

WYROK
z dnia 19 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 grudnia 2018 r.** przez wykonawcę **Bezpieczne.IT Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia w Warszawie,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania i nakazuje zamawiającemu Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bezpieczne.IT Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od zamawiającego Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia w Warszawie na rzecz wykonawcy Bezpieczne.IT Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600,00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2018 r. poz. 1986) na niniejsze postanowienie -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Warszawy.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2526/18

UZASADNIENIE

W dniu 7 grudnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Bezpieczne.it sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia w Warszawie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi utrzymania infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) Systemu KRDK, P2 [SA] oraz P4 wraz z instalacją i konfiguracją podsystemów” (dalej „**Postępowanie**”) następujących przepisów:

- 1.art. 7 ust 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2.art. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż w postępowaniu wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, w postaci stwierdzenia, że po wszczęciu postępowania rozpoczął projekt, którego celem będzie utworzenie nowego systemu e-krew, podczas gdy okoliczność ta nie stanowi przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- 3.art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która w przekonaniu Zamawiającego miałaby polegać na błędach w opisanu przedmiotu zamówienia, oraz uprzywilejowanej sytuacji wykonawcy S&T.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia

czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności badania i oceny ofert jako prawidłowo złożonych w tym postępowaniu, przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie Zamówienia, o czym poinformował wykonawcę zawiadomieniem drogą elektroniczną na 14 minut, przed praktycznie już trwającą rozprawą przed Krajową Izbą Odwoławczą na skutek wniesionego odwołania od uznania oferty jako oferty z rażąco niską ceną (sygn. akt. 2354/18).

Zamawiający poinformował wykonawcę, iż unieważnił czynność oceny ofert w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej, a na skutek ponownej oceny ofert postanowił unieważnić postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986)- dalej zwanej „**ustawą Pzp**”.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania z dnia 27 listopada 2018, Zamawiający wskazywał, m.in., że wadliwie, tj. z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia, oraz, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący podkreślił, że w czasie pomiędzy unieważnieniem postępowania, a upływem terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania toczyła się rozprawa o sygn. akt. 2354/18, w której w sprawie odrzucenia Odwołującego z powodu złożenia oferty z rażąco niską ceną, składał oświadczenia z których wynikało, że wykonawca mógł prawidłowo dokonać wyceny świadczonych usług, miał pełną wiedzę na temat zakresu stanowiącego przedmiot zamówienia, a także oświadczał, że w umowie istnieją regulacje, które pozwalają mu w sytuacji gdy zrezygnuje z części umowy, ograniczyć jej zakres do niektórych tylko czynności stanowiących obecnie zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o dopuszczenie jako dowodu w sprawie dokumentacji postępowania w sprawie KIO 2354/18.

W ocenie Odwołującego istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy jest również stanowisko drugiego wykonawcy, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, będącego przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 2354/18, który jeszcze przed ukazaniem się informacji o unieważnieniu skierował do zamawiającego informację następującej treści: Niniejszym jako przystępujący po stronie Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usługi utrzymania infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) Systemu KRDK, P2 (SA) oraz P4 wraz z instalacją i konfiguracją podsystemów”, znak sprawy: WZP.270.118.2018, nie znając Państwa szczegółowego stanowiska odnośnie do odwołania (na ten moment nie złożono żadnego pisma procesowego), pragniemy zaznaczyć, że na najbliższym posiedzeniu w w/w sprawie będziemy aktywnie Państwa wspierać. Jednakże w przypadku uwzględnienia przez Państwa odwołania, złożymy w tym zakresie sprzeciw a odwołanie będzie podlegało rozpoznaniu. W ocenie Odwołującego, w związku z treścią odwołania, które może wskazywać na brak porównywalności ofert (np. brak wystarczających danych dla oferentów w toku ofertowania), to celem uniknięcia wszelkich wątpliwości, Odwołujący zaznaczył, iż w jego ocenie w postępowaniu tym nie zachodzą także żadne przesłanki do jego unieważnienia. Nie występuje tu żadna nieusuwalna wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli takiej wady postępowania, która miała wpływ na jego wynik. Aby ją stosować Zamawiający musiały udowodnić, że w okresie pomiędzy dniem składania ofert a dniem dzisiejszym zaszła taka zmiana okoliczności, która powoduje, że zamówienie nie może być realizowane (nie ma uzasadnienia dla jego realizacji w określonej formie). Aby uzasadnić taką czynność Zamawiający musiały wykazać, że o tej okoliczności nie mógł wiedzieć wcześniej. Odwołujący wskazał, że ze swojego doświadczenia w tym zakresie (w ramach innych postępowań) posiada wiedzę, że jest to skrajnie trudne i w zasadzie przy istniejącym stanie faktycznym w zasadzie niemożliwe. Tym samym sugestie odwołującego w tym zakresie wyrażone pośrednio w treści odwołania, należy uznać za bezzasadne.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, na rozprawie w dniu 26 listopada i 6 grudnia podtrzymał swoje zarzuty po to by finalnie w unieważnieniu postępowania przyznać wprost, że działał niezgodnie z ustawą.

Odwołujący podkreślił, iż niezależnie od wyniku odwołania KIO 2354/18 wykonawcy składający ofertę w postępowaniu prezentują zgodne stanowisko w sprawie braku podstaw do unieważnienia postępowania. Zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez bezpieczne.it uznał, że to postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W uzasadnieniu podaje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest przygotowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający na dowód tego przytacza, że podał błędną ilość zgłoszeń w systemie Serwis Desk zamiast 2-4 miesięcznie powinien podać 90 miesięcznie.

Odwołujący wskazał na nadrzędną regułę w prawie zamówień publicznych zgodnie z którą jeśli dla potencjalnych wykonawców zapisy SIWZ nie pozostawiają wątpliwości to nie ma podstaw do ich nadinterpretacji. Za przygotowanie oferty odpowiedzialny jest wykonawca i to on ustala czy opis przedmiotu zamówienia jest dla niego wystarczający do

prawidłowego sporządzenia oferty czy też nie jest. Wykonawca posiada szereg narzędzi, które umożliwiają mu prawidłowo sporządzić ofertę w postępowaniu. Podstawowym źródłem jest opis przedmiotu zamówienia, który podaje w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty co jest przedmiotem zamówienia. W przypadku stwierdzenia wątpliwości co do zapisu SIWZ wykonawca ma prawo i obowiązek zwrócić się o wyjaśnienia treści SIWZ. W ostateczności wykonawca ma prawo zaskarżyć zapisy SIWZ jeżeli sporządzone są one z naruszeniem ustawy Pzp. W każdym przypadku wykonawca zobowiązany jest pozyskać wszelką dostępną wiedzę która może posłużyć mu do sporządzenia rzetelnej oferty bowiem to wykonawca ponosi ryzyko realizacji zamówienia, i takie stanowisko też przyjął Odwołujący.

Dalej Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania systemów ITS dla systemów KRDK, P2 i P4. Odwołujący zapoznał się z treścią SIWZ która wyszczególnia zakres zamówienia załącznik nr 1 do SIWZ. W tym przypadku wykonawca składając ofertę:

- 1) przeanalizował zapisy SIWZ w szczególności załączniki nr 1,2,3 do OPZ
- 2) przeanalizował zapisy SIWZ, zakres oraz przebieg poprzedniego postępowania z 2016 roku;
- 3) przeanalizował wszelkie dostępne informacje o systemach KRDK, P2 i P4 dostępne publicznie dotyczące ich budowy, rozbudowy, modernizacji i utrzymania.
- 4) przeprowadził rozmowy z osobami zaangażowanymi obecnie w utrzymanie systemów.

Wszelkie te informacje posłużyły Odwołującemu do zebrania informacji o przedmiocie zamówienia które wykonawca uznał za wystarczające. Po stronie wykonawcy nie wystąpiły żadne okoliczności, które zmusiłyby go do dalszego żądania wyjaśnienia treści SIWZ lub do zaskarżenia postępowania na skutek nieprawidłowości leżących po stronie Zamawiającego. Wykonawca zdobył wszelką wiedzę umożliwiającą mu złożenie poprawnej oferty i prawidłowo ocenił pracochłonność zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu podaje, że wykonawca nie uwzględnił utrzymania dodatkowego specjalisty w technologii SAS na co wskazują wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczania ceny złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie. Odwołujący nie zgadza się z taką argumentacją. Nigdzie w swoich wyjaśnieniach wykonawca nie stwierdził, że nie uwzględnił utrzymania dodatkowego specjalisty w technologii SAS. Przeciwnie konieczność zapewnienia nie jednego ale dwóch specjalistów w technologii SAS tzn. specjalisty administratora rozwiązań Business Intelligence (SAS) oraz specjalisty architekta dewelopera rozwiązań Business Intelligence (SAS) określona jest przez Zamawiającego w SIWZ:

1) w punkcie V „warunki udziału w postępowaniu”:

a) podpunkt 1.2.3. zdolności technicznej lub zawodowej, gdzie Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby ten wykazał się doświadczeniem w instalacji konfiguracji i utrzymania systemów Business Intelligence;

b) w punkcie V „warunki udziału w postępowaniu” podpunkt 1.2.4. gdzie Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o kwalifikacjach zawodowych, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnym do wykonania zamówienia, odpowiadającym warunkom”:

- podpunkt 8 „Specjalista Administrator rozwiązań Business Intelligence (SAS)”,

- podpunkt 9: Specjalista Architekt - deweloper rozwiązań Business Intelligence (SAS).

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu na: „Świadczenie usługi utrzymania infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) Systemu KRDK oraz Projektu P1, P2 i P4 wraz z instalacją i konfiguracją Podsystemów (nr WZP.221.52.2016) opublikowanym 23 kwietnia 2016 r., którego obecne postępowanie jest naturalną kontynuacją, wykonawca nie zadawał pytań gdyż opis przedmiotu zamówienia poprzez wyszczególnienie pracujących systemów był przez profesjonalnych wykonawców całkowicie wystarczający do precyzyjnego oszacowania ceny. Podkreślić należy, że wykonawca obecnym postępowaniem nie składał wniosków o wyjaśnienie SIWZ gdyż wiedza którą zdobył jest dla niego całkowicie wystarczająca.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający stwierdził, że w trakcie postępowania wykonawcy kierowali do niego wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ i sam Zamawiający podawał wykonawcom dane które mogłyby wprowadzić ich w błąd. Tutaj Zamawiający podał, że w systemie Serwis Desk realizowane jest 2-4 zgłoszeń miesięcznie, a w rzeczywistości Zamawiający używa systemu do zarządzania projektem należącym do S&T, który jest bardziej elastyczny i łatwiejszy w użytkowaniu niż Serwis Desk i w tym systemie rejestruje średnio miesięcznie 85 zgłoszeń.

W ocenie Odwołującego, o ile budzi wątpliwości etyczne tego typu zachowanie Zamawiającego, to jednak podkreślenia wymaga iż każdy potencjalny wykonawca w tym Odwołujący musi wziąć pod uwagę taką możliwość tym bardziej, że sam Zamawiający zastrzegł, że cytując "nie wnika w organizację pracy" Wykonawcy, co wprost i używając dokładnie cytowanego określenia wyraził w dokumentacji przetargowej. Zamawiający oświadczył, że dopuszcza dowolny sposób realizacji usługi. Wykonawca podnosi, że szacując cenę zamówienia uwzględnił ryzyko, że w systemie występuje dużo większa liczba zgłoszeń niż podane w pytaniach i odpowiedziach bowiem wynika to z złożoności systemów, których

architektura Odwołującemu jest znana. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający stwierdza, że obecny wykonawca jest jedynym wykonawcą, który posiada „pewną przewagę” i jako jedyny posiada kompletne informacje umożliwiające mu skalkulowanie ceny.

W ocenie Odwołującego obecny wykonawca jest wyraźnie preferowany przez Zamawiającego, ale nie może zgodzić się z argumentacją, że inni wykonawcy nie mogą pozyskać niezbędnej wiedzy i mogą rzetelnie przygotować swoją ofertę oraz złożyć jej w postępowaniu. W tym zakresie wciąż aktualne i obowiązujące są zapisy SIWZ. Brak precyzyjnych zapisów w siwz nie jest podstawą do unieważnienia postępowania, nie ma przy tym znaczenia sformułowanie wymagań wprost polegające na doprecyzowaniu ewentualnego uznania Zamawiającego. Odwołujący nie zgadza się z faktem, aby rzeczywiście zaistniała przesłanka umożliwiająca unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 93 ustawy Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., IV Ca 831/10). Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 30 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2389/16.

W ocenie Odwołującego dokonanie przez Zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp musi dotyczyć kluczowych etapów, czynności fundamentalnych dla wyniku postępowania i wtedy nawet wpływ o charakterze minimalnym powinien skutkować wystąpieniem z wnioskiem o unieważnienie umowy. W przedmiotowym postępowaniu takie okoliczności nie zaszły. Zamawiający podał typ zakres i ilość systemów, które objęte były usługą utrzymania. Systemy te mogły generować 2-4 zgłoszeń miesięcznie jak również 90 zgłoszeń miesięcznie. Każdy z wykonawców powinien oszacować ryzyko we własnym zakresie. Podanie liczby zgłoszeń 2 - 4 miesięcznie czy też 90 zgłoszeń miesięcznie nie miało wpływu na ograniczenie konkurencji skutkującej unieważnieniem postępowania w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, że jako drugą przyczynę unieważnienia postępowania Zamawiający uznał art. 93 ust. 1 pkt 6 uzasadniając, że po wszczęciu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego Zamawiający rozpoczął projekt, którego celem będzie utworzenie nowego systemu e-krew a funkcjonalności systemu e-krew mają zastąpić system objęty niniejszym postępowaniem - KRDK, przez co utrzymanie systemu staje zbędne, a wydatki poniesione na ten cel mogą być kwestionowane w kontekście zasad wydatkowania środków publicznych wyrażonych w ustawie o finansach publicznych. W związku z tak sformułowaną informacją Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentu w sprawie rezygnacji z utrzymania systemów będących przedmiotem postępowania. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 5 grudnia 2018 r. (WZP.270.118.2018 2018-21296): Odnośnie dokumentów źródłowych dotyczących decyzji Zamawiającego w sprawie rezygnacji z systemów, o których mowa w unieważnieniu przedmiotowego postępowania, Zamawiający informuje, iż odnośnie żadnego z utrzymywanych systemów nie została wydana odrębna pisemna decyzja dotycząca rezygnacji z kontynuacji ich utrzymywania, stąd nie jest możliwe doręczenie oczekiwanych przez Państwa dokumentów. Tym niemniej informujemy, iż decyzje takie w ramach prac w CSIOZ zostały podjęte. W obydwu obszarach realizowane są prace projektowe.

Odwołujący wskazał, że powstanie systemu e-krew zapowiadane było już w roku 2014. W lutym 2016 roku rząd przyjął ustawę o nowelizacji ustawy o publicznej służbie krwi, które wprowadzała podstawy prawne dla systemu informatycznego o publicznej służbie krwi. Prezentacja założeń systemu e-krew została przeprowadzona przez CSIOZ w dniu 21 marca 2018. Z publikowanych przez CSIOZ materiałów wynika, że zakończenie wdrożenia II etapu projektu e-krew nastąpi najwcześniej w drugim kwartale roku 2023. Informacja ta pochodzi ze strony Zamawiającego:, natomiast zawarta w ramach przedmiotowego postępowania umowa obejmuje okres do 30 listopada 2020 roku.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający podpisał umowy na opiekę i wsparcie serwisowe producentów sprzętu i oprogramowania dla systemów objętych usługą utrzymania ITS, co wskazuje, że będzie utrzymywał w ruchu systemy objęte usługą będącą przedmiotem zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z treścią umowy tzn. § 10 ustęp 8, która miałaby być zawarta z wykonawcą umożliwia ona odstąpienie przez Zamawiającego od umowy lub jej części przy zagwarantowaniu Zamawiającemu zapłaty wynagrodzenia jedynie za wykonywaną część.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zawsze będzie mógł skorzystać z zagwarantowanych sobie możliwości wprowadzenia zmian w umowie, opisanych w § 12 Umowy.

W ocenie Odwołującego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, aby na skutek zawarcia umowy można było sformułować w jego kierunku jakikolwiek zarzut dotyczący niewłaściwego wydatkowania funduszy publicznych. W tym miejscu należy wskazać, że wynagrodzenie płacone obecnemu wykonawcy jest wyższe niż wynagrodzenie wykonawcy, który wyłoniony byłby w nowym postępowaniu tj. gdyby Zamawiający wybrał wykonawcę bezpieczne.it zapłaciłby ok. 140 tys. zł zamiast 348 tys. miesięcznie obecnie, a gdyby wybrał wykonawcę S&T, to znaczy tego samego wykonawcę, który realizuje obecnie zamówienie jego wynagrodzenie, ale z uwzględnieniem nowych zaproponowanych przez niego cen, miesięczna cena wynosiłaby ok. 208 tys. zł i byłaby niższa od obecnie wypłacanego

wynagrodzenia temu wykonawcy o ponad 41%. wskazuje, To, w ocenie Odwołującego, wskazuje, że to właśnie utrzymywanie obecnej umowy z obecnym wykonawcą i sztuczne przedłużanie tej umowy na utrzymanie systemu powinno być kwestionowane w kontekście zasad wydatkowania środków publicznych.

W ocenie Odwołującego analogiczne argumenty Zamawiający podaje w zakresie systemu P2, z którego miałby zrezygnować, ale należy wskazać, że ten system jest kluczowym systemem udostępniającym zasoby rejestrów medycznych. System ten pochłonął kilkaset milionów złotych i okres jego trwałości nie będzie krótszy niż do grudnia 2021 roku.

Odwołujący powołał się również na stanowiska Zamawiającego zawarte we wniosku o wszczęcie postępowania Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego daje wszelkie podstawy by uznać, że rzeczywistą przyczyną unieważnienia postępowania jest konieczność wyboru oferty wykonawcy niewygodnego dla Zamawiającego. Świadczą o tym wszystkie fakty występujące podczas badania ofert i uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy bezpieczne.it jak i unieważnienia postępowania. Na uwagę zasługuje sposób i sytuacja, w której wykonawca dowiedział się o unieważnienia postępowania. Wykonawca otrzymał wiadomość mailową o godzinie 9:48 tzn. na 12 minut przed rozpoczęciem rozprawy w KIO to znaczy w czasie, gdy osoby reprezentujące Odwołującego wykonawcy powinny mieć wyłączone telefony i kontakt z pracownikami biura nie była możliwa. Ponadto po wejściu na rozprawę żadna z osób ze strony zamawiającego wiedząc, że wystąpiła zasadnicza okoliczność mogąca mieć wpływ na decyzje Odwołującego nie poinformowała i nawet nie zamierzała poinformować Odwołującego, że postępowanie jest unieważnione.

Odwołujący wskazał również, że treść informacji zawartej w korespondencji email wykonawcy S&T z dnia 26 listopada wprost mówiąca o unieważnieniu postępowania, podczas gdy oficjalne pismo o unieważnieniu postępowania zostało skierowane do wykonawców w dniu 27 listopada.

W ocenie Odwołującego nie zaistniały żadne przesłanki, które mogłyby świadczyć o konieczności unieważnienia postępowania bowiem nie wystąpiła żadna wada, o której pisze Zamawiającego.

lźba ustaliła co następuje:

lźba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wraz wyjaśnieniami Zamawiającego co do treści SIWZ z dnia 11 września 2018 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) decyzję o unieważnieniu postępowania z dnia 27 listopada 2018 r. na okoliczność ustalenia przyczyn unieważnienia postępowania przez Zamawiającego; (iv) informację z otwarcia ofert z dnia 29 listopada 2018 r. na okoliczność ustalenia przyczyn unieważnienia postępowania; (v) zarządzenie nr 239 Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2018 r. na okoliczność wykazania zasadności unieważnienia postępowania.

lźba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usługi utrzymania infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) Systemu KRDK, P2 [SA] oraz P4 wraz z instalacją i konfiguracją podsystemów.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

W Rozdziale V, pkt 1.2.4 SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące osób realizujących zamówienie.

Lp.	Nazwa pełnionej roli	Kwalifikacje	Minimalna liczba udostępionych osób
1.	Specjalista Administrator systemów operacyjnych z rodziny Linux RedHat	1.Posiada, co najmniej 5-letnie doświadczenie w zakresie administrowania systemami operacyjnymi (Red Hat). 2.Posiada kwalifikacje instalacji, konfiguracji systemu, wirtualizacji, rozwiązywania problemów z systemem Linux, a także umiejętność konfiguracji usług sieciowych, klastrowych oraz aplikacji. 3.Posiada certyfikat Red Hat Certified Engineer (RHCE) lub równoważny*.	1 osoba
2.	Specjalista Administrator systemów operacyjnych z rodziny Windows	1.Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania systemami operacyjnymi z rodziny Microsoft. 2.Posiada kwalifikacje instalacji, konfiguracji systemu, wirtualizacji, rozwiązywania problemów z systemami z rodziny Microsoft, rozwiązywania problemów z systemami z rodziny Microsoft. 3.Posiada Certyfikat Microsoft Certified Solutions Expert (MCSE) minimum Windows Server 2008 lub równoważny*.	1 osoba
3.	Specjalista Administrator macierzy dyskowych i sieci SAN	1.Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie projektowania, instalowania, konfigurowania oraz administrowania macierzami dyskowymi i sieciami SAN. 2.Posiada certyfikat HP Master ASE - Storage Solutions Architect lub równoważny*.	1 osoba
4.	Specjalista Administrator I baz danych	1.Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania bazami danych IBM DB2. 2.Posiada kwalifikacje konfiguracji, instalacji baz danych DB2, konfigurowania baz danych DB2, oraz rozwiązywania problemów z bazami danych DB2. 3.Posiada certyfikat IBM Certified Advanced Database Administrator lub równoważny*.	1 osoba

5.	Specjalista Administrator II baz danych	1. Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania bazami danych PostgreSQL. 2. Posiada kwalifikacje konfiguracji, instalacji, rozwiązywania problemów z bazami danych PostgreSQL.	1 osoba
6.	Specjalista Administrator VMware	1. Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania środowiskami wirtualnymi. 2. Posiada kwalifikacje zarządzania, instalacji, konfiguracji oraz rozwiązywania problemów ze środowiskiem wirtualizacji. 3. Posiada certyfikat VMware Certified Professional (VCP) lub równoważny*.	1 osoba
7.	Specjalista Administrator sieci	1. Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania sieciami. 2. Posiada kwalifikacje konfiguracji urządzeń sieciowych (przełączniki, routery, itp.). 3. Posiada certyfikat CCIE z zakresu Security oraz Routing and Switching oraz HP MASE - Network Infrastructure lub równoważny*.	1 osoba
8.	Specjalista Administrator rozwiązań Business Intelligence (SAS)	1. Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania produktami SAS. 2. Posiada kwalifikacje instalacji, konfiguracji oraz rozwiązywania problemów z produktami SAS. Znajomość koncepcji Business Intelligence (hurtownie danych, data mining, raportowanie).	1 osoba
9.	Specjalista Architekt - deweloper rozwiązań Business Intelligence (SAS)	1. Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania produktami SAS, rozwijaniu platform Business Intelligence oraz rozwiązań analitycznych zbudowanych w środowisku SAS. 2. Posiada kwalifikacje konfiguracji, rozwiązywania problemów, wdrażania hurtowni danych SAS.	1 osoba
10.	Specjalista Administrator rozwiązań HP SM	Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania, instalacji, konfiguracji, rozwiązywania problemów z rozwiązaniem HP SM.	1 osoba
11.	Specjalista Administrator rozwiązań HP Operation Manager	Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania, instalacji, konfiguracji, rozwiązywania problemów z rozwiązaniem HP Operation Manager.	1 osoba
12.	Specjalista Administrator rozwiązań HP SITE SCOPE	Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania, instalacji, konfiguracji, rozwiązywania problemów z rozwiązaniem HP SITE SCOPE.	1 osoba
13.	Specjalista Administrator webowych platform aplikacyjnych	1. Posiada, co najmniej 5 letnie doświadczenie w zakresie administrowania webowymi platformami aplikacyjnymi RedHat JBoss Enterprise Application Platform. 2. Posiada certyfikat RedHat Certified JBoss Administrator lub równoważny*.	1 osoba

W Rozdziale III pkt 13 SIWZ Zamawiający wskazał, że wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia:

- Zamawiający wymaga, aby przez cały okres realizacji zamówienia osoby, wykonujące usługi w zakresie czynności administracyjno-biurowych przy realizacji przedmiotu zamówienia były zatrudnione przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, jeżeli wykonywane przez nich czynności polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 z późn. zm). Zamawiający nie ingeruje w sposób organizacji pracy u Wykonawcy.
- Ustalenie wymiaru zatrudnienia Zamawiający zostawia w gestii Wykonawcy, z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający wymaga, aby każda zatrudniona osoba brała czynny udział przy realizacji przedmiotu zamówienia.
- Wykonawca w terminie 5 dni Dni Roboczych od dnia zawarcia umowy przedstawi Zamawiającemu wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w pkt. 13.1, ze wskazaniem imienia i nazwiska danej osoby oraz wymiaru czasu pracy (pełny etat/część etatu).

W dniu 11 września 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 16.2 „Z doświadczenia Zamawiającego, jaka jest średnia liczba zgłoszeń w miesiącu jaką musi obsłużyć Service Desk”, Zamawiający wskazał, że średnia liczba zgłoszeń to 2-4 miesięcznie. W odpowiedzi na pytanie jak ta statystyka może się zmienić w perspektywie kilku lat, Zamawiający wskazał, że nie jest w stanie określić zmian.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 20 września 2018 r. do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 2018-09-19 do godz. 11:00, złożono dwie oferty, według tabeli poniżej:

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto [zł]	Czas reakcji – zdalny [w godz.]	Czas reakcji - fizyczny [w godz.]	Czas naprawy [w godz.]
1.	Bezpieczne.it Sp. z o.o. ul. Poleczki 20a 02-822 Warszawa	3 342 663,99	1	3	3

2.	Konsorcjum: S&T Poland Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum S&T Services Polska Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum	5 001 318,87	1	3	3
----	---	--------------	---	---	---

W dniu 11 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Na tą czynność Zamawiającego wykonawca w dniu 14 listopada 2018 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2354/18)

W dniu 27 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp. Tego samego dnia odbyła się rozprawa w sprawie o sygn. akt: KIO 2354/18.

W dniu 11 grudnia 2018 r. Izba wydała wyrok w powyższej sprawie nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

Izba uznała zarzut za zasadny. Wskazać należy na wstępie, że ustawodawca w art. 93 ustawy Pzp określił w sposób enumeratywny przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki te nie mogą być rozszerzane w drodze interpretacji, a postępowanie zamawiającego w tym zakresie powinno być pozbawione jakichkolwiek cech uznaniowości. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Możliwość zastosowania powyższej regulacji przez zamawiającego wymaga łącznego spełnienia trzech warunków, tj.: (i) zmiana okoliczności musi być istotna; (ii) dalsze prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym; (iii) okoliczności tej nie można było wcześniej przewidzieć.

Aby zamawiający mógł powołać się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp 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 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 należy, że instrumentalne traktowanie zamówień publicznych przez podmioty publiczne jako narzędzia to 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 Pzp sprzyja rozwojowi współpracy z podmiotami prywatnymi przy realizacji zadań publicznych, a tym samym przekłada się na konkurencyjność i stymulację rozwój gospodarczy.

Jak wynika z materiału dowodowego Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił zaistnienia okoliczności skutkującej unieważnieniem postępowania. Nie wykazał w żaden sposób, iż zostały spełnione trzy przesłanki konieczne do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż już po wszczęciu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia rozpoczął projekt, którego celem będzie utworzenie nowego systemu e-krew, który ma zastąpić system objęty niniejszym postępowaniem – KRDK, przez co dalsze utrzymywanie tego systemu staje się zbędne, a wydatki poniesione na ten cel mogą być kwestionowane w kontekście zasad wydatkowania środków publicznych wyrażonych w ustawie o finansach publicznych. Ponadto, Zamawiający podjął decyzję o likwidacji systemu P2 SA, który jest jednym z systemów objętych przedmiotowym postępowaniem. Również w zakresie systemów działających na Platformie P4 podejmowane są prace modernizacyjne, których jednym z aspektów jest częściowe przejęcie do utrzymania przez Zamawiającego. Powyższe ma istotne znaczenie dla zakresu świadczonych przez wykonawcę usług w ramach niniejszego postępowania.

W ocenie Izby powyższego uzasadnienia unieważnienia postępowania nie można w żaden sposób zaakceptować, podobnie zresztą jak twierdzeń Zamawiającego złożonych podczas rozprawy. Po pierwsze, w dacie unieważnienia postępowania na realizację przedmiotu zamówienia nie wystąpiła okoliczność dająca podstawę do podjęcia decyzji o unieważnieniu, której Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć. Okoliczności na które powołuje się Zamawiający są konsekwencją jego własnych decyzji podjętych zarówno przed wszczęciem postępowania jak i po jego wszczęciu, zaś przerzucenie na wykonawców negatywnych konsekwencji takich decyzji jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Podkreślić należy, że bliżej niesprecyzowane plany Zamawiającego w zakresie zastąpienia i wycofania systemów KRDK i P2, ciężko określić „zmianą okoliczności”, która wystąpiła po terminie składania ofert. W treści uzasadnienia o unieważnieniu postępowania brak jest wskazania kiedy owe decyzje zostały podjęte i jakie to nieprzewidywalne okoliczności wymusiły na Zamawiającym ich podjęcie. Zamawiającego nie był w stanie przedłożyć Izbie w trakcie rozprawy żadnego dokumentu potwierdzającego okoliczność podjęcia takich decyzji. Działania Zamawiającego pozostają jedynie w sferze planowania, na co zresztą wskazuje sam Zamawiający.

Podkreślić dalej należy, że również w zakresie systemu e-Krew Zamawiający nie przedłożył Izbie żadnego dowodu na wykazanie, iż po terminie składania ofert wystąpiły nieprzewidywalne okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania. Jak wskazał Odwołujący prace nad systemem e-Krew nie są zaawansowane, był przeprowadzony dialog techniczny, ale plany realizacji powyższego systemu nie mają jakiegokolwiek skonkretyzowanej postaci. Zamawiający nie złożył dowodów przeciwnych. Za taki dowód nie może być uznana decyzja z dnia 13 grudnia 2018 r. na przyznanie finansowania na zakup lokalu. Zamawiający nie złożył Izbie wniosku o uzyskanie powyższego dofinansowania stąd trudno nawet uznać, iż przyznanie dofinansowania na zakup powyższego lokalu ma jakiegokolwiek powiązanie z realizacją systemu e-krew. Takich okoliczności Zamawiający nie wykazał Izbie. Opieranie się wyłącznie na twierdzeniach Zamawiającego, nie mających żadnego pokrycia w materiale dowodowym, w okolicznościach niniejszej sprawy, jest w ocenie Izby, niewystarczające do uznania zasadności twierdzeń Zamawiającego.

Podkreślić dalej należy, że omawiana zmiana okoliczności na jaką powołuje się Zamawiający z pewnością nie jest nieodwracalna. Okoliczności te są bowiem konsekwencją jego własnych decyzji. Zamawiający w dowolnej chwili może przerwać prace nad systemem e-Krew lub prowadzić je w sposób umożliwiający utrzymanie systemu KRDK, może zawiesić prace modernizacyjne nad platformą P4, jak również przywrócić podjąć decyzję o dalszym wykorzystaniu systemu P2 SA. Z uwagi na fakt, iż nie ma w tym zakresie żadnych jednoznacznych i udokumentowanych planów i decyzji oraz nie zostały podjęte konkretne działania nie sposób wykluczyć żadnego scenariusza, a nieskonkretyzowane plany Zamawiającego mogą jeszcze ulec zmianie zarówno z przyczyn zależnych od Zamawiającego, jak i z innych powodów. Ponadto kwestionowana zmiana nie ma charakteru zewnętrznego wobec Zamawiającego. Przeciwnie, decyzja o rozpoczęciu prac nad systemem e-Krew, prac modernizacyjnych nad platformą P4 oraz o rezygnacji z systemu p2 SA jest arbitralną decyzją Zamawiającego, co sam Zamawiający przyznaje w treści pisma o unieważnieniu postępowania.

Tym samym, w ocenie Izby, to sam Zamawiający wykreował rzekome przesłanki uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Gdyby zaakceptować takie działanie podmiotu publicznego, to realizacja zadań jakie stoją przed system zamówień publicznych byłaby niemożliwa. Działania Zamawiającego nie służą w żaden sposób w kształtowaniu właściwych zachowań rynkowych, świadczą o instrumentalnym traktowaniu zamówień publicznych wyłącznie jako narzędzia do realizacji zamiennych interesów podmiotu publicznego, nie sprzyjają kształtowaniu konkurencyjnego rynku ani pozytywnej współpracy pomiędzy podmiotem publicznym a prywatnym w realizacji zadań publicznych. Arbitralność i nieprzewidywalność decyzji Zamawiającego powoduje, iż wykonawcy prywatni nie mogą działać w zaufaniu do podmiotu publicznego, co ma niewątpliwie negatywny wpływ na konkurencyjność panującą na rynku. W ocenie Izby okoliczności przywołane przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 27 listopada 2018 r. nie mogą być uznane za istotne okoliczności, których Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć i które mogą uzasadniać unieważnienie postępowania. Co więcej skoro sam Zamawiający jest kreatorem w/w zdarzeń, to nie sposób twierdzić, że nie mógł ich przewidzieć na etapie sporządzania SIWZ. Wycofywanie systemów z eksploatacji nie jest bowiem nigdy nagłym zdarzeniem, lecz jest procesem ciągłym, wymagającym zaplanowania i rozłożenia w czasie, w celu umożliwienia migracji do nowych rozwiązań informatycznych.

Podkreślić również należy, że w decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do przesłanki „interesu publicznego”, której wykazanie jest konieczne dla zastosowania powyższej regulacji. Nie wyjaśnił jaki interes publiczny jest chroniony poprzez unieważnienie postępowania i dlaczego jego znaczenie jest nadrzędne nad interesem wykonawcy, który uczestniczy w postępowaniu i chce zrealizować przedmiot zamówienia. Jak Izba wskazała powyżej, zmiana decyzji Zamawiającego co do sposobu realizacji określonych zadań publicznych nie stanowi sama w sobie ochrony interesu publicznego. Każda zmiana decyzji Zamawiającego skutkująca unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp winna zawierać uzasadnienie, wykazanie korzyści wynikających z jej podjęcia, sposobu ochrony interesu publicznego, jak również

wykazania, iż przyjęta strategia działania przewyższa interes indywidualny przedsiębiorcy i nie stoi w sprzeczności z funkcjami systemu zamówień publicznych. Tego zaś Zamawiający nie uczynił, co skutkuje naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W końcu wskazać należy, że okoliczności podnoszone przez Zamawiającego podczas rozprawy dotyczące utrzymywania systemu KRDK przy udziale własnych pracowników do czasu wdrożenia systemu e-Krew, który również zostanie przygotowany przez wewnętrznych pracowników Zamawiającego nie mają znaczenia dla sprawy. Okoliczności te nie zostały bowiem wskazane w treści decyzji o unieważnieniu postępowania. Nie sposób również zaakceptować stanowiska Zamawiającego, iż wszczął postępowania ponieważ nie był pewny czy otrzyma środki na zakup lokalu dla pracowników, którzy mają być zatrudnieni do realizacji systemu e-Krew i czy będzie w stanie zatrudnić wymaganych specjalistów. Błędy w decyzjach osób zarządzających Zamawiającym nie mogą stanowić uzasadnienia dla unieważnienia postępowania. Podkreślić należy, że w realizacji zadań publicznych podmioty publiczne winny wykazać najwyższy stopień profesjonalizmu. Miernik należytej staranności dla profesjonalisty stosowany do wykonawców ma również zastosowanie do Zamawiającego. Nie może być bowiem tak, iż wymaga się od wykonawców dochowania najwyższego poziomu staranności i profesjonalizmu, a zarazem akceptuje niedbalstwo i niestaranność podmiotów publicznych. Zachowanie profesjonalizmu przez Zamawiającego przejawia się między innymi w umiejętności odpowiedniego planowania etapów realizacji poszczególnych zadań, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności. Takiego poziomu staranności Zamawiający nie dochował. Miał bowiem świadomość, iż umowa z dotychczasowym wykonawcą usług kończy się w listopadzie 2018 r. Jeśli Zamawiający rzeczywiście miał zamiar utrzymywać system za pomocą własnych sił czy tworzyć system e-Krew własnymi siłami, to takie działania winny być podjęte z odpowiednim wyprzedzeniem. Wszczynianie postępowania jako zabezpieczenie przed negatywnymi konsekwencjami spóźnionych działań Zamawiającego jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Podkreślić bowiem należy, że wykonawcy składają oferty ze świadomością, iż Zamawiający udzieli zamówienia. Dokonują wyboru określonych zamówień, rezygnując z innych. Gdyby dopuścić tak szeroką interpretację przesłanek zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp pewność i jasność procedury zamówień publicznych prowadziłyby to arbitralności i niestabilności systemu, co, w ocenie Izby, jest niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy na wstępie zauważyć, że zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakkolwiek wada, którą obciążone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Dalej wskazać należy, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy czytać łącznie z ustawy Pzp który reguluje przypadki unieważnienia umowy. Zgodzić należy, że ograniczenie możliwości unieważnienia postępowania wyłącznie do przesłanek zawartych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Takie ograniczenie prowadziłoby do nieracjonalnego i jednocześnie niemożliwego do zaakceptowania wniosku, że nawet wystąpienie nieusuwalnej wady uniemożliwiających zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy uniemożliwi zamawiającemu unieważnienie postępowania, nakładając tym samym na zamawiającego obowiązek zawarcia umowy. Podkreślić jednakże należy, że powołanie się przez Zamawiającego na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poza zakres przesłanek wynikających z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, w tym między innymi dopuszczenie możliwości unieważnienia postępowania w każdym przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie może nastąpić w oderwaniu od regulacji kodeksu cywilnego. Ustawodawca wyraźnie wskazuje bowiem, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Tym samym wyjście poza przesłanki wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania przez zamawiającego, iż zachodzą podstawy określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy. W szczególności dotyczy to oświadczeń woli złożonych pod wpływem błędu, podstęp lub groźby bezprawnej, art. 388 kodeksu cywilnego stanowiącego, że strona umowy pokrzywdzona wyzyskiem drugiej strony może w ciągu dwóch lat żądać unieważnienia umowy przez sąd, jeśli przywrócenie ekwiwalentności świadczeń jest nadmiernie utrudnione czy art. 70 kodeksu cywilnego.

Dalej wskazać należy, że w decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na dwie okoliczności. Po pierwsze, Zamawiający oświadczył, iż dokumentacja postępowania nie

zawiera istotnych informacji pozwalających na prawidłowe oszacowanie pracochłonności przez Wykonawców, a tym samym rzetelne skalkulowanie ceny oferty. W szczególności, opis przedmiotu zamówienia nie zawiera szczegółowej specyfikacji systemów, które mają zostać objęte usługą utrzymania.. W celu prawidłowego oszacowania pracochłonności realizacji usług każdy z potencjalnych Wykonawców winien posiadać wiedzę na temat ilości maszyn wirtualnych, architektury tych systemów, wdrożonych mechanizmów bezpieczeństwa itp. dla każdego z utrzymywanych podsystemów. Zamawiający wskazał, że w skład systemów wchodzi technologia SAS, która w zakresie utrzymania wymaga dedykowanego specjalisty w tym zakresie. Koszt tego specjalisty jest, w ocenie Zamawiającego, kosztem znaczącym, którego Wykonawca bezpieczne.IT nie uwzględnił w cenie swojej oferty, na co wskazują wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczenia ceny złożone przez tego Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Po drugie, Zamawiający powołał się na swoją odpowiedź na pytanie nr 16.2 (zawarta w piśmie Zamawiającego z dnia 11 września 2018 r.). Zamawiający wyjaśnia tam, że średnia liczba zgłoszeń, jaką musi obsłużyć Service Desk, to 2 - 4 miesięcznie. W ocenie Zamawiającego jest to informacja wprowadzająca w błąd, ponieważ do obsługi zgłoszeń używa systemu do zarządzania projektem, w którym średnio miesięcznie rejestrowanych jest 85 zgłoszeń.

W ocenie Izby obie z przywołanych powyższej okoliczności nie spełniają wymagań określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do aspektu istotności wady postępowania, a tym bardziej nie wykazał, iż wskazane rzekome błędy w opisie przedmiotu zamówienia mają charakter istotny. W zakresie pierwszej ze wskazanych powyżej okoliczności, uzasadnienie Zamawiającego opiera się na ogólnych stwierdzeniach o braku szczegółowej specyfikacji systemów. Zamawiający nie wykazał jednak, iż podanie szczegółowej specyfikacji systemów było konieczne do sporządzenia oferty. Zamawiający nie wykazał, iż wykonawca będąc profesjonalistą w swojej dziedzinie i posiadając wiedzę jakiego systemu funkcjonują u Zamawiającego, nie jest w stanie ustalić dla celów przygotowania oferty specyfikacji poszczególnych systemów. Ponadto wskazać należy, że gdyby rzeczywiście wykonawcy mieli wątpliwości co do zakresu informacji przekazanych przez Zamawiającego dotyczących specyfikacji systemów obecnie funkcjonujących, to wystąpiliby do Zamawiającego o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający błędnie przyjmuje a priori, iż określone informacje muszą być dostępne wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty, nie wykazując jednocześnie, iż wykonawca, będąc profesjonalistą nie nabył takiej wiedzy z innych źródeł. W ocenie Izby, Zamawiający błędnie utożsamia wadę postępowania z ewentualnymi błędami wykonawcy w sposobie obliczenia ceny. To, iż wykonawca przyjął określoną metodologię wyceny przedmiotu zamówienia, która może budzić wątpliwości Zamawiającego nie może być uznane za istotną wadę postępowania. Podkreślić przy tym należy, że w dniu unieważnienia postępowania Krajowa Izba Odwoławcza nie wydała wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 2354/18, a tym samym nie było żadnego potwierdzenia, iż Odwołujący rzeczywiście nieprawidłowo wycenił usługi objęte przedmiotem zamówienia, co wynikało z rzekomego nieprawidłowego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, na co powołuje się Zamawiający.

Odnosnie drugiej z przywołanej przez Zamawiającego wady opisu przedmiotu zamówienia, dotyczącej istnienia systemu zarządzania projektem, w którym rejestrowane są zdarzenia w ramach obsługi systemów w liczbie średnio 85 miesięcznie, to również Zamawiający w żaden sposób nie wykazał znaczenia tego systemu dla realizacji zamówienia, jego istotności i jego wpływu na prawidłowość sporządzenia oferty. Jak wynika z OPZ zadaniem wykonawcy jest zapewnienie określonych świadczeń (np. monitoringu, ochrony antywirusowej, zarządzania licencjami, etc.) oraz aktywna obsługa systemu przy wykorzystaniu wymaganych wysoko wyspecjalizowanych fachowców. Zamawiający określił w sposób szczegółowy wymagania dotyczące wykwalifikowanych pracowników przypisanych do realizacji zamówienia oraz zakres ich dostępności w okresie realizacji zamówienia. Zamawiający nie wykazał, iż są to niewystarczające informacje, by prawidłowo skalkulować ofertę. Nie wykazał, że liczba zgłoszeń ma wpływ na koszty realizacji zamówienia biorąc pod uwagę wymagania dotyczące dostępności jak i liczby osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Ponadto, w ocenie Izby Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, iż dodatkowe zgłoszenia na które powołuje się w decyzji o unieważnieniu postępowania w ogóle wystąpią, a jeśli tak to mają istotne znaczenie dla przygotowania oferty. Zamawiający na pytanie Izby czy dostępne są wykresy liczby zgłoszeń w poszczególnych miesiącach, wskazał, że nie prowadzi takich statystyk. Nie złożył żadnego dowodu na rozprawie, aby uprawdopodobnić, iż wskazany przez niego błąd w opisie przedmiotu zamówienia może realnie wystąpić i mieć wpływ na wycenę ofert wykonawców. Co więcej w udzielonej odpowiedzi na pytanie wykonawcy z dnia 11 września 2018 r. jak statystyka zgłoszeń może się zmienić w perspektywie kilku lat Zamawiający wskazał, że nie jest w stanie określić zmian. Zamawiający powołał się w decyzji o unieważnieniu postępowania na statystykę z czerwca 2018, nie składając jednak dokumentu do akt sprawy, a tym bardziej zestawienia liczby zgłoszeń na określony okres czasu, które mogłoby zobrazować i uprawdopodobnić skalę rzekomej wady opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający również nadinterpretuje pytanie nr 16.2 jakie zostało złożone w ramach procesu wyjaśniania treści SIWZ. Przedmiotowe pytanie dotyczyło liczby zgłoszeń, jaką musi obsłużyć ServiceDesk, a nie wszystkich

zgłoszeń, którą musi przyjąć wykonawca. W tym zakresie wykonawcy uzyskali więc informację tylko o średnim miesięcznym obciążeniu ServiceDesk. Nie oznacza to jednak, że wykonawca zapoznając się z treścią tej odpowiedzi ma z góry założyć, że przy wycenie oferty musi uwzględnić jedynie taką liczbę obsługiwanych zdarzeń miesięcznie.

Ponadto, jeżeli wykonawcy uznaliby, że bez określonych informacji nie mogą prawidłowo wycenić ofert, to z pewnością skorzystaliby z przysługujących im środków ochrony prawnej w celu zmuszenia Zamawiającego do udostępnienia koniecznych danych. Interes wykonawców jest więc w tym zakresie w pełni chroniony i nie sposób stwierdzić, że działanie Zamawiającego uniemożliwiło lub utrudniło im ubieganie się o zamówienie. Tym samym, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że rzekomy błąd w opisie przedmiotu zamówienia uniemożliwia zawarcie ważnej umowy z wykonawcą i daje tym samym podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że informacja o średniej liczbie zgłoszeń jest wiedzą krytyczną, bez której wykonawca nie jest w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji oferty.

Wskazać dalej należy, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego wskazana wada postępowania rzekomo uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Przytoczenie przez Zamawiającego regulacji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie stanowi, w ocenie Izby, takiego uzasadnienia. Podkreślić w tym miejscu należy, że samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp – nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy. Zamawiający winien więc wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania o koniecznością unieważnienia umowy. Tego zaś Zamawiający nie uczynił. Rzekome pominięcie przez Zamawiającego elementu opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że takiego braku nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował go, jak twierdzi, dopiero po złożeniu odwołania przez Odwołującego nie może być uznane za wadę postępowania skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zaaprobowanie arbitralnej interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania i akceptacja uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego oznaczałyby, że praktycznie każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby zostać unieważnione. Wystarczające byłoby bowiem stwierdzenie przez zamawiającego, że nie przekazał wykonawcom dowolnej informacji, mającej jego zdaniem potencjalny wpływ na sporządzane oferty. Przeczyłoby to istocie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które z jednej strony mają zagwarantować jak najlepsze dysponowanie środkami publicznymi w celu realizacji interesu publicznego, a z drugiej muszą być prowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców powinien mieć możliwość uzyskania zamówienia w przypadku złożenia przez niego najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący:.....