

sygn. akt: KIO 1956/23

Krajowa Izba Odwoławcza

WYROK

z dnia 21 lipca 2023 r.

w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2023 r. przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Aleje Jerozolimskie 179; 02-222 Warszawa, w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Zamówień Publicznych, ul. Postępu 17A;

02-676 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Aleje Jerozolimskie 179; 02-222 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Aleje Jerozolimskie 179; 02-222 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

sygn. akt: KIO 1956/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na: „Świadczenie Usług Utrzymania Platformy e-Zamówienia oraz przygotowanie, budowa i wdrożenie formularzy eForms na Platformie e-Zamówienia. Numer referencyjny: VII -Utrzymanie Platformy e-Zamówienia oraz budowa formularzy eForms”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w D.U.U.E. z dnia 28 czerwca 2023 r., pod nr 2023/S 086-265727.

Dnia 26 czerwca 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawcę o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Dnia 6 lipca 2023 roku, wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia podczas gdy nie zachodzą żadne przesłanki do wszczęcia postępowania w tym trybie, przez co doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady prymatu trybów konkurencyjnych nad niekonkurencyjnymi,

co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 209 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz art. 32 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Ur. UE.L 2014 Nr 94, str. 65).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania. Ponadto, odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, a także interes w złożeniu odwołania w tym, że na skutek wadliwie wszczętego postępowania przez zamawiającego w trybie niekonkurencyjnym, tj. trybie negocjacji bez ogłoszenia, został pozbawiony on możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Odwołujący nie został zaproszony do postępowania. Wykonawca wykazuje, iż w następstwie ww. wadliwej czynności może ponieść rzeczywistą szkodę majątkową, polegającą na nieuzyskaniu zamówienia i braku możliwości zarabkowania. Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza, że przedsiębiorca mogący wykonać przedmiot zamówienia objęty danym postępowaniem ma interes prawny we wniesieniu odwołania na czynność polegającą

na np. udzieleniu zamówienia z wolnej ręki lub wykorzystaniu jednego z trybów ograniczających konkurencję.

Odwołujący, merytorycznie uzasadniając wniesione odwołanie, wskazał, co następuje.

Możliwość skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na fakt, że jest to tryb niekonkurencyjny należy stosować ściśle i nie dokonywać wykładni rozszerzających przepisów regulujących ten tryb. Zamawiający w ogłoszeniu z dnia 28 czerwca 2023 r. wskazał na szereg okoliczności, które rzekomo uzasadniały wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zdaniem odwołującego żadna ze wskazanych przez zamawiającego przyczyn nie spełnia przesłanek określonych w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tym samym zamawiający nie był upoważniony do wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Pierwszą okolicznością na jaką powołuje się zamawiający, jest konieczność zapewnienia funkcjonowania platformy e-zamówienia bez żadnych przerw, gdyż jest to platforma, na której znajduje się ok. 30 tys. zamawiających.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego. Zamawiający miał możliwość przeprowadzenia właściwego postępowania wcześniej, tak by w razie unieważnienia postępowania (z różnych przyczyn przewidzianych ustawą) był w stanie wszcząć kolejne postępowanie w trybie konkurencyjnym. Zamawiający o konieczności przeprowadzenia postępowania posiadał wiedzę od 2019 r. czyli od roku w którym wszczął postępowanie na budowę platformy e-zamówienia. Zamawiający musiał przewidywać, że będzie istniała konieczność zapewnienia funkcjonowania platformy w przyszłości, więc postępowanie na jej utrzymanie będzie musiało zostać udzielone. Obecnie obowiązująca Umowa zapewniła zamawiającemu szereg narzędzi, które gwarantują zamawiającemu możliwość rozwiązania. Umowa nr UZP/DG/19/20 z dnia 30 marca 2020 zawarta z wykonawcą Platformy w § 12 ust. 12.2. zapewnia zamawiającemu nieograniczony dostęp do Repozytorium Kodu Źródłowego, które jak sam zamawiający wskazał w ww. Umowie, iż: „ma zapewnić Zamawiającemu pełną możliwość utrzymywania oraz rozwijania Platformy bez udziału Wykonawcy, w szczególności powierzenia innemu niż Wykonawca podmiotowi wykonania modyfikacji lub zmian w Produktach, zarówno w trakcie budowy i wdrożenia Platformy, w trakcie świadczenia Usług Utrzymania jak i po okresie obowiązywania Umowy”.

Zamawiający ma swobodny odstęp do repozytorium, posiada autorskie prawa majątkowe do wytworzonego rozwiązania, a także został przeszkolony z zasad użytkowania Repozytorium Kodów Źródłowych.

Nie można też pominąć regulacji Umowy nr UZP/DG/19/20 zawartych w § 26 - Obowiązki po rozwiązaniu Umowy. Plan zdawczo-odbiorczy. Na mocy postanowień Umowy zamawiający zagwarantował sobie jak i podmiotowi przejmującemu usługi utrzymania od wcześniejszego dostawcy, współpracę aktualnego wykonawcy. Dodatkowo aktualny

wykonawca na minimum 2 miesiące przed wygaśnięciem obecnej Umowy ma przygotować Plan Zdawczo-Odbiorczy opisany w ust. 26.5.

Powyższe wskazuje, iż zamawiający musiał wiedzieć, że konieczne będzie zapewnienie dalszego utrzymania Platformy. Skoro tak, to zamawiający działający z należytą starannością winien je wszcząć odpowiednio wcześniej, by zagwarantować możliwość przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Jednocześnie wskazać należy, że pilność udzielenia zamówienia tak naprawdę jeszcze nie powstała. Zamawiający ma przecież możliwość dokonania zmian w umowie z obecnym wykonawcą usługi utrzymania platformy e-zamówienia w zakresie okresu jej trwania m.in. na podstawie przepisów art. 144 ustawy Pzp. W związku z tym faktem pomimo możliwości powstania okoliczności, które będą uprawniały zamawiającego do zmiany umowy i zapewnienia ciągłości funkcjonowania umowy, zamawiający już w czerwcu 2023 r. twierdzi, że istnieje potrzeba pilnego udzielenia zamówienia.

Skoro zamawiający miał wiedzę o konieczności przeprowadzenia kolejnych postępowań na utrzymanie platformy, a z zawartej umowy o dofinansowanie projektu wynikało, że musi utrzymywać platformę przez 5 lat, to niezrozumiałe jest tłumaczenie zamawiającego o nagłej potrzebie udzielenia zamówienia. Zamawiający podpisując umowę znał jej postanowienia i wiedział o wymogu zapewnienia utrzymywania platformy przez 5 lat. W zakresie możliwości utraty środków z dofinansowania Urząd Zamówień Publicznych wypowiedział się, że nie mogą one stanowić przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym: „Brak spełnienia przesłanki: wygaśnięcie środków finansowych przeznaczonych na określone zadanie. Są to na ogół sytuacje, których zamawiający może się spodziewać, jeżeli nie spełni określonych warunków. (Materiał szkoleniowy z zakresu trybów negocjacyjnych, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2020)”.

Dalej zamawiający twierdzi, że: „Umowa z nowym wykonawcą musi zostać zawarta na ok. 2 m-ce przed 22.10.23 (okres potrzebny na przejście systemu)”.

Zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, które zostało unieważnione, okres jaki przewidywał zamawiający na przejście systemu wnosi 30 dni, a nie jak twierdzi obecnie 2 miesiące „II.2.3. 1.2 Wykonawca zobowiązany jest na 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia Usług Utrzymania do współpracy z obecnym wykonawcą utrzymującym Platformę w celu przygotowania się do świadczenia niniejszej usługi. II.2.3. 1.3 Wykonawca w ramach 30-dniowego okresu przed rozpoczęciem świadczenia Usług Utrzymania będzie mógł przeprowadzić audyt Platformy i Dokumentacji Platformy” (dowód: wyciąg z OPZ unieważnionego postępowania).

Zdaniem odwołującego nie zaszyły żadne zmiany, które miałyby spowodować nagłe wydłużenie okresu przejścia systemu. Wynika z powyższego zatem, że zamawiający w sposób sztuczny i nieuprawniony zdecydował, że okres przejścia winien być dłuższy, tak

by zapewne uprawdopodobnić konieczność udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Z punktu widzenia technicznego 30 dniowy termin na przekazanie systemu jest w zupełności wystarczający, gdyż wcześniejszy wykonawca zobligowany jest do opracowania Protokołu zdawczo-odbiorczego obejmującego szczegółowe informacje na temat Platformy. Zakres tego protokołu został wskazany w punkcie 26.5. Umowy. Trudno sobie wyobrazić, iż podmiot profesjonalnie działający na rynku IT nie będzie mógł przejąć utrzymania Platformy w tym terminie.

Następnie zamawiający podnosi, że: „Zamawiający wszczął poprzednie post. dot. tego zam. w trybie przetargu nieograniczonego odpowiednio wcześniej, tj. 17.03.2023, z terminem składania ofert na 18.04.23 (przesuniętym ostatecznie na 23.05.23). Informację o postępowaniu wraz z orientacyjną wartością zam. netto: 11,5 mln zł opublikowano w BZP 2.03.23 w planie postępowań. Zam. przyjął, że niezbędny czas na przeprowadzenie post. to ok. 5 m-cy (wg danych za 2022 rok średni czas trwania postępowania w trybie PN-92 dni)”.

Twierdzenia zamawiającego w powyższym fragmencie są całkowicie pozbawione racji. Jak już zostało to wskazane przez odwołującego w przedmiotowym odwołaniu, zamawiający od 2019 roku wiedział, że będzie konieczność przeprowadzenia kolejnego postępowania na utrzymanie systemu. Ponadto fakt ten wynika również z zawartej umowy o dofinansowanie projektu (5 letni okres utrzymania platformy). Zamawiający twierdzi, że poprzednie postępowanie wszczął odpowiednio wcześniej, tj. na 5 miesięcy wcześniej. Nie można się zgodzić, że zamawiający wszczynając poprzednie postępowanie w marcu 2023 r. działał z należytą starannością i dbałością. Powoływanie się na statystki, z których wynikać ma, że postępowanie w przetargu nieograniczonym trwają średnio 3 miesiące, więc przyjęcie dwóch dodatkowych jest wystarczające - jest zdaniem odwołującego nieprawidłowe.

Zamawiający winien przeanalizować przedmiot zamówienia, a także poprzednie postępowania dotyczące tego lub zbliżonego zakresu i na podstawie takich danych powinien podejmować decyzje o dacie wszczęcia postępowania - a nie na podstawie zwykłych statystyk. Odwołujący wskazuje, że poprzednie postępowanie trwało ponad 8 miesięcy. Zamawiający winien zatem wiedzieć, że tego typu postępowania mogą trwać dłużej niż zakładane

5 miesięcy. Ponadto w niniejszej sprawie zamawiający powinien przewidzieć i dodatkowo się zabezpieczyć (w zakresie czasu prowadzonego postępowania) z uwagi na okoliczność, że poprzednie postępowanie dotyczyło budowy i utrzymania systemu, więc nie było konieczności zapewnienia ciągłości działania platformy w chwili wszczęcia postępowania, gdyż ona nie istniała. O wiele bardziej ryzykowne jest wszczynanie zbyt późno postępowania na system, który już funkcjonuje, a jego działalność musi być nieprzerwana. Zamawiający powinien przewidzieć, że postępowanie może zostać wydłużone o czas wnoszonych pytań

i udzielanych odpowiedzi, które mogłyby powodować zmiany w dokumentacji. Zamawiający powinien liczyć się także z możliwością unieważnienia postępowania i ogłoszeniem kolejnego postępowania w tym samym trybie.

Ponadto fakt wnoszenia przez wykonawców odwołań od treści SWZ, co za tym idzie konieczność zmiany terminu składania ofert i wydłużenie postępowania nie można uznać za okoliczność, której zamawiający nie potrafił przewidzieć.

Odwołujący podnosi także, że w przypadku faktycznej potrzeby udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający są zobowiązani do udzielania zamówień w zakresie jakim niezbędne jest uniknięcie poniesienia szkody przez zamawiającego. W pozostałym zakresie konieczne jest udzielenie zamówień w trybach konkurencyjnych. Takie stanowisko jest prezentowane zarówno przez Urząd Zamówień Publicznych jak i Krajową Izbę Odwoławczą (Uchwała KIO z 14 czerwca 2021 r. KIO/KD 8/21, Uchwała KIO z 7 stycznia 2016 r. KIO/KD 73/15).

Zamawiający w ramach postępowania zamierza udzielić zamówienia na utrzymanie platformy na okres aż 24 miesięcy. Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska tego samego podmiotu tj. Urzędu Zamówień Publicznych w innych sprawach, przedmiotowe działanie zamawiającego jest nieuprawnione i niezgodne z ustawą Pzp. Nawet gdyby uznać, że zamawiający miał prawo przeprowadzić postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia czemu odwołujący zaprzecza - to przedmiot zamówienia nie może dotyczyć usługi na okres 24 miesięcy, gdyż okres ten znacząco wykracza poza okres niezbędny do uniknięcia poniesienia szkody przez zamawiającego. Zadaniem odwołującego nie ma podstaw technicznych, które wymuszałyby na zamawiającym konieczność udzielenia zamówienia od razu na 24 miesiące.

Odwołujący wskazuje również, że istniała możliwość podzielenia zamówienia, tak by usługa utrzymania funkcjonowania platformy oraz nowa funkcja tj. nowe eFormy były rozdzielone. Nie istnieje uzasadnienie techniczne, które uniemożliwia rozdzielenie tych dwóch zakresów od siebie. Platforma została zaprojektowana jako rozwiązanie modułowe, pogrupowane w sposób logiczny. Jest zbudowana w oparciu o mikro usługi (microservices). Każdy z mikro serwisów jest niezależny od pozostałych i jedynym miejscem styku jest API. Taka budowa rozwiązania powoduje, iż każda mikro usługa jest modyfikowana, instalowana i zarządzana niezależnie od pozostałych (strona 61-67 OPZ - Załącznik nr 1 do Umowy UZP/DG/19/20). Zamawiający posiadając autorskie prawa majątkowe do rozwiązania realizację prac rozwojowych może powierzyć do realizacji podmiotowi innemu niż utrzymujący Platformę.

Każdy zamawiający w pierwszej kolejności winien zweryfikować, czy zamówienie jest podzielne i dokonać podziału zamówienia w przypadku pozytywnej odpowiedzi. Istotą udzielania zamówień jest jak największa konkurencja pomiędzy wykonawcami przez co

otrzymanie najkorzystniejszych ofert. Podział zamówienia ma m.in. służyć właśnie umożliwieniu wzięciu udziału większej ilości wykonawców, tym samym gwarantując realną konkurencję pomiędzy tymi podmiotami. Zamawiający zaniechał podziału zamówienia, pomimo że istnieją ku temu przesłanki.

Powyższa okoliczność potwierdza, że zamawiający naruszył zasadę, z której wynika, że postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia winno obejmować jedynie niezbędny zakres zamówienia, a pozostała jego część winna zostać udzielona w trybie konkurencyjnym.

W dalszej części uzasadnienia, zamawiający wskazuje „Termin wszczęcia post. był skorelowany z działaniami UPUE, który udostępnia wymagania techniczne i zasoby do budowy eFORMS. Zam. wszczął post. w dacie gwarantującej, że najnowsza obowiązująca wówczas wersja eForms Software Development Kit (SDK), w oparciu o którą będą wykonane eFORMS nadal będzie obowiązująca w momencie ich odbioru. UPUE nie gwarantuje utrzymywania danej wersji SDK dłużej aniżeli przez 12 m-cy. Wersja 1.6 SDK została wydana 14.03.23, zatem gwarantowany czas jej obowiązywania umożliwiał odbiór rozwiązania opartego na tej wersji i przynajmniej kilkumiesięczne jej funkcjonowanie na środowisku produkcyjnym, jak również niezbędny czas na przystosowanie aplikacji do kolejnej wersji”.

Formularze eForms, które mają funkcjonować w ramach platformy są nową funkcjonalnością. Obecna funkcja przygotowywania i przysyłania publikacji w TED ma zostać wyłączona do dnia 24 października 2023 r. Potem platforma nie będzie miała ww. możliwości do czasu wprowadzenia zmian w platformie.

„II.2.1.1.1 Obecnie na Platformie e-Zamówienia możliwe jest przygotowanie i przesłanie do publikacji w TED Ogłoszeń Unijnych zgodnie z Rozporządzeniem 2015/1986. Ww. rozporządzenie może być jednak stosowane wyłącznie do dnia 24 października 2023 r.” (dowód: wyciąg z OPZ z poprzedniego postępowania).

Zamawiający podnosi, że termin wszczęcia postępowania był skorelowany z UPUE i opublikowanie nowych eForms. Jednakże obecna platforma nie ma możliwości stosowania nowych eForms, a do października 2023 r. obowiązuje umowa z dotychczasowym wykonawcą, który zapewnia poprawne korzystanie z e-formularzy. Nie ma zatem żadnego wpływu na termin ogłoszenia - informacja z UPUE dotycząca nowych eForms, gdyż platforma ich jeszcze nie obsługuje. Sam zamawiający w kwietniu 2023 r. poinformował na swojej stronie, że nie ma przybliżonego terminu wprowadzenia nowych funkcjonalności w zakresie eForms dostosowujących je do nowego rozporządzenia. Całość argumentacji zamawiającego w tym zakresie nie ma żadnego znaczenia dla terminów wszczęcia postępowania (dowód:).

Wynika z powyższego, że terminy wprowadzenia eForms nie wynikają z obiektywnych przesłanek, a wyłącznie z budżetowania zamawiającego. Fakt ten nie może stanowić jednej z przesłanek do wyłączania stosowania trybów konkurencyjnych. Kwestie związane z budżetowaniem to wyłącznie zagadnienie dotyczące zamawiającego, a nie obiektywnych, niezależnych okoliczności.

Zamawiający nie może twierdzić, że w zakresie eForms istnieje również pilna potrzeba udzielenia, gdyż jak wynika z komunikatu Urzędu Zamówień Publicznych nie ma przewidywanego terminu na wprowadzenie ich do platformy (dowód: web/uzp/zmiany-w-zakresie-standardowych-formu/arzy-dopublikacji-og/oszen-w-dzienniku-urzedowym-unii-europejskiej).

W kolejnej części uzasadnienia zamawiający podnosi, że nie mógł przewidzieć, że otrzyma ofertę powyżej kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający, który jednocześnie jest urzędem do spraw z zakresu prawa zamówień publicznych, posiadający największą wiedzę z tego zakresu oraz największe doświadczenie twierdzi, że złożenie ofert w postępowaniu przez wykonawców powyżej kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest okolicznością niemożliwą do przewidzenia. Rzeczą normalną i naturalną jest, że zdarzają się sytuacje, w których oferty wykonawców przekraczają budżet danego zamawiającego. Nie ma w tym żadnych nadzwyczajnych okoliczności. Przykładowo wskazać można na liczne postępowania prowadzone przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad. Zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że taka okoliczność była niemożliwa do przewidzenia lub nadzwyczajna. Tym bardziej, że zamawiający był wielokrotnie informowany przez odwołującego, że określone przez niego wymagania w OPZ w poprzednim postępowaniu są zbyt wygórowane i w sposób niezasadny prowadzą do konieczności zwiększenia oferty wykonawców. Odwołujący we wniesionych odwołaniach od treści SWZ w poprzednim postępowaniu, wskazywał na okoliczności związane z błędną dokumentacją i kosztami realizacji:

- strona numer 22 odwołania z dnia 27 marca 2023 r. (KIO 859/23),
- strona 31 odwołania z dnia 27 marca 2023 r. (KIO 859/23),
- strona numer 5 odwołania z dnia 5 maja 2023 r. (KIO 1284/23).

Zamawiający miał zatem pełną wiedzę o tym, że istnieje prawdopodobieństwo wysokich ofert w postępowaniu, a mimo to obecnie powołuje się na tą okoliczność rzekomo niemożliwą do przewidzenia.

Na końcu uzasadnienia zamawiający podnosi: „Powtórzenie post. w trybie PN to min. 5 m-cy. Procedura przyspieszona daje jedynie oszczędność 20 dni na etapie składania ofert. Z uwagi na pilną potrzebę udz. zam. Zam. nie może udzielić go również w trybie przetargu ograniczonego, jak i w trybie negocjacji z ogłoszeniem (zgodnie z danymi za 2022, średni

czas trwania postępowania w trybie PO wynosił 108 dni, a w trybie NO - 130 dni). Zachodzą zatem przesłanki określone w art. 209 ust. 1 pkt 4) Pzp, tj. pilna potrzeba udzielenia zamówienia

z uwagi na konieczność ochrony ważnego interesu publicznego oraz majątkowego, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia”.

Oszczędność 20 dni, na którą wskazuje zamawiający jest istotna z punktu widzenia możliwości udzielenia zamówienia. Wpływa ona w sposób znaczący na czas trwania postępowania i może powodować, że byłoby możliwe udzielenie zamówienia w terminie umożliwiającym zamawiającemu utrzymanie działalności platformy e-zamówienia w sposób ciągły (w szczególności, że zamawiający posiadał o wiele większą wiedzę o tym jak rynek usług IT ocenia i wycenia wymagania zamawiającego). Nie ulega wątpliwości, że gdyby zaakceptować zaprezentowany model działania zamawiającego jako właściwy, to każdy zamawiający w Polsce wyceniałby swój kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia poniżej oczekiwań rynkowych, a następnie udzielał zamówień w trybach niekonkurencyjnych. Stanowiłoby to zaprzeczenie wszelkich wartości za jakimi stoi prawo zamówień publicznych. Ze szczególnym uwzględnieniem, że zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Urząd Zamówień Publicznych.

Na koniec odwołujący chciałby zwrócić uwagę na listę zaproszonych podmiotów (...).

Dwa pierwsze podmioty posiadają nikłe doświadczenie i wiedzę z zakresu rozwoju i utrzymania tak dużego systemu jakim jest platforma. Trzeci z podmiotów z dużym prawdopodobieństwem nie będzie w stanie zaakceptować postanowień umowy przenoszących większość ryzyk na wykonawcę, co jest powszechne w zamówieniach publicznych w Polsce. Czwarty z podmiotów znany jest przede wszystkim ze świadczenia usług bodyleasingu, czyli całkowicie innego typu niż w przedmiocie zamówienia. Niezrozumiałe jest zatem zapraszanie takich podmiotów do postępowania.

Zamawiający nie zapraszając dotychczasowego wykonawcy platformy lub innych wiodących podmiotów na rynku może doprowadzić do sytuacji, w której platforma nie będzie funkcjonować, a zamawiający utraci zainwestowane pieniądze.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

W ocenie zamawiającego, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, zostały spełnione wszystkie przesłanki umożliwiające wszczęcie postępowania w tym trybie.

Nieprzewidywalność pilnej przyczyny i brak przyczynienia się zamawiającego do jej powstania.

Zamawiający w pełni podziela stanowisko, wynikające z ugruntowanych w doktrynie i orzecznictwie w sprawach z zakresu zamówień publicznych wytycznych (na które w odwołaniu powołuje się odwołujący), iż przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia należy interpretować ściśle. Jednakże analiza spełnienia tych przesłanek powinna mieć miejsce w świetle wszystkich okoliczności faktycznych danego postępowania o udzielenie zamówienia. Reguła ścisłego interpretowania przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia nie jest równoznaczna ze stosowaniem automatyzmu w ocenie ich spełnienia oraz rezygnacji z wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności faktycznych danej sprawy. W ocenie zamawiającego, okoliczności faktyczne danej sprawy przemawiają za spełnieniem wszystkich przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zawartym w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex-ante z dnia 28 czerwca 2023 r., zamawiający wszczął poprzednie postępowanie dotyczące tego przedmiotu zamówienia odpowiednio wcześniej, tj. 17 marca 2023 r., przyjmując, że niezbędny czas na przeprowadzenie postępowania to ok. 5 miesięcy. Odwołujący zarzuca, że zamawiający kierował się przy tym jedynie „zwykłymi statystykami” (z których wynika, że średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w 2022 r. wynosił 92 dni), zaś uwzględnienie przez niego dodatkowych 2 miesięcy, do tego uśrednionego okresu (obejmującego już także, na marginesie przypadki, w których w toku postępowania wnoszono odwołania lub przedłużano termin składania ofert), nie jest wystarczające. Jednocześnie zaś odwołujący nie wskazuje, jaki okres czasu byłby jego zdaniem „wystarczający” i „odpowiedni” w odniesieniu do planowanego czasu trwania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego dotyczącego przedmiotowego zamówienia. Nie jest równie prawdziwe twierdzenie odwołującego, że poprzednie postępowanie (tj. postępowanie na budowę Platformy e-Zamówienia) trwało 8 miesięcy. Wszczęcie tego postępowania nastąpiło bowiem w dniu 17 września 2019 r., a podpisanie umowy w dniu 31 marca 2020 r. Był to zatem okres zbliżony do przewidywanego przez zamawiającego na uniważnione postępowanie obejmujące utrzymanie i rozwój Platformy e-Zamówienia. Odwołujący wskazuje także, że zamawiający poczynawszy od 2019 r. (tj. wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na budowę Platformy e-Zamówienia) posiadał wiedzę o konieczności wszczęcia kolejnego postępowania na jej utrzymanie i rozwój. Jest to oczywiście prawda, nie oznacza to jednak, że zamawiający był zobowiązany (w celu wykazania należytej staranności) do wszczęcia kolejnego postępowania niezwłocznie po udzieleniu tego zamówienia. Zdaniem zamawiającego, oceniając przesłankę pilności udzielenia zamówienia i nieprzyczynienia się zamawiającego do jej powstania należy brać pod uwagę racjonalne założenia co do przewidywanego czasu trwania procedury oraz

zobiektywizowane czynniki mogące mieć wpływ na czas jej trwania, nie zaś wszystkie możliwe ryzyka, jakie mogą (hipotetycznie) wystąpić. Powyższe oznacza, że zamawiający powinien oczywiście wziąć pod uwagę możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej w postępowaniu, zadawania pytań dotyczących treści SWZ oraz konieczności jej modyfikacji i przedłużenia terminu składania ofert. Są to bowiem okoliczności, które występują a zatem można je przewidzieć. Jednakże w ocenie zamawiającego brak jest podstaw do uznania, że rezerwa czasowa z

tego tytułu powinna wykraczać poza rozsądne granice, a zamawiający powinien przewidywać przedłużanie się postępowania w dowolnej, bliżej niesprecyzowanej perspektywie czasowej, lub wielokrotne unieważnianie postępowań dotyczących danego przedmiotu zamówienia, w przeciwnym bowiem razie narazi się na zarzut przyczynienia się do powstania pilności udzielenia zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, „(...) nieprzewidywalność okoliczności powinna być zawsze oceniana indywidualnie – w konkretnym stanie prawnym i faktycznym. Jednocześnie, w ocenie Izby, nie można utożsamiać wyjątkowej sytuacji ze zdarzeniami, których wystąpienie jest nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi, które strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie nie mogą zakładać i nie mogą planować. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne” (wyrok KIO z 31 maja 2019 r., sygn. akt KIO 904/19). Ustalenie, czy pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie powstała z przyczyn zależnych od zamawiającego powinno mieć charakter zobiektywizowany.

O tym, że możliwe jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na usługi informatyczne dotyczące złożonego systemu w ok. 5 miesięcy świadczą przykłady podobnych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających (...).

Planując przebieg postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, pod uwagę zostało wzięte ryzyko wniesienia kilku odwołań, tak jak to miało miejsce w przypadku postępowania na budowę Platformy z 2019 r. oraz możliwość wpłynięcia dużej liczby pytań. Liczba pytań (390), które wpłynęły w toku postępowania przekroczyła jednak przewidywania zamawiającego, a ich szczegółowość spowodowała konieczność wydłużenia terminu składania ofert. Ponadto, po wszczęciu postępowania do Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione trzy odwołania na treść SWZ oraz odpowiedzi na pytania dotyczące zapisów SWZ, w terminach: 27.03.2023 r., 17.04.2023 r. oraz 5.05.2023 r. Ostatecznie każde z odwołań zostało wycofane przed terminem rozprawy przed KIO i postępowania odwoławcze zostały umorzone. Niemniej jednak skutkiem wnoszonych odwołań była konieczność trzykrotnego odnoszenia się do zarzutów i wydłużania przez zamawiającego terminu składania ofert (w celu uniknięcia ryzyka konieczności unieważnienia postępowania w

sytuacji, gdyby któryś z zarzutów został uwzględniony przez KIO po upływie terminu składania ofert), a tym samym znacznego wydłużenia okresu trwania procedury przetargowej (termin składania ofert ostatecznie został ustalony na dzień 23 maja 2023 r.).

Odwołujący twierdzi, że okoliczność otrzymania w unieważnionym postępowaniu oferty powyżej kwoty, jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia nie powinna stanowić zaskoczenia dla zamawiającego, ponieważ we wniesionych odwołaniach wskazywał okoliczności związane z błędną dokumentacją i kosztami realizacji. Jednakże w przypadku żadnego z wniesionych odwołań nie zdecydował się na dowodzenie swoich racji przed Krajową Izbą Odwoławczą, wycofując je na krótko przed wyznaczonym terminem rozprawy pomimo tego, że jedynie niektóre z zarzutów zostały uwzględnione przez zamawiającego (w przypadku odwołań z dnia 27.03.2023 r. oraz 17.04.2023 r.) a w przypadku odwołania z dnia 5.05.2023 r., żaden z zarzutów nie został uwzględniony. Jakkolwiek korzystanie ze środków ochrony prawnej, jak i możliwość ich wycofania z dowolnych przyczyn jest prawem wykonawcy, to zdaniem zamawiającego brak jest podstaw do twierdzenia, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy to zamawiający przyczynił się do powstania pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Wycofanie odwołania oznacza bowiem rezygnację z podtrzymywania sformułowanych w nim zarzutów, w związku z czym zamawiający mógł wnioskować z tego faktu, że odwołujący bądź uznał zasadność argumentacji zamawiającego wskazanej w odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutów przez niego nieuwzględnionych, bądź stwierdził, że dokonane przez zamawiającego zmiany SWZ są dla niego akceptowalne. Na marginesie zamawiający zwraca również uwagę, że w toku unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia dokonał szeregu zmian SWZ liberalizujących pierwotnie zawarte w nim wymagania, np. w odniesieniu do wydłużenia czasu napraw poszczególnych wad (parametrów SLA) lub oddzielnego rozliczania niektórych wskazanych w OPZ prac w ramach usług modyfikacyjnych.

Celem wnoszenia środków ochrony prawnej jest umożliwienie wykonawcom weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez organ odwoławczy. W sytuacji więc, gdy odwołujący najpierw wnosi odwołania, a następnie w całości je wycofuje, niezależnie od sposobu odniesienia się do poszczególnych zarzutów przez zamawiającego, można mieć wątpliwości, czy w ogóle jego celem było przeprowadzenie tego rodzaju weryfikacji, czy może przedłużanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że to nie sam fakt złożenia w unieważnionym postępowaniu oferty z ceną wyższą aniżeli kwota, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia stanowi okoliczność, której nie można było przewidzieć (to oczywiście może się wydarzyć), ale fakt że cena tej oferty – 37 880 310,00 zł brutto (będącej jednocześnie jedyną w

postępowaniu) o ponad 23,5 mln zł (166,8%) przewyższy tę kwotę oraz o 34,5% cenę oferty wykonawcy Pentacom Systems Informatyczne S.A. dotyczącą dotychczasowej umowy na budowę

i utrzymanie Platformy e-Zamówienia (28 167 000,00 zł brutto). Informacja o planowanym wszczęciu postępowania na Przygotowanie, budowę i wdrożenie formularzy eForms na Platformie e-Zamówienia, rozwój funkcjonalności Platformy oraz świadczenie Usług Utrzymania Platformy e-Zamówienia Platformy e-Zamówienia przez okres 24 miesięcy wraz z orientacyjną wartością zamówienia netto w kwocie 11 500 000,00 zł została opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 marca 2023 r. w planie postępowań nr 2023/BZP 00119041/01/P – pozycja planu 2.3.1.

Odwołujący twierdzi, że „dokonane szacowanie przez zamawiającego było błędne i dokonane bez należytej staranności” – ponownie jednak należy zwrócić uwagę, że odwołujący sam zrezygnował z ewentualnego dowodzenia w tym zakresie przed Krajową Izbą Odwoławczą w kontekście zarzutów odwołań dotyczących naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 27.03.2023 r., 17.04.2023 r. i 5.05.2023 r., które jego zdaniem miałyby wpływać na wzrost kosztów realizacji

przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zdaniem zamawiającego brak jest podstaw do uznania, iż powinien on był przewidywać złożenie oferty z ceną w wysokości tak diametralnie odbiegającą od poczynionych przez niego szacunków. Odwołujący nie złożył również odwołania na czynność zamawiającego polegającą na unieważnieniu poprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp. W związku z powyższym, formułowanie obecnie zarzutów dotyczących wadliwej czynności oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia w unieważnionym postępowaniu jest w ocenie zamawiającego spóźnione.

Należy, jednakże wskazać, że zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia z należytą starannością, w szczególności przyjmując ponad dwukrotny wzrost miesięcznego wynagrodzenia za utrzymanie Platformy e-Zamówienia w stosunku do obecnego, uwzględniając zarówno przy tym kwestie inflacji, wzrostu kursu walut, waloryzacji oraz postawionych wymagań. Ponadto przy wycenie wartości zamówienia zamawiający również uwzględnił wzrost kosztów wynagrodzenia personelu z jednoczesnym uwzględnieniem urynkowanej stawki godzinowej w obszarze IT. Nie można było zatem przewidzieć, że w jedynej ofercie (złożonej przez dotychczasowego wykonawcę utrzymującego Platformę), miesięczne wynagrodzenie za utrzymanie Platformy będzie około 10-krotnie wyższe, niż obecna kwota utrzymania i ponad 3-krotnie wyższa od przyjętych szacunków do wyceny.

Na marginesie zamawiający zauważa również, że z informacji dostępnych w TED wynika, że w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej koszty wdrożenia eForms były

określone na diametralnie niższym poziomie aniżeli cena oferty Pentacomp obejmująca ich wykonanie. Przykładowo, w Portugalii szacunkowa wartość części zamówienia dotyczącej eForms (część nr 3) wynosiła zgodnie z pkt II.2.6 ogłoszenia o zamówieniu 409 600,00 euro, natomiast w Luksemburgu – całkowita wartość zamówienia (bez VAT) oraz całkowita końcowa wartość umowy (bez VAT) – wynosiła 635 492,00 euro, co zgodnie z pkt 2 obwieszczenia Prezesa UZP z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (Dz. U. poz. 1177) stanowiłoby odpowiednio 1 824 194 zł oraz 2 830 227 zł. Ogłoszenia eForms stanowią dość ustandaryzowany przedmiot zamówienia – ich zawartość określa rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r., a dokumentacja techniczna i zasoby służące do ich budowy publikowana jest przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej (dalej: UPUE) w sposób i w zakresie jednakowym dla wszystkich zainteresowanych. Oczywiście mogą wystąpić indywidualne czynniki wpływające na wycenę w związku z implementacją eForms w danym systemie informatycznym, jednak należy przypuszczać, że w większości przypadków w państwach członkowskich eForms nie są budowane od podstaw, ale stanowią część już istniejącego systemu elektronicznego udzielania zamówień, z którymi muszą zostać zintegrowane, z uwzględnieniem wymagań takich jak zasada reużycia danych. Już na pierwszy rzut oka i bez konieczności dokonywania szczegółowej analizy w tym zakresie jest zatem widoczne, że kwoty przewidywane lub wydatkowane w innych państwach członkowskich na budowę eForms są to kwoty zupełnie innego rzędu aniżeli wynikające z oferty Pentacomp (15 371 310,00 zł za wykonanie Fazy I, obejmującej eForms oraz funkcjonalności rozwojowe wskazane w załączniku nr 2 do OPZ – przy czym wartość eForms wg założeń zamawiającego stanowiła ok. 65 % wartości funkcjonalności Fazy I).

W ocenie zamawiającego, brak jest racjonalnego uzasadnienia dla tak wysokiej ceny oferty i związku z powyższym, absolutnie nie można zgodzić się z poglądem odwołującego, iż „gdyby zaaprobować zaprezentowany model działania Zamawiającego jako właściwy to każdy zamawiający w Polsce wyceniałby swoją kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia poniżej oczekiwań rynkowych, a następnie udzielał zamówień w trybach niekonkurencyjnych”. Zamawiający wszczął poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie całkowicie konkurencyjnym, oszacował wartość zamówienia z należytą starannością i liczył na to, że otrzyma oferty z ceną mieszczącą się w jego szacunkach, lub przynajmniej niewiele od nich odbiegającą. Absolutnie nie przewidywał natomiast, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca realizujący obecnie umowę będzie korzystał z przysługujących wykonawcom instrumentów przewidzianych ustawą Pzp

w sposób wskazujący na dążenie do jego przedłużania, a następnie unieważnienia. Wysokość ceny oferty Pentacomp czyniła bowiem możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 255 pkt 3) ustawy Pzp właściwie czysto hipotetyczną. Wszczynając poprzednie postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający nie miał natomiast w ogóle, nawet w najbardziej odległych planach wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia - termin wszczęcia postępowania na Przygotowanie, budowę i wdrożenie formularzy eForms na Platformie e-Zamówienia, rozwój funkcjonalności Platformy oraz świadczenie Usług Utrzymania Platformy e-Zamówienia przez okres 24 miesięcy (tj. 17 marca 2023 r.) był skorelowany z działaniami UPUE, który udostępnia wymagania techniczne i zasoby do budowy eForms. Zamawiający wszczął ww. postępowanie w dacie gwarantującej, że najnowsza obowiązująca wówczas wersja eForms Software Development Kit (SDK), w oparciu o którą będą wykonane eForms nadal będzie obowiązywała w momencie ich odbioru. UPUE nie gwarantuje utrzymywania danej wersji SDK dłużej aniżeli przez 12 m-cy (dowód: wyciąg z prezentacji z 5 warsztatu technicznego eForms z dnia 23 maja 2023 r.).

Wersja 1.6 SDK została wydana 14 marca 2023 r., zatem gwarantowany czas jej obowiązywania umożliwił – zgodnie z zakładanym harmonogramem, który przewidywał wdrożenie eForms na Platformie w terminie 3 listopada 2023 r. - 15 grudnia 2023 r. - odbiór rozwiązania opartego na tej wersji i przynajmniej kilkumiesięczne jej funkcjonowanie na środowisku produkcyjnym, jak również niezbędny czas na przystosowanie aplikacji do kolejnej wersji. Zamawiający nie ma żadnego wpływu na terminy i częstotliwość dokonywania przez UPUE zmian SDK, może jedynie starać się tak planować swoje działania, żeby w maksymalnie efektywny sposób wykorzystać przewidywany czas obowiązywania najnowszej w danym momencie wersji SDK, tak aby możliwe było skalkulowanie ceny oferty i realizacja przedmiotu

zamówienia w oparciu o informacje znane w momencie składania oferty, oraz zminimalizowanie ryzyka konieczności dokonywania zmian w trakcie realizacji projektu w stosunku do jego pierwotnych założeń, co mogłoby również wiązać się z dodatkowymi kosztami. W ocenie zamawiającego, biorąc pod uwagę wymóg z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp nie można mu czynić zarzutu, że tak właśnie starał się zrobić w unieważnionym postępowaniu. Odnosząc się natomiast do poglądu odwołującego, że niepodanie do publicznej wiadomości w komunikacie zamieszczonym na stronie internetowej przewidywanej daty wdrożenia eForms na Platformie e-Zamówienia oznacza, że nie jest to pilne, należy stwierdzić, że trudno wskazywać taką datę w sytuacji przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia obejmującego budowę eForms, co jednak w żadnym

wypadku nie świadczy o tym, że nie istnieje w tym zakresie pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego (naruszenie zasady proporcjonalności poprzez określenie 24-miesięcznego okresu realizacji zamówienia oraz zaniechania podzielenia zamówienia na części i udzielenia zamówienia w zakresie dot. budowy eForms w trybie konkurencyjnym) zamawiający wskazał, co następuje.

Zdaniem odwołującego, okres 24 miesiące wykracza poza czas niezbędny do uniknięcia szkody wynikłej z nieprzewidzianego zdarzenia.

W ocenie zamawiającego minimalny zakres zamówienia dotyczący okresu, w którym muszą być świadczone usługi utrzymania wynosi co najmniej 24 miesiące z terminem rozpoczęcia świadczenia usług od dnia 22.10.2023 r. Konieczność zapewnienia w ramach przedmiotu zamówienia 24-miesięcznego okresu utrzymania i brak możliwości zawarcia umowy na czas krótszy jest bezpośrednio związana z następującymi uwarunkowaniami:

1. Złożonością systemu w aspekcie wielu technologii programistycznych, które wykorzystywane są w zakresie rozwiązania m.in. wykorzystanie w części modułów Platformy technologii .NET, JAVA + SPRING, ANGULAR, PHP + WordPress wraz z szyną WSO2 w całości technologiczne posadowione na infrastrukturze Microsoft Azure.
2. Ze względu na powyższą złożoność technologiczną istnieje konieczność zapewnienia dużej grupy personelu o wysokich kompetencjach często unikalnych, co wiąże się zarówno z elementem poniesienia znacznych kosztów początkowych wdrożenia, zaznajomienia, zdobycia informacji, jaki i koniecznym nakładem w zakresie zdobycia niezbędnego know-how, a koszt wykonawcy poniesiony z tego tytułu w przypadku krótkiego okresu świadczenia usługi obciąża zamawiającego zwiększonymi kosztami świadczenia tej usługi dlatego, że wykonawca nie może być stratny z tytułu poniesionych nakładów, a oczywiście celem zamówienia publicznego w perspektywie wykonawcy jest osiągnięcie zysku.
3. Koniecznością zapewnienia stabilnego, niezmiennego zespołu ze względu na przedmiot zamówienia, w ramach którego wykonawca wytwarza dany produkt w tym przypadku formularze ogłoszeń unijnych eFORMS, i sukcesywnego wsparcia i utrzymania produktu w wyniku korzystania przez użytkowników Platformy e-Zamówienia, co wiąże się z koniecznością dokonywania poprawek programistycznych, w ramach kodu źródłowego. Konieczne poprawki do wykonania mogą ujawnić się także w trakcie użytkowania i w tym przypadku to wykonawca, który realizował przedmiot zamówienia w zakresie formularzy unijnych (eForms) musi utrzymywać i wykonywać niezbędne poprawki, gdyż ma niezbędną, unikatową wiedzę ekspercką na temat wytworzonego oprogramowania i użytych technologii. Wykonawca, który zbuduje formularze udzieli zamawiającemu gwarancji, a skuteczna realizacja praw wynikających z gwarancji i rękojmi jest możliwa wyłącznie wtedy, gdy

wykonawcą utrzymującym system jest ten sam wykonawca, który wykonywał formularze eForms.

4. Specyfikę systemu ze względu na obszar jego funkcjonowania, który obejmuje rynek zamówień publicznych oparty na przepisach prawa zgodnie z ustawą Pzp i pokrewnymi aktami prawa w tym zakresie, jak również związane z nim specyficzne okresy sprawozdawcze, dla których w określonych przedziałach czasowych następuje konieczność bezpośredniego, pilnego, celowego działania, w zakresie zarówno: dokonywania poprawek w systemie i wsparcia merytorycznego użytkowników. Przykłady takich okresów dotyczą m.in. I półrocza w zakresie przygotowywania i składania przez zamawiających Rocznych sprawozdań z udziałów publicznych publicznych, przygotowania i publikacji przez zamawiających Planów postępowań oraz ostatniego kwartału roku ze względu na wzmożone działania zamawiających dotyczące wszczynania i udzielania zamówień publicznych w związku z końcem roku budżetowego i koniecznością wydatkowania środków publicznych.
5. Koniecznością poniesienia przez wykonawcę kosztów związanych z zakupem niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania licencji/certyfikatów. Wykup na dłuższy czas wpływa na niższą cenę licencji/certyfikatów, co przekłada się na niższe ogólne koszty świadczenia usługi i koszty zamawiającego z tego tytułu.

Zakresem niezbędnym do realizacji w ramach niniejszego zamówienia jest również budowa i wdrożenie w ramach usługi eSendera nowych formularzy ogłoszeń unijnych (eForms), których pilność wdrożenia wynika ze zmiany Rozporządzenia Wykonawczego UE. Obecnie Platforma e-Zamówienia umożliwia przygotowanie i przesłanie do publikacji w Dz. Urz. UE aktualnych ogłoszeń unijnych zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym Rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.). Ww. rozporządzenie może być stosowane wyłącznie do 24 października 2023 r. Od 25 października 2023 r. zamawiający będą musieli przygotowywać i przysyłać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej wyłącznie ogłoszenia unijne zgodnie z Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające Rozporządzenie Wykonawcze (UE) 2015/1986 („e-formularze”) (Urz. UE L 272 z 25.10.2019) oraz Rozporządzeniem 2022/2303 zmieniającym

Rozporządzenie 2019/1780. Oznacza to tym samym, że wszelkie dotychczasowe usługi eSenderów, które wspierały zamawiających w tym procesie muszą dostosować się do tych zmian i tym samym Platforma e-Zamówienia, która również udostępnia usługę eSendera musi zostać jak najpilniej dostosowana.

Konieczność dostosowania tej funkcjonalności Platformy do nowych przepisów wynika również z obowiązku zapewnienia trwałości produktów Platformy, która w znacznej części została zrealizowana ze środków UE w ramach POPC - działanie 2.1 „Wysoka dostępność i jakość e-usług publicznych”.

Analogiczne argumenty przemawiają również przeciwko podziałowi zamówienia na części. Mógłby on skutkować nadmiernymi trudnościami technicznymi oraz problemami w skoordynowaniu działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia (co jest zgodne z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej).

Należy również zwrócić uwagę, że stanowisko odwołującego jest niekonsekwentne -najpierw odwołujący twierdzi, że brak jest podstaw w ogóle do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a w pkt 30-32 wskazuje, że zamówienie powinno być zostać podzielone w celu udzielenia zamówienia na usługi utrzymaniowe Platformy w trybie niekonkurencyjnym, a pozostałej jego części w trybie konkurencyjnym.

Należy również wskazać, że w unieważnionym postępowaniu odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń w zakresie zaniechania podziału zamówienia na części.

Zamawiający informuje również, że biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności zrezygnował ze znacznej części zakresu zamówienia wchodzącego w skład unieważnionego postępowania, tj. z realizacji usług rozwojowych wymienionych w załączniku nr 2 do OPZ, przewidując na podstawie obecnie wszczętego postępowania jedynie świadczenie w okresie realizacji umowy na żądanie zamawiającego usług modyfikacyjnych (niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Platformy) w wymiarze 4000 roboczogodzin.

W odniesieniu do argumentów odwołującego, iż okres jaki w unieważnionym postępowaniu przewidywał zamawiający na przejście systemu wynosił 30 dni, zatem zamawiający nieprawdziwie twierdzi w uzasadnieniu wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, że umowa z nowym wykonawcą musi zostać zawarta na ok. 2 miesiące przed 22.10.2023 r., należy wskazać, co następuje. Okres wskazany w uzasadnieniu wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia wynosi, po pierwsze, około 2 miesiące, nie zaś dokładnie 2 miesiące. Wynika to z faktu, że zgodnie z aktualnie obowiązującą umową obejmującą utrzymanie Platformy e-Zamówienia, obecny wykonawca na 2 miesiące przed zakończeniem umowy powinien przygotować Plan zdawczo odbiorczy, który będzie niezbędny do przejścia usług utrzymania przez nowego wykonawcę (dowód: wyciąg z umowy na budowę Platformy e-Zamówienia z dnia 31 marca 2020 r.).

W szczególności, nowy wykonawca musi wykonać następujące czynności przed rozpoczęciem świadczenia usług utrzymania, tj. przed 22.10.2023 r.:

1. poczynić ustalenia dotyczące utrzymania ciągłości świadczenia Usług Utrzymania;
2. przeprowadzić audyt Platformy i Dokumentacji Platformy;
3. dokonać przeglądu kodu źródłowego;
4. zweryfikować oraz ustalić zależności Platformy z zewnętrznym oprogramowaniem;
5. dokonać przeglądu historii świadczonych Usług Utrzymania, listy Oprogramowania koniecznego do świadczenia Usług Utrzymania, informacji konfiguracyjnych, dokumentacji, wewnętrznych procedur oraz wszystkich innych podobnych dokumentów i informacji wykorzystywanych bądź powstałych w trakcie świadczenia Usług Utrzymania przez obecnego wykonawcę lub odnoszących się do konfiguracji lub kontroli systemów wykorzystywanych do świadczenia Usług Utrzymania;
6. odbyć spotkania informacyjne dotyczących przekazywania oraz transferu wiedzy dotyczącej Usług Utrzymania od obecnego wykonawcy;
7. przygotować rozwiązania zapobiegające przerwom w świadczeniu Usług Utrzymania lub obniżeniu Poziomu Usług w związku z przejściem usługi Utrzymania przez inny podmiot;
8. ustalić szczegóły dotyczące przeszkolenia swojego personelu koniecznego do realizacji uporządkowanego i skutecznego przejścia świadczenia Usług Utrzymania z dniem 22.10.2023 r.;
9. zapewnić zasoby infrastrukturalne w zakresie zapewnienie chmury obliczeniowej i jej odpowiedniej konfiguracji;
10. zaplanować i zapewnić niezbędny personel.

Termin wskazany w pkt II.2.3.1.2 i II.2.3.1.3 OPZ unieważnionego postępowania został określony na 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług utrzymania i nie pokrywa się dokładnie z terminem przygotowania przez dotychczasowego wykonawcę planu zdawczo – odbiorczego na wypadek, gdyby np. dotychczasowy wykonawca przekazał Plan zdawczo -odbiorczy z opóźnieniem. Wskazuje na to treść poprzedzającego go pkt II.2.3.1.1 OPZ, zgodnie z którym: „II.2.3.1.1. Wykonawca na potrzeby płynnego przejścia i rozpoczęcia świadczenia Usług Utrzymania

otrzyma nie później niż na 30 dni przed rozpoczęciem utrzymania, przygotowany przez obecnego wykonawcę Plan Zdawczo-Odbiorczy Platformy”.

Nie ma jednak żadnych przeszkód, aby nowy wykonawca zaczął przygotowywać się do przejęcia systemu wcześniej, w przypadku otrzymania Planu Zdawczo - odbiorczego niezwłocznie po jego przekazaniu zgodnie z postanowieniami umowy obowiązującej dotychczasowego wykonawcę.

Zamawiający wskazał, iż powtórzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego przy założeniu, że procedura wykonawcy będzie trwała minimum 5 miesięcy spowoduje, że zamawiający nie udzieli zamówienia i nie podpisze umowy z nowym wykonawcą w odpowiednim czasie, a w konsekwencji od 22 października 2023 r. nie będzie wykonawcy utrzymującego Platformę e-Zamówienia, jak również nie będzie możliwe rozpoczęcie prac związanych z wdrożeniem nowych formularzy unijnych oraz niezbędnych

modyfikacji. Doświadczenie nabyte podczas postępowania przeprowadzonego w bieżącym roku i unieważnionego w maju 2023 r. wskazuje, iż w przypadku postępowania w wyniku rozstrzygnięcia którego może nastąpić zmiana wykonawcy, szacując czas niezbędny do przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia należy dodatkowo uwzględnić również ryzyko związane z działaniami dotychczasowego wykonawcy lub innych wykonawców, którzy mogą korzystać ze środków ochrony prawnej na każdym etapie postępowania (co nastąpiło podczas ww. unieważnionego postępowania). Jednocześnie biorąc pod uwagę, że procedura przyspieszona daje oszczędność jedynie 20 dni na etapie składania ofert, nie powoduje jednak skrócenia terminów związanych z ewentualnymi postępowaniami odwoławczymi (które mogłyby wystąpić na każdym etapie postępowania). Czas niezbędny do wyłonienia wykonawcy zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego przyspieszonego nadal wynosiłby minimum 5 miesięcy. Ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia zamawiający nie może udzielić przedmiotowego zamówienia również w trybie przetargu ograniczonego, jak i trybie negocjacji z ogłoszeniem. Procedury udzielania w tych trybach z uwagi na ich etapowość są znacznie dłuższe niż procedura udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający wskazał, iż pilna potrzeba udzielenia zamówienia spowodowana jest koniecznością zapewnienia nieprzerwanego działania Platformy w zakresie wszystkich jej funkcjonalności począwszy od 22.10.2023 r., czyli po zakończeniu obecnie obowiązującej umowy, w ramach której zapewnione jest utrzymanie Platformy. Z narzędzi takich jak BZP, Sprawozdania roczne i Formularz informacji o złożonych ofertach i wnioskach korzysta około 30 tysięcy użytkowników, czyli wszyscy zamawiający udzielający zamówień, natomiast z pozostałych narzędzi służących do obsługi elektronicznego procesu udzielania zamówienia publicznego oprócz zamawiających korzysta również wielu wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne i liczba ta stale rośnie. Platforma e-Zamówienia jest narzędziem, w ramach którego zgodnie z art. 469 pkt. 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydaje Biuletyn Zamówień Publicznych, w którym zamieszczane są ogłoszenia przewidziane ustawą Pzp, a zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określony został zakres informacyjny oraz obowiązek dla zamawiających

w zakresie wypełniania i trybu przekazywania wybranego ogłoszenia do publikacji, tylko i wyłącznie w systemie udostępnianym w tym zakresie przez Prezesa UZP. Zatem brak zapewnienia ciągłości działania BZP od dnia 22.10.2023 r. spowoduje wstrzymanie około trzydziestu tysiącom zamawiających możliwości wszczynania i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze krajowej dla usług, dostaw i robót budowlanych. Ponadto niezbędne jest zapewnienie kluczowej funkcjonalności, tj. budowa

i wdrożenia nowych formularzy ogłoszeń unijnych (eForms) na rządowej Platformie e-Zamówienia w ramach usługi eSendera Platformy oraz wykonanie modyfikacji Platformy e-Zamówienia niezbędnych do jej prawidłowego funkcjonowania, rozliczanych w ramach przewidywanej w OPZ liczby godzin (wstępnie oszacowano na 4 tys. dodatkowo płatnych roboczo/godzin). Jednocześnie brak zapewnienia działania usług biznesowych bezpłatnej rządowej Platformy e-Zamówienia będzie miało wpływ na niemożność realizacji przez zamawiających i wykonawców następujących obowiązków ustawowych:

- art. 23 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie publikacji planów postępowań o udzielenie zamówień;
- art. 61 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie komunikacji elektronicznej w postępowaniu lub konkursie;
- art. 68 ustawy Pzp w zakresie przekazywania ofert, wniosków o dopuszczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie przez wykonawców w postępowaniach dla których storna internetowa prowadzonego postępowania jest Platforma e-Zamówienia;
- art. 81 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie przekazywania Prezesowi UZP informacji

o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach;

- art. 82 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie przekazywania Prezesowi UZP rocznego

sprawozdania o udzielonych zamówieniach;

- art. 18 ust. 5 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w zakresie publikacji ogłoszeń dotyczących zawierania umów koncesji.

Brak zapewnienia działania usług biznesowych Platformy będzie mieć wpływ również na aspekt ekonomiczno-społeczny mianowicie:

- rządowa Platforma e-Zamówienia jest bezpłatnym narzędziem udostępnianym całemu rynkowi zamówień publicznych, w przypadku braku zapewnienia przez Prezesa UZP utrzymania tego narzędzia wystąpi konieczność zakupu przez zamawiających rozwiązań komercyjnych do elektronicznej komunikacji w postępowaniach i pokrycie tego kosztu przez Skarb Państwa. Koszt taki przy minimalnych założeniach to kwota ok. 200 mln zł rocznie;
- niedotrzymania zobowiązań wynikających z zawartego z CPPC Porozumienia o dofinansowanie projektu ze środków UE, w zakresie niedotrzymania trwałości projektu tj. braku utrzymania Platformy, skutkować będzie nałożeniem na Skarb Państwa korekty finansowej lub zobligowaniem Skarbu Państwa do zwrotu całości otrzymanego z UE dofinansowania (kwota przyznanych środków z budżetu UE to 35,2 mln zł);
- niedostępność Platformy dla uczestników rynku zamówień publicznych, którzy obecnie korzystają z Platformy spowoduje czasowy (do czasu zapewnienia narzędzia do obsługi procesu udzielenia zamówienia samodzielnie przez zamawiających) brak możliwości

przewodzenia postępowań unijnych, które stanowią 30% wszystkich udzielanych zamówień publicznych;

- przerwanie dostępności Platformy dla uczestników rynku zamówień publicznych, którzy obecnie z niej korzystają, spowoduje brak możliwości kontynuowania prowadzenia postępowań krajowych jak i unijnych ze względu na brak możliwości zmiany strony prowadzonego postępowania w trakcie trwania procedury o udzielenie zamówienia publicznego;
- brak możliwości wykonywania nałożonych na zamawiających przepisami prawa zadań z zakresu zamówień publicznych wynikający z braku możliwości korzystania z Platformy.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, iż pilność udzielenia zamówienia tak naprawdę jeszcze nie powstała, ponieważ zamawiający ma możliwość dokonania zmian w umowie

z obecnym wykonawcą w zakresie okresu jej trwania m.in. na podstawie przepisów art. 144 ustawy Pzp należy wskazać, że są to dwie różne kwestie i ewentualna zmiana umowy w tym zakresie nie ma znaczenia dla oceny wystąpienia pilności udzielenia niniejszego zamówienia, która występuje obiektywnie już w tym momencie.

Wskazane natomiast uwagi odwołującego dotyczącego kręgu podmiotów zaproszonych przez zamawiającego do negocjacji wykraczają poza zakres czynności, które mogą być kwestionowane w odwołaniu skierowanym na czynność wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Reasumując należy zatem uznać, że zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na konieczność ochrony ważnego interesu publicznego oraz majątkowego, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe, w świetle opisanych okoliczności faktycznych sprawy uzasadnione jest przyjęcie, że zachodzą wszystkie przesłanki zastosowania trybu określone w art. 209 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. W tym przypadku interes w udzieleniu zamówienia nie dotyczy wyłącznie interesu samego zamawiającego, ale przede wszystkim interesu wszystkich zamawiających korzystających z Platformy e-Zamówienia, prowadzących postępowania w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych. Niedopuszczalne jest zakłócenie tego procesu zamawiającym poprzez brak zapewnienia utrzymania systemu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza w całości podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego, uznając je za własne. Ponadto Izba stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 209 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 albo nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w

istotny sposób zmienione;

2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;

3) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju;

4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można

zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający powołał się na przesłankę z punktu 4, uzasadniając jej zastosowanie w sposób następujący „Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji. Ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć, oraz zgodnie z warunkami ściśle określonymi w dyrektywie.

Wyjaśnienie:

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia wynika z konieczności zapewnienia nieprzerwanego działania Platformy e-Zamówienia od 22.10.23, czyli po zakończeniu obecnej umowy. Platforma jest jedynym bezpłatnym narzędziem, które umożliwia komunikację elektroniczną w postępowaniu, oraz narzędziem udostępniającym BZP (jeden publikator, w którym zamieszczane są ogłoszenia zgodnie z rozp. MRPiT w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych). Brak ciągłości działania BZP od 22.10.23 spowoduje wstrzymanie ok 30 tys. zamawiającym możliwości wszczynania i kontynuowania na Platformie prowadzenia postępowań. Spowoduje również niedotrzymanie zobowiązań wynikających

z Porozumienia o dofinansowanie projektu ze śr. UE, w zakresie niedotrzymania trwałości projektu, tj. braku utrzymania funkcjonalności Platformy w 5-letnim okresie, co skutkować może nałożeniem na Skarb Państwa obowiązku zwrotu całości lub części otrzymanego z UE dofinansowania na budowę Platformy. Umowa z nowym wykonawcą musi zostać zawarta na ok 2 mce przed 22.10.23 (okres potrzebny na przejście systemu). Zamawiający wszczął poprzednie post. dot. tego zam. w trybie przetargu nieograniczonego odpowiednio wcześniej, tj. 17.03.2023, z terminem składania ofert na 18.04.23 (przesunięty ostatecznie na 23.05.23). Informację o postępowaniu wraz z orientacyjną wartością zam. netto: 11,5 mln zł opublikowano w BZP 2.03.23 w planie postępowań. Zam. przyjął, że niezbędny czas na przeprowadzenie post. to ok. 5 mcy (wg danych za 2022 rok średni czas trwania postępowania w trybie PN-92 dni). Termin wszczęcia post. był skorelowany z działaniami UPUE, który udostępnił wymagania techniczne i zasoby do budowy eFORMS. Zam. wszczął post. w dacie gwarantującej, że najnowsza obowiązująca wówczas wersja eForms Software Development Kit (SDK), w oparciu o którą będą wykonane eFORMS nadal będzie obowiązywać

w momencie ich odbioru. UPUE nie gwarantuje utrzymywania danej wersji SDK dłużej aniżeli przez 12 mcy. Wersja 1.6 SDK została wydana 14.03.23, zatem gwarantowany czas jej obowiązywania umożliwił odbiór rozwiązania opartego na tej wersji i przynajmniej kilkumiesięczne jej funkcjonowanie na środowisku produkcyjnym, jak również niezbędny

czas na przystosowanie aplikacji do kolejnej wersji. 23.05.23 złożono jedną ofertę z ceną 37880310 zł brutto. Cena oferty dla zamówienia na budowę eForms oraz rozwój funkcjonalności i usługi utrzymania przewyższa o 34,5% kwotę za jaką utrzymywano i zbudowano od podstaw całą Platformę (28167000 zł brutto). Zam. nie mógł przewidzieć, że otrzyma ofertę, która o ponad 23,5 mln zł przewyższy kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający oszacował wartość zam. uwzględniając ponad 2-krotny wzrost miesięcznego wynagrodzenia za utrzymanie Platformy w stosunku do obecnego. Nie można było przewidzieć, że w jedynej ofercie (złożonej przez dotychczasowego wykonawcę), miesięczne wynagrodzenie za utrzymanie będzie około 10-krotnie wyższe, niż obecna kwota i ponad 3-krotnie wyższa od przyjętych szacunków do wyceny. 31.05.23 Zamawiający unieważnił postępowanie na podst. art. 255 pkt 3 Pzp. Powtórzenie post. w trybie PN to min. 5 mcy. Procedura przyspieszona daje jedynie oszczędność 20 dni na etapie składania ofert. Z uwagi na pilną potrzebę udz. zam. Zam. nie może udzielić go również w trybie przetargu ograniczonego, jak i w trybie negocjacji z ogłoszeniem (zgodnie z danymi za 2022, średni czas trwania postępowania w trybie PO wynosił 108 dni, a w trybie NO–130 dni). Zachodzą zatem przesłanki określone w art. 209 ust. 1 pkt 4) Pzp, tj. pilna potrzeba udzielenia zamówienia

z uwagi na konieczność ochrony ważnego interesu publicznego oraz majątkowego, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia”.

Nie ulega wątpliwości, iż z treści przepisu art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji

z ogłoszeniem), bezspornie wynika, że aby zamawiający miał możliwość zastosowania trybu zamówienia publicznego negocjacji bez ogłoszenia muszą być spełnione wszystkie przesłanki określone ww. przepisem, tj.:

- występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia,

- pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- potrzeby tej wcześniej nie można było przewidzieć,
- nie można zachować terminów określonych przez PZP dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, lub negocjacji z ogłoszeniem.

Analizując poszczególne przesłanki omawianego przepisu, Izba wskazuje, co następuje.

1. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe zamówienie, stanowi ten typ zamówienia, który jest krytyczny pod kątem wartości gospodarczej dla większości podmiotów występujących na rynku zamówień publicznych w Polsce (zarówno zamawiających jak i wykonawców). Ochrona ważnego interesu publicznego, jakim jest z całą pewnością zabezpieczenie ciągłości prawidłowego działania platformy zamówieniowej wprost determinuje konieczność uznania, że w zaistniałej sytuacji bezspornie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

2. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Przy ocenie spełniania wskazanej przesłanki, konieczne jest obiektywne ustalenie, czy zamawiający, dokonując szeregu czynności mających za cel udzielenie tego przedmiotu zamówienia, działał z należytą starannością i w odpowiednich terminach i czy miały one wpływ na pozytywną ocenę spełnienia tej przesłanki, tj. czy pilna potrzeba nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Oczywistym jest, że przy ocenie tego elementu przesłanki, należy wziąć pod uwagę tylko te okoliczności, które są bezpośrednio związane

z tym przedmiotem zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie ma racji odwołujący, że czynności zamawiającego w nieuzasadniony sposób doprowadziły do zastosowania trybu niekonkurencyjnego. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający z odpowiednim wyprzedzeniem wszczął procedurę udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (marzec 2023), przewidując, iż zakończy się ono sukcesem. Jednakże w wyniku dużej liczby pytań (co skutkowało wydłużeniem terminu składania ofert), oraz ostatecznie w wyniku otrzymania tylko jednej oferty, której cena znacznie przewyższała możliwości finansowe zamawiającego, postępowanie zostało unieważnione (30 maja 2023).

Zdaniem Izby przekazanie przez zamawiającego ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante (2023/S 122-385860), w dniu 23 czerwca 2023 roku, nie świadczy o opieszałości zamawiającego. Wręcz przeciwnie stanowić może podstawę do uznania, iż zamawiający drobiazgowo przygotowywał się do nowego postępowania, uwzględniając aspekt osiągnięcia zamierzonego celu – podpisania umowy. Zamawiający oszacować musiał na nowo aspekt finansowy zamówienia, biorąc pod uwagę określone koszty w kontekście zakresu zamówienia z uwzględnieniem określonych funkcjonalności systemu. Nie sposób zatem

zarzucać zamawiającemu opieszałości w działaniu. Profesjonalnie przygotowane postępowanie zmniejsza bowiem ryzyko jego unieważnienia. Tym bardziej, że czas pozostały do zawarcie umowy, z każdym dniem się skraca. Nie może również dziwić, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia bez podziału na jego części.

Zdaniem Izby, infrastruktura krytyczna związana z działalnością platformy e-Zamówienia, wymusza wręcz na zamawiającym udzielenie jednego zamówienia, bez podziału na części. Jak to wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, to w dyspozycji zamawiającego pozostaje decyzja o podzieleniu zamówienia na części. Tym samym niejako wymuszanie na zamawiającym podzielenia zamówienia na części w sytuacji, gdy sposób realizacji zamówienia jako całości, daje gwarancję jego pełnej obsługi, bez konieczności koordynowania wielu podmiotów i jednocześnie minimalizuje ryzyko jego niewłaściwego realizowania, a zatem prawidłowego działania. Co za tym idzie jedno zamówienie, realizowane przez 24 miesiące daje pewność stabilności produktu i jego obsługi.

3. Potrzeby tej wcześniej nie można było przewidzieć.

Jak wynika z powyższego, nie sposób twierdzić, że potrzebę udzielenia zamówienia dało się wcześniej przewidzieć. Okolicznością bezsporną jest potrzeba udzielenia zamówienia, gdyż dotychczasowa umowa kończy obowiązywać 22 października 2023 roku. Zamawiający wykonał szereg czynności, które miały za cel udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Nie jest winą zamawiającego, że cena oferty znacząco przewyższała możliwości finansowe zamawiającego. Tym samym nie sposób wywodzić, że zamawiający w taki sposób prowadził czynności, aby móc zastosować tryb niekonkurencyjny. Zbieg okoliczności, zupełnie obiektywnych i niezależnych od zamawiającego, nie może stanowić podstawy do twierdzenia, że zamawiający powinien wszystkie te okoliczności przewidzieć z odpowiednim wyprzedzeniem (2019 rok). W każdym postępowaniu istnieje element ryzyka. Jednakże nie po to ustawodawca przewidział możliwość zastosowania określonych trybów udzielania zamówienia publicznego, aby zamawiający nie mógł z nich korzystać. Oczywiście muszą zostać spełnione określone przesłanki do ich zastosowania.

Oceniając zatem przesłankę pilności udzielenia zamówienia i nieprzyczynienia się zamawiającego do jej powstania należy brać pod uwagę racjonalne założenia co do przewidywanego czasu trwania procedury oraz zobiektywizowane czynniki mogące mieć wpływ na czas jej trwania, nie zaś wszystkie możliwe ryzyka, jakie mogą (hipotetycznie) wystąpić.

4. Nie można zachować terminów określonych przez PZP dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Oczywistym jest, że mając doświadczenie z dotychczas prowadzonego postępowania oraz będąc pod presją czasu zamawiający nie ma możliwości do zastosowania ww. trybów, z uwagi na terminy jakie obowiązują w przypadku ich zastosowania. Za w pełni zasadne Izba uznaje stanowisko zamawiającego związane ze statystykami czasu prowadzenia postępowania

w branży IT, które uniemożliwiają przeprowadzenie postępowania w ww. trybach, tym bardziej, że w trybie wybranym przez zamawiającego również zostają zachowane zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Co prawda ze względu na charakter trybu negocjacji bez ogłoszenia jest to w pewien sposób ograniczone, ale ogólnie zasady są zachowane.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie: