

**Sygn. akt: KIO 1571/21, KIO 1925/21**

**WYROK**

**z dnia 8 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Anna Chudzik**

**Emil Kawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 1571/21),
- B) w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 1925/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku**, działające w imieniu własnym oraz w imieniu następujących Zamawiających:

- 1) Wojewódzki Szpital Psychiatryczny im. prof. T. Bilikiewicza w Gdańsku,
- 2) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Stacja Pogotowia Ratunkowego w Gdańsku,
- 3) Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz-Kosko w Sopocie sp. z o.o. w Sopocie,
- 4) Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku,
- 5) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Korczaka w Słupsku sp. z o.o. w Słupsku,
- 6) Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych im. S. Kryzana w Starogardzie Gdańskim,
- 7) Wojewódzki Ośrodek Terapii Uzależnień w Gdańsku,
- 8) Stacja Pogotowia Ratunkowego w Słupsku w Słupsku,
- 9) COPERNICUS Podmiot Leczniczy sp. z o.o. w Gdańsku,
- 10) Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku sp. z o.o. w Gdańsku,
- 11) Szpital Specjalistyczny w Prabutach sp. z o.o. w Prabutach,
- 12) Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie sp. z o.o. w Kościerzynie,

- 13) Przemysłowy Zespół Opieki Zdrowotnej sp. z o. o. w Gdańsku,
- 14) Szpitale Pomorskie sp. z o.o. w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comp S.A. w Warszawie** oraz **CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1571/21 oraz KIO 1925/21 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 8 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych,**
2. **w pozostałym zakresie oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21,**
3. **oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21,**
4. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** na rzecz **Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** i:
  - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 5.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Comarch S.A. w Krakowie** oraz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** na rzecz

**Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3.600 zł 00 gr**  
(słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione  
koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień  
publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od  
dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Województwo Pomorskie z siedzibą w Gdańsku, działające w imieniu własnym oraz w imieniu:

- 1) Wojewódzki Szpital Psychiatryczny im. prof. T. Bilikiewicza w Gdańsku,
- 2) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Stacja Pogotowia Ratunkowego w Gdańsku,
- 3) Pomorskie Centrum Reumatologiczne im. dr Jadwigi Titz-Kosko w Sopocie sp. z o.o. w Sopocie,
- 4) Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku,
- 5) Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Korczaka w Słupsku sp. z o.o. w Słupsku,
- 6) Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych im. S. Kryzana w Starogardzie Gdańskim,
- 7) Wojewódzki Ośrodek Terapii Uzależnień w Gdańsku,
- 8) Stacja Pogotowia Ratunkowego w Słupsku w Słupsku,
- 9) COPERNICUS Podmiot Leczniczy sp. z o.o. w Gdańsku,
- 10) Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku sp. z o.o. w Gdańsku,
- 11) Szpital Specjalistyczny w Prabutach sp. z o.o. w Prabutach,
- 12) Szpital Specjalistyczny w Kościerzynie sp. z o.o. w Kościerzynie,
- 13) Przemysłowy Zespół Opieki Zdrowotnej sp. z o. o. w Gdańsku,
- 14) Szpitale Pomorskie sp. z o.o. w Gdyni,

Zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa i wdrożenie systemów dziedzicznych, platformy regionalnej, GCPD i DR”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2019r. nr 2019/S 247-608512.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 24 maja 2021 r. oraz 28 czerwca 2021 r. 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch S.A. w Krakowie oraz Asseco Poland S.A. w Rzeszowie. Postępowania odwoławcze wywołane odwołaniami zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 1571/21 oraz KIO 1925/21.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 96 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 PZP poprzez:
  1. nierzetelne sporządzenie protokołu (w szczególności sposób, w jaki Zamawiający opisał załączniki do protokołu – zbiorczo lub niejednoznacznie), które uniemożliwia

- Odwołującemu jakąkolwiek weryfikację, czy po wyborze ofert otrzymał kompletną dokumentację postępowania, a także nieudostępnienie Odwołującemu całości dokumentacji postępowania, pomimo stosownego wniosku,
2. zaniechanie umieszczenia w protokole uwag biegłych – osób wykonujących czynności w postępowaniu, do czego obligują Zamawiającego przepisy delegujące (art. 96 ust. 5 PZP) oraz przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
  3. ukrycie przed Odwołującym opinii biegłych, którzy brali udział w prezentacji funkcjonalności systemu CGM i zaniechanie udostępnienia tych opinii – Odwołujący nie jest w stanie ustalić, czy w ogóle są one traktowane przez Zamawiającego jako dokumentacja postępowania,
- 2) art. 91 ust. 1 PZP z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 9 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie sporządzenia rzetelnej i kompletnej dokumentacji w zakresie oceny oferty CGM – w szczególności w zakresie przyczyn, dla których Zamawiający uznał, iż prezentacja funkcjonalności systemu SSI przez CGM potwierdziła, iż oferowane przez CGM rozwiązanie Clininet spełnia wszystkie wymagania SIWZ,
  - 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez wybór oferty CGM, która to oferta nie spełnia wymagań SIWZ, w sytuacji gdy prezentacja funkcjonalności systemu SSI przez CGM nie potwierdziła, iż oferowane przez CGM rozwiązanie Clininet spełnia wszystkie wymagania SIWZ, a w szczególności wymagania w pkt 4, 17 i 55 załącznika nr 12 do SIWZ:
  - 4) art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 PZP w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum CGM, jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 4 PZP oraz 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie uznania oferty CGM za odrzuconą / odrzucenia oferty CGM, w sytuacji w której CGM nie udowodnił Zamawiającemu, iż realizując zamówienie, będzie realnie dysponował niezbędnymi zasobami CGM Clinical España i CGM Clinical Österreich w ten sposób, iż podmioty udostępniające zasoby wykonają usługi, w stosunku do których Zamawiający postawił wymagania w zakresie doświadczenia w ich wykonaniu, o których mowa w rozdziale V ust. 1 lit. b pkt ii pkt 2 SIWZ,
  - 5) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców i wielokrotne wezwania CGM do uzupełnienia dokumentów, a w szczególności unieważnienie i powtórzenie czynności niekwestionowanych przez CGM oraz wielokrotne przedłużanie CGM terminu na składanie wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających, iż sprzęt spełnia wymogi SIWZ (kart katalogowych producenta wraz z opisami technicznymi lub specyfikacjami technicznymi potwierdzającymi spełnienie wymagań określonych w SIWZ dotyczących oferowanej przez Wykonawcę Infrastruktury Sprzętowej), a także

poprzez błędne uznanie, iż przedstawione przez CGM karty katalogowe (w zakresie wskazanym w uzasadnieniu) spełniają wymogi SIWZ oraz potwierdzają, iż oferowane urządzenia spełniają wymogi SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niespełniającej wymogów SIWZ, czyli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP,

6) art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a oraz ust. 1b pkt 3 PZP w zw. z art. 22a ust. 1 - 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum CGM, jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a także art. 24 ust. 4 PZP oraz 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie uznania oferty CGM za odrzuconą / odrzucenia oferty CGM, w sytuacji w której CGM powołuje się na projekty zrealizowane przez podmioty trzecie CGM Clinical España i CGM Clinical Österreich, które nie odpowiadają zamówieniom wskazanym w warunku udziału w rozdziale V ust. 1 lit. b pkt ii pkt 2 SIWZ, a także CGM nie wykazał, iż zostały one wykonane należycie,

7) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum CGM, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

8) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum CGM i odrzucenia oferty Konsorcjum CGM, w sytuacji, gdy podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonanych usług (wiedza i doświadczenie)

z ostrożności gdyby Izba uznała, że wykluczenie jest przedwczesne

art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez brak wezwania Konsorcjum CGM do uzupełnienia wykazu usług oraz niezbędnych dokumentów potwierdzający spełnienie warunków SIWZ,

9) art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum CGM do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że cena Konsorcjum CGM powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, pomimo, że Zamawiający otrzymał jednoznaczne informacje o warunkach rynkowych (w tym cenach oferowanych przez CompuGroup Medical Sp. z o.o.), które są kilka razy wyższe niż w przedmiotowym postępowaniu,

10) art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Stapro do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że cena Konsorcjum Stapro powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, pomimo że cena oferty Konsorcjum Stapro w poszczególnych pozycjach cenowych jest skrajnie nierealna,

- 11) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez brak wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum CGM i odrzucenia oferty Konsorcjum CGM, w sytuacji, gdy podmiot ten nie spełnia warunków udziału w zakresie niezbędnego personelu (brak spełnienia warunków podmiotowych udziału w przetargu)  
z ostrożności gdyby Izba uznała, że wykluczenie jest przedwczesne  
art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez brak wezwania Konsorcjum CGM do uzupełnienia wykazu osób poprzez wskazanie osób spełniających warunki,
- 12) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum CGM w sytuacji gdy oferta ta nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego sprzętu. Odwołujący w uzasadnieniu wskazuje na konkretne niezgodności oferty z wymaganiami sprzętowymi.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- c. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- d. poprawienia protokołu postępowania w ten sposób, aby każdy dokument stanowiący załącznik do protokołu postępowania był opisany indywidualnie i konkretnie – tak aby można było go zidentyfikować,
- e. poprawienia protokołu postępowania w ten sposób, aby umożliwić osobom wykonującym czynności w postępowaniu (w szczególności biegłym biorącym udział w prezentacji funkcjonalności systemu CGM) zgłoszenia uwag do protokołu,
- f. udostępnienia Odwołującemu całości dokumentacji postępowania (w tym opinii biegłych biorących udział w prezentacji funkcjonalności systemu CGM), która do tej pory nie została udostępniona,
- g. odrzucenia oferty Konsorcjum CGM i Konsorcjum Stapro,
- h. wykluczenia Konsorcjum CGM,
- i. wezwania Konsorcjum CGM i Konsorcjum Stapro do wyjaśnień, zgodnie z wnioskami pod zarzutami odwołania.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że miał i w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a jego oferta nie została odrzucona ani wykonawca nie został wykluczony. Zdaniem odwołującego nie stoi na przeszkodzie ww. twierdzeniom fakt, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia publicznego przez zamawiającego jest kwotą niższą niż całkowita wartość jego oferty. Odwołujący wskazał, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, iż po jego stronie istnieje możliwość poniesienia szkody, która to szkoda jest skutkiem naruszenia przepisów PZP przed Zamawiającego. Odwołujący argumentował, że wskutek naruszenia przepisów PZP Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum CGM (konkurencyjną), która winna być odrzucona, a sam wykonawca wykluczony; jednocześnie Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Stapro. Zdaniem odwołującego w rezultacie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania, może on ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego uwzględnienie odwołania otwiera mu szansę na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez wybór oferty CGM, która to oferta nie spełnia wymagań SIWZ, w sytuacji gdy prezentacja funkcjonalności systemu SSI przez CGM nie potwierdziła, iż oferowane przez CGM rozwiązanie Clininet spełnia wszystkie wymagania SIWZ, a w szczególności wymagania zakwestionowane przez biegłych powołanych do oceny prezentacji funkcjonalności, a to wymagania z załącznika nr 12 do SIWZ o numerach: 2, 5, 6, 14, 17, 19, 21, 35, 55, 77, 78, 88, 104, 105, 182.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- c. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- d. odrzucenia oferty Konsorcjum CGM.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że miał i w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a jego oferta nie została odrzucona ani wykonawca nie został wykluczony. Zdaniem odwołującego nie stoi na przeszkodzie w/w twierdzeniom fakt, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia publicznego przez zamawiającego jest kwotą niższą niż całkowita wartość jego oferty. Argumentował, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Dodatkowo wskazał, że zgodnie z orzeczeniami TSUE interes postrzegany jest szeroko, można go nawet upatrywać w dążeniu do unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał ponadto, że po jego stronie istnieje możliwość poniesienia szkody, która to szkoda jest skutkiem naruszenia przepisów PZP przed Zamawiającego. Zdaniem odwołującego wskutek naruszenia przepisów PZP Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum CGM (konkurencyjną), która winna być odrzucona, a



sam wykonawca wykluczony; jednocześnie Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Stapro. Zdaniem odwołującego w rezultacie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania, może on ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego uwzględnienie odwołania otwiera mu szansę na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.

**Zamawiający** złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 18 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21, w której uwzględnił odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 8 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 zamawiający podniósł, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołujący nie wykazał interesu i szkody w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Zamawiający podniósł, że cena oferty Odwołującego jest o prawie 60 mln zł większa niż kwota, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, która wynosi 99.878.785,92 zł. Stanowi to prawie 2/3 kwoty tej kwoty. Zdaniem zamawiającego w tej sytuacji i już na ten moment wiadomym jest, że zamawiający nie ma możliwości zwiększania budżetu do kwoty odwołującego. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie wyartykułował swego interesu w zakresie zarzutów do oferty Przystępującego (zarzuty od 3 do 12) na dzień złożenia odwołania, a na ten moment należy wykazać przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Zamawiający argumentował, że odwołujący nie wykazał interesu w doprowadzeniu do unieważnienia postępowania, a wnosząc odwołanie winien to zrobić. Okoliczność, że Zamawiający nie ma środków na ofertę odwołującego była znana, a zatem interes opisany w treści odwołania nie jest interesem w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący bowiem nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, albowiem z uwagi na cenę znacznie przekraczającą środki zamawiającego i niemożliwość dołożenia brakujących środków, zamówienia odwołujący nie uzyska. Jak zaś nie uzyska zamówienia, gdyż jest to obiektywnie niemożliwe to i szkody nie poniesie.

Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania w zakresie dążenia do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający oświadczył, że nie będzie powtarzać postępowania w tym zakresie. Zamawiający podniósł, że kwota środków niezbędnych do sfinansowania zamówienia udzielonego odwołującemu, biorąc pod uwagę cenę jego oferty, wyczerpuje praktycznie całość budżetu przewidzianego na realizację projektu, podczas gdy zamawiający musi dysponować jeszcze środkami na realizację innych zadań przewidzianych w tym projekcie.

Zamawiający argumentował, że uwzględniając powyższe, zamawiający na rzecz których prowadzone jest przedmiotowe postępowanie uznały, że brak możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. Także i kierownik Zamawiającego - Zarząd Województwa działając w Imieniu własnym i pozostałych Zamawiających oświadczył o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia i w konsekwencji przewidującą unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji gdyby jego wynik miał prowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Celem udowodnienia powyższego zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie oświadczenia Zarządu Województwa oraz oświadczenia organów zarządzających pozostałych zamawiających.

Zamawiający argumentował, że kwestia braku możliwości zwiększenia kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia wyrażona w stosownych, wskazanych wyżej pismach zamawiających i oświadczeniu Zarządu Województwa, jest już jednoznacznie przesądzona i nie pozostawia w tym zakresie jakiegokolwiek niepewności. Jest więc już na tym etapie oczywiste, iż zamówienie nie będzie mogło zostać udzielone odwołującemu, ponieważ nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia do wysokości ceny oferty odwołującego. W konsekwencji złożone odwołanie przestaje być środkiem nakierowanym na zmianę sytuacji odwołującego polegającej na możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza, że po stronie odwołującego nie występuje ani interes ani szkoda.

Zamawiający podniósł, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej konieczne jest wykazanie nie tylko posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, ale interesu kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Zdaniem zamawiającego przepis art. 505 ustawy NPzp nie pozwala na alternatywne wykazanie tylko jednej przesłanki, tj. posiadania (obecnie lub na etapie wcześniejszym) interesu w uzyskaniu zamówienia albo poniesienia lub możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. Co istotne, poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę lub uczestnika konkursu musi być następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów. Zdaniem zamawiającego bez takiego związku nie jest spełniona materialnoprawna przesłanka dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 8 października 2021 r. zamawiający wniósł o umorzenie postępowań odwoławczych, jako zbędnych.

Do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comp S.A. w Warszawie oraz CompuGroup Medical Polska sp. z o.o. w Lublinie.

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 8 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania, modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania, odpowiedź na odwołania wraz z załącznikami, pisma procesowe, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Do postępowań odwoławczych zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz.

2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Niniejsze postępowania odwoławcze zostały wszczęte odpowiednio w dacie 24 maja 2021 r. oraz 28 czerwca 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Npzp i art. 568 pkt 3 ustawy NPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 8 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (pkt 1 sentencji).

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy NPzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy NPzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21, przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia odwołanie w ww. części. Przystępujący na posiedzeniu Izby w dniu 8 października 2021 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w ww. części. Skutkiem powyższego była konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1571/21 w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów, zgodnie z treścią przywołanych wyżej przepisów ustawy NPzp.

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 października 2021 r. o odrzucenie odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy NPzp, jako złożonego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 zostało skierowane wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 maja 2021 r. Wobec powyższego wywiódł, że termin na kwestionowanie tej czynności upłynął odwołującemu w dniu 24 maja 2021 r. Zdaniem

zamawiającego nie zmieniał tego faktu, że dopiero 18 czerwca 2021 r. przekazał odwołującemu część dokumentacji z postępowania, w tym uzupełniony protokół postępowania oraz części jawne załączników do protokołu.

Wniosek zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający po wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 maja 2021 r., wbrew przepisom art. 8 ust. 1-3, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, nie udostępnił odwołującemu opinii biegłych powołanych w postępowaniu do oceny prezentacji przez przystępującego funkcjonalności systemu. Powyższe nie było sporne między stronami. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 uwzględnił bowiem częściowo zarzuty odwołania w tym zakresie. Dostrzeżenia wymagało także, że opinie biegłych dotyczyły prezentacji przez przystępującego funkcjonalności systemu, która została przez przystępującego skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tej sytuacji zapoznanie się z opiniami biegłych na temat przebiegu i oceny prezentacji funkcjonalności systemu należało uznać za kluczowe dla możliwości postawienia przez odwołującego precyzyjnych zarzutów dotyczących nieprawidłowości przy przebiegu prezentacji funkcjonalności systemu. Wobec udostępniania przez zamawiającego kluczowych informacji dla możliwości precyzyjnego postawienia zarzutów dopiero w dniu 18 czerwca 2021 r., należało uznać, że początek biegu terminu na wniesienie odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na ocenie prezentacji systemu rozpoczął się dla odwołującego dopiero w tym dniu. Jak wynikało z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne*. Skoro odwołujący o informacjach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął wiedzę dopiero 18 czerwca 2021 r., to wniesienie przez niego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 w dniu 28 czerwca 2021 r., opartego na tych informacjach, nie można było uznać za spóźnione. Wniosek o odrzucenie odwołania podlegał zatem oddaleniu jako bezzasadny.

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego złożony na posiedzeniu Izby w dniu 8 października 2021 o umorzenie postępowań odwoławczych na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy NPzp, jako zbędnych.

Zdaniem Izby, okoliczność iż Prezes UZP, po uchyleniu przez Izbę zakazu zawarcia umowy, prowadzi równoległe kontrolę uprzednią postępowania nie oznaczało, że postępowania odwoławcze stały się zbędne. Podkreślenia wymagało, że postępowanie odwoławcze i kontrolne to dwa odrębne postępowania, prowadzone przez inne organy. Inny

jest także przedmiot i cel tych postępowań. Na uwagę zasługiwał również fakt, że wykonawcy nie są stroną postępowania kontrolnego i nie jest ono dla nich środkiem ochrony prawnej. Ponadto nie przysługują im środki ochrony prawnej wobec informacji o wyniku kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP. Zastrzeżenia wobec informacji o wyniku kontroli może wnieść jedynie zamawiający. Nietrafna okazała się także argumentacja zamawiającego o konieczności umorzenia postępowań odwoławczych jako zbędnych z powodu braku spełnienia przesłanek z art. 505 ustawy Npzp. Skutkiem braku wykazania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy NPzp jest konieczność oddalenia odwołania, a nie umorzenia postępowania odwoławczego. W przeciwnym razie przepis art. 505 ustawy NPzp nie posiadałby żadnego ratio legis. Wobec powyższego Izba oddaliła wnioski zamawiającego i przystępującego o umorzenie postępowań odwoławczych.

### **Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Budowa i wdrożenie systemów dziedzinowych, platformy regionalnej, GCPD i DR.*

W ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 23 grudnia 2019 r. zamawiający w pkt II.2.13 (Informacje o funduszach Unii Europejskiej) wskazał, że *Zamówienie dotyczy projektu/programu finansowanego ze środków Unii Europejskiej.* Ujawnił także, że *Przedmiot umowy będzie współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej – 7 Zdrowie, Działania 7.2 Systemy Informatyczne i Telemedyczne.*

W pkt II.2.14) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że Termin wykonania zamówienia wynosi *48 m-cy od podpisania Umowy, w tym:*

- a) okres realizacji Umów zawieranych z Zamawiającymi, o których mowa w Rozdziale I. ust. 1) pkt a)–n): 20 m-cy od dnia podpisania Umowy;*
- b) okres realizacji Umowy zawieranej z WP: 48 m-cy od dnia podpisania Umowy, przy czym w okresie od 21 m-ca do 48 m-ca obowiązywania Umowy zamówienie realizowane będzie jedynie w zakresie kolokacji GCPD/DR.*

W dniu 11 grudnia 2020 r. upłynął termin składania ofert oraz nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

- 1) przystępującego - Konsorcjum CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. i Comp S.A. z ceną brutto 110.354.780,25 zł brutto,

2) odwołującego - Konsorcjum Comarch S.A. i Asseco Poland S.A. z ceną brutto 158.982.055,56 zł brutto,

3) Konsorcjum Stapro Poland Sp. z o.o. i Suntar Professional Services Sp. z o.o. z ceną brutto 96.983.071,00 zł brutto.

Ustalono ponadto, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 99.878.785,92 zł brutto.

Ustalono również, że pismem z dnia 14 maja 2021 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz o wyborze oferty przystępującego - Konsorcjum CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. i Comp S.A - jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

W dniu 24 maja 2021 r. oraz 28 czerwca 2021 r. odwołujący wniósł odwołania, w których domagał się m.in. odrzucenia oferty przystępującego oraz oferty wykonawcy konsorcjum Stapro.

Ustalono ponadto, że skutkiem uwzględnienia odwołań będzie konieczność unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że *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.* Powyższe wynikało z faktu, że zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty finansowania do ceny oferty odwołującego. Powyższe ustalono na podstawie oświadczenia Zarządu Województwa Pomorskiego oraz oświadczeń organów zarządzających pozostałych zamawiających, stanowiących załączniki do odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 czerwca 2021 r.

Ustalono także, że zamawiający po unieważnieniu postępowania nie będzie miał możliwości ponowienia postępowania, którego przedmiotem byłaby *Budowa i wdrożenie systemów dziedzicowych, platformy regionalnej, GCPD i DR o zakresie określonym w OPZ,* z przyczyn wskazanych poniżej.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ustawy NPzp. Przepis ten stanowi, że *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Stwierdzono, że w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 1571/21 odwołujący uzasadniał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp następująco:

*Odwołujący wskazuje, iż miał i w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a jego oferta nie została odrzucona ani wykonawca nie został wykluczony. Nie stoi na przeszkodzie w/w twierdzeniom fakt, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia publicznego przez Zamawiającego jest kwotą niższą niż całkowita wartość oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.*

*Odwołujący wskazuje, iż po jego stronie istnieje możliwość poniesienia szkody, która to szkoda jest skutkiem naruszenia przepisów PZP przed Zamawiającego. Wskutek naruszenia przepisów PZP Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum CGM (konkurencyjną), która winna być odrzucona, a sam wykonawca wykluczony; jednocześnie Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Stapro. W rezultacie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści niniejszego odwołania, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania otwiera Wykonawcy szansę na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.*

Stwierdzono ponadto, że w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 1925/21 odwołujący uzasadnił przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp następująco. *Odwołujący wskazuje, iż miał i w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, a także złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, a jego oferta nie została odrzucona ani wykonawca nie został wykluczony. Nie stoi na przeszkodzie w/w twierdzeniom fakt, iż kwota przeznaczona na realizację zamówienia publicznego przez Zamawiającego jest kwotą niższą niż całkowita wartość oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z orzeczeniami TSUE interes postrzegany jest szeroko, można go nawet upatrywać w dążeniu do unieważnienia postępowania.*

*Odwołujący wskazuje, iż po jego stronie istnieje możliwość poniesienia szkody, która to szkoda jest skutkiem naruszenia przepisów PZP przed Zamawiającego. Wskutek naruszenia przepisów PZP Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum CGM (konkurencyjną), która winna być odrzucona, a sam wykonawca wykluczony; jednocześnie Zamawiający*



*zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Stapro. W rezultacie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści niniejszego odwołania, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania otwiera Wykonawcy szansę na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku.*

Analiza przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp prowadziła do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.

Izba stwierdziła ponadto, że przepis art. 505 ust. 1 ustawy NPzp stanowi implementację do prawa krajowego art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Wobec powyższego przy interpretacji przepisu właściwym i koniecznym było sięgnięcie do szerokiego i bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, który w szeregu orzeczeń dokonywał wykładni ww. pojęcia.

Jak wynikało z motywu 27 wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE), *W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.*

Z kolei w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, Archus et Gama, w motywie 55 Trybunał wyraził stanowisko, że: *W takiej sytuacji należy uznać, że oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego*

wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty (zob. podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; a także z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199, pkt 24).

Dostrzeżenia wymagało ponadto, że w motywie 58 ww. wyroku wyrażono następujące stanowisko: *Natomiast w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym wykonawcy Archus i Gama zaskarżyli decyzję o wykluczeniu ich oferty oraz decyzję o udzieleniu zamówienia, które zostały wydane jednocześnie, a więc nie można uznać, że zostali oni ostatecznie wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 93/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Jak wynikało z ww. orzeczeń, pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszeń prawa przez instytucję zamawiającą dotyczy po pierwsze zamówienia, które jest przedmiotem postępowania w ramach, którego wniesiono odwołanie. Trybunał wskazał także jednoznacznie, że interesu tego można także upatrywać w sytuacji, w której wprawdzie w wyniku środka odwoławczego zamawiający nie będzie w stanie wybrać oferty w obecnym postępowaniu i wnoszący odwołanie zamówienia w tym postępowaniu nie uzyska. Trybunał sprecyzował jednak, że w takiej sytuacji można powołać się na interes w uzyskaniu zamówienia rozumiany jako możliwość uzyskania zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego.

W szczególności, wbrew stanowisku odwołującego, jak wynikało z ww. orzeczeń, Trybunał nie zajął stanowiska, jakoby wykonawca mógł upatrywać swego interesu jedynie w unieważnieniu postępowania, w ramach którego złożył środek ochrony prawnej. Trybunał wyraźnie bowiem wskazywał, że ten interes wiązać należy z następstwami takiego unieważnienia, to jest szansą na uzyskanie przez odwołującego zamówienia w ramach procedury ponowionej przez zamawiającego. TSUE nigdy nie twierdził także, że można powoływać się na interes w utrzymaniu obecnego stanu faktycznego korzystnego dla strony odwołującej, polegającego na niewykonaniu przedmiotu zamówienia, czy też w uzyskaniu jakiegoś innego, bliżej niesprecyzowanego świadczenia, nieobjętego przedmiotem zamówienia. W przepisie art. 1 ust. 3 dyrektywy odwoławczej, którego implementację do prawa krajowego stanowi art. 505 ustawy NPZp, nie bez powodu jest mowa o interesie w uzyskaniu „danego” zamówienia. Słowo „danego” odnosi się do tego konkretnego zamówienia, a nie do stanu niewykonania zamówienia (utrzymania status quo sprzed wszczęcia postępowania) czy wykonania jakiegokolwiek innego zamówienia.

Izba stwierdziła, że w analizowanej sprawie odwołujący nie wykazał tak pojmowanego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto możliwość poniesienia szkody, w postaci utraty zysków, jakie wiążą się z nieuzyskaniem zamówienia, na jaką powoływał się uzasadniając przesłanki z art. 505 ustawy NPzp, pozostaje bez związku z naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi zamawiającemu w odwołaniach.

Izba stwierdziła bowiem, że w okolicznościach tej sprawy, możliwość poniesienia szkody, na jaką powołał się odwołujący, była wynikiem złożenia przez niego w obecnym postępowaniu oferty o wartości znacznie przewyższającej możliwości finansowe zamawiającego oraz wynikiem braku możliwości ponowienia przez zamawiającego postępowania na analogiczny przedmiot zamówienia po unieważnieniu obecnego postępowania.

Zostało stwierdzone, że cena oferty złożonej przez odwołującego w obecnym postępowaniu przekracza i to znacząco kwotę, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z ceną 158.982.055,56 zł brutto. Tymczasem zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 99.878.785,92 zł brutto. Ponadto stwierdzono, że zamawiający po przeprowadzeniu postępowania był w stanie zwiększyć finansowanie jedynie do kwoty 110.354.780,25 zł brutto, co umożliwiło mu wybranie oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zostało dodatkowo wykazane przez zamawiającego dowodami załączonymi do odpowiedzi na odwołania, że ww. kwota stanowiła górny i nieprzekraczalny próg możliwości finansowania zamówienia przez zamawiającego. Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołania stanowcze i zgodne oświadczenia organów zarządzających wszystkich współzamawiających, w których wskazali, że nie mają oni już możliwości zwiększenia finansowania do ceny oferty odwołującego. Oświadczenia te uznano za wiarygodne i niebudzące wątpliwości. Różnica między ceną oferty przystępującego, do jakiej udało się zapewnić finansowanie, to jest 110.354.780,25 zł brutto, a ceną oferty odwołującego - 158.982.055,56 zł brutto, była znacząca. Oświadczenia organów zarządzających okazały się stanowcze. Wynikało z nich, że każdy ze współzamawiających indywidualnie i dokładnie przeanalizował, o jaką kwotę musiałby zwiększyć finansowanie i każdy ze współzamawiających złożył wyraźne oświadczenie o braku możliwości zwiększenia finansowania.

Ponadto wzięto pod uwagę, że zamawiającymi były jednostki z sektora publicznej ochrony zdrowia. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że tego rodzaju instytucje zamawiające zmuszone są ostrożnie gospodarować środkami publicznymi, pozostającymi w ich dyspozycji, z uwagi na niskie i niewystarczające finansowanie usług ze

środków publicznych. Wobec powyższego uznano, że skutkiem uwzględnienia odwołań będzie konieczność odrzucenia ofert złożonych przez pozostałych konkurentów odwołującego. W tej sytuacji jedyną ważną ofertą w postępowaniu pozostanie oferta odwołującego, której cena przewyższa możliwości finansowania przez zamawiającego. W świetle dowodów złożonych przez zamawiającego jest pewne, że w takiej sytuacji obecne postępowanie zostanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *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*. Zostało zatem wykazane przez zamawiającego, że odwołujący nie uzyska zamówienia w ramach obecnie prowadzonego postępowania.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący nie uzyska także zamówienia w ramach ewentualnego nowego postępowania, gdyż takie postępowanie, w okolicznościach danej sprawy, nie zostanie wszczęte. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył wyraźne i stanowcze oświadczenie, że w razie unieważnienia obecnego postępowania, nie ponowi on już procedury na tożsamy przedmiot zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował niemożności ponowienia procedury odnośnie wykonania przedmiotu zamówienia odpowiadającego przedmiotowi zamówienia w obecnym postępowaniu. Wobec powyższego należało uznać tę okoliczność za przyznaną przez stronę przeciwną. Niezależnie jednak od powyższego Izba z ostrożności dokonała oceny wiarygodności oświadczenia zamawiającego i stwierdziła, że jest ono wiarygodne i znajduje potwierdzenie w całości materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy.

Po pierwsze, co już zostało wspomniane, i co zamawiający wykazał, kwota ceny oferty przystępującego stanowiła górne i nieprzekraczalne możliwości finansowe zamawiającego. Na uwagę zasługiwał także fakt, że - jak wynikało z ogłoszenia o zamówieniu z dnia 23 grudnia 2019 r. - zamawiający w pkt II.2.13) (Informacje o funduszach Unii Europejskiej) wskazał, iż *zamówienie dotyczy projektu/programu finansowanego ze środków Unii Europejskiej*. Ujawni także, że *Przedmiot umowy będzie współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej – 7 Zdrowie, Działania 7.2 Systemy Informatyczne i Telemedyczne*. Powyższe oznaczało, że ograniczone możliwości finansowe zamawiającego uzależnione są dodatkowo od pozyskania finansowania ze środków Unii Europejskiej. Wiedza dotycząca zasad wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020, prowadziła do wniosku, że nieprzekraczalny horyzont czasowy kwalifikowalności wydatków przypadał na dzień 31 grudnia 2023 r.

Dodatkowo, jak wynikało z pkt II.2.14) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił termin wykonania zamówienia jako *48 m-cy od podpisania Umowy, w tym:*

- a) okres realizacji Umów zawieranych z Zamawiającymi, o których mowa w Rozdziale I. ust. 1) pkt a)–n): 20 m-cy od dnia podpisania Umowy;*
- b) okres realizacji Umowy zawieranej z WP: 48 m-cy od dnia podpisania Umowy, przy czym w okresie od 21 m-ca do 48 m-ca obowiązywania Umowy zamówienie realizowane będzie jedynie w zakresie kolokacji GCPD/DR.*

Jak z wynikało z powyższego, skuteczne przeprowadzenie przez zamawiającego kolejnego postępowania jest niemożliwe. Po pierwsze, dostrzeżenia wymagało, że ponowienie przez zamawiającego postępowania wymagałoby powtórzenia wszczęcia procedury przy przestrzeganiu przepisów ustawy NPzp. Przypomnienia wymaga, że przepisy te przewidują określone, minimalne terminy na składanie ofert, gwarantują wykonawcom terminy na skorzystanie ze środków ochrony prawnej na kolejnych etapach postępowania. Przepisy te regulują również obowiązkowy standstill na podpisanie umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej i przewidują obowiązkową kontrolę uprzednią postępowania prowadzoną przez Prezesa UZP, której zakończenie warunkuje podpisanie umowy w sprawie zamówienia.

Oprócz minimalnych terminów wynikających z ustawy NPzp oczywistym jest ponadto, że w postępowaniach o porównywaną wartość i złożoności procedura będzie trwała o wiele dłużej niż minimalne terminy. Powyższe wynika z konieczności uwzględnienia czasu na udzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na nieuniknione wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, rozstrzygnięcia odwołań wnoszonych przez wykonawców na kolejnych etapach postępowania itd. Świadczył o tym choćby fakt, że obecne postępowanie zostało wszczęte przez zamawiającego w grudniu 2019 r., zaś wybór oferty nastąpił dopiero w miesiącu maju 2021 r. i do tej pory nie doszło jeszcze do zawarcia umowy.

Również kontrola uprzednia postępowania w tego rodzaju postępowaniach może okazać się długotrwała. Na konieczność uwzględnienia czasu potrzebnego na przeprowadzenie kontroli uprzedniej postępowania wskazywała choćby czasochłonność kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP w obecnym postępowaniu. Zamawiający, po uchyleniu przez Izbę zakazu zawarcia umowy, złożył wniosek o przeprowadzenie kontroli uprzedniej 5 sierpnia 2021 r. Pomimo to, kontrola ta do dnia wyrokowania w sprawie – to jest do dnia 8 października 2021 r. - jeszcze się nie zakończyła.

Oprócz długotrwałości samego postępowania należało uwzględnić również terminy realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wskazano wcześniej, na realizację obecnego zamówienia zamawiający przewidział od 20 do nawet 48 miesięcy od podpisania umowy, co

do niektórych elementów zamówienia. Biorąc pod uwagę spodziewany, odległy termin rozstrzygnięcia postępowania i jeszcze dłuższy termin podpisania umowy, realizacja zamówienia z pewnością nie zakończyłaby się przed końcem 2023 r.

Wskutek powyższego niemożliwe byłoby poniesienie i rozliczenie wydatków do końca grudnia 2023 r., tak aby zamawiający mógł skorzystać z dofinansowania ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej – 7 Zdrowie, Działania 7.2 Systemy Informatyczne i Telemedyczne. Tymczasem od zapewnienia tych środków zapewnione jest finansowanie zamówienia i to tylko do ceny oferty przystępującego.

Izba stwierdziła ponadto, że środki ochrony prawnej nie służą wykonawcy w celu zwiększenia szans na rynku zamówień w ogólności, zachowaniu obecnego status quo polegającego na niewykonaniu przedmiotu zamówienia itp. Środki ochrony prawnej mają chronić wykonawcę przed poniesieniem szkody w zakresie niezyskania zamówienia o konkretnym przedmiocie i zakresie. W związku z tym okoliczność, iż unieważnienie obecnego postępowania i niewykonania zamówienia może teoretycznie skutkować utrzymaniem status quo korzystnego dla odwołującego, względnie udzieleniem mu jakichś zamówień nie tylko o innym zakresie, ale też na inny przedmiot zamówienia, np. usługi utrzymaniowe jakichś innych systemów, nie może prowadzić do wniosku, że obecne odwołania chronią interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia i zabezpieczają go przed powstaniem szkody w tym zakresie. Odnośnie zaś kwestii powstania od 1 lipca 2021 r. obowiązku wymiany danych między jednostkami służby zdrowia, to nie można wykluczyć, że wymiana danych zostanie zrealizowana poprzez zapewnienie transferu danych w minimalnym, wymaganym przepisami zakresie np. siłami własnymi przez jednostki zamawiające, albo w zakresie istotnie różniącym się od tego, co jest przedmiotem obecnie prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie ma możliwości aby uzyskał on zamówienie zarówno w ramach obecnego postępowania ani w ramach ewentualnego, kolejnego postępowania. W tej sytuacji grożąca mu szkoda, na jaką powołał się wnosząc odwołania, tj. utrata zysku, jaki wiązałby się w wykonaniem zamówienia, pozostaje bez związku z naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniach. Nieuzyskanie zamówienia wynika bowiem po pierwsze z faktu, że wycenił przedmiot oferty znacznie powyżej budżetu zamawiającego w tym postępowaniu. Po drugie zaś wynika z faktu, że zamawiający, jak trafnie wskazał w odpowiedziach na odwołania, nie ponowi już postępowania dotyczącego przedmiotu zamówienia. Tymczasem, jak wynika z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp, odwołujący musi wykazać istnienie związku

przyczynowo - skutkowego między grożącą mu szkodą, a naruszeniami ustawy Pzp podnoszonymi w odwołaniu. Takiego związku w okolicznościach danej sprawy odwołujący nie udowodnił. W konsekwencji złożone odwołania przestały być środkiem nakierowanym na zmianę sytuacji odwołującego polegającej na możliwości uzyskania zamówienia, co słusznie wytknięto w odpowiedziach na odwołania.

Skutkiem niewykazania przez odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy NPzp jest konieczność oddalenia odwołań bez merytorycznego badania ich zasadności. Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 2 i 3 sentencji.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanych sprawach nie wykazano legitymacji do wniesienia odwołań, co musiało skutkować ich oddaleniem.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 2, 3 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie niepodlegającym umorzeniu, oddaliła odwołania w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego w każdej ze spraw składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w każdej ze spraw po 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach każdego z postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).



Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....