

WYROK

z dnia 9 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2019 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Comarch Polska S.A. (Lider), 2) Comarch S.A. (Partner); z adresem dla lidera: Al. Jana Pawła II 39a 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna, ul. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Comarch Polska S.A. (Lider), 2) Comarch S.A. (Partner); z adresem dla lidera: Al. Jana Pawła II 39a 31-864 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Konsorcjum Firm: 1) Comarch Polska S.A. (Lider), 2) Comarch S.A. (Partner); z adresem dla lidera: Al. Jana Pawła II 39a 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup i wdrożenie systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn”, znak: CIUWO.232.4.2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.01.2019 r. pod nr 2019/S 059-136008 przez Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna, ul. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 10.06.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o sprostowaniu informacji z otwarcia ofert: „Zamawiający informuje, że błędnie podał wartość kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 19 udzieloną 4 kwietnia 2019 roku, na otwarciu ofert Zamawiający zobowiązał się podać kwotę obejmującą wyłącznie wykonanie zamówienia podstawowego nie obejmującego prac, których nie jest zobowiązany zamówić, tj. prac dostosowawczych oraz prawa opcji. Zamawiający podczas otwarcia ofert, nie uwzględniając odpowiedzi na pytanie nr 19 udzielonej 4 kwietnia 2019 roku, podał kwotę zawierającą również prace dostosowawcze, traktując te prace jako część zamówienia podstawowego. W związku z tym Zamawiający dokonuje sprostowania informacji podanej na otwarciu ofert i informuje, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, bez prac dostosowawczych, wynosi 16 523 509,00 zł brutto. (...)”.

W dniu 12.06.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” ponieważ cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający oświadczył w ramach pisma z 25.06.2019 r. (przekazanej e-mailem Krajowej Izbie Odwoławczej), że nie przekazał kopii odwołania ani wezwania innym Wykonawcom, gdyż oferta Konsorcjum Firm: 1) Comarch Polska S.A. (Lider Konsorcjum), 2) Comarch S.A.; z adresem dla lidera: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwanej dalej: „Konsorcjum Comarch” albo „Odwołującym”, była de facto jedyną jaką została złożona w postępowaniu.

W dniu 21.06.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Comarch wniosło odwołanie na czynności z 10 i 12.06.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił:

1) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż nie zaistniała przesłanka do jego unieważnienia, ponieważ cena oferty z najniższą ceną jest niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (z ostrożności - Zamawiający nie wykazał, że nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, do kwoty ceny najkorzystniejszej oferty);

2) art. 86 ust. 3 i 5 w zw. z art. 7 Pzp poprzez niezgodne z powołanymi przepisami zmniejszenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tydzień po otwarciu ofert, to jest w dniu 10.06.2019 r. w drodze „sprostowania informacji z otwarcia ofert”, co stanowiło bezpośrednią podstawę do unieważnienia postępowania,

Wnosił o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności sprostowania informacji z otwarcia ofert w zakresie, w jakim Zamawiający zmniejszył kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie, dostarczenie, skonfigurowanie, zintegrowanie, wdrożenie, przetestowanie oraz uruchomienie w pełni sprawnego Systemu finansowo - księgowego, który pozwoli na wprowadzenie jednolitego i spójnego narzędzia do zarządzania finansami Urzędu Miasta Olsztyna oraz jednostek podległych, zgodnie z postanowieniami niniejszej SIWZ oraz na warunkach określonych we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią SIWZ: „W ramach realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca wykona oraz wyceni w Formularzu Ofertowym następujące elementy zamówienia:

--

Dostawa i wdrożenie Systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn	1 system
Usługi informatyczne integracja z szyną SOA\ESB w zakresie implementacji interfejsu na szynie danych *)	1 usługa
Prace dostosowawcze	5400 rbg
Prawo opcji - wsparcie techniczne	24 miesiące

*) Wartość usługi integracji z szyną SOA\ESB nie może przekroczyć kwoty: 300 000,00 PLN /brutto/, ponieważ jest to usługa stanowiąca inną kategorię wydatku, która w umowie o dofinansowanie projektu została określona jako maksymalna wartość za ten element zamówienia i w przypadku przekroczenia tej kwoty nie ma możliwości jej pokrycia z budżetu własnego Zamawiającego”.

Dostawa i wdrożenie Systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn oraz Usługa informatyczna integracja z szyną SOA\ESB w zakresie implementacji interfejsu na szynie danych stanowią tzw. zamówienie podstawowe. Pozostałej części zamówienia, tj. Prac dostosowawczych i Prawa opcji zamawiający nie musi zamawiać.

Dnia 03.06.2019 r. miało miejsce otwarcie ofert w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty (pomimo tego, że wykonawca COIG S.A. nie złożył formularza ofertowego i wymaganych załączników) i że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wynosi 17.710.704,55 zł brutto. Pismem z 05.06.2019 r. Odwołujący zakwestionował m.in. podanie w informacji z otwarcia ofert ceny jego oferty brutto w ramach zamówienia podstawowego i zażądał od Zamawiającego sprostowania informacji z otwarcia ofert (Zamawiający na otwarciu ofert błędnie doliczył do wartości zamówienia podstawowego wartość prac dostosowawczych, w wyniku czego z informacji z otwarcia ofert błędnie wynikało, że oferta Odwołującego przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego). W dniu 10.06.2019 r. (tj. tydzień po otwarciu ofert i po zapoznaniu się z ofertami wykonawców, w tym ich ceną) Zamawiający dokonał czynności sprostowania informacji z otwarcia ofert zgodnie z wnioskiem Odwołującego, ale jednocześnie zmniejszył kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego do wysokości 16.523.509,00 złotych brutto. Następnie, w dniu 12.06.2019 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp, tj. z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Powyższe działania Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z przepisami Pzp. Oferta Odwołującego w ramach zamówienia podstawowego mieściła się w budżecie Zamawiającego (a zgodnie z odpowiedzią na pytanie 19 tylko cena zamówienia podstawowego jest podstawą do weryfikacji przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp], Zamawiający tydzień po otwarciu ofert dokonał sztucznego obniżenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (podstawowego), a następnie unieważnił postępowanie. Przedmiotowe postępowanie jest już drugim z kolei postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i wdrożenie systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn:

1. Na przełomie 2017 i 2018 roku Zamawiający Gmina Olsztyn, w imieniu którego działał Wydział Informatyki, prowadził dialog techniczny nr 1/2017. Termin złożenia zgłoszeń upływał dnia 14 lipca 2017 r. W trakcie dialogu Odwołujący przekazał Zamawiającemu elementy szacunkowej wyceny prac, która miała stanowić bazę do wyceny wartości zamówienia w przyszłym postępowaniu. W dialogu technicznym uczestniczyły trzy podmioty - COIG S.A., Comarch S.A. oraz Asseco Data Systems S.A.
2. Następnie Zamawiający - Gmina Olsztyn, ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i wdrożenie systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn, znak: ZP.271.1.104.2018.C, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.12.2018 r. pod nr 2018/S 238-5432S5 („Postępowanie nr 1”), Postępowanie nr 1 miało niemalże identyczny przedmiot zamówienia jak postępowanie, będące przedmiotem niniejszego Odwołania. W Rozdziale III ust 3 SIWZ postępowania nr 1 zamawiający nakazał wycenę identycznych prac, jak w ramach niniejszego unieważnionego postępowania.
3. W toku postępowania nr 1, Odwołujący w dniu 28.12.2018 r. zadał zamawiającemu następujące pytanie: „Pytanie nr 54. Rozdział II ust 8 SIWZ oraz Rozdział III ust 2 * W związku z faktem, iż niniejsze zamówienie będzie dofinansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach projektu pn. „Cyfrowy Olsztyn” realizowanego z RPO Województwa

Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020 (umowa o dofinansowanie RPWM.03,01,00- 28-0048/17], a treść wniosku jest informacją jawną oraz faktem, iż Zamawiający w Rozdz. II ust 2 * SIWZ wskazał maksymalną wartość za usługę integracji z szyną SOA/ESB, prosimy o wskazanie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia. Udostępnienie tej informacji Wykonawcom pozwoli Zamawiającemu zmniejszyć ryzyko pozyskania ofert przewyższających budżet Zamawiającego, doprowadzając tym samym do konieczności unieważnienia postępowania i powtórzenia procedury przetargowej. Wydłużanie procesu wyboru Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na termin realizacji Zamówienia, a tym samym terminowe rozliczenie projektu dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej

4. W odpowiedzi na powołane pytanie, w dniu 22.01.2019r. Zamawiający wskazał, że:

- 1) szacunkowa całkowita wartość zamówienia netto wynosi 19.540.736,13 złotych (tj. 24.035.105,46 złotych brutto), w tym
- 2) wartość przewidywanych zamówień, o których jest mowa w art 67 ust. 1 pkt. 7 Pzp wynosi 2.879.789,36 złotych (tj. 3.542.140,918złotych brutto),
- 3) wartość prawa opcji wynosi: 2,262.000,00 złotych (tj. 2.786.260,00 złotych brutto).

Z powyższego wynika, że wartość zamówienia podstawowego w Postępowaniu nr 1, tj. zamówienia bez przewidywanych zamówień uzupełniających i bez prawa opcji, wynosiła 14 398 946,79 złotych netto (tj. 17.710.704,55złotych brutto).

5. W dniu 26.01.2019 r. miało miejsce złożenie ofert w Postępowaniu nr 1. Podczas otwarcia ofert został przez zamawiającego ogłoszony budżet zamówienia podstawowego w wysokości 17 710 705,00 brutto, co w zaokrągleniu stanowi kwotę 14 398 946,79 złotych netto powiększoną o podatek VAT, wynikającą z udzielonej odpowiedzi na pytanie. Pomimo złożenia dwóch ofert w Postępowaniu nr 1 przez Odwołującego i wykonawcę COIG SA, oferty nie mogły zostać otwarte z powodu awarii bazy danych systemu MDOK, który został wdrożony i był utrzymywany przez jednego z oferentów - wykonawcę COIG SA,

6. W dniu 04.03.2019 r. zamawiający unieważnił z uwagi na powyższe Postępowanie nr 1. W dniu 13.03.2019 r. Odwołujący złożył wniosek o wgląd do protokołu Postępowania nr 1. W dniu 15.03.2019 r. zamawiający udostępnił protokół Postępowania nr 1. Treść protokołu Postępowania nr 1 potwierdziła przekazane dotychczas wartości, w zakresie budżetu Postępowania nr 1. Podane w protokole trzy pierwsze wartości były identyczne jak te wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie z 22.01.2019 r. W protokole wskazano nadto wartość netto zamówienia podstawowego w wysokości 14 398 946,79 złotych. Z protokołu (pkt 2 ppkt 4) nadto wynika, że wartość zamówienia została ustalona w dniu 20 września 2018 r. na podstawie analizy rynku usług tego samego rodzaju oraz wstępnych wycen wykonawców.

7. Na podstawie uchwały Rady Miasta Olsztyna nr LIII/1030/18 z dnia 26.09.2018 r. powołano CIUWO (Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna). Od 01.01.2019 r. CIUWO odpowiada za centralizację usług informatycznych Olsztyna. Przedmiotowe Postępowanie jest już prowadzone przez CIUWO.

8. W dniu 12.03.2019 r. o godz. 10:53 (a zatem już po unieważnieniu Postępowania nr 1) doszło do opublikowania na www.bip.duwo.olsztyn.eu Planu zamówień publicznych, w którym pod pozycją nr 2 - Zakup i wdrożenie systemu finansowo- księgowego w Gminie Olsztyn widnieje orientacyjna wartość zamówienia netto w wysokości 19 540 736,15 zł, tj. identyczna jak wartość szacunkowa zamówienia wskazana w protokole Postępowania nr 1,

9. W dniu 25.03.2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o niniejszym postępowaniu i SIWZ. Pierwotnie, termin składania ofert został skrócony na podstawie art. 43 ust 2b pkt 2) ponieważ zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Przedmiot postępowania pozostał niemalże identyczny (a nawet trochę zwiększył się zakres owo).

10. W dniu 28.03.2019 r., Odwołujący zadał pytanie nr 61 do SIWZ w niniejszym Postępowaniu o treści: „Ze względu na fakt, iż podczas otwarcia ofert w ramach postępowania o sygn. TED 2018/S 238-543255 Zamawiający podał Wykonawcom jedynie kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na wykonanie Zamówienia podstawowego, bez podania kwot, jakie zamierza przeznaczyć na realizację pozostałych elementów zamówienia, które muszą być, zgodnie z treścią SIWZ, uwzględnione w cenie przez Wykonawcę, czyli - zgodnie z Formularzem Ofertowym:

Usługi informatyczne integracja z szyną SOA\ESB w zakresie implementacji interfejsu na szynie danych *)	1 usługa
Prace dostosowawcze	5400 rbg
Prawo opcji - wsparcie techniczne	24 miesiące

prosimy o wyjaśnienie, na podstawie jakiej wartości Zamawiający będzie obliczał w aktualnym postępowaniu przetargowym (Sygn. TED 2019/S 059-136008) kryterium Ceny?

Czy do wzoru wskazanego w Rozdz. XIV ust 2 SIWZ będzie podstawiana wartość Zamówienia podstawowego, czy sumę wartości poszczególnych elementów wchodzących w skład Systemu objętego przedmiotem zamówienia?

Czy Zamawiający podczas otwarcia ofert poda kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację całości zamówienia, czy też tylko Zamówienia podstawowego? Jeśli Zamawiający podczas otwarcia ofert poda jedynie kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację Zamówienia podstawowego, w jaki sposób Wykonawca w dniu otwarcia ofert będzie mógł pozyskać informację, czy jego oferta mieści się w budżecie Zamawiającego, czy go przekracza? Alternatywnie, na jakiej podstawie sam Zamawiający podejmie decyzję o unieważnieniu postępowania, jeśli kwota najkorzystniejszej oferty przekroczy kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia ?

Odwolujący powziął wątpliwość m.in. kiedy Postępowanie będzie mogło zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp - czy wtedy, kiedy oferowana kwota za zamówienie podstawowe przekroczy budżet Zamawiającego przeznaczony na zamówienie podstawowe, czy wtedy gdy cała oferowana kwota przekroczy budżet Zamawiającego przeznaczony na całość zamówienia.

10. W dniu 04.04.2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na w/w pytanie: „Zarówno prace dostosowawcze jak i prawo opcji nie muszą zostać zamówione przez Zamawiającego i mogą być finansowane z budżetów w kolejnych latach. Dlatego Zamawiający podał Wykonawcom jedynie kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na wykonanie Zamówienia podstawowego [w Postępowaniu nr 1 - dopisek Odwołującego], bez podania kwot, jakie może przeznaczyć na realizację pozostałych elementów zamówienia. Analogicznie w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poda kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia podstawowego, i tylko w przypadku jej przekroczenia będzie rozważał unieważnienie postępowania. Kryterium ceny postępowania natomiast Zamawiający będzie obliczał na podstawie informacji wymaganych zgodnie z Rozdziałem XIII, ust. 2, który wskazuje, że "Wykonawca oblicza cenę oferty jako sumę wartości poszczególnych elementów wchodzących w skład Systemu objętego przedmiotem zamówienia, tj.

- 1) dostawa i wdrożenie Systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn,
- 2) usługi informatyczne integracja z szyną SOA\ESB w zakresie implementacji interfejsu na szynie danych,
- 3) prace dostosowawcze,
- 4) prawo opcji - wsparcie techniczne.

Brak wyceny któregokolwiek z elementów objętych przedmiotem zamówienia spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustaw/.

Z treści odpowiedzi Zamawiającego wynika wprost, że zarówno prace dostosowawcze jak i prawo opcji nie muszą zostać zamówione przez Zamawiającego i mogą być finansowane z budżetu w kolejnych latach, w związku z tym Zamawiający wskazując kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego nie będzie brał pod uwagę tych kwot (jako że Zamawiający nie będzie podawał kwot, jakie zamierza przeznaczyć na realizację pozostałych elementów zamówienia). Z odpowiedzi Zamawiającego wprost wynika, że prace dostosowawcze jak i prawo opcji nie są uznawane przez Zamawiającego za zamówienie podstawowe, a podczas otwarcia ofert poda wyłącznie budżet na zamówienie podstawowe i tylko budżet na zamówienie podstawowe będzie uwzględniany przy rozważaniu podstaw do unieważnienia postępowania.

11. Mimo powyższej odpowiedzi na pytanie, w informacji z otwarcia ofert z 03.06.2019 r.

doszło do błędnego wskazania ceny oferty Odwołującego w ramach zamówienia podstawowego. Zamawiający informuje, że do terminu składania ofert złożono w postaci elektronicznej 2 oferty:

Nr oferty	Nazwa firmy, adres siedziby	Cena oferty z VAT		Łączna cena oferty z VAT w zł (z uwzględnieniem prawa
		w zł (zamówienie podstawowe)	Cena prawa opcji z VAT w zł	
1	Konsorcjum firm: Comarch Polska SA. (lider) Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków	18 951 225,00	1 906 500,00	20 857 725,00
2	COIG S.A. ul. Młotowska 100 40-065 Katowice	Brak formularza ofertowego i wymaganych załączników (wykonawca złożył wyłącznie zaszyfrowany plik klucza publicznego)		

Termin realizacji zamówienia, warunki płatności - zgodnie z postanowieniami SIWZ, Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wynosi 17 710 704,55 zł brutto.

Pomimo wcześniejszego zapewnienia Zamawiającego, że zamówienie podstawowe obejmuje kwotę należną z tytułu 1. Dostawy i wdrożenia Systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn oraz 2. Usługi informatycznej integracja z szyną SOA/ESB w zakresie implementacji interfejsu na szynie danych, podczas otwarcia ofert Zamawiający niezasadnie włączył do zamówienia podstawowego dodatkowo jeszcze 3, Prace dostosowawcze.

W związku z powołanym wadliwym działaniem zamawiającego, oferta Odwołującego w ramach zamówienia podstawowego przekraczała budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację zamówienia podstawowego - tj. kwotę 17.710.704,55 złotych. W związku z powyższym, w dniu 05.04.2019r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo, w którym wniósł o poprawienie przez Zamawiającego kwoty zaoferowanej przez Odwołującego przy zamówieniu podstawowym, która powinna wynosić 17.705.850,00 złotych oraz dodania osobnej kolumny „Cena prac dostosowawczych z VAT”,

12. Dnia 10.06.2019 r. Zamawiający sprostował informację z otwarcia ofert zgodnie z wnioskiem Odwołującego - tj. wskazał poprawną kwotę zaoferowaną przez Odwołującego w ramach zamówienia podstawowego w wysokości 17.705.850,00 złotych brutto oraz dodał osobną kolumnę obejmującą cenę prac dostosowawczych z VAT.

Zamawiający jednakże jednocześnie obniżył kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego o prawie 1,2 mln zł. Zamawiający poinformował, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, bez prac dostosowawczych, wynosi 16 523 509,00 zł brutto.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał prawa obniżyć kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bowiem czynność podania kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jest czynnością jednorazową - została ona dokonana w dniu 03.06.2019 r., a z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wynika możliwość obniżenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, w stosunku do kwoty podanej przy otwarciu ofert. Zgodnie z art. 86 ust 3 Pzp, bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z art 86 ust 5 Pzp, niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający zamieszcza na stronie internetowej informacje dotyczące m.in. kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Celem przepisu art 86 ust. 3 Pzp jest poinformowanie wykonawców o zarezerwowanych środkach na realizację zamówienia i stanowi swoistą gwarancję wyboru oferty wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pod warunkiem, że zaproponowana przez niego cena nie przekroczy kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców, Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą, pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków. Jest to bardzo istotna gwarancja legalności działań zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Cel podawania tej kwoty tuż przed otwarciem ofert kiedy jeszcze zamawiający nie mógł zapoznać się z konkretnymi wycenami ofertowymi

dokonanymi przez wykonawców w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego> związany jest z zabezpieczeniem interesów wykonawców, aby nie dochodziło do nieuprawnionych działań po stronie zamawiającego związanych z unieważnianiem postępowania o zamówienia publiczne z powodu braku środków na sfinansowanie danego zamówienia" (tak KIO w wyroku z 26.08.2014, sygn. akt: KIO 1642/14).

Podawana bezpośrednio przed otwarciem ofert przez Zamawiającego kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, powinna charakteryzować się stałością, aby zapobiec wszelkim nieuprawnionym działaniom związanym z unieważnieniem postępowania.

Podkreślił, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, 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. Ustawodawca przewidział jedyny wyjątek od zasady stałości kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - a mianowicie, że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Przepisy Pzp nie zezwalają jednakże Zamawiającemu na zmniejszenie tej kwoty, albowiem godziłoby to w podstawowe prawa wykonawców. Nadto, w ocenie Odwołującego nie ma jakichkolwiek powodów dla których Zamawiający nagle zmniejszył budżet zamówienia, czy też - dokonał sprostowania w zakresie jego wysokości:

- * Przedmiotowe postępowanie jest już drugim postępowaniem o udzielenie zamówienia na zakup i wdrożenie systemu finansowo - księgowego w Gminie Olsztyn. Postępowanie jest niemalże tożsame przedmiotowo z uprzednio prowadzonym Postępowaniem nr 1.
- * Kwota przeznaczona na realizację zamówienia podstawowego w Postępowaniu nr 1 została wskazana przez zamawiającego Gminę Olsztyn w wysokości 17.710.705,00 złotych brutto.
- * Kwota przeznaczona na realizację zamówienia podstawowego w przedmiotowym Postępowaniu została wskazana przez Zamawiającego w wysokości 17.710.704,55 złotych brutto.
- * Powyższa kwota została następnie tydzień później „sprostowana” przez Zamawiającego do wysokości 16.523.509,00 złotych brutto.
- * Jest to o tyle niezrozumiałe, że niniejsze Postępowanie w ramach zamówienia podstawowego obejmuje dodatkowe prace do wykonania, których nie było w Postępowaniu nr 1 - a mianowicie OPZ został poszerzony w związku z uruchomieniem u Zamawiającego Platformy Elektronicznego Fakturowania. Zatem pomimo zwiększenia zakresu prac objętych zamówieniem podstawowym, budżet przeznaczony na realizację zamówienia podstawowego uległ zmniejszeniu o prawie 1,2 mln złotych brutto. Powyższa okoliczność powinna raczej stanowić przesłankę do zwiększenia budżetu, a nie jego zmniejszenia.
- * Kwota 17.710.704,55 złotych brutto (i w zaokrągleniu do 17.710.705,00 złotych brutto) za zamówienie podstawowe, jak również kwota 19.540.736,15 złotych netto (tj. 24.035.105,46 złotych brutto) cały czas się pojawia w protokole, budżecie, pytaniach i odpowiedziach w Postępowaniu nr 1 i przedmiotowym Postępowaniu. Protokół przedmiotowego Postępowania cały czas odwołuje się do wartości zamówienia wskazanych w Postępowaniu nr 1.
- * Co więcej, już po unieważnieniu Postępowania nr 1, Zamawiający opublikował Plan zamówień publicznych, który ponownie przewiduje za wdrożenie systemu finansowo-księgowego w Gminie Olsztyna orientacyjną wartość zamówienia netto w wysokości 19.540.736,15 złotych. Zgodnie z § 1 Rozdziału 1 „Regulaminu udzielania zamówień w Centrum Informatycznych Usług Wspólnych Olsztyna do których stosuje się przepisy ustawy prawo zamówień publicznych”, zatwierdzanym przez dyrektora CIUWO: „Zamawiający, nie później niż w 30 dni od dnia przyjęcia planu finansowego CIUWO przez uprawniony organ, sporządza plan postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewiduje przeprowadzić w danym roku finansowym oraz zamieszcza go na stronie BIP zamawiającego.” Oznacza to, że kwota 19.540.736,15 złotych przeznaczona na wdrożenie systemu finansowo-księgowego w Gminie Olsztyna musiała zostać ujęta w planie finansowym CIUWO jako orientacyjna wartość zamówienia.
- * Skoro zarówno protokół postępowania, jak i Plan zamówień publicznych cały czas posługują się kwotą 19.540.736,15 złotych netto przeznaczoną na realizację zamówienia, zaś protokół Postępowania dodatkowo wskazuje wartość zamówienia podstawowego 17.710.704,55 złotych brutto i ta kwota (również w zaokrągleniu) była dotychczas wskazywana jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego, bezpodstawne było nagle zmniejszenie kwoty przeznaczonej na realizację

zamówienia podstawowego o niemalże 1,2 zł brutto.

* Zamawiający wskazywał - przede wszystkim w odpowiedzi na pytania - jak należy rozumieć zamówienie podstawowe. Jednakże po otwarciu ofert, Zamawiający się z tego wycofuje i zmienia kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego.

Wskazał na specyfikę związaną z niniejszym postępowaniem i uprzednio prowadzonym Postępowaniem nr 1. W Postępowaniu nr 1, w momencie składania ofert doszło do awarii systemu komputerowego Zamawiającego, który dostarczył i utrzymywał poprzez m.in. zdalny dostęp jeden z dwóch oferentów (COIG S.A.). Awaria - mimo tego, że spółka COIG S.A. próbowała ją naprawić - spowodowała, że nie dało się odczytać ofert. Postępowanie nr 1 zostało zatem unieważnione. W obecnym postępowaniu doszło do skutecznego złożenia oferty przez Odwołującego i złożenia przez wykonawcę COIG S.A. wyłącznie zaszyfrowanego pliku klucza publicznego (a zatem nie doszło do złożenia oświadczenia woli przez wykonawcę COIG S.A.). Kwota zaoferowana przez Comarch została ujawniona w informacji z otwarcia ofert. Najpierw Zamawiający - pomimo złożonej odpowiedzi na pytanie Odwołującego - błędnie obliczył wysokość zaoferowanej kwoty przez Odwołującego w ramach zamówienia podstawowego, windując ją „do góry” (co stanowiło podstawę do unieważnienia postępowania ze względu na przekroczenie budżetu przez najkorzystniejszą ofertę). Gdy Odwołujący zwrócił Zamawiającemu uwagę na popełniony błąd, Zamawiający co prawda zmienił informację z otwarcia ofert, ale jednocześnie zmniejszył swój budżet, sprawiając ponownie, że oferta Odwołującego znalazła się poza budżetem. W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tym momencie, wykonawca COIG SA - posiadający już wiedzę, na jaką kwotę złożył ofertę jego konkurent (przy czym Odwołujący nie wie jaką kwotę zamierzał zaoferować COIG SA), w ewentualnym trzecim postępowaniu będzie miał znacznie ułatwioną pozycję, określając ceny swojej oferty, co najprawdopodobniej spowoduje wybór przez Zamawiającego właśnie oferty COIG S.A.

Wskazał, że takie postępowanie Zamawiającego, polegające na publikacji „sprostowania” informacji z otwarcia ofert i zmniejszenia kwoty, jaką zamawiający ma zamiar przeznaczyć na realizację zamówienia, po uprzednim zapoznaniu się z wysokością zaoferowanych przez wykonawców cen, a następnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp nie może się ostać. Takie działanie prowadzi do tego, że zamawiający po zapoznaniu się z ofertami wykonawców mogliby swobodnie i dowolnie zmniejszać kwotę, jaką zamierzają przeznaczyć na realizację zamówienia i sterować wynikami postępowania. Podana na otwarciu ofert kwota ma stanowić gwarancję dla wykonawcy, przede wszystkim legalności działań zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok, który zapadł w niemalże identycznej sprawie. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający po otwarciu ofert zmniejszył kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia i orzekła, że: „Podana przez zamawiającego kwota fest informacją dla wykonawców i jako taka nie podlega zmianie. Kwota ta ma stanowić zabezpieczenie wykonawców przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania przez zamawiającego z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia - wyrok KIO z 28.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2678/17. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, jeśli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, że zwiększenie kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jest niemożliwe, co stanowi przeszkodę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dniu 03.07.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu. W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że nie dokonał żadnej modyfikacji, w tym w szczególności zmniejszenia kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. W ramach czynności poprzedzających otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 17.710.704,55 zł brutto. Przedmiotowa kwota stanowiła sumę wartości zamówienia podstawowego oraz wartości prac dostosowawczych. Podając tę wartość Zamawiający nie wziął pod uwagę odpowiedzi na pytanie z 04.04.2019 r. w którym Zamawiający zaznaczył, że przy otwarciu ofert jako kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, Zamawiający podał wyłącznie wartość zamówienia podstawowego, ale bez wartości prac dostosowawczych. Takie sposób podawania kwoty przeznaczonej na finansowanie zamówienia wynikał z faktu, że kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia podstawowego jest realnie zabezpieczona w budżecie, podczas gdy środki na finansowanie prac dostosowawczych, to środki, które być może zostaną zabezpieczone w budżecie w kolejnych latach, ale które na dziś nie są

zabezpieczone. Działając konsekwentnie, dokonując otwarcia oferty Odwołującego, Zamawiający jako cenę oferty podał również sumę wartości ceny oferowanej za wykonanie zamówienia podstawowego jak i prac dostosowawczych. Jak wskazuje sam Odwołujący we wniesionym odwołaniu „Pismem z dnia 5 czerwca 2019 roku Odwołujący zakwestionował m.in. podanie w informacji z otwarcia ofert ceny jego oferty brutto w ramach zamówienia podstawowego i zażądał od Zamawiającego sprostowania informacji z otwarcia ofert (Zamawiający na otwarciu ofert błędnie doliczył do wartości zamówienia podstawowego wartość prac dostosowawczych, w wyniku czego z informacji z otwarcia ofert błędnie wynikało, że oferta Odwołującego przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego)”. Na podstawie pisma Odwołującego się, Zamawiający dostrzegł popełnioną omyłkę i konsekwentnie-stosownie do odpowiedzi na pytanie z 04.04.2019 r. - pismem z 10.06.2019 r. dokonał sprostowania obydwu błędnie podanych wartości, tj. wskazując prawidłowo wartość ceny oferty Odwołującego się w zakresie zamówienia podstawowego i w zakresie prac dostosowawczych oraz wartość kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Sprostowanie to polegało na matematycznym przesunięciu (w obydwu przypadkach) odpowiedniej kwoty z wartości zamówienia podstawowego na prace dostosowawcze.

	Środki Zamawiającego	Oferta Odwołującego się
Wartość zamówienia podst. podana na otwarciu ofert	17 710 704,55 zł ¹	18 951 225,00 zł
Wartość zamówienia podst. skorygowana	16 523 509,00 zł ²	17 705 850,00 zł
Wartość prac dostosowawczych	1 187 195,55 zł	1 245 375,00 zł

1) Wartość zamówienia podst. podana na otwarciu ofert została wskazana w pkt. VII wniosku o uruchomienie przedmiotowego postępowania

2) Wartość stanowiąca sumę pozycji „Wdrożenie ZPF” i „Usługi informatyczne” w Aneksie nr RPWM.03.01.00-28-Q048/17-03 z dnia 08.02.2019 r, do umowy o dofinansowanie projektu „Cyfrowy Olsztyn”

O ile zatem Odwołujący oczekiwał (z korzyścią dla siebie) skorygowania wyłącznie informacji dot. jego ceny ofertowej, o tyle Zamawiający dokonał sprostowania wszystkich danych finansowych, w których pomylił się. Czynność ta nie stanowiła zatem „zmniejszenia” wielkości środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia, lecz modyfikację sposobu prezentacji tych danych, zgodnie z odpowiedzią na pytanie z 04.04.2019 r. Tym samym zarzut o sztucznym obniżeniu kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (podstawowego), jest całkowicie niezasadny. Zamawiający nie dysponuje środkami, jakie Odwołujący zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego (17 705 850,00 zł), a zgodnie z wnioskiem komisji przetargowej Zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie przedmiotowej kwoty. W tym stanie rzeczy, skoro Zamawiający nie dysponuje wystarczającymi środkami koniecznymi do sfinansowania zamówienia. A zatem stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie, 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. Ponieważ Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, unieważnienie postępowania było w pełni zasadne.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta była de facto jedyną złożoną ofertą w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania przesłaną przez Zamawiającego na płytce DVD-R, w tym w szczególności postanowień SIWZ, tj. wzoru umowy (zał. nr 4 do SIWZ), odpowiedzi na pytania (przywołane w odwołaniu). Jednocześnie, Izba zaliczyła istotne dla

przedmiotu sporu dokumenty z Postępowania nr 1 wymienione poniżej i załączone przez Odwołującego do odwołania.

Dodatkowo Izba zaliczył w poczet materiału dowodowego załączony przez Odwołującego do odwołania:

- 1) Ogłoszenie dot. Postępowania nr 1 o sygnaturze ZP.271.1.104.2018.c;
- 2) Plik z odpowiedziami na pytania z 22.01.2019 (pyt nr 5) dotyczy Postępowania nr 1 o sygnaturze ZP.271.1.104.2018.c;
- 3) Informacja o unieważnieniu Postępowania nr 1 o sygnaturze ZP.271.1.104.2018.c;
- 4) Sprostowanie informacji o unieważnieniu Postępowania nr 1 o sygnaturze ZP.271.1.104.2018.c;
- 5) Protokół Postępowania nr 1 o sygnaturze ZP.271.1.104.2018.c;
- 6) Plik z odpowiedziami na pytania z 4.04.2019 (pyt nr 19) dotyczy postępowania o sygnaturze CIUWO.232.4.2019;
- 7) Zrzut ekranu wskazujący datę zamieszczenia na stronie Zamawiającego Planu Zamówień Publicznych na 2019 r.;
- 8) Wydruk Planu Zamówień Publicznych Zamawiającego;

Dodatkowo Izba zaliczył w poczet materiału dowodowego załączony przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie:

- 1) Wniosek o uruchomienie przedmiotowego postępowania;
- 2) Aneksie nr RPWM.03.01.00-28-0048/17-03 z 08.02.2019 r. do umowy o dofinansowanie projektu „Cyfrowy Olsztyn” wraz z wnioskiem o dofinansowanie Projektu w ramach Osi Priorytetowej nr 3 „Cyfrowy Region” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko- Mazurskiego na lata 2014-2020 nr RPWM.03.01.00-28-0048/17-03.

Dodatkowo Izba zaliczył w poczet materiału dowodowego złożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- 1) kopię pisma skierowanego do Skarbnika Miasta Olsztyna z 01.07.2019r.;
- 2) Odpowiedź odmowną Skarbnika Miasta Olsztyna z 02.07.2019r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż nie zaistniała przesłanka do jego unieważnienia, ponieważ cena oferty z najniższą ceną jest niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (z ostrożności - Zamawiający nie wykazał, że nie może zwiększyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, do kwoty ceny najkorzystniejszej oferty);
- 2) art. 86 ust. 3 i 5 w zw. z art. 7 Pzp poprzez niezgodne z powołanymi przepisami zmniejszenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tydzień po otwarciu ofert, to jest w dniu 10.06.2019 r. w drodze „sprostowania informacji

z otwarcia ofert", co stanowiło bezpośrednią podstawę do unieważnienia postępowania,

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie wraz z przywołanymi w nich dokumentami z Postępowania nr 1 oraz pismami i dokumentami z aktualnie prowadzonego postępowania.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała że podlega w/w zarzut oddaleniu.

Kluczowe pytanie z 28.12.2018 r. i udzielona odpowiedź nr 5 z 22.01.2019 r. w ramach pierwszego postępowania (Postępowanie nr 1) dotyczyła wskazania kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia, a nie formularza ofertowego. Tak pytanie, jak i udzielona odpowiedź nie odnosiły się do prac dostosowawczych. Odnosnie prac dostosowawczych dotyczyła ich odpowiedź na pytanie nr 19 w ramach pisma z 04.04.2019 r. udzielona w ramach aktualnego drugiego postępowania. Przy czym, w ramach odpowiedzi z 04.04.2019 r. powołano się także na odpowiedź z 22.01.2019 r. (z pierwszego postępowania /Postępowanie nr 1/).

Na jej podstawie Odwołujący dokonał błędnego założenia, że zamówienia uzupełniające to prace dostosowawcze, gdyż będą one zamawiane w kolejnych latach. Jednakże wzór umowy w przedmiotowym postępowaniu jednoznacznie wskazywał że są one, tj. prace dostosowawcze elementem tej umowy, a nie zamówień uzupełniających, które wiążą się z koniecznością zawierania oddzielnych umów w trybie zamówień z wolnej ręki. Inaczej mówiąc nie można było stawiać znaku równości między nimi.

Treść wzoru umowy w § 1 podawał, co to są prace dostosowawcze (ich definicję): „oznaczają prace objęte zakresem niniejszej Umowy, powierzane do realizacji Wykonawcy przez Zamawianego zgodnie z postanowieniami Umowy”, a sposób ich zlecenia określał § 8 wzoru umowy: „ (...)

1. W chwili wystąpienia po stronie Zamawiającego zapotrzebowania na wykonanie Prac Dostosowawczych w danym roku kalendarzowym, zarówno w czasie trwania wdrożenia lub po jego zakończeniu, Zamawiający skieruje do Wykonawcy zapytanie, określające m.in.:

- a) specyfikację oczekiwanego do wykonania dzieła, w tym zakres prac i ich rezultaty, w tym wymagania techniczne i funkcjonalne dzieła oraz Dokumentacji;
- b) termin wykonania dzieła;
- c) zakres współdziałania ze strony Zamawiającego, którego Wykonawca może oczekiwać;
- d) zasady dokonywania odbiorów, a w szczególności kryteria odbioru dzieła, jeśli będą inne niż określone niniejszą Umową;
- e) Oczekiwany od Wykonawcy termin udzielenia odpowiedzi, jeśli jest on inny niż 4 Dni Robocze.

2. Zapytania będą kierowane w pierwszej kolejności poprzez System Zgłoszeniowy, a w razie jego niedostępności za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres Wykonawcy:

..... W tym ostatnim przypadku po uruchomieniu Systemu Zgłoszeniowego zapytanie

i zamówienie zostanie wprowadzone do Systemu Zgłoszeniowego z podaniem dat dokonania zapytania i zamówienia drogą mailową.

3. Po zapoznaniu się z zapytaniem Zamawiającego, Wykonawca przekaże Zamawiającemu w ciągu 4 Dni Roboczych (chyba że Wykonawca i Zamawiający uzgodnią dłuższy termin albo dłuższy termin został wskazany w zapytaniu przez Zamawiającego) odpowiedź na zapytanie, w której potwierdzi warunki tam określone, a jeżeli to niemożliwe do wykonania - przedstawi własne propozycje, m.in. zakres i sposób prowadzenia prac, termin ich

wykonania oraz maksymalną czasochłonność takich prac. Odpowiedź na zapytanie musi również zawierać wskazanie liczby godzin (po stawce określonej w Umowie) jakie zajmie wykonanie pracy objętej zapytaniem.

4. Odpowiedź na zapytanie winna zostać przekazana w tej samej formie i w sposób jak zapytanie.

5. Jeżeli Zamawiający zaakceptuje propozycje Wykonawcy zawarte w odpowiedzi na zapytanie, Zamawiający wystawi stosowne zamówienie za pośrednictwem Systemu Zgłoszeniowego (a w razie jego niedostępności w formie dokumentowej) zgodne z zapytaniem i odpowiedzią na zapytanie. Uruchomienie realizacji dzieła - zamówienia następuje z chwilą wpisu przez Zamawiającego zamówienia do Systemu Zgłoszeniowego lub z chwilą przekazania Wykonawcy pisemnego zamówienia, chyba, że Wykonawca w ciągu 2 Dni Roboczych sprzeciwi się udzieleniu zamówienia z powodu jego niezgodności z zapytaniem lub odpowiedzią Wykonawcy.

6. Złożone zamówienie stanowi podstawę do wykonywania dzieła przez Wykonawcę zgodnie z jego treścią.

7. 1/1/ wypadku niezaakceptowania propozycji Wykonawcy zawartych w odpowiedzi na zapytanie, Strony rozpoczną uzgodnienia warunków zamówienia, które będą prowadzone do czasu wystawienia zamówienia lub rezygnacji z jego wystawienia ze strony Zamawiającego. Wpis zamówienia do Systemu Zgłoszeniowego (ewentualnie podpisanie zamówienia) lub rezygnacja z jego wpisu (podpisanie) może nastąpić w każdym czasie.

8. Osobami uprawnionymi do:

a) kierowania zapytań, udzielenia zamówień i prowadzenia ustaleń ze strony Zamawiającego są: (....)

b) udzielania odpowiedzi na zapytania i prowadzenia ustaleń ze strony Wykonawcy: (....)

c) Zapytania nie stanowią ofert w rozumieniu kodeksu cywilnego. Jedynie złożone przez Zamawiającego zamówienie będzie uważane za wywołujące skutki prawne pomiędzy Stronami. Art. 68² k.c. nie stosuje się.

9. W zakresie nieuregulowanym zamówieniem zastosowanie będą miały postanowienia Umowy, w szczególności § 17 i § 21 ust. 16.

10. W ramach Umowy Zamawiający zamówi dzieła w ilości nieprzekraczającej łącznie w okresie obowiązywania Umowy 5400 roboczogodzin po stawce(Do uzupełnienia na

podstawie oferty wybranego Wykonawcy - dopisek własny na podstawie przypisu znajdującego się na str. 18 wzoru umowy). Prace Dostosowawcze będą zlecane w łącznym wymiarze nieprzekraczającym:

- a) 500 roboczogodzin w 2019 roku,
- b) 1100 roboczogodzin w 2020 roku,
- c) 1100 roboczogodzin w 2021 roku,
- d) 1100 roboczogodzin w 2022 roku,
- e) 1000 roboczogodzin w 2023 roku,
- f) 600 roboczogodzin w 2024 roku,

(liczonych w okresie obowiązywania Umowy).

11. W przypadku niewykorzystania limitu godzin w danym roku kalendarzowym Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od niniejszej Umowy w części, w zakresie niewykorzystanych roboczogodzin w danym roku (umowne prawo odstąpienia) Oświadczenie o odstąpieniu w zakresie dotyczącym roboczogodzin danego roku kalendarzowego winno zostać złożone do 31 grudnia tego roku, którego dotyczy odstąpienie.

12. Liczba godzin wskazanych w ust. 10 może ulec podwyższeniu w sytuacji opisanej w § 21 ust. 15 lit d).”.

Odwołujący celem zanegowania powyższego przywołał treść wzoru umowy - § 12 ust. 3 lit. g: „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wynagrodzeniem ryczałtowym (fixed-price) i obejmuje w szczególności: (...) wynagrodzenie za podejmowanie jakichkolwiek

innych czynności objętych przedmiotem Umowy, z wyłączeniem Prac Dostosowawczych" i ust. 4: „Wymieniona w Umowie czasochłonność wyrażona w osobodniach lub innych jednostkach, jak również przekazywane Zamawiającemu zestawienia obejmujące takie pozycje, są przedstawione w celu przedstawienia i weryfikacji sposobu wyceny wynagrodzenia, a nie stanowią przesłanki do jakiegokolwiek zapłaty opartej na zasadzie czasu i kosztów (time and material). Także Prace Dostosowawcze po ustaleniu wysokości wynagrodzenia będą rozliczane na zasadzie fixed price.”. W ocenie Izby jednakże, przywołane przez Odwołującego postanowienia wzoru umowy nie świadczą o tym, że prace dostosowawcze nie są elementem przedmiotowej umowy a służą jedynie dokładnemu rozliczeniu prac dostosowawczych, wg ilości godzin prac dostosowawczych. W przywołanym powyżej § 8 jednoznacznie - wpisuje się stawkę za prace dostosowawcze z oferty Wykonawcy z max. limitem roboczogodzin z tej umowy: „W ramach Umowy Zamawiający zamówi dzieła w ilości nieprzekraczającej łącznie”.

W rezultacie Zamawiającemu podającemu wartość zamówień uzupełniających nie chodziło o prace dostosowawcze i nie uprawniała ta odpowiedź z pierwszego postępowania (Postępowanie nr 1) Odwołującego do twierdzenia, że został wprowadzony w błąd przez odpowiedź z 04.04.2019 r. Z kolei jak wynika z pisma Odwołującego z 05.06.2019 r. złożonego po otwarciu ofert (treść cytowana w odwołaniu), które miało miejsce 03.06.2019 r., dla Odwołującego było jasne, że zamówienie podstawowe nie obejmuje prac dostosowawczych, skoro sam wnioskował o korektę zaoferowanej w swojej ofercie ceny w tym zakresie. Wynika więc z tego pisma, że intencje Zamawiającego z odpowiedzi na pytanie nr 19 w ramach pisma z 04.04.2019 r. udzielonej w ramach aktualnego drugiego postępowania zostały przez Odwołującego prawidłowo odczytane, dokonał jedynie błędnego założenia, że prace dostosowawcze to zamówienia uzupełniające.

Izba mogłaby uznać wprowadzenie w błąd Odwołującego, jak wnioskował na rozprawie sam Odwołujący, tylko wtedy, gdyby z treści SIWZ, w tym wypadku wzoru umowy

nie wynikało jednoznacznie, że prace dostosowawcze nie są elementem przedmiotowej umowy, co jak wskazano powyżej, nie ma miejsca. W rezultacie zaistniała sytuacja, za którą odpowiedzialny był nie tylko Zamawiający, ale także Odwołujący, który zignorował postanowienia wzoru umowy. Te postanowienia wzoru umowy nie zostały zmienione w toku udzielanych odpowiedzi na pytania, ani udzielona odpowiedź z 04.04.2019 r. nie miała na nie żadnego wpływu.

W konsekwencji, w ocenie Izby nie miało miejsce zmniejszenie kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia tydzień po otwarciu ofert, tj. w dniu 10.06.2019 r., ale faktyczne „sprostowanie informacji z otwarcia ofert”.

Zamawiający zastosował się bowiem pod wpływem pisma Odwołującego z 05.06.2019 r. do swojej odpowiedzi z 04.04.2019 r. Jednocześnie, dowody dostarczone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie potwierdzają okoliczność, że to „sprostowania informacji z otwarcia ofert”, a nie niedopuszczalne zmniejszenie (np. pkt VII Wniosku o uruchomienie przedmiotowego postępowania, czy też str. 17 wniosku o dofinansowanie Projektu w ramach Osi Priorytetowej nr 3 „Cyfrowy Region” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko- Mazurskiego na lata 2014-2020 nr RPWM.03.01.00-2014-0048/17-03). Przy czym, Izba potwierdza, za orzecznictwem przywołanym przez Odwołującego (m.in. wyrok KIO z 28.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2678/17, czy też wyrok KIO z 09.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2607/18), że takie zmniejszenie jest niezgodne z przepisami. W tym jednakże, stanie faktycznym, nie miało to miejsca.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że tak przed sprostowaniem, gdy kwota podana przez Zamawiającego zawierała wartość prac dostosowawczych, jak i po sprostowaniu, gdy kwota tych prac nie obejmowała (co miało mieć miejsce zgodnie z odpowiedzią z 04.04.2019 r.), cena oferty Odwołującego przekraczała kwotę, którą zamierzał Zamawiający przeznaczyć na realizację zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba uznała że podlega w/ wzarzut oddaleniu.

Niewątpliwie bowiem zwiększenie kwoty nie jest możliwe. Powyższe Zamawiający potwierdził dowodami złożonymi na rozprawie - kopia pisma skierowanego do Skarbnika Miasta Olsztyna z 01.07.2019r. oraz Odpowiedź odmowną Skarbnika Miasta Olsztyna

z 02.07.2019r. Wynika to jednoznacznie z pisma Skarbnika Miasta Olsztyna. Powoduje to brak możliwości zmiany budżetu Zamawiającego. Izba także przyjmuje za wiarygodne stanowisko Zamawiającego, co do braku możliwości przesunięcia w ramach środków unijnych, gdyż mimo formalnej możliwości (§ 22 ust. 5 Aneksie nr RPWM.03.01.00-28-21

0048/17-03 z 08.02.2019 r. do umowy o dofinansowanie projektu „Cyfrowy Olsztyn”), z uwagi na stopień zaawansowania projektu, który kończy się w 2020 i dotyczy nie tylko tego zamówienia, ale również innych postępowań, jak wynika chociażby z wniosku o dofinansowanie Projektu w ramach Osi Priorytetowej nr 3 „Cyfrowy Region” Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020 nr RPWM.03.01.00-28-0048/17-03 dołączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie (str. od 14 do 19).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: