do tworzenia kopii zapasowych. W związku

z brakiem możliwości rozstrzygnięcia przetargu, ze względu na toczące się postępowania prowadzone przez prokuraturę, o których mowa na wstępie uzasadnienia, Zamawiający był zmuszony do rozbudowy obecnego systemu do tworzenia kopii zapasowych. W październiku 2018 r. Zamawiający ogłosił postępowanie (symbol: DU-Z.272.93.2018) o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa wyspecjalizowanego urządzenia do przechowywania zarchiwizowanych danych wraz z wdrożeniem dla UMWD, na potrzeby zarządzania i wdrażania RPO WD 2014-2020” Zamawiający zrealizował to zadanie, a jego koszt wyniósł 565 692,10 zł brutto.

Zakup był niezbędny celem zabezpieczenia danych oraz systemów wykorzystywanych przez Regionalny Program Operacyjny Województwa Dolnośląskiego. Zamawiający nie mógł sobie pozwolić na utratę danych, zwłaszcza jeśli chodzi o dane z Systemu Naboru i Oceny Wniosków przy pomocy, którego Beneficjenci starają się o dofinansowanie projektów przez siebie realizowanych.

Decyzja wyrażająca zamiar nabycia przedmiotu zamówienia podjęta w 2017 r., zawierała w sobie wyznaczone przez Zamawiającego granice w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia w warunkach własnej kalkulacji, co mieści się w autonomii Zamawiającego. Zgodnie z ustawą o finansach publicznych Zamawiający zobligowany jest do wydatkowania środków w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Do grudnia 2019 r. Zamawiający z przyczyn od niego niezależnych nie miał możliwości kontynuowania postępowania i nie miał też wiedzy, jakiej treści będzie decyzja kończąca postępowanie przygotowawcze. Przez trzy lata były blokowane środki na potrzeby przedmiotowego postępowania, co wobec braku rozstrzygnięcia oznaczało ich niewykorzystanie i konieczność każdorazowego zwrotu.

Zamawiający wskazuje także, że ostatnie wydarzenia w kraju związane z epidemią koronawirusa znalazły swoje przełożenie na stan środków w budżecie Województwa Dolnośląskiego. Restrykcje i ograniczenia związane z prowadzoną działalnością wynikały z kolejnych aktów normatywnych władz publicznych odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i życie obywateli, w związku z wystąpieniem nadzwyczajnych okoliczności związanych z pandemią SARS-CoV-2 na terenie kraju co skutkowało wydaniem:

- w dniu 13 marca 2020 r. Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz. U. z 13 marca 2020 r. poz. 433), które to wprowadziło z dniem 14 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan zagrożenia epidemicznego;*
- w dniu 20 marca 2020 r. Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. z 20 marca 2020 r., poz. 491);*

- w dniu 31 marca 2020 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 31 marca 2020 r., poz. 566);
- w dniu 10 kwietnia 2020 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 10 kwietnia 2020 r., poz. 658);
- w dniu 19 kwietnia 2020 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 19 kwietnia 2020 r., poz. 697);
- w dniu 2 maja 2020 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2 maja 2020 r., poz. 792);
- w dniu 16 maja 2020 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 16 maja 2020 r., poz. 878);
- w dniu 29 maja 2020 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 29 maja 2020 r., poz. 964); oraz kolejnych Rozporządzeń zmieniających, a także uchwaleniem ustaw;
- z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 7 marca 2020 r., poz. 374);
- z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 31 marca 2020 r., poz. 568);
- z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U., poz. 695);
- z dnia 30 kwietnia 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. poz. 875).

Powyższe spowodowało konieczność zmiany budżetu Województwa Dolnośląskiego, zawieszenia niektórych wydatków oraz dokonania niezbędnych do usuwania skutków epidemii przesunięć w ramach tegorocznego budżetu.

Wobec powyższego oraz wobec faktu braku środków w budżecie z Pomocy Technicznej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2020-2022 zamieszczonego pod linkiem (...), Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie.

Uzasadnienie prawne

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Z treści przepisu wynika więc, że trzy przesłanki muszą zaistnieć w sposób kumulatywny: istotna zmiana okoliczności, brak interesu publicznego, brak możliwości przewidzenia istotnej zmiany. Tylko łączne wystąpienie tych trzech elementów pozwala zamawiającemu na zastosowanie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. i unieważnienie postępowania.

Z całą pewnością wyjaśnienia wymaga pojęcie „interesu publicznego” użyte przez ustawodawcę w ramach przedmiotowej przesłanki. Otóż „interes publiczny jest to potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców charakteryzującej się jakąś wspólną cechą np.: koniecznością dojazdu do miejsca pracy. Czyli interes publiczny to nie potrzeba jednostki czy mniejszości w jakiejś zorganizowanej grupie osób, tylko potrzeba ogółu.”. Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. uznał, że dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. Nie jest też możliwe na gruncie omawianej przesłanki utożsamianie przez zamawiającego interesu publicznego z nakazem wykorzystania środków budżetowych w danym roku w wielkościach i na cele przewidziane planem finansowym. Oznacza to tylko przestrzeganie zasad dyscypliny finansów publicznych. Omawiana przesłanka unieważnienia ze względu na nieprzewidywalny charakter wspomnianych w niej okoliczności może wystąpić na każdym etapie postępowania, aż do momentu podpisania umowy. Nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty i poinformowaniu, wykonawców zamawiający może - powołując się na jej wystąpienie - unieważnić postępowanie. Jak z tego wynika unieważnienie postępowania na gruncie omawianej przesłanki może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby sprzeczne z tym interesem. „Interes publiczny, do którego odwołuje się art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p., związany jest z interesem określonej grupy społecznej, pracowniczej, która może funkcjonować w normalnych standardowych warunkach

również dzięki realizacji, czy też poprzez realizację określonych dostaw, czy usług albo też robót budowlanych.”

Zamawiający powinien więc wykazać, że wcześniej czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, że zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana okoliczności powinna mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny, a jednocześnie zamawiający nie był w stanie jej przewidzieć. Ustawodawca nie wskazuje zatem na samą możliwość zaistnienia zmiany okoliczności, ale na fakt jej rzeczywistego wystąpienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający pomimo dołożenia należytej staranności nie był w stanie przewidzieć w momencie jego wszczęcia, że nastąpi podejrzenie naruszenia przepisów prawa karnego. Nie dość bowiem, że zostało wniesionych kilka odwołań do Krajowej Izby Gospodarczej, to z uwagi na podejrzenie naruszenia prawa konieczne stało się zawiadomienie organów ścigania o możliwości popełnienia przestępstwa. Również działanie organów ścigania w powyższym zakresie przyczyniła się do wydłużenia procesu udzielania zamówienia publicznego. Wskazać bowiem należy, że Prokuratora Rejonowa dla Wrocławia Krzyki Wschód zakończyła czynności postępowania przygotowawczego i zatwierdziła postanowienie Policji z dnia 25 czerwca 2019 r. o umorzeniu śledztwa w sprawie zakłócenia niniejszego zamówienia publicznego, poprzez wejście w porozumienie z inną osobą, na szkodę Marszałka Województwa Dolnośląskiego tj. o czyn z art. 305 § 2 k.k. wobec stwierdzenia braku znamion czynu zabronionego, ale w sytuacji gdy samo zawiadomienie zostało złożone przez Zamawiającego już 9.01.2018 r. Jednak i tak, z uwagi na rażące naruszenia przepisów postępowania karnego, niezbędne było złożenie zażalenia na ww. postanowienie, co nastąpiło 11.07.2019 r. W dniu 1.08.2019 r. Zamawiający został poinformowany, że na mocy postanowienia Prokuratora z dnia 31.07.2019 r. uwzględniono złożone zażalenie i skierowano sprawę do dalszego procedowania. Uwzględnienie zażalenia w tym trybie potwierdziło oczywistą zasadność zaskarżenia decyzji z 25.06.2019 r. Prokuratura przeprowadziła następnie niezbędne czynności postępowania przygotowawczego, aby zrealizować cele tegoż postępowania określone w art. 297 § 1 pkt. 1 k.p.k., o co wnosił Zamawiający w swoim zawiadomieniu. Dopiero w dniu 10.12.2019 r. zostało wydane postanowienie o umorzeniu śledztwa na podstawie art. 1751 pkt. 2 k.p.k., tj. z uwagi na brak znamion czynu zabronionego, a 11.12.2019 r. zostało zatwierdzone przez Prokuratora Prokuratury Rejonowej dla Wrocławia Krzyki-Wschód. Postanowienie zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 16.12.2019 r. Uzasadnienie postanowienia o umorzeniu wykazało zbadanie przez organy postępowania przygotowawczego zgłoszonych przez Zamawiającego podejrzeń i wykazało ziszczenie negatywnej przesłanki procesowej uzasadniającej umorzenie postępowania. Postanowienie uprawomocniło się 23.12.2019r. Tym samym dopiero z tą datą

ustala przeszkoda uniemożliwiająca dotychczas kontynuowanie postępowania o zamówienie publiczne. Odnosząc powyższe do przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania wskazać należy, że Zamawiający nie mógł przewidzieć, że nastąpi konieczność zawiadomienia organów ścigania oraz nie mógł przewidzieć zakresu czasowego prowadzenia postępowania przez organy Prokuratury.

Analizowany art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pozwala na unieważnienie postępowania nawet po dokonanej wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie sposób bowiem wykluczyć zaistnienia sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności już po wyborze najkorzystniejszej oferty realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub w skrajnych wypadkach wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takim przypadku zamawiający z uwagi na interes publiczny może dokonać unieważnienia postępowania. Może to jednak następować na skutek zdarzeń wyjątkowych i w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Zamawiający powinien wykazać spełnienie dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Unieważnienie postępowania może nastąpić w każdym momencie postępowania, nawet po wyborze oferty i powiadomieniu o tym wszystkich wykonawców, aż do chwili podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Działania samego Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu są jednak na tyle szybkie, że unieważnienie następuje jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty i de facto nie wiadomo, któremu z Wykonawców zostałoby udzielone zamówienie publiczne.

Aby Zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. W przedmiotowym postępowaniu czas trwania prac Prokuratury spowodował niestety utratę przez Zamawiającego środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia, co stanowi istotną zmianę okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Jak stanowi wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03 () "istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie". Utrata środków finansowych spowodowana działaniami organów ścigania to właśnie kategoria obiektywna o istotnym znaczeniu dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zachwianie się źródła finansowania, przy jednoczesnym zachowaniu pełnej wartości zamówienia, będzie skutkowało niedomknięciem finansowym zamówienia publicznego, czyli brakiem środków na regulowanie zobowiązania wobec Wykonawcy. Nieoczekiwane nieprzyznanie środków na finansowanie zamówienia

spowodowało zburzenie struktury finansowania, brak środków i w konsekwencji uniemożliwiło podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego na realizację kontraktu. Jak wynika z wcześniejszego opisu stanu faktycznego dotyczącego finansowania zamówienia publicznego to nie sam Zamawiający ograniczył stan posiadanych przez siebie środków na realizację zamówienia. Pozbawienie Zamawiającego kwoty, jaką może przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynika z decyzji, której Zamawiający się nie spodziewał się i na którą nie miał i nie ma żadnego wpływu. Co istotne decyzja ta warunkuje możliwość udzielenia zamówienia i jego realizacji. Niewątpliwie więc w dacie unieważnienia postępowania zamawiający nie posiada środków umożliwiających zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet jeśli Zamawiający poczyni oszczędności w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego to na dzień unieważnienia przedmiotowego postępowania mają one charakter hipotetyczny. Ponadto brak podstaw do przyjęcia, że w każdym z nich zostanie dokonany wybór oferty z ceną przyjętą jako podstawa kalkulacji szacunkowej wartości zamówienia. Przywołać trzeba możliwość złożenia w tych postępowaniach oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub oferujących cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w obu przypadkach niesie skutek niedopuszczalności wyboru takiej oferty. Zatem na dzień unieważnienia postępowania Zamawiający nie dysponuje rezerwą finansową umożliwiającą mu zawarcie umowy z wybranym w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty, Wykonawcą. Zamawiający zobowiązany jest do działania na podstawie przepisów prawa oraz w jego granicach, co ma znaczenie w kontekście dysponowania środkami publicznymi i rygorów ustawy o finansach publicznych. Pozbawienie Zamawiającego środków na finansowanie zamówienia ma charakter wyjątkowy, a tym samym nieprzewidywalny. Kategoria przewidywalności referuje się bowiem do zwykłych warunków prowadzenia działalności, w których czynniki zewnętrzne nie mają przesadzającego wpływu na wykonanie zamierzonych planów. Zamawiający wszczynając postępowanie działał mając zagwarantowane środki w budżecie Regionalnego Programu Operacyjnego, a więc mógł racjonalnie przypuszczać, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie mógł zrealizować zamierzoną inwestycję. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ponowne przyznanie środków finansowych w przedmiotowym zakresie miało miejsce w 2018 r. i 2019 r. Zamawiający dokładał więc w tym względzie należytej staranności zapewniając źródło finansowania zamówienia pomimo przedłużających się działań Prokuratury uniemożliwiających prowadzenie postępowania. Ostatecznie jednak zaistniała przesłanka związana z istotną zmianą okoliczności, której nie można było przewidzieć.

W polskim prawie nie ma jednolitej definicji interesu publicznego. W systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Należą do nich racjonalne, efektywne i skuteczne

wydatkowanie środków publicznych na zadania publiczne, zagwarantowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających, ochrona podmiotów działających na rynku zamówień publicznych poprzez przyjmowanie przez instytucje zamawiającego jasnych i przejrzystych zasad udzielania zamówień publicznych. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że instrumentalne traktowanie zamówień publicznych przez podmioty publiczne jako narzędzia do wydatkowania środków publicznych bez uwzględnienia celów, w tym przede wszystkim, zwiększania konkurencyjności na rynku, kształtowania pozytywnych zachowań, odpowiedzialności i równowagi kontraktowej obu stron postępowania przetargowego, godzi w nadrzędne i docelowe zasady systemu zamówień publicznych. System zamówień publicznych nie może być traktowane przez podmioty wydatkujące środki publiczne wyłącznie jako instrumentalne narzędzie do realizacji zmiennych interesów zamawiających. Stabilność decyzji podmiotów realizujących zadania publiczne w trybie ustawy sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymulację rozwój gospodarczy.

Podtrzymując dotychczasowe poglądy orzecznictwa dotyczące braku tożsamości interesu publicznego z interesem zamawiającego, wskazać trzeba, że nie mają one zastosowania w okolicznościach niniejszego postępowania. Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania jest badane ad casum w okolicznościach konkretnego przypadku. Zdaniem Zamawiającego udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego ze względu na brak środków nie jest możliwe. Wskazać trzeba, że zaciąganie przez Zamawiającego zobowiązania, z którego na dzień jego podjęcia nie mógłby się wywiązać przeczy interesowi publicznemu wprost. Interes publiczny winien być oceniany z uwzględnieniem sytuacji finansowej województwa jako jednostki samorządu terytorialnego i uwarunkowanej nią możliwości realizacji przedsięwzięcia. Nie można pominąć, że art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pozwala na unieważnienie postępowania jeśli prowadzenie postępowania lub wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Przesłanka ta opisana została z użyciem funktora alternatywy rozłącznej "lub", do jej ziszczenia wystarczające jest ziszczenie jednej z opisanych sytuacji albo obu z nich. Zatem dalsze prowadzenie o postępowania, z uwagi na brak środków umożliwiających sfinansowanie wykonania umowy, jest z interesem publicznym sprzeczne. Teza zawarta w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W/96 - wielokrotnie podnoszona w orzecznictwie KIO, głosi "za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia,

oświaty, kultury, porządku publicznego" Uznać zatem trzeba, że interes publiczny wyraża się przede wszystkim w bezpieczeństwie finansowym samorządu województwa, którego zachwiane powodować będzie zagrożenie zaniechania wykonania innych obowiązków ciążących na Województwie Dolnośląskim, a wyrażonym wprost w ustawie o samorządzie województwa. Korzyści uzyskane w wyniku wykonania zamówienia w danych w wyjątkowych okolicznościach niniejszego postępowania nie mogą przeważać nad koniecznością zapewnienia stabilności finansowej Województwa Dolnośląskiego. Zamawiający zwraca uwagę, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wykonywanie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, następuje to jednak w ramach realizacji budżetu państwa lub budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Uznać zatem należy, że wobec zaistniałych wyjątkowych okoliczności, unieważnienie postępowania mieści się w interesie publicznym. Sprzyja bowiem zachowaniu bezpieczeństwa finansowego Województwa Dolnośląskiego oraz pozwala na realizację innych zamówień, możliwych do wykonania w aktualnej sytuacji finansów publicznych.

Podkreślenia także wymaga, że ewentualny zakup produktu, który z uwagi na nieustający rozwój technologii informatycznych uznać należy na przestarzały, również narusza interes publiczny. Aktualnie bowiem za porównywalną kwotę środków, przy założeniu ich przyznania przez RPO, Zamawiający kupiłby rozwiązanie pojemnościowa większe oraz dużo wydajniejsze. W ostatnich trzech latach mocno rozwinęła się technologia dysków półprzewodnikowych Solid-State Drive SSD, które są dużo szybsze i mniej awaryjne od standardowych dysków twardych Hard Disk Drive HDD. Przemawia za tym popularyzacja w macierzach dyskowych standardu NVMe, który powoli wypiera starsze technologie typu SATA lub SAS. Cena pamięci NAND, która jest wykorzystywana do produkcji dysków SSD spadła na przestrzeni ostatnich 3 lat o około 60% co przełożyło się na duży spadek cen dysków SSD na rynku. Zmianie uległy także trendy w budowie centrów danych i procesie ich rozbudowy. Obecnie popularnym trendem są zakupy urządzeń hiperkonwergentnych. Urządzenia hiperkonwergentne zapewniają większą elastyczność, skalowalność oraz są prostsze w zarządzaniu i serwisowaniu. W interesie publicznym, które to pojęcie również funkcjonuje w Pomocy Technicznej RPO WD, nie byłoby zatem nabywanie sprzętu technologicznie przestarzałego po cenie znacząco wyższej, która obowiązywała przed 3 laty.

Orzecznictwo KIO wskazuje, że każda decyzja zamawiającego skutkująca unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy winna zawierać uzasadnienie, wykazanie korzyści wynikających z jej podjęcia, sposobu ochrony interesu publicznego, jak również wykazanie, że przyjęta strategia działania przewyższa interes indywidualny

przedsiębiorcy i nie stoi w sprzeczności z funkcjami systemu zamówień publicznych. W przypadku przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, należy zbadać czy udzielenie danego zamówienia w dalszym ciągu leży w interesie publicznym. Przy czym nie chodzi tu o udzielenie zamówienia danemu wykonawcy, ale generalnie o udzielenie tego zamówienia jakimkolwiek wykonawcy.¹ „Na rynku zamówień publicznych, zdarzają się przypadki tzw. zamówień zawieszonych, czyli formalnoprawnie nie zakończonych, ale też bez możliwości zawarcia umowy.

Brak możliwości zawarcia umowy wynika z braku środków lub ze zmiany potrzeb, które leżały u podstaw wszczęcia danego postępowania. Oczywistym jest, iż przepisy prawa nie mogą zezwalać zamawiającym na samowolne i dowolne unieważnienia postępowań w sytuacji, gdy z różnych względów dane postępowanie nie leży w interesie zamawiającego. Ale gdy, ten interes zamawiającego jest tożsamy z interesem publicznym, a udzielenie zamówienia godziłoby w ten interes publiczny, należy dane postępowanie unieważnić, temu zadaniu właśnie służy przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.” W przypadku przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający wykazał, że bezsprzecznie zaistniały przesłanki jego nieważnienia we wskazanym trybie. Zaistniały bowiem okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć i to okoliczności istotne, wskazujące, że prowadzenie postępowania lub udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Jak podał w sposób syntetyczny zamawiający w pierwszym zdaniu swojego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania powodem decyzji zamawiającego było „*ograniczenie środków przeznaczonych przez Regionalny Program Operacyjny WD dla Wydziału Informatyki w budżecie na 2020 r. oraz wobec niemożności realizacji zakupu (...) w 2017 r., 2018 r. i 2019 r. z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, jak i braku realizacji projektów, w ramach których zakup systemu miał zostać sfinansowany, stwierdza się brak środków finansowych na zakup kopii zapasowych i archiwizacji.*”

Ograniczenie środków przeznaczonych przez Regionalny Program Operacyjny WD dla Wydziału Informatyki w budżecie na 2020 rok wynikać ma z Uchwały Nr WD 1499/VI/ Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 3 grudnia 2020 r., zgodnie, z którą na projekt RPDS.11.01.00-02-0039/19 przyznano 12 163 840 zł, która to kwota, jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, „*nie dotyczy tylko Wydziału Informatyki UMWDS*”.

Podnieść jednak należy, że powyższa Uchwała stanowi „odpowiedź” na „Wniosek o dofinansowanie projektu z Pomocy Technicznej Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 (złożony 30 października 2019 r.), tj. projektu nr RPDS.11.01.00-02-0039/19, w którym wnioskowano – pkt 7 „*Planowane koszty/wydatki w ramach projektu*” – w pozycji „*Koszty organizacyjne, techniczne i administracyjne*” o kwotę 1,5 mln zł w 2020 roku, jak i o taką samą kwotę w dwóch kolejnych latach (łącznie 4 mln zł w okresie 2020-2022).

Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał: „*O tym, jakie środki w danym roku RPO przekazuje na Pomoc Techniczną realizowaną przez Wydział Informatyki nie decyduje Zamawiający jako Województwo Dolnośląskie, ale Województwo Dolnośląskie jako Instytucja Zarządzająca w konsekwencji wniosku o dofinansowanie składanego przez Wydział Zarządzania Finansowego RPO.*”

Nie sposób założyć, że wniosek został opracowany bez udziału „*Zamawiającego jako Województwa Dolnośląskiego*” – bez udziału realizującego Pomoc Techniczną Wydziału Informatyki w oderwaniu od potrzeb znanych temu Wydziałowi.

Innymi słowy, to, że środki na potrzeby postępowania nie zostały, wzorem lat poprzednich, „zarezerwowane” (tak sformułował to zamawiający w odniesieniu do środków z 2018 i 2019 r. – „*Środki rezerwowane na potrzeby postępowania musiały być każdorazowo zwracane z uwagi na brak ich wykorzystania.*” – str. 8 odpowiedzi na odwołanie drugi akapit), także w 2020 roku należy przypisać zamawiającemu skoro we wniosku uwzględniono jedynie 1,5 mln zł, tj. kwotę, którą sam zamawiający ocenia jako niewystarczającą („*Aktualnie ilość środków (...) na rzecz zamówień informatycznych jest niewystarczająca.*” – str. 8 odpowiedzi na odwołanie drugi akapit).

Nie może zatem twierdzić zamawiający, że ograniczenie środków, co stało się powodem unieważnienia postępowania, jest okolicznością, której nie mógł wcześniej przewidzieć.

Przesądza to o braku przesłanki niemożności wcześniejszego przewidzenia wystąpienia istotnej zmiany, o której, obok wystąpienia istotnej zmiany i braku interesu publicznego, mowa w przepisie art. 96 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Tym samym decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 3 lipca 2020 r. skład orzekający Izby uznał za podjętą z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Nawiązując dodatkowo do oceny zamawiającego, iż „*Nieoczekiwane nieprzyznanie środków na finansowanie zamówienia spowodowało zburzenie struktury finansowania, brak środków i w konsekwencji uniemożliwiło podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego na realizację kontraktu.*” – str. 18 odpowiedzi na odwołanie zdanie drugie, skład

orzekający Izby zauważa, że nieoczekiwanym byłoby raczej przyznanie środków w wystarczającej wysokości, pomimo iż o taką wysokość dofinansowania nie wnioskowano.

Ze względu na powyższe, inne poruszane przez zamawiającego kwestie (brak możliwości kontynuowania postępowania do grudnia 2019 roku z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a związanych z działaniami organów ścigania, ocena zamawiającego co do możliwości zakupu obecnie „rozwiązań pojemnościowo większych oraz dużo wydajniejszych”, rozbudowa obecnego systemu do tworzenia kopii zapasowych w następstwie zakupu z 2018 roku, odstąpienie w 2018 roku od pierwotnej koncepcji biorącej pod uwagę umieszczenie systemu w Zapasowym Centrum Przetwarzania Danych, dalsze ograniczenie środków w związku ze zwiększonymi wydatkami na „usuwanie skutków epidemii”) pozostają bez znaczenia, tym bardziej, że to nie one zostały wskazane jako powód unieważnienia postępowania.

Uzupełniająco skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający ani w decyzji o unieważnieniu postępowania, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie twierdził, że realizacja przedmiotu zamówienia, objętego toczącym się od 2017 roku postępowaniem, jest już zbędna.

Podkreślić należy, że zamawiający nie wskazał (tym bardziej nie wykazał) na czym polega związek rozbudowy obecnego systemu do tworzenia kopii zapasowych z przedmiotem zamówienia postępowania ogłoszonego w 2017 roku, tj. czy i z jakich względów zakup ten powoduje, że dalsze prowadzenie postępowania z 2017 roku nie leży w interesie publicznym.

Podkreślić także należy, że zamawiający, twierdząc, że „aktualnie za te same środki, przy założeniu ich przyznania przez RPO, Województwo kupiłoby rozwiązanie pojemnościowo większe oraz wydajniejsze, nie twierdził jednocześnie, że rozwiązanie opisane w SIWZ postępowanie z 2017 roku nie jest już w stanie spełnić celu, dla którego postępowanie to zostało przez niego wszczęte.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: