

Poznań, dnia 15 grudnia 2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
w Warszawie
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający: Szpital Wojewódzki w Poznaniu, ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań, tel.: 61 8212 200, e-mail: zaopatrzenie@lutycka.pl

Odwołujący: Nexus Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań, numer KRS: 0000014544, tel.: 61 64 60 981, faks: 61 64 60 980, e-mail: biuro@nexuspolska.pl, z zarządem w składzie: Ewa Dobaczewska-Szalczyk, Jacek Marcin Kobusiński, Paweł Roman Masadyński, reprezentowana przez: Agnieszkę Smuszkiewicz – pracownika Nexus Polska

Dotyczy (przedmiot zamówienia): postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”, znak sprawy: SZW/DZP/37/2022, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 14 czerwca 2022 r. pod numerem: 2022/S 113-318819

ODWOŁANIE

od działań i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu”, znak sprawy: SZW/DZP/37/2022

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 - 2 w zw. z art. 514 ust. 1 i art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.; dalej jako „pzp”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z ustawą czynności Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ww. ustawy, poprzez niezgodne z jej przepisami:

- odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku podstaw odrzucenia;
- unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo braku podstaw unieważnienia, podczas gdy to Postępowanie powinno zakończyć się wyborem najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego;
- zaniechanie udostępnienia Odwołującemu kompletnego protokołu Postępowania;

co doprowadziło do przeprowadzenia Postępowania z istotnym naruszeniem ustawy mającym wpływ na jego wynik

i w związku z tym **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp**, poprzez niezasadne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena ofertowa oferty Odwołującego jest ceną rynkową i nie jest zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;
2. **art. 224 ust. 6 pzp**, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem na skutek błędnego przyjęcia, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
3. **art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp**: poprzez zaniechanie przedstawienia Odwołującemu pełnego, szczegółowego i konkretnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia zasad: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i jawności postępowania;
4. **art. 16 pkt 1 i 2 pzp**: poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty w następstwie odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowaniu w oparciu o kryteria nieznajdujące oparcia w przepisach ustawy oraz niewykazane przez Zamawiającego w uzasadnieniach podjętych decyzji;
5. **art. 18 ust. 1 pzp**: poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w zakresie w jakim Odwołujący został pozbawiony możliwości samodzielnej kontroli pod kątem prawidłowości i zgodności z przepisami czynności podejmowanych przez Zamawiającego z racji niezgodnych z przepisami pzp uzasadnień zawiadomień o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania;
6. **art. 255 pkt 2 pzp**: poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, mimo iż oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu;
7. **art. 74 ust.1 i ust. 2 pzp**: poprzez zaniechanie udostępnienia, po unieważnieniu postępowania, załączników do protokołu postępowania, obejmujących:
 - a) nieudostępnione części oferty Kamsoft S.A. obejmujące materiały producenta oferowanego sprzętu i oprogramowania, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych części oferty, jeżeli przedmiotowe części zostały utajnione przez wykonawcę;
 - b) wyjaśnienia Kamsoft S.A. dotyczące rażąco niskiej ceny, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych wyjaśnień, jeżeli przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę;
 - c) kompletne materiały, w tym korespondencję Zamawiającego prowadzoną z firmami, które nie uczestniczą w przetargu, dotyczące wyceny przedmiotu zamówienia, stanowiące podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego stanowiska, że oferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska;

mimo obowiązku Zamawiającego ich udostępnienia;

i wobec powyższego **wnoszę o**:

- I. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
 - 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu;
 - 3) dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

- 4) udostępnienie Odwołującemu całego protokołu postępowania według stanu aktualnego na dzień udostępnienia wraz z następującymi załącznikami:
 - a) częścią oferty Kamsoft S.A. obejmującą materiały producenta oferowanego sprzętu i oprogramowania, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tej części oferty, jeżeli przedmiotowa część została utajniona przez wykonawcę;
 - b) wyjaśnieniami Kamsoft S.A. dotyczącymi rażąco niskiej ceny, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych wyjaśnień, jeżeli przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę;
 - c) kompletnymi materiałami, w tym korespondencją Zamawiającego prowadzoną z firmami, które nie uczestniczą w przetargu, dotyczącą wyceny przedmiotu zamówienia, stanowiącą podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego stanowiska, że oferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska;
- II. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży systemów informatycznych obsługujących placówki służby zdrowia jest zainteresowany dalszym udziałem w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego niezasadne odrzucenie oferty oraz niezasadne unieważnienie postępowania skutkowało utratą możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, a w dalszej kolejności zawarcia umowy i realizacji zamówienia, co doprowadziło do szkody po stronie Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania:

Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną o odrzuceniu przez Zamawiającego jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania w dniu 12 grudnia 2022 r. Mając na względzie brzmienie art. 515 ust. 1 pkt 1 pzp, stanowiącego, że odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin 10-dniowy na wniesienie niniejszego odwołania, upływa więc w dniu 22 grudnia 2022 r. Uznać zatem należy, że odwołanie zostało wniesione w terminie.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu:

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania wraz z usługami wdrożenia, szkolenia i opieki serwisowej - Ujednolicenia systemów HIS i ERP w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.
2. Ogłoszenie o zamówieniu został opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 czerwca 2022 r., pod numerem: 2022/S 113-318819. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5 289 000,00 zł brutto.
3. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu w wysokości 4 920 598,08 zł brutto, w tym cena za serwis i utrzymanie w wysokości 96 000,00 zł brutto.
4. W dniu 27 września 2022 Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu z racji powzięcia wątpliwości, iż zaoferowana przez Odwołującego cena, koszt, lub ich części składowe przedmiotu zamówienia – w odniesieniu do zaoferowanej przez Odwołującego wartości wykonania zamówienia przez serwis i utrzymanie - były rażąco niskie w stosunku do dotychczasowych kosztów ponoszonych przez Zamawiającego, co budziło jego wątpliwości co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.
5. Odwołujący w określonym przez Zamawiającego terminie, w dniu 30 września 2022, przedłożył Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie z dnia 27 września 2022 do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za serwis i utrzymanie.
6. **Dowód:** Wezwanie z dnia 27 września 2022 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny akta Postępowania
7. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 30 września 2022 r. akta Postępowania
8. W przedłożonych wyjaśnieniach Odwołujący szczegółowo i przejrzyście wykazał, że wartość zamówienia została w ofercie skalkulowana rzetelnie, z należytą starannością, a zaoferowana cena za serwis i utrzymanie jest ceną wiarygodną, realną i rynkową, uwzględniającą specyfikę działalności w sektorze ochrony zdrowia na rynku IT. Przedstawiona w ofercie cena za serwis i utrzymanie uwzględniała wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia i gwarantowała należyte wykonanie przez Odwołującego przedmiotu zamówienia.
9. Ponadto w dniu 17 listopada 2022 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do udostępnienia w trybie art. 74 ust. 2 pzp protokołu postępowania wraz z załącznikami:
 - (1) ofertą wykonawcy: KAMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach, wraz z kompletem dokumentów złożonych z daną ofertą,
 - (2) korespondencją pomiędzy Zamawiającym a ww. Wykonawcą,
 - (3) pismami, informacjami i wszelkimi innymi materiałami przedłożonymi przez ww. Wykonawcę w toku postępowania,
 - (4) kartami indywidualnej oceny ofert, jeśli doszło do takiej oceny przed datą udostępnienia.

10. **Dowód:** Wniosek z dnia 17 listopada 2022 r. o udostępnienie protokołu akta Postępowania postępowania
11. Zamawiający w dniu 12 grudnia 2022 r. zawiadomił Odwołującego drogą elektroniczną:
- o odrzuceniu jego oferty;
 - o unieważnieniu postępowania w oparciu art. 255 pkt. 2 ustawy pzp.
12. W ramach uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:
13. **Uzasadnienie faktyczne:** W trakcie przygotowania zakresu działań niezbędnych do wykonania zadań związanych z realizacją przedmiotowego postępowania przetargowego Zamawiający podjął czynności zmierzające do określenia zakresu rzeczowego, merytorycznego oraz finansowego związanego z realizacją zadania dotyczącego ujednolicenia systemów szpitalnych w Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu. Jednym z ważniejszych kryteriów dotyczących zadania były miesięczne koszty utrzymania systemów szpitalnych, które w obecnym modelu pracy na dwóch systemach HIS kształtują się w kwocie około 100 tys. zł. Jednocześnie zakres działań wynikających ze zmian, które są oczekiwane podczas wdrożenia projektu w zakresie oprogramowania, sprzętu oraz integracji z systemami szpitalnymi bardzo odbiega od obecnie wdrożonych rozwiązań. Największą różnicę stanowi kompleksowe podejście do integracji pomiędzy systemem HIS i ERP oraz narzędziami wspierającymi, co w ocenie Zamawiającego znając realia rynkowe dotyczące kosztów budowy i utrzymania systemów IT obciąża budżet Wykonawcy a tym samym wpływa istotnie na cenę końcową. Biorąc pod uwagę koszty związane z budową i utrzymaniem interfejsów pomiędzy systemami oraz średnie wynagrodzenia na rynku IT w zakresie zespołów developerskich (programiści) oraz po analizie informacji uzyskanych od Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej oraz biorąc pod uwagę obecnie ponoszone przez Szpitalu Wojewódzkim w Poznaniu koszty miesięczne utrzymania i aktualizacji systemów HIS i ERP Zamawiający podjął działania zmierzające do weryfikacji cen na rynku informatycznych systemów szpitalnych. W związku z tym, skierowano zapytania do kluczowych twórców i integratorów systemów HIS i ERP, którzy nie brali udziału w naszym postępowaniu o szacowane koszty wdrożenia i kosztów utrzymania systemu informatycznego w oparciu o dokumentację przetargową ogłoszoną w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Biorąc pod uwagę odpowiedzi dostawców informatycznych w których wskazano w szczególności kilkadziesiąt razy wyższe koszty utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych oraz biorąc pod uwagę obecne koszty ponoszone przez Szpital, sytuację na rynku gospodarczym (inflację) oraz biorąc pod uwagę wyjaśnienia przekazanych przez Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny – w ocenie Zamawiającego ww. informacje nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.
14. a jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy.
15. Natomiast w ramach uzasadnienia faktycznego unieważnienia Postępowania Zamawiający podał jako przyczynę odrzucenie wszystkich ofert, a jako podstawę prawną przedmiotowej czynności – art. 255 pkt 2 pzp.
16. **Dowód:** zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego akta Postępowania
17. Zawiadomienie o unieważnieniu Postępowania akta Postępowania

18. W odpowiedzi na wezwanie Odwołującego z dnia 17 listopada 2022 roku do udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami, Zamawiający drogą elektroniczną w dniu 13 grudnia 2022 r. przesłał Odwołującemu ofertę KAMSOF S.A. złożoną w Postępowaniu oraz dokument protokołu postępowania aktualny na dzień 28 listopada 2022 r.
19. W związku z powyższym w dniu 16 grudnia 2022 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego kolejne wezwanie o przedłożenie brakujących dokumentów Postępowania, w odpowiedzi na które w dniu 21 grudnia 2022 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu zawiadomienie o odrzuceniu oferty Kamsoft S.A., wniosek do Kamsoft S.A. o przedłużenie terminu związania ofertą wraz z odpowiedzią wykonawcy oraz wezwanie do ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

II. Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne, natomiast stosownie do art. 260 ust. 1 pzp o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

20. Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Zgodnie ze wskazaną przez Zamawiającego podstawą tej decyzji, art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponieważ, jak wynika z przedstawionego wyżej stanu faktycznego, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, należy mieć również na względzie art. 224 ust. 6 pzp, zgodnie z którym odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w cenie oferty lub kosztu.

21. Na Zamawiającego nałożony jest obowiązek nie tylko wskazania uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, lecz w takim samym stopniu Zamawiający zobowiązany jest do wskazania uzasadnienia faktycznego. Z technicznego punktu widzenia Zamawiający powinien w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty dokonać subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do odpowiedniej normy prawnej. Z uzasadnienia sporządzonego przez Zamawiającego winien zatem wynikać precyzyjny opis przyczyn podjętej decyzji oraz wykazanie, że w zaistniałym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej. Przykładowo, jeżeli zamawiający dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. **226 ust. 1 pkt 8** pzp z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, to „musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska¹”. Zamawiający nie może w tym zakresie oprzeć się wyłącznie na rozkładzie ciężaru dowodu wynikającym z art. **224 ust. 5** p.z.p. Zamawiający będzie zatem zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia, dlaczego złożone wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny (art. **224 ust. 6** p.z.p.)”².
22. Dodatkowo w judykaturze akcentowane jest, że art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp „stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.
23. Zatem uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego powinno być pełne i wyczerpujące. Odwołujący na podstawie prawidłowo skonstruowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego powinien uzyskać wiedzę, czym kierował się Zamawiający odrzucając ofertę. Co więcej, jednak trzeba mieć na uwadze, że odrzucenie oferty jest zasadne, gdy nie narusza podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady konkurencji o oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie e dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku Wydział VII Gospodarczy, sygn. akt VII Ga 59/08).
24. Natomiast Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w złożonych przez niego 30 września 2022 r. wyjaśnieniach nie jest wystarczająca dla uznania, że cena zamówienia zawarta w ofercie nie jest rażąco niska. Co ważne, Zamawiający nie zakwestionował żadnego z elementów wyjaśnień Odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny, a całość wyjaśnień podsumował jednym ogólnikowym stwierdzeniem, że „...biorąc pod uwagę wyjaśnienia przekazanych przez Wykonawców w procesie weryfikacji rażąco niskiej ceny – w ocenie

¹ Wyrok KIO z 11.12.2018 r., KIO 2354/18, LEX nr 2634607.

² Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 253.

Zamawiającego ww. informacje nie gwarantują realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.” Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął przedmiotowe stanowisko i jakie konkretnie zastrzeżenia ma do wyjaśnień Odwołującego. Mając na uwadze brak formułowania takich zastrzeżeń należy przyjąć, że takowych Zamawiający nie posiada. Odwołujący nie jest bowiem w stanie odnieść się do zacytowanego wyżej stanowiska Zamawiającego, które de facto sprowadza się do argumentu, że Zamawiający „uważa inaczej”.

25. Jako pozostałe motywy, które zdecydowały o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiającego wymienił:
- (1) obecne koszty miesięczne utrzymania komputerowych systemów szpitalnych jakie ponosi Zamawiający są znacząco wyższe niż koszty, które zaoferował Odwołujący,
 - (2) porównanie cen tytułem miesięcznych kosztów utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych przeprowadzone przez Zamawiającego wśród innych firm informatycznych nie biorących udziału w postępowaniu wskazuje, że ceny wskazane przez podmioty spoza postępowania są kilkadziesiąt razy wyższe niż cena zaproponowana przez Odwołującego,
 - (3) sytuacja na rynku gospodarczym (inflacja).
26. Żadna z powyższych przywołanych przez Zamawiającego przyczyn, rozpatrywana samodzielnie, a tym bardziej kumulatywnie nie może stanowić prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznego odrzucenia oferty w rozumieniu art. z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie podał żadnych konkretnych danych czy wyliczeń, które podważyłyby wyjaśnienia Odwołującego lub tłumaczyłyby stanowisko Zamawiającego. Wskazane w piśmie z dnia 12 grudnia 2022 r. przyczyny odnoszą się do okoliczności w żadnym stopniu niemających odniesienia do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Odwołującego. Żadna z nich nie ma związku z ofertą przedłożoną przez Odwołującego i nie ma żadnego powiązania z kryteriami zawartymi wobec Wykonawców w OPZ i SWZ.
27. Argument, że obecne koszty miesięczne utrzymania komputerowych systemów szpitalnych jakie ponosi Zamawiający są znacząco wyższe niż koszty, które zaoferował Odwołujący niczego nie przesądza. Zamawiający nie wskazał, z kim zawarta jest umowa, na jaki okres, w jakich okolicznościach i kiedy została zawarta, jakiego systemu dotyczy, jakie są parametry serwisu, itp. Nie dokonał żadnego porównania parametrów utrzymania obecnych systemów i rozwiązania projektowanego w ramach Postępowania. O cenie oferty decyduje cały szereg okoliczności i parametrów. Ponieważ Zamawiający nie podał żadnych informacji o warunkach obecnego serwisu, Odwołujący nie jest w stanie wyjaśnić różnicy między wynagrodzeniem Odwołującego a wynagrodzeniem płaconym obecnie przez Zamawiającego. Pomijając fakt, że Zamawiający nawet nie wskazał, jakie są jego obecne koszty utrzymania systemu, to z góry założył, że obecnie płacone przez niego wynagrodzenie ma wartość rynkową i nie jest zawyżone. Tymczasem gwarancji takiej nie ma i z faktu zawarcia umowy na określonych warunkach nie można wnosić automatycznie, że uzyskanie tego samego świadczenia za niższą cenę nie jest możliwe.
28. Za całkowite nieporozumienie uznać należy porównanie przez Zamawiającego cen tytułem miesięcznych kosztów utrzymania i aktualizacji systemów informatycznych wśród innych firm informatycznych nie biorących udziału w Postępowaniu. Po pierwsze nie wiadomo jakie dane zostały przekazane tym podmiotom celem dokonania wyceny, zwłaszcza że Zamawiający w dokumentach Postępowania nie przedstawił rozbudowanych wymagań odnośnie serwisu i

utrzymania rozwiązania, co powoduje, że oferty i wyceny mogą być bardzo trudno porównywalne. Po drugie podmioty te nie uczestniczą w przetargu, nie prowadzą więc walki konkurencyjnej, nie muszą więc zaoferować konkurencyjnej ceny. Po trzecie nie wiadomo jakimi systemami opiekują się te firmy. Tymczasem budowa i funkcjonalność systemu oraz jego skomplikowanie, a także technologia budowy mają zasadnicze znaczenie dla wyceny kosztów utrzymania danego rozwiązania. Po czwarte nie wiadomo, dlaczego przedmiotowe firmy nie biorą udziału w Przetargu, w szczególności czy działają na rynku ochrony zdrowia i w ogóle oferują systemy spełniające wymagania Zamawiającego. Porównywanie bowiem cen utrzymania różnego typu systemów jest pozbawione sensu, a działanie takie można porównać do próby uzasadnienia tezy, że cena samochodu m-ki Ford jest rażąco niska, gdyż dealerzy BMW i Mercedesa oferują pojazdy nawet 5 – 6 razy droższe.

29. W odniesieniu do trzeciego z argumentów – inflacji, Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że ta występuje. Nie wiadomo w jakim zakresie ma ona wskazywać na rażąco niską cenę oferowaną przez Odwołującego i w odniesieniu do jakich wartości Zamawiający chciałby przedmiotowy mechanizm zastosować. Teza Zamawiającego sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia, że istnienie inflacji potwierdza rażąco cenę Odwołującego. Bliższego uzasadnienia brak.
30. W orzecznictwie wskazywane jest, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu³. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryterium pełnego i wyczerpującego przedstawienia motywów działania zamawiającego⁴. Kwestia prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia czynności dokonanych przez zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania. Wskazała na to wyraźnie KIO w wyroku z 1.02.2022 r., KIO 122/22, zauważając, iż „to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty”.
31. W komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, wyd. 2022 autorzy wskazują, że „wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich

³ Wyrok KIO z 3.03.2017 r., KIO 329/17, LEX nr 2256432.

⁴ Wyrok KIO z 13.02.2017 r., KIO 193/17, LEX nr 224145

działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu⁵. „W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie”.

32. Na koniec wskazać należy, że doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.
33. Podsumowując, Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w sposób niezgodny z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp, co naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości i jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty w żadnej mierze nie wyjaśnił, dlaczego uznał, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w złożonych przez niego 30 września 2022 r. wyjaśnieniach nie jest wystarczająca dla uznania, że cena zamówienia zawarta w ofercie nie jest rażąco niska – co także stanowiło naruszenie art. 224 ust. 6 pzp.
34. Wobec powyższego, Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucenia jego oferty oraz wnosi o dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SWZ w postępowaniu i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

III. Unieważnienie Postępowania

35. W kontekście wadliwości decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, także i decyzja o unieważnieniu Postępowania narusza treść art. 255 pkt 2) pzp. Skoro bowiem, jak wynika z treści niniejszego odwołania, oferta Odwołującego nie powinna ulec odrzuceniu, brak było podstaw do unieważnienia Postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej.

IV. Zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pzp

36. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek (art. 74 ust. 1 pzp). Obowiązek udostępnienia protokołu i załączników jest jednym z przejawów zasady jawności zamówień publicznych, o której mowa w art. 18 ust. 1 pzp. W komentarzu A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 74 wskazywane jest, że „ustawodawca utrzymał generalną zasadę udostępniania protokołu wyłącznie na wniosek poszczególnych

⁵ Wyrok KIO z 16.11.2018 r., KIO 2224/18, LEX nr 2620400

zainteresowanych, np. wykonawców, co wskazuje na brak obowiązku upubliczniania go w taki sposób, aby był dostępny wobec wszystkich zainteresowanych. Należy pamiętać, że zamawiający ma obowiązek udostępnienia protokołu zgodnie z treścią złożonego wniosku i wyłącznie w zakresie w nim wskazanym”.

Natomiast, zgodnie z art. 74 ust. 2. pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert (...), nie są udostępniane jednak informacje mające charakter poufny. W szczególności mowa tu o dokumentach przekazywanych w czasie negocjacji czy dialogu oraz ofertach podlegających negocjacjom.

Szczegółowy dostęp do protokołu określa § 5 rozporządzenia z 18.12.2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434), zgodnie z którym Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. „Powyższe jednak nie oznacza, że należy dokonać tego natychmiast. Zamawiający ma bowiem obowiązek zweryfikowania oferty pod kątem ewentualnie zawartych w niej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa”⁶. Zamawiający został wezwany przez Odwołującego do udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami dwukrotnie, w dniu 17 listopada 2022 r. i 16 grudnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na wezwanie w dniu 13 grudnia 2022 i 21 grudnia 2022 r., zatem już po unieważnieniu postępowania, jednakże nie udostępnił on (mimo ustawowego obowiązku) załączników do protokołu postępowania, obejmujących:

- a) nieudostępnione części oferty Kamsoft S.A. obejmujące materiały producenta oferowanego sprzętu i oprogramowania, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych części oferty, jeżeli przedmiotowe części zostały utajnione przez wykonawcę;
- b) wyjaśnienia Kamsoft S.A. dotyczące rażąco niskiej ceny, ewentualnie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące tych wyjaśnień, jeżeli przedmiotowe wyjaśnienia zostały utajnione przez wykonawcę;
- c) kompletne materiały, w tym korespondencję Zamawiającego prowadzoną z firmami, które nie uczestniczą w przetargu, dotyczące wyceny przedmiotu zamówienia, stanowiące podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego stanowiska, że oferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska;

Dodatkowo w rozmowie telefonicznej Zamawiający wskazał, że powodem nieprzekazania Odwołującemu wnioskowanych załączników było ich utajnienie jako wiadomości stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, udostępniając Odwołującemu protokół postępowania Zamawiający pisemnie nie poinformował, że nieprzekazane załączniki zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ani nie przekazał dokumentów zawierających uzasadnienie ich utajnienia, które to dokumenty są dokumentami jawnymi.

Odwołujący wskazuje, że kwestia ujawnienia pozostałym wykonawcom przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny była przedmiotem rozważań w wyroku KIO z dnia 25 maja 2022, sygn. akt KIO 1191/22. W wyroku tym „skład orzekający stwierdził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim. Oferta w znaczeniu wąskim to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej

⁶ P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021

umowy (art. 66 § 1 kodeksu cywilnego), w zamówieniach publicznych przyjmuje się, że jest to oświadczenie wykonawcy o zakresie świadczenia i jego cenie, zawarte w formularzu ofertowym. Jednak w zamówieniach publicznych przyjęto koncepcję oferty sensu largo - "to wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę" (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 listopada 2022 r., sygn. akt 2344/18). W konsekwencji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ujawnić wykonawcom w takim trybie, jak ofertę, a nie - jak chce Odwołujący - jak inne załączniki do protokołu postępowania. Jest to pogląd obecnie ugruntowany, zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie (tak też Agnieszka Matusiak w komentarzu do art. 74 Prawa zamówień publicznych (w:) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, wyd. 3, 2022 r., Legalis)".

W komentarzu. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 74 autorzy podnoszą także, że „Brak pełnej znajomości zawartości wniosków (w tym uzupełnień i wyjaśnień) uniemożliwiłoby wykonawcom realną ocenę wniosku od momentu otrzymania informacji o wynikach kwalifikacji. Odmienne uregulowanie tej kwestii pozwalałoby na powrót do kwestionowania wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu po wyborze najkorzystniejszej oferty, co w efekcie mogłoby spowodować konieczność kwestionowania prawidłowości dokonania czynności wyboru wykonawcy, jeżeli okazałoby się, że wniosek tego wykonawcy powinien być zostać odrzucony”.

Zamawiający nie udostępniając Odwołującemu wnioskowanych załączników naruszył art. 74 ust. 1 i ust.2 pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem uniemożliwia Odwołującemu podniesienie merytorycznych zarzutów wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zatem z zarzutem skorelowany jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu protokołu postępowania oraz kompletu załączników

37. W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione.

Za Odwołującego:

Wykaz załączników:

- | | |
|-----------------|--|
| Załącznik nr 1. | Odpis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego; |
| Załącznik nr 2. | Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej; |
| Załącznik nr 3. | Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości; |
| Załącznik nr 4. | Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu; |