

WYROK
z dnia 13 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **ZETO Projekt Sp. z o.o., ul. S. Pięczęnego 15, 10-003 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Wieliczki, ul. Lipowa 53, 19-404 Wieliczki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Tensoft Sp. z o.o. (lider – pełnomocnik) i Comtegra S.A., z siedzibą lidera: ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu i Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wieliczki** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od zamawiającego **Gminy Wieliczki** na rzecz wykonawcy **ZETO Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero gr) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wieliczki, ul. Lipowa 53, 19-404 Wieliczki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu w ramach realizacji projektu „Uruchomienie e-usług publicznych dla mieszkańców gminy Wieliczki”, część 1, nr G.IV.271.1.2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr: 517695-N-2020 28 lutego 2020 r.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP (tj. poniżej tzw. progów unijnych.)

Odwołujący: ZETO Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie wniósł odwołanie wobec czynności:

- 1) wyboru w części 1 Zamówienia oferty konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w składzie: Tensoft Sp. z o.o. w Opolu (dalej: „Tensoft”) oraz Comtegra S.A. w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Tensoft”);
- 2) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum Tensoft;

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Tensoft, który z przyczyn leżących po stronie Tensoft, nie wykonał lub co najmniej nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy przez zamawiającego;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Tensoft, który w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania ze względu na zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia do tego przesłanek oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami;

Stawiając powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Tensoft;
- 2) wykluczenie Konsorcjum Tensoft z Postępowania;
- 3) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący złożył ofertę, która jest jedną z dwóch złożonych w części 1 Postępowania ofert. Konsorcjum Tensoft podlega wykluczeniu, wobec czego Zamawiający powinien wybrać jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 6 PZP, w postępowaniach poniżej progów unijnych odwołanie przysługuje m.in. wobec wyboru najkorzystniejszej oferty. Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 17 listopada 2017 r. (III CZP 56/17, III CZP 58/17), stwierdził, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 PZP, mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zamawiający w pkt 5.3.3. SIWZ wskazał, że wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą przesłanki określone m.in. w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Z dokumentów udostępnionych Odwołującemu oraz Zamawiającemu wynika, że Tensoft nienależycie wykonywał zamówienie publiczne na rzecz Gminy Miejskiej Ostróda, wskutek czego zamawiający - Gmina Miejska Ostróda odstąpiła od umowy.

1.2. Tym samym Zamawiający ma obowiązek wykluczyć Konsorcjum Tensoft, którego członkiem jest Tensoft (będący członkiem konsorcjum realizującego zamówienie na rzecz Gminy Miejskiej Ostróda) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4, jak i art. 24 ust. 1 pkt 16 a następnie odrzucić ofertę Konsorcjum Tensoft na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP.

2. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP

Zamawiający w siwz przewidział, że wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 1-2, 4-6 i 8 PZP.

Oznacza to, że zastosował tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia, w tym przesłankę określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, zgodnie z którą Zamawiający wykluczy wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Zamawiający miał obowiązek wykluczyć Konsorcjum Tensoft z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP ze względu na to, że z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, Tensoft nienależycie wykonał umowę o zamówienie publiczne nr ZP.272.10.2019 zawartą z Gminą Miejską Ostróda, wobec czego umowa została rozwiązana na skutek złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy oraz zamawiający

naliczył wykonawcy karę umowną. Informacje dotyczące umowy można znaleźć częściowo na stronie BIP Gminy Miejskiej Ostróda oraz po wystąpieniu w trybie dostępu do informacji publicznej. Odwołujący przekazał otrzymane dokumenty Zamawiającemu.

Z informacji wynika, że Tensoft Sp. z o.o., działając w konsorcjum, zawarł w 10 września 2019 r. umowę o zamówienie publiczne z Ostródą (umowa nr ZP.272.10.2019)

Z informacji uzyskanych przez Wykonawcę wynika, że Tensoft Sp. z o.o.:

- 1) nie wykonał należycie przedmiotu zamówienia objętego umową z 10 września 2019 r.;
- 2) nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 3) umowa została nienależyte wykonana w istotnym stopniu;
- 4) na skutek nienależytego wykonania umowy Zamawiający odstąpił od umowy oraz naliczył wykonawcy kary umowne.

2.8. Odwołujący zamieszcza fragment pisma otrzymanego z Gminy Miejskiej Ostróda informujący, że:

1. Wykonawca tj. Tensoft Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu ul. Technologiczna 2 nie wykonał należycie przedmiotu zamówienia objętego umową nr ZP.272.10.2019 z dnia 10.09.2019 r.
2. a. nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy ,
b. w ocenie Zamawiającego umowa została nienależyte wykonana w istotnym stopniu,
c. wskutek nienależytego wykonania umowy Zamawiający odstąpił od umowy z Wykonawcą,
d. w związku z odstąpieniem od umowy z Wykonawcą Zamawiający naliczył kary umowne,
e. w chwili obecnej sprawa nie jest rozpoznawana przez sąd.
3. W załączeniu przekazuję oświadczenie o odstąpieniu od umowy z Wykonawcą oraz oświadczenie o naliczeniu kar.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, wykonawca podlega wykluczeniu w przypadku wystąpienia następujących przestank:

- (i) niewykonanie lub nienależyte wykonanie leżało po stronie wykonawcy,
- (ii) niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało stopień istotny,
- (iii) umowa dotyczyła zamówienia publicznego lub koncesji,
- (iv) umowa została zawarta z zamawiającym o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 PZP,
- (v) niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Spełnienie przesłanek określonych w pkt (i)-(ii) oraz (v) powyżej wynika wprost z oświadczenia zamawiającego - Gminy Miejskiej Ostróda, w imieniu której informacji Odwołującemu udzielił z up. Burmistrza Miasta Ostróda - Zastępca Burmistrza zał nr 2].

Zamawiający pismem z 24 kwietnia 2020 r. wezwał Tensoft do wyjaśnień w przedmiocie ustosunkowania się do zasadności odstąpienia przez Gminę Miejską Ostróda od umowy nr ZP.272.10.2019 oraz złożenia dowodów, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 5.3.3. SIWZ.

W odpowiedzi Tensoft stwierdził, że zrealizował umowę z Gminą Miejską Ostróda w zakresie przygotowania, dostawy i wdrożenia systemu informatycznego pozwalającego na udostępnienie przez Urząd Miejski w Ostródzie rozwiązań e-administracji, w tym migracji danych z aktualnie używanych systemów, uruchomieniu, przeszkoleniu pracowników i asyście powdrożeniowej w terminie do 31 grudnia 2019 r. Tensoft wskazał także, że zgłosił przed terminem wykonania umowy gotowość przeprowadzenia testów działania systemu dziedzinowego ADAŚ. W odpowiedzi Burmistrz Ostródy miał poinformować wykonawcę o przystąpieniu do testów oprogramowania z dniem 2 stycznia 2020.

W dalszej części pisma Tensoft przyznaje, że Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do poprawności działania systemu ze względu na niezgodność przekazanego do testowania systemu do opisu funkcjonalności zawartego w zał 4 do SIWZ oraz, że wyznaczył wykonawcy termin 5-ciu dni roboczych na dokonanie zmian.

Tensoft kwestionuje uwagi twierząc m.in., że postulowane przez Zamawiającego zmiany nie dotyczą funkcjonalności objętych OPZ, w szczególności w zakresie migracji danych. Tensoft twierdzi, że różnice mogły wynikać z różnic sposobu prezentowania danych oraz przyznaje, że w ramach umowy zadaniem wykonawcy było przeniesienie danych, a nie merytoryczna ich analiza. Wykonawca przytacza także korespondencję z zamawiającym z której wynika, że:

- 1) pismem z 3 lutego 2020 r. wykonawca poinformował zamawiającego, że system jest przygotowany do startu produkcyjnego (tj. co oznacza, że miesiąc po terminie wskazanym w § 2 ust. 1 umowy nadal umowa nie była zrealizowana);
- 2) system nie został odebrany i Zamawiający powtarzał poprzednie uwagi, które nie zostały przez wykonawcę uwzględnione, 24 lutego 2020 r. (prawie dwa miesiące po terminie) wykonawca nadal korespondował z Zamawiającym i nadal nie został zrealizowany projekt;
- 3) pismem z 6.03.2020 r. Zamawiający oświadczył o odstąpieniu od umowy wskazując, że:
 - a. wzywał wykonawcę do naprawy systemu wskazując konkretne zastrzeżenia;
 - b. ponowne testy systemu wykazały niezgodność systemu z umową w szczególności w zakresie migracji danych oraz funkcjonalności systemu w stosunku do opisu (zał 4 do SIWZ);
 - c. nieprawidłowości dotyczyły migracji danych, szkoleń, działania systemu podczas testów;
 - d. nastąpiło znaczące przekroczenie terminu wykonania zamówienia;
 - e. wykonawca nienależycie realizował zobowiązania, w tym wykonywał prace wadliwie.

Wykonawca twierdził, że zamawiający nie współdziałał (np. nie przekazał dokumentacji technicznej dotyczącej budowy struktury bazy danych, podczas gdy analiza umowy pozwala na stwierdzenie, że obowiązek taki nie wynikał z umowy, a ponadto wykonawca powinien zwrócić się do zamawiającego z pytaniem o taki dokument już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro jego brak uniemożliwił realizację umowy).

Zarzut wykonawcy jest niezasadny także z tego względu, że Zamawiający wielokrotnie i szczegółowo opisywał wykonawcy błędy systemu oraz szkoleń. Ciężko zatem twierdzić, że

brak wdrożenia konkretnych funkcjonalności (wskazanych przez Zamawiającego np. w piśmie z dnia 7 stycznia 2020 r. oraz w piśmie z dnia 17 stycznia 2020 r.) jest wynikiem błędów zamawiającego. Np. analizując pierwszy błąd wskazany przez Zamawiającego w zał. do oświadczenia o odstąpieniu, który dotyczy modułu - Zajęcia Pasa Drogowego należy zwrócić uwagę na to, że Zamawiający wskazuje na brak możliwości zarejestrowania wniosku w sprawie wydania decyzji, podczas przejścia do zakładki „planowane zajęcie” występuje błąd. Natomiast zgodnie z Załącznikiem nr 4 do OPZ - System Dziedzinowy:

Moduł opłat za pas drogowy ma służyć do prowadzenia rozliczeń z płatnikami z tytułu wydanych zezwoleń na prowadzenie prac związanych z zajęciem pasa drogowego. Użytkownik powinien mieć możliwość rejestrowania i obsługi składanych wniosków, wystawiania decyzji dotyczących zezwoleń na zajęcie pasa drogowego, na lokalizację zjazdu lub na umieszczenie urządzeń infrastruktury technicznej w pasie drogowym. Zatwierdzenie decyzji ma powodować naliczenie właściwej opłaty oraz windykowanie należności od wnioskujących. Moduł powinien mieć możliwość wprowadzenia i obsługi wniosku(...)

Tymczasem dostarczony system de facto uniemożliwiał korzystanie z ze względu na brak możliwości zarejestrowania wniosku. Błędne są tłumaczenia Tensoft o współdziałania Zamawiającego, stawiania wymagań szerszych niż w OPZ czy problemów z migracją danych ze względu na brak obowiązku merytorycznej analizy danych. Tensoft twierdzi, że w trakcie wdrażania systemu pojawiały się ze strony Zamawiającego nadmierne oczekiwania względne jednego modułu, zaś Zamawiający usiłował nadinterpretować kolejne zapisy OPZ (...) pomimo, iż pozostawały one poza zakresem opisu funkcjonalności. Uwagi Zamawiającego jednoznacznie wskazują, że system, który został przekazany do testów nie posiadał funkcjonalności określonych przez Zamawiającego w OPZ.

Odwołujący przytoczył powyżej pierwszą uwagę wskazaną w zał. do odstąpienia. Weryfikacja pozwoliła na stwierdzenie, że działania Zamawiającego w zakresie wezwań oraz odstąpienia były prawidłowe, gdyż pomimo upływu terminu, nie otrzymał systemu posiadającego funkcjonalności określonych w SIWZ. Załącznik do odstąpienia zawiera 35 stron uwag potwierdzających wadliwość systemu (brak wymaganych funkcjonalności). Brak oznacza, że umowa była nienależycie realizowana. Poniżej uwaga Zamawiającego: Moduł-Zajęcie Pasa Drogowego

1. Brak możliwości zarejestrowania wniosku w sprawie wydania decyzji na lokalizację zjazdu, reklamy, umieszczenia urządzeń infrastruktury, zajęcia pasa drogowego. Podczas przejścia do zakładki „Planowane zajęcie” występuje błąd -uwaga dotyczy zapisu w pkt 1 OPZ

a) Błąd podczas wpisywania wniosku o wydanie decyzji na lokalizację zjazdu. Tu print screen. 2.21. Tensoft powołuje się na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, podczas gdy jako profesjonalista powinien zgłaszać uwagi dotyczące nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia na etapie publikacji SIWZ i OPZ. Zamawiający miał obowiązek (który wykonał)

opisu funkcjonalności, których dostarczenia oczekuje, natomiast to wykonawca powinien wiedzieć czy jest w stanie dostarczyć te funkcjonalności na podstawie posiadanej dokumentacji i opisu przedmiotu zamówienia. Z dokumentacji zamawiającego - Gminę Miejską Ostróda oraz z załączników do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Tensoft wynika, że Tensoft nienależycie wykonywał zamówienie, przekazywał do testów wadliwy system, a finalnie pomimo upływu terminu realizacji zamówienia, zamawiający nie otrzymał rozwiązania zgodnego z umową i OPZ. Wynika także, że Zamawiający skutecznie odstąpił od umowy, zgodnie z §14 ust. 2 pkt 2 i 3 umowy, a Tensoft nie zakwestionował skutecznie odstąpienia. Ze względu na skutki odstąpienia (umowa przestaje obowiązywać), nie jest możliwe kontynuowanie umowy, a Tensoft nie wykazał, aby doszło do jakiegokolwiek ugody czy próby sądowego ustalenia nieskuteczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, co oznacza, że na dzień złożenia oferty, w tym oświadczenia o braku przesłanek do wykluczenia, odstąpienie było skuteczne i zasadne (odstąpienie jest datowane na dzień 6 marca 2020 r., a oferta i oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu zostały przez Tensoft podpisane 10 marca 2020 r.). Zatem zostały spełnione przesłanki wykluczenia Konsorcjum Tensoft na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP : niewykonanie lub nienależyte wykonanie leżało po stronie wykonawcy - potwierdza to trzykrotne podejście do testów, przekroczenie terminu realizacji umowy oraz spis uwag, niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało stopień istotny - wykonawca finalnie nie zrealizował umowy, zamawiający nie otrzymał działającego systemu. Została spełniona także przesłanka niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania umowy - zamawiający odstąpił od umowy z wykonawcą. Przedmiot nienależycie wykonanej umowy był zbieżny z przedmiotem niniejszego Postępowania.

Umowa dotyczyła zamówienia publicznego i została zawarta z zamawiającym publicznym.

3. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP oraz odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Tensoft z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP jest związany z zarzutem zaniechania wykluczenia jw.

Konsorcjum oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-2, 4-6 i 8 PZP, wprowadzając Zamawiającego w błąd, co obliguje Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP.

Przytoczona przesłanka stanowi obligatoryjną podstawą wykluczenia wykonawcy.

Informacje te miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, gdyż dotyczyły podstawy wykluczenia z postępowania. Zarówno działanie zamierzone jak i w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa skutkują wykluczeniem Konsorcjum Tensoft z Postępowania. Wykonawca jeszcze przed składaniem ofert posiadał informację o odstąpieniu przez zamawiającego od umowy datowanym na dzień 6 marca 2020 r. Pomimo tego złożył w dniu 10 marca 2020 r. oświadczenie że nie podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP Zamawiający powinien odrzucić ofertę, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu. Zamawiający odstępując od stosowania przepisów PZP wobec Konsorcjum Tensoft naruszył zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz wybrał ofertę niezgodnie z przepisami PZP. Zamawiający ma obowiązek stosowania przepisów w stosunku do wszystkich wykonawców w ramach postępowania. Naruszenia pozbawiły Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Załączono: umowa z 10 września 2019 r. nr ZP.272.10.2019; pismo z 2 kwietnia 2020 r., RL.1431.1.2020; oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 6 marca 2020 r., RL.042.31.9.2020 wraz z załącznikiem; /.../

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Odwołujący w odwołaniu z 1 czerwca 2020 f. zarzuca Zamawiającemu, że powinien wykluczyć wykonawcę konsorcjum Tensoft Sp. z o.o. i FISI Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 lub art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 pzp. Gmina Wieliczki stoi na stanowisku, że nie miała podstaw do wykluczenia tego wykonawcy.

Nie zgadza się z odwołującym, że przesłanki w postaci nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy oraz rozwiązania umowy wynikają wprost z oświadczenia Gminy Miejskiej Ostróda (pkt 2.10 odwołania). W orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano, iż to zamawiający w danym postępowaniu ma wykazać i uzasadnić, że zaszły wszystkie przesłanki wykluczenia wykonawcy. Nie można przyjąć, że wystarczającym dowodem dla oceny, iż umowa została niewykonana w istotnym stopniu jest oświadczenie zamawiającego, z którym została ona zawarta, gdyż ocena zasadności przesłanek wykluczenia nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie sytuacji dokonanej przez inny podmiot zamawiający (por. wyrok z dnia 14 czerwca 2019 r. KIO 988/19). Zamawiający musi samodzielnie ocenić, czy ziszczyły się wszystkie przesłanki zawarte w poszczególnych przepisach, przy czym — w ocenie Zamawiającego — uznanie, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp zasadniczo przesądza o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17.

Przechodząc do analizy ziszczenia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp Zamawiający wskazał, że nie ma sporu, iż Gmina Miejska Ostróda jest zamawiającym z art. 3 ust. 1 pkt 1-4.

Sporne jest natomiast, czy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu umowę z Gminą Miejską Ostróda oraz czy rozwiązanie umowy (odstąpienie) było skuteczne.

Podstawą odstąpienia od umowy było umowne prawo odstąpienia od umowy (przesłanka zawarta w § 14). Oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy jest jedynie poglądem strony

odstępującej i nie stanowi dowodu skuteczności takiego odstąpienia ani też dowodu na nienależytość wykonania zobowiązania.

W ocenie Zamawiającego oświadczenie Gminy Miejskiej Ostróda o odstąpieniu od umowy nie było skuteczne ze względu na treść art. 395 § 1 zd. 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. W świetle ugruntowanego orzecznictwa sądów powszechnych: „Elementem konstrukcji prawa odstąpienia od umowy, stanowiącego dodatkowe zastrzeżenie umowne, jest oznaczenie terminu, w którym stronie lub obu stronom umowy prawo to będzie przysługiwać. Podkreśla się wiążący, imperatywny charakter tego postanowienia, uzasadniający stanowisko, iż zaniechanie oznaczenia terminu pociąga za sobą nieważność zastrzeżenia prawa odstąpienia na podstawie art. 58 § 3 k.c. Termin ten jest końcowym terminem zawitym do wykonywania uprawnienia kształtującego. Z przepisu nie wynika jednak, aby musiał to być termin krótszy niż termin wykonania umowy, do której został wprowadzony” (por. Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2018 r. V CSK 493/17, podobnie: SN w z dnia 5 kwietnia 2013 r. III CSK 62/13; Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 27 lutego 2017 r. VI ACa 1260/15 i wiele innych). Przesłanka wskazana w § 14 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy nr 72.272.10.2019 z 10 września 2019 r. nie zawierała terminu, w którym Gmina mogła skorzystać z umownego prawa odstąpienia od umowy. Stąd też postanowienie to było nieważne i nie mogło stanowić podstawy rozwiązania umowy i nie ziszcila się jedna z przesłanek zawartych w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp.

Nawet gdyby z jakichś przyczyn uznać, że postanowienia o umownym prawie odstąpienia nie naruszały art. 395 § 1 kc i nie były nieważne, to i tak nie było skuteczne. Zgodnie ze wskazanymi powyżej § 14 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy Gmina Miejska Ostróda mogła odstąpić od umowy, po uprzednim wezwaniu, gdy dochodzi od znaczącego uchybienia ze strony wykonawcy. Takim istotnym uchybieniem było (ust. 2 pkt 2) wykonanie w sposób nienależyty jakiegokolwiek ze swoich głównych zobowiązań umownych (przy czym nie sprecyzowano co oznacza pojęcie „głównych zobowiązań umownych” stąd strony mogły różnie te pojęcia interpretować). Co jednak ważne: zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 1 umowy istotne uchybienie ze strony wykonawcy uprawniało do odstąpienia od umowy w zakresie niewykonanej części umowy a nie w całości i tylko, gdy w chwili składania oświadczenia o odstąpieniu te istotne uchybienia nadal miały miejsce. Ponadto w takim przypadku strony miały sporządzić protokół inwentaryzacyjny (§ 14 ust. 7) i rozliczyć się za wykonaną część zamówienia (§ 14 ust. 6). Tymczasem Gmina Miejska Ostróda odstąpiła od umowy w całości, co musiałoby oznaczać, że wykonawca nienależycie wykonał wszystkie swoje zobowiązania.

Zamawiający w oparciu o dane dostępne na BIPie Gminy Miejskiej Ostróda i informacje otrzymane z firmy Tensoft, ustalił, że przedmiot umowy opisany w Opisie Przedmiotu Zamówienia został przez Wykonawcę przygotowany jako zestaw kilku współpracujących

systemów, a mianowicie: portal mieszkańca e-Obywatel z przygotowanymi formularzami elektronicznymi do realizacji 50 e-Uслуг system elektronicznego obiegu dokumentów Dokus, cyfrowe (zwektoryzowane) wersje dokumentów planistycznych gminy oraz zintegrowany system dziedziny AdAS, w ramach którego zaimplementowano 18 modułów funkcjonalnych spośród ok. 50 dostępnych w ofercie Tensoft. Odwołujący sformułował zarzuty w zakresie wadliwego działania funkcji oprogramowania w 9 modułach funkcjonalnych systemu AdAS (spośród 18-tu modułów instalowanych dla pełnej realizacji zamówienia). Nieznane są Zamawiającemu uchybienia w działaniu elektronicznego obiegu dokumentów, systemu e-Obywatel, zwektoryzowanych dokumentów planistycznych.

Charakter usterek w obszarze, w którym sformułowano zarzuty wskazuje w większości przypadków, że system rozpoczął funkcjonowanie, zaś głównym problemem było przeniesienie danych z poprzedniej bazy w sposób automatyczny: wskazywane są nawet konkretne rekordy z bazy, w których wystąpiły niezgodności, co świadczyłoby o dojściu do końcowego etapu wdrożenia. Wiele uwag dotyczy funkcjonalności pomocniczych lub parametrów konfiguracyjnych (sortowanie, filtrowanie, konfigurowanie wydruków, brak kompletności itp.). Co istotne, Wykonawca odniósł się do wskazanych usterek wskazując na wykonane poprawki lub sposób realizacji funkcjonalności w systemach Wykonawcy. Stąd też odstąpienie od całości umowy nic było skuteczne, gdyż do pozostałych elementów umowy Gmina nie miała zastrzeżeń,

Ponadto uregulowana umową procedura odstąpienia wymaga uprzedzenia o zamiarze odstąpienia od umowy ze wskazaniem powodów (§ 14 ust. 3). Uprzedzenie o zamiarze odstąpienia od umowy sporządzono 17 stycznia 2020 r. Wskazano w nim uwagi do systemu w zakresie 9 modułów, w tym znaczna część dotyczyła migracji. Wykonawca udzielił odpowiedzi w pismach z 3 lutego i 24 lutego 2020 r., do którego dołączył instrukcję, w jaki sposób zrealizowano poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, a które to rzekomo nie zostały zrealizowane, zaś w niektórych przypadkach poprawił uchybienia (zatem nie mogły już one stanowić podstawy do odstąpienia od umowy - § 14 ust. 3 umowy). Pomimo tego Gmina Miejska Ostróda po ponownych testach systemu w dniach 25.02-02.03.2020 r. (do których nie został zaproszony wykonawca, więc nic mógł na bieżąco wskazywać, w jaki sposób zrealizował poszczególne funkcjonalności) odstąpiła od umowy, wskazując częściowo na przesłanki wskazane w uprzedzeniu (a więc zrealizowane w sposób wskazany w instrukcji) a częściowo na nowe przesłanki (a więc bez wcześniejszego uprzedzenia). Wskazanie przez wykonawcę, że rzekome braki nie miały miejsca (a funkcjonalności można zrealizować postępując zgodnie z przekazanymi instrukcjami) uniemożliwiło uznanie, że odstąpienie od umowy było skuteczne, jak również, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał umowę w istotnym stopniu.

Sam opis e-usług i wymaganych funkcjonalności (zał 4 do SIWZ) nie stanowił załącznika do umowy, stąd można mieć co najmniej wątpliwości czy zakres świadczenia obejmuje ujęte w załączniku do SIWZ wymogi.

Aby wykluczyć wykonawcę w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp zamawiający musi wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie W świetle orzecznictwa KIO (wyrok KIO 434/18): „Przy badaniu ww. przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp należy rozważyć czy odstąpienie od umowy było spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy, czy też nie oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne. Przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać też ewentualne przyczynienie się zamawiającego, powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę”. Tymczasem projekty informatyczne, z których korzystać będą pracownicy muszą się charakteryzować współdziałaniem wykonawcy i zamawiającego. Wynika to z faktu, iż dotychczasowe programy, na których pracują pracownicy z reguły różnią się od przygotowanych w ramach zamówienia. Stąd też pracownicy muszą zapoznać się z funkcjonalnościami i przy współdziałaniu z wykonawcą je opanować. Po wystąpieniu do Gminy Miejskiej Ostróda o informację w zakresie należytego wykonania umowy 72.272.10.2019, Zamawiający otrzymał te same dokumenty, które wcześniej przesłał mu odwołujący. Z ogółu posiadanych przez Zamawiającego dokumentów nie sposób stwierdzić, że wina w przyczynach odstąpienia od umowy leżała po stronie wykonawcy. Wykonawca po każdym piśmie wskazującym wady udzielał odpowiedzi wskazując w jaki sposób daną funkcjonalność osiągnąć. Z prowadzonej przez strony korespondencji nie wynika, aby wskazywane przez Gminę wady były ustalane lub omawiane w obecności obu stron. Być może omówienie tych wad w obecności przedstawicieli obu stron pozwoliłoby na ustalenie, czy faktycznie błędy wystąpiły czy też były wynikiem błędnego działania użytkowników, a jeśli tak — na ich usunięcie. Błędy w migracji mogły mieć przyczynę w błędach w dotychczasowych bazach danych. Tytułem przykładu z którym spotkał się Zamawiający można wskazać, że wpisanie w dotychczasowym programie w polu „PESEL” słowa „brak” może skutkować brakiem migracji takiego kontrahenta — dopiero ręczna korekta przez użytkownika umożliwi migrację.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego nie można mówić o skutecznym odstąpieniu od umowy z wykonawcą przez Gminę Miejską Ostróda oraz że ewentualne nienależyte wykonanie umowy miało istotny charakter i nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Skoro nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, to wykonawca nie wprowadził w błąd Zamawiającego składając oświadczenie o braku podstaw do z postępowania i tym samym nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp.

W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł, jak na wstępie.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego - Konsorcjum: Tensoft Sp. z o.o.; Comtegra S.A. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, co następuje.

I co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wykluczenie Przystępującego Wykonawcy w oparciu o w/w przepisy jest fakultatywne i możliwe byłoby jedynie po stwierdzeniu przez Zamawiającego, że Przystępujący w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wykonał umowy lub wykonał umowę nienależycie w istotnym stopniu i do tego z przyczyn po stronie Przystępującego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma przy tym obowiązku obligatoryjnego wykluczenia Przystępującego na podstawie zapisu pkt 5.3.3 SIWZ w przypadku twierdzenia, że wobec Przystępującego ziszczyły się w/w przesłanki wykluczenia.

Odwołujący całkowicie pomija bowiem treść dalszych zapisów SIWZ w pkt 5.6 i 5.7, które stanowią, iż nawet w przypadku, gdyby Wykonawca potencjalnie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-2, 4-6 i 8 ustawy, to może przedstawić

Wykonawcy dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zaś Zamawiający na tej podstawie ma prawo do podjęcia decyzji o braku wykluczenia tego Wykonawcy, uwzględniając za wystarczające przedstawione dowody.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp kładzie zaś nacisk na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części jako okoliczność samodzielna, która zaistniała w dotychczasowej karierze zawodowej wykonawcy. Warto wskazać na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE. Nr 94, s. 65), który stanowi odpowiednik art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Z przepisu wynika, że wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. „Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na "znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu" wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako "niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy".

Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. odnosi się do niewykonania lub nienależytego wykonania konkretnej danej umowy a nie szeregu innych umów” (wyrok KIO 2095/17).

W przedmiotowej sprawie– Przystępujący Wykonawca nie tylko zrealizował przedmiot zamówienia zgodnie z umową. i przedstawił go w terminie do odbioru, ale i Zamawiający — nie wykazał, w jakim zakresie Wykonawca nie wykonał umowy i czy rzekome częściowe niewykonanie umowy dotyczyło jej istotnej części.

Ponadto, z przyczyn wskazanych w dalej, brak podstaw do przypisania Wykonawcy winy za ewentualne niewykonanie umowy.

Konstrukcja omawianego przepisu powoduje, że w tym przypadku pod pojęciem „rozwiązanie” należałoby raczej rozumieć wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej, gdyż w rzeczywistości to ten rodzaj zakończenia współpracy jest najczęściej efektem nienależytej realizacji i łączy się z dodatkowymi sankcjami.

Jak wskazała Izba w wyroku KIO 2522/17: „Analiza tego przepisu wskazuje, że rozwiązanie umowy jest w tym wypadku jedynie skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym. Tym samym oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, podmiot zamawiający winien wskazać, które elementy

nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy danym wykonawcą a podmiotem zamawiającym stosunku zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie. Brak tych elementów stanowi o wadliwości dokonanej przez Zamawiającego czynności, gdyż jak zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia, pozbawia wykonawcy możliwości skutecznej obrony swych praw. Nie można bowiem zakładać, że każde naruszenie obowiązków kontraktowych będzie stanowiło przesłankę do odstąpienia od umowy i w konsekwencji do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym te istotne, z punktu widzenia podmiotu zamawiającego, elementy powinny zostać wskazane w uzasadnieniu podjętej czynności. Przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi szczególny przypadek nierzetelnego działania wykonawców, objęty sankcją wykluczenia, wpisujący się w bardziej pojemną przesłankę ujętą w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest nie tylko o zawinionym ale również poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych. (...) Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od

spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy”.

Zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów lub wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

Przystępujący był przy tym w pełni uprawniony do udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące zaistnienia podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, skoro oświadczenie w tej kwestii, według wzoru Zamawiającego, pomijało okoliczności wskazane przez ustawodawcę, tj. czy niewykonanie albo nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiło w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (które to okoliczności notabene nie dotyczą Przystępującego).

Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 prawa zamówień publicznych.

II co do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wdrożenie e-usług w Urzędzie w Ostródzie” oraz realizacji umowy nr ZP.272.10.2019 z 10 września 2019

Tensoft (Lider Konsorcjum) oraz HSI sp. z o.o. siedzibą w Opolu zawarły umowę nr ZP.272.10.2019 w dniu 10 września 2019 r., której przedmiotem była realizacja na rzecz Zamawiającego – Gminy Miejskiej Ostróda – usługi polegającej na przygotowaniu, dostawie i wdrożeniu (w tym migracji danych z aktualnie używanych systemów, uruchomieniu, przeszkoleniu pracowników, asyście powdrożeniowej) systemu informatycznego pozwalającego na udostępnienie przez Urząd Miejski w Ostródzie rozwiązań e-administracji, w tym: uruchomienie portalu mieszkańca umożliwiającego załatwianie spraw drogą elektroniczną (łącznie z dokonaniem płatności) oraz dostawa oprogramowania niezbędnego do utworzenia e-usług – w terminie do 31 grudnia 2019 r., za kwotę 434 990 zł brutto.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zastał zawarty w opisie funkcjonalności, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

Zgodnie z § 2 ust. 3 umowy, Wykonawca został zobowiązany do niezwłocznego pisemnego informowania Zamawiającego o trudnościach, ryzykach oraz zmianach, które stanowią zagrożenie dla dotrzymania terminu wykonania zamówienia oraz przedstawiania sposobu ich rozwiązania gwarantującego dotrzymanie terminu końcowego, a w przypadku, gdy nie będzie to możliwe w sposób minimalizujący opóźnienie, zaś zgodnie z § 3 ust. 7 umowy – Zamawiający zobowiązał się do współdziałania z Wykonawcą w granicach określonych prawem i umową.

Wykonawca zrealizował usługi będące przedmiotem w/w umowy w terminie do dnia 31 grudnia 2019 r. – w zakresie przygotowania, dostawy i wdrożenia systemu informatycznego pozwalającego na udostępnienie przez Urząd Miejski w Ostródzie rozwiązań e-administracji, w tym migracji danych z aktualnie używanych systemów, uruchomieniu, przeszkoleniu pracowników i asyście powdrożeniowej.

Przed upływem terminu wykonania umowy Wykonawca zgłosił gotowość przeprowadzenia testów działania systemu dziedzinowego ADAS, wobec czego pismem z dnia 31 grudnia 2019 r. Burmistrz Miasta Ostróda poinformował Wykonawcę o przystąpieniu do testów oprogramowania z dniem 2 stycznia 2020 r., zgodnie z zapisami umowy nr ZP.272.10.2019.

Następnie, pismami z dnia 7 stycznia 2020 r. /nr RL.042.31.1.2020/ oraz 8 stycznia 2020 r. /RL.042.31.2.2020/ Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do poprawności działania systemu, wskazując, że weryfikacja prawidłowości jego działania wykazuje niezgodność przekazanego do testowania systemu w stosunku do opisu funkcjonalności zawartego w załączniku nr 4 do

SIWZ, zakreślając Wykonawcy termin 5 dni roboczych na dokonanie żądanych zmian w systemie.

Wykonawca w odniesieniu do w/w zastrzeżeń Zamawiającego odniósł się szczegółowo w piśmie z dnia 13 stycznia 2020 r., wskazując, iż postulowane do wprowadzenie w systemie przez Zamawiającego zmiany nie dotyczą funkcjonalności objętych opisem przedmiotu zamówienia, a zatem nie mogą być traktowane jako nieprawidłowe czy niekompletne wykonanie umowy. W szczególności, w zakresie migracji danych przenoszonych z dotychczas używanych przez Zamawiającego systemów, pojawiające się różnice mogły wynikać z różnic sposobu prezentowania danych – przy czym w ramach realizacji przedmiotu umowy zadaniem Wykonawcy było przeniesienie danych, a nie merytoryczna analiza danych posiadanych przez Zamawiającego, która pozostaje w gestii użytkowników systemu. Do uwag w zakresie migracji danych Zamawiający udzielił szczegółowych wyjaśnień w podziale na poszczególne moduły: OGN, Finanse, osoby prawne i jednostki transportu, Ewidencja ludności, Koncesje na alkohole, Zajęcie pasa drogowego, Kadry i płace.

Wykonawca podkreślił przy tym, iż w zakresie funkcjonalności wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, Wykonawca na etapie złożenia oferty w postępowaniu przetargowym i jego wyceny dokonał analizy, które z funkcjonalności objętych załącznikiem nr 4 do SIWZ będą wymagały dalszego rozwoju w ramach systemu dziedzicznego ADAS. Po podpisaniu umowy na realizację zamówienia, elementy opisu przedmiotu zamówienia były konsultowane bezpośrednio z pracownikami merytorycznymi Zamawiającego, dodatkowo na etapie szkoleń i wdrożeń pojawiały się dodatkowe sugestie dotyczące funkcjonowania poszczególnych modułów lub konkretnych działań programów. Zazwyczaj pojawiające się prośby były związane z przyzwyczajeniami użytkowników nabytymi w ramach użytkowania dotychczasowych systemów. Wobec tego, Wykonawca w dobrej wierze i z nastawieniem na partnerską współpracę z Zamawiającym, przyjął, iż o ile dana funkcjonalność mogła opierać się o interpretację zapisów opisu przedmiotu zamówienia, to Wykonawca był skłonny podjąć się jej rozbudowy – z zaznaczeniem jednak, iż ponadprogramowe funkcjonalności, nie objęte SIWZ, nie mogą być rozpatrywane w ramach realizacji przedmiotowej umowy. Opis przedmiotu zamówienia określał bowiem, jakie działania system powinien wykonywać, lecz nie określał sposobu w jaki te funkcje powinny być realizowane.

Zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego odnosiły się zaś w dużej mierze do sytuacji, w której system oferuje funkcjonalności oczekiwane przez Zamawiającego, ale sposób ich użytkowania jest odmienny od metod stosowanych przez Zamawiającego w ramach dotychczas użytkowanych programów.

Pismem z 17 stycznia 2020 r. /nr RL.042.31.4.2020/ Zamawiający w oparciu o § 14 ust. 1 – 3 zawartej umowy wyznaczył Wykonawcy dodatkowy termin 14 dni do wykonania zamówienia objętego umową, pod rygorem złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Do w/w

wezwania Zamawiający dołączył listę uwag do systemu dziedzinowego, będącego przedmiotem zamówienia.

W odpowiedzi Wykonawca pismem z dnia 3 lutego 2020 r. poinformował Zamawiającego, iż system jest przygotowany do startu produkcyjnego, a usługa została zrealizowana zgodnie z umową i SIWZ, bowiem Zamawiający przygotował, dostarczył i wdrożył następujące elementy systemu:

1. Zintegrowany system dziedzinowy (18 modułów systemu AdAS) wraz z konfiguracją, przygotowaniem szablonów (pism, zestawień, wydruków), szkoleniami użytkowników, dostosowaniem funkcjonalności zgodnie z wymaganiami Opisu przedmiotu zamówienia oraz uzgodnionymi migracjami danych;
2. W pełni skonfigurowany i przygotowany do pracy system elektronicznego obiegu dokumentów klasy EZD – system Dokus;
3. 50 formularzy elektronicznych przygotowanych do udostępnienia przez Urząd Miejski w Ostródzie, obejmujących rozwiązania dla e-administracji;
4. Zwektoryzowane dokumenty planistyczne związane z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego (82 mapy mpzp wynikające z 63 uchwał oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego), które wymagały kalibracji, nadania georeferencji, wektoryzacji oraz utworzenia metadanych;
5. Przygotowany do uruchomienia portal mieszkańca e-Obywatel, umożliwiający załatwienie spraw drogą elektroniczną przez mieszkańców Gminy Miejskiej Ostróda, gotowy do zintegrowania z operatorem płatności elektronicznych.

System przygotowany przez Wykonawcę zawierał dodatkowo wiele funkcjonalności pozostających poza Opisem przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego co do braku zgodności migrowanych danych z aktualnie używanych przez Zamawiającego systemów, Wykonawca wyjaśnił, iż w grudniu 2019 r. z informacji pochodzących od użytkowników systemu wynikało, że większość migracji zostało już dokonanych, zaś po powzięciu informacji o nieścisłościach w dniach 15-17 stycznia 2020 r., Wykonawca bezpośrednio w siedzibie Urzędu Miasta Ostróda w okresie 20 -23 stycznia 2020 r. omówił z pracownikami merytorycznymi Urzędu w/w kwestie, uzgodnił migracje, zmodyfikował wskazane szablony wydruków, skonfigurował moduły pod ujawnione potrzeby użytkowników. Dodatkowo, Wykonawca przeszkolił pracowników w zakresie działania programów, powtarzając zagadnienia z programów szkoleń; zrealizowano różne scenariusze działań programu celem pokazania użytkownikom, jak będzie wyglądać ich praca w systemie, a także zaprezentowano poszczególne elementy z Opisu przedmiotu zamówienia względem wdrożonego systemu AdAS, potwierdzając je zapisami na kartach pracy.

Wykonawca podkreślił także, iż nie otrzymał od Zamawiającego żadnej dokumentacji technicznej dotyczącej budowy struktury bazy danych obecnie używanego przez

Zamawiającego systemu, co ma znaczenie dla oceny procesu migracji danych między systemami. W trakcie realizacji projektu, Wykonawca napotkał trudności w momencie zmiany bazy danych w dotychczas funkcjonującym systemie podczas aktualizacji z dnia 18 grudnia 2019 r. Specyfika budowy bazy dotychczas funkcjonującego systemu w wielu aspektach była nieczytelna, ponadto użytkownicy systemu w procesie migracji danych rozszerzali uzgodniony zakres migracji, co wymagało dodatkowych prac w celu rozbudowy konwertera.

Niezależnie od powyższych trudności, Wykonawca zrealizował w całości przedmiot umowy zgodnie z opisem funkcjonalności i zgłosił system do odbioru. W Załączniku nr 1 do pisma z dnia 3 lutego 2020 r. Wykonawca odniósł się szczegółowo do zastrzeżeń Zamawiającego, przedstawiając wykaz czynności i opis rozwiązań podjętych w celu zapewnienia prawidłowego działania systemu.

Do kolejnych uwag Zamawiającego wobec realizacji przedmiotu umowy zgłoszonych pismem z dnia 14 lutego 2020 r. Wykonawca odniósł się pismem z dnia 24 lutego 2020 r., wskazując, iż uwagi Zamawiającego zostały skategoryzowane i rozwiązane w ten sposób, że w przypadku migracji Wykonawca skorygował dane, dokonując finalnej migracji w ramach modułów: Majątek trwałe, Karty kontowe oraz OGN; wobec problemów użytkownika ze znalezieniem funkcji, która jest dostępna w programie – Wykonawca przygotował dedykowaną instrukcję; wobec problemów użytkownika ze sprawdzeniem funkcjonalności systemu z uwagi na niewykonanie przez niego konfiguracji polegającej na wprowadzeniu danych, które posiadał jedynie sam użytkownik – Wykonawca uzgodnił z użytkownikami, które parametry zdefiniują sami użytkownicy, a które Wykonawca, w tym celu Wykonawca przygotował stosowną instrukcję dla użytkowników; wobec zgłoszonego przez Zamawiającego braku wzorów dokumentów, Wykonawca uzupełnił bazę o elementy wskazane przez Zamawiającego. Dodatkowo, Wykonawca zadeklarował stałą gotowość do pełnego wsparcia Zamawiającego przy testach systemu i starcie technicznym, w tym asystę techniczną w siedzibie urzędu przy starcie systemu.

Pismem z 6 marca 2020 r. Zamawiający w oparciu o § 14 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy złożył oświadczenie o odstąpieniu od w/w umowy, ze wskazaniem, iż „weryfikacja poprawności działania systemu wskazuje na niezgodność przekazanego do testowania systemu z postanowieniami w/w umowy, w szczególności w zakresie migracji danych z używanych przez Zamawiającego systemów oraz funkcjonalności systemu w stosunku do opisu funkcjonalności (załącznik nr 4 do SIWZ).”

Do oświadczenia dołączył wykaz stwierdzonych nieprawidłowości, przy czym są to kolejne uwagi do realizacji umowy przez Wykonawcę, w większości odmienne od zgłaszanych we wcześniejszej korespondencji.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego w zakresie odstąpienia od umowy z powodu jej rzekomego niewykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Wykonawca pismem z

dnia 11 marca 2020 r. wyraził swoje stanowisko w tej kwestii, deklarując jednocześnie wolę kontynuowania współpracy lub polubownego zakończenia, co nie było dotąd możliwe wobec braku możliwości kontaktu z Zamawiającym w jakikolwiek sposób po 6 marca 2020 r.

Wykonawca wskazał także na pasywną postawę Zamawiającego przy wdrażaniu systemu będącego przedmiotem zamówienia, bowiem pomimo obowiązku współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą w granicach określonych prawem i umową, wynikającego z § 3 ust. 7 umowy – Zamawiający przejawiał postawę pasywną, ograniczając się do recenzowania prac realizowanych przez Wykonawcę. Kolejne uwagi Zamawiającego, często dotyczące tych samych kwestii, wskazywały, iż Zamawiający pomimo zaleceń Wykonawcy, nie wprowadzał wymaganych danych do programu, a brak tych czynności ujawniał się na etapie testów. W ocenie Wykonawcy rzeczywistym powodem odstąpienia przez Zamawiającego od umowy była jednak konieczność nadrobienia przez Zamawiającego czynności w systemie, które dotąd nie zostały wykonane przez użytkowników.

Ponadto, Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, iż w trakcie wdrażania systemu pojawiały się ze strony Zamawiającego nadmierne oczekiwania względem jednego modułu, zaś na etapie testów Zamawiający usiłował nadinterpretować kolejne zapisy Opisu przedmiotu zamówienia na funkcjonalności, których realizacji oczekiwał od Wykonawcy, pomimo iż pozostawały one poza zakresem opisu funkcjonalności. Konsekwencje braku precyzyjnego i niewątpliwego opisu przedmiotu zamówienia nie mogą przy tym obciążać Wykonawcy. Wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia są wiążące dla Wykonawców, ale i dla Zamawiającego. „Zamawiający winien precyzyjnie określać przedmiot zamówienia. Jest to jego obowiązkiem, ale przede wszystkim uprawnieniem. Jeśli Zamawiający nie określił szczegółowo swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia, a w niniejszym przypadku nie doprecyzował swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności co do oprogramowania, nie może powoływać się na niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ. Co więcej, Zamawiający obowiązany był wykazać niezgodności oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ” / Wyrok KIO 1709/11).

Na etapie wdrażania systemu, wielu użytkowników systemu wskazywało, że nie zna treści Opisu przedmiotu zamówienia lub go nie rozumie, przy czym z treści podpisanych przez użytkowników Kart Pracy wynika, że system spełnia funkcjonalności opisane w Opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca proponował przy tym, podsumowanie poszczególnych etapów wykonywanych prac, tak, aby kontrolować postęp realizacji. W połowie grudnia 2019 r. wypracowano wspólnie treść zapisów protokołów częściowych, jednak z nieznanymi przyczynami Zamawiający podjął decyzję o niepodpisaniu protokołów. Zamawiający nie poświadczał nawet notatek z odbytych testów akceptacyjnych elektronicznego obiegu dokumentów. Ustalony w grudniu 2019 r. termin asysty technicznej – od 2 stycznia 2020 r. dla elektronicznego obiegu dokumentów oraz systemów dziedzinowych został przez

Zamawiającego anulowany z dniem zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości systemu do odbioru. Dopiero podczas spotkania w Urzędzie Miasta Ostróda w dniu 15 stycznia 2020 r.

Zamawiający przyznał, że ze względu na liczne błędy w migracji danych sytuacja jest krytyczna, a Wykonawca ma zaproponować jej rozwiązanie, pomimo iż start produkcyjny systemu był planowany na początek stycznia 2020 r. O niespójnej komunikacji ze strony Zamawiającego świadczy również okoliczność, iż pomimo fizycznej obecności Dyrektora i przedstawicieli Tensoft sp. z o.o. w siedzibie Urzędu Miasta Ostróda w dniach 20-24 stycznia 2020 r., Zamawiający przesłał swoje uwagi do realizacji przedmiotu zamówienia do siedziby Spółki w Opolu, a przedstawiciele Wykonawcy dowiedzieli się o nich w centrali Spółki a nie bezpośrednio od Zamawiającego. Ostatecznie, Zamawiający odebrał Wykonawcy dostęp do systemu w dniu 3 lutego 2020 r., co uniemożliwiło dalsze testy.

Odnosząc się do zarzucanej Wykonawcy błędnej migracji danych z dotychczas użytkowanych przez Zamawiającego systemów do wdrażanego systemu AdAS, Wykonawca wskazuje, iż bezzasadne jest przerzucanie całkowitej odpowiedzialności na Wykonawcę. Błędy migracji wynikały bowiem z niezgodności w starych bazach, na które Wykonawca nie miał wpływu. Ponadto, błędy te wynikały także z drobnych różnic, które winny być poprawione ręcznie w programie przez użytkowników /przeszkolonych i poinstruowanych w tym zakresie/. Biorąc zaś pod uwagę, iż wiele uwag w tym zakresie pojawiało się po kilku tygodniach od przeprowadzonej migracji, to świadczyć to może o tym, iż użytkownicy zbyt późno zaczęli je analizować. Wykonawca uprzedzał, iż migracja jest wykonywana w sposób iteracyjny, a więc w kilku cyklach, z których każdy kolejny jest coraz bardziej precyzyjny. Brak poparcia tego procesu przez użytkowników przyczynił się do niepowodzeń w uzgodnieniu danych.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca każdorazowo po otrzymaniu listy uwag Zamawiającego poprawiał te kwestie, które miały odzwierciedlenie w Opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaś dawkował uwagi kolejnymi pismami, powtarzał uwagi dotyczące już rozwiązanych problemów, a także wskazywał na braki i błędy wynikające z niewiedzy użytkowników lub braku uzupełnionych danych – za co Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi. Narzucona przez Zamawiającego konwencja wykonywania testów (odcięcie zdalnego dostępu Wykonawcy) uniemożliwiała przy tym udzielanie bieżącej pomocy testującym użytkownikom.

O braku należytego współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą świadczy również fakt, iż serwer docelowy dla systemów dziedzinowych i elektronicznego obiegu dokumentów został udostępniony przez Zamawiającego dopiero w styczniu 2020 r.

III co do braku podstaw do odstąpienia przez– Gminę Miejską Ostróda – od umowy Wykonawca uznaje odstąpienie od umowy nr ZP.272.10.2019 za bezpodstawne.

Wskazane przez Zamawiającego przyczyny odstąpienia od umowy w § 14 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy nie znajdują oparcia w opisanych okolicznościach faktycznych. Zgodnie z § 14 ust. 1

oraz ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy, Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy w zakresie niewykonanej części umowy w przypadku istotnego uchybienia ze strony Wykonawcy, przy czym Zamawiający może odstąpić od umowy, jeśli w chwili składania tego oświadczenia przedmiotowe istotne uchybienie przestało mieć miejsce i jego skutki zostały przez Wykonawcę usunięte; istotne uchybienie ze strony Wykonawcy, o którym mowa w ustępie powyżej ma miejsce wtedy, gdy wystąpi chociażby jedna z następujących sytuacji: 2) Wykonawca wykonał lub wykonuje w sposób nienależyty i pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego nie poprawił, jakiegokolwiek ze swoich głównych zobowiązań umownych, w szczególności nie przestrzega ustalonego harmonogramu lub nie stosuje się do uwag Zamawiającego lub narusza inne postanowienia umowy; w przypadku, gdy dochodzi do znaczącego uchybienia ze strony Wykonawcy, Zamawiający przekaże Wykonawcy pisemne oświadczenie uprzedzające o zamiarze odstąpienia od umowy i wskazujące tego powody. Jeśli w ciągu 14 dni od otrzymania tego oświadczenia Wykonawca, w zależności od rodzaju znaczącego uchybienia, nie zaprzestanie naruszania postanowień umowy, nie podejmie odpowiednich środków zaradczych lub nie zostanie osiągnięte odpowiednie porozumienie w tej sprawie pomiędzy Stronami, Zamawiający może odstąpić od umowy.

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez Zamawiającego jest zatem wadliwe już z tego powodu, że dotyczy odstąpienia od całej umowy – a nie tylko jej niewykonanej części. Notabene, Zamawiający winien precyzyjnie, w odniesieniu do poszczególnych zapisów SIWZ i załącznika nr 4 do SIWZ (opis funkcjonalności), wskazać, w jakim zakresie Wykonawca nie zrealizował umowy oraz rozliczyć wykonaną część umowy, zgodnie z § 14 ust. 6 umowy w brzmieniu: W przypadku odstąpienia od umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy taką część wynagrodzenia, jaka odpowiada części zamówienia wykonanej do dnia odstąpienia od umowy.”

Zamawiający nie tylko nie zadał sobie jednak trudu, aby precyzyjnie określić zakres wykonanej części umowy i jej wartość oraz wskazać, w jakim stopniu Wykonawca nie zrealizował umowy w powiązaniu z odpowiednimi zapisami umowy i SIWZ – ale bezpodstawnie odstąpił od umowy w całości, nie wypłacił Wykonawcy pomimo realizacji wszystkich elementów umowy jakiegokolwiek wynagrodzenia, ale i zerwał całkowicie kontakt z Wykonawcą po dniu 6 marca 2020 r., ignorując gotowość Wykonawcy do dalszej współpracy i negocjacji.

Ponadto, sformułowana przez Zamawiającego przyczyna odstąpienia od umowy /”niezgodność przekazanego do testowania systemu z postanowieniami umowy, w szczególności w zakresie migracji danych z używanych przez Zamawiającego systemów oraz funkcjonalności systemu w stosunku do opisu funkcjonalności (załącznik nr 4 do SIWZ)” nie stanowi ani o niewykonaniu umowy w całości lub w części przez Wykonawcę, ani nie przesądza o tym, iż jest to przyczyna zawiniona przez Wykonawcę.

Wykonawca nie ponosi bowiem odpowiedzialności za niezgodności danych w bazach systemów używanych dotychczas przez Zamawiającego ani za brak wprowadzania aktualnych danych przez użytkowników, będących pracownikami Zamawiającego, ani też za niejasne zapisy SIWZ, które Zamawiający usiłuje interpretować jak najszerzej, celem przymuszenia Wykonawcy do wprowadzania nowych funkcjonalności systemu, niewynikających wprost z Opisu przedmiotu zamówienia.

Nie sposób również przyjąć, aby dołączona do oświadczenia o odstąpieniu od umowy lista uwag Zamawiającego do realizacji przedmiotu zamówienia dotyczyła „głównego zobowiązania umownego”, którego niewykonanie zgodnie z § 14 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy uprawnia Zamawiającego do złożenia oświadczenia o częściowym odstąpieniu od umowy (w niewykonanym zakresie). Dodatkowo, w sprawie nie zaistniała określona w § 14 ust. 3 umowy przesłanka odstąpienia w zakresie niewykonanej części, bowiem w ciągu 14 dni od otrzymania oświadczenia Zamawiającego uprzedzającego o zamiarze odstąpienia od umowy z dnia 17 stycznia 2020 r. Wykonawca odniósł się pisemnie do wszystkich zgłoszonych przez Zamawiającego uwag pismem z dnia 3 lutego 2020 r. oraz podjął odpowiednie środki zaradcze. Wobec powyższego i uznania oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu umowy za bezpodstawne, Wykonawca wezwał Zamawiającego do podjęcia negocjacji dotyczących zakończenia realizacji i rozliczenia w/w umowy, pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie – Gmina Wieliczki, prawidłowo ocenił stan faktyczny przedstawiony przez Przystępującego i uznał, iż Przystępujący nie podlega wykluczeniu, co czyni odwołanie bezzasadnym.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący: Odnosząc się do pisma Przystępującego złożonego na posiedzeniu stwierdził, że można je ocenić, jako próbę samooczyszczenia, co jest czynnością oczywiście spóźnioną. Z powyższego wnioskuje, że wykonawca potwierdza fakt nienależytego wykonania umowy. Stwierdził nadto, że powyższe okoliczności winny być wykazane w oświadczeniu o spełnianiu warunków i niepodleganiu wykluczeniu, a nie na obecnym etapie. Można twierdzić o zaistnieniu przesłanki wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Przypomniał, że wskutek nienależytego wykonania umowy Zamawiający miasto Ostróda odstąpiło od umowy, co oznacza zajście przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Obecny Zamawiający przyjął za poprawne wyjaśnienia Przystępującego i nie podjął własnych czynności wyjaśniających, w tym, w szczególności, nie uzyskał informacji od miasta Ostróda. Złożone na posiedzeniu pisma zawierają potwierdzenie przez samego Przystępującego, że jakaś część systemu nie została wykonana, a to oznacza nienależyte wykonanie umowy. Odstąpienie Zamawiającego od umowy dotyczyło jej całości. Podstawy odstąpienia, złożone oświadczenie w tej sprawie znajdują się zarówno w treści umowy jak i przepisach Kodeksu

Cywilnego. Wskazał, przy tym, że niespornie Wykonawca popadł w zwłokę w realizacji umowy. Zauważył, że gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, iż wykluczenie w przedstawionym stanie byłoby możliwe jedynie, gdyby Wykonawca przyznał wprost nienależyte wykonanie umowy to Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp nie miałby nigdy zastosowania, ponadto nie do przyjęcia jest uznanie, iż możliwe jest wprowadzenie self cleaningu (samooczyszczenia) dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Stwierdził, że czynność odstąpienia od umowy została szczegółowo uzasadniona przez wskazanie szeregu braków (Załącznik do pisma o odstąpieniu z 6.03.2020 r.) Przypomniał przedmiot tej umowy opisany w § 1 ustęp 4. Stwierdził, że w rzeczywistości Zamawiający nie dokonywał ustaleń w sprawie przedmiotowej umowy. Podkreślił zaistnienie podstaw faktycznych i prawnych, a zatem odstąpienie było skuteczne. Zauważył, że treść § 14 ust 2 pkt 2 umowy nie jest umowną klauzulą odstąpienia, lecz zacytowaniem art. 636 § 1 kc. Stwierdził, że odstąpienie dotyczyło całości umowy, bowiem Zamawiający nie mógł korzystać z systemu zgodnie z jego przeznaczeniem, a system funkcjonuje, jako zintegrowana całość. Wskazane poprzez Przystępującego wezwanie do zapłaty z 09.07.2020r. uznaje za element strategii procesowej zaistniałe na potrzeby rozpatrywanej sprawy. Zauważył, że Zamawiający Ostróda niezależnie od przedstawionych ocen w postępowaniu będzie w istocie pokrzywdzony, a oczywiste jest, że każdy Wykonawca ocenia sam siebie pozytywnie.

Zamawiający wskazał na stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał na sprzeczność stanowiska Odwołującego, który przedstawia jednoznaczny stan faktyczny opierając się na informacji z Ostródy, wnioskując o przesłance wykluczenia. Jednocześnie Odwołujący twierdzi, że Zamawiający powinien był weryfikować skuteczność oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Przypomniał, że Zamawiający składał oświadczenie na podstawie umowy, nie ma zatem podstaw do powoływania innych przesłanek odstąpienia zawartych w KC. Uznał odstąpienie od umowy za bezskuteczne wskazując na jej § 14 oraz fakt, że oświadczenie dotyczyło całości umowy, a mogło odnosić się jedynie do części nienależyte wykonanej (9 modułów z 18). Ponadto klauzula umowna o odstąpienia wobec niewskazania terminu była nieważna. Zauważył, że ewentualna weryfikacja działania systemu nie może być dokonana przez Zamawiającego, jako nie leżąca w jego kompetencjach, także merytorycznych, a mogłaby ewentualnie być oceniana przez biegłego. Obecny Zamawiający oczywiście nie ma prawnych możliwości dostępu do tego systemu. Dokonywana ocena przez Zamawiającego nie dała zatem podstaw do wykluczenia Wykonawcy, gdyż odstąpienie od umowy było bezskuteczne, a także nie potwierdzono ustalenia o nienależytym wykonaniu umowy. Stwierdził, że miasto Ostróda otrzymało od Wykonawcy instrukcję dotyczącą osiągania poszczególnych funkcjonalności systemu, poza tym przeprowadzono określone testy, a to wskazuje, że system, jako całość funkcjonuje, choć nie jest w pełni użytkowany przez Zamawiającego w oczekiwanej postaci.

Zauważył, że zasadność odstąpienia to subiektywna ocena podmiotu składającego oświadczenie o odstąpieniu, natomiast ocena przesłanek wykluczenia leży po stronie Zamawiającego (wyrok KIO 988/19). Zauważył, że załącznik do oświadczenia o odstąpieniu opisuje stwierdzone wyniki, czy efekty, a nie przyczyny braków i tryb dochodzenia do tych efektów. Przy tym w testowaniu nie uczestniczył Wykonawca. Obecnie Zamawiający, jak stwierdził to już wcześniej, nie ma instrumentów do dokonania oceny systemu. Wskazał na § 14 umowy, gdzie opisano przesłanki i procedurę odstąpienia. Miasto w oświadczeniu powołało się na umowę, jako podstawę odstąpienia. Stwierdził, że poszczególne wykonane moduły systemu mogą być użytkowane, z czego wynika, iż nie ma, co do nich zarzutów.

Przystępujący: wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem w przystąpieniu oraz dodatkowym złożonym piśmie. Podkreślił, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania. Zauważył, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że złożonej w korespondencji jedynie cytował postanowienia umowy, a nie potwierdzał istnienia prawa odstąpienia. Podkreślił nieważność klauzuli umownej o odstąpieniu. Stwierdził, że jeżeliby nawet przyznać istnienie tego prawa to mogło ono dotyczyć jedynie części zamówienia, o ile Zamawiający byłby w stanie wykazać, w jakiej części umowa nie została zrealizowana. Wskazał na zaawansowanie realizacji, przedmiot zamówienia i oczekiwania Zamawiającego, niekiedy wykraczające poza przedmiot zamówienia, wskazane w załączniku 4 do SIWZ. Przyznając niemożność pełnego wdrożenia systemu, zauważył, że wynika to także z błędów Zamawiającego, niestosowania otrzymanej instrukcji. System został dostarczony i można z niego korzystać w całości, Zamawiający dostał stosowną instrukcję. Zamawiający nie był w stanie korzystać z niektórych funkcjonalności, na które wskazywano w korespondencji. Po zapoznaniu się Wykonawca stoi na stanowisku, że przyczyną jest niestosowanie instrukcji stosowania z systemu przez użytkowników, czyli pracowników Zamawiającego. Mogą też występować błędy obsługiwanych danych z baz obsługiwanych przez Zamawiającego. Obecnie Przystępujący żąda od Zamawiającego zapłaty należności za całość umowy, z wyłączeniem asysty technicznej, która miała być realizowana przez okres 42 miesięcy od zakończenia umowy. Wykonawca jest jednak gotowy do realizacji tej części świadczenia w razie zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego.

Wskazał, że przedmiot umowy z Ostródą był podzielny, w tym na poszczególne moduły, co również potwierdza brzmienie § 14 umowy. Wskazał na swoje referencje przedstawione w złożonym piśmie podkreślając swoją wiarygodność. Przypomniał przebieg współpracy z miastem Ostróda wykazany w dokumentacji, wskazując na brak współpracy w określonym etapie wdrożenia i testowania. Stwierdził, że samodzielne testowanie systemu w grudniu 2019 r. było wyborem Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w tym rozumianą jako interes w uzyskaniu zamówienia, a poniesienie szkody w razie braku takiego wyniku postępowania.

Oceniając kluczowe dla odwołania zarzuty Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do przystępującego. Izba uznaje zarzut za uzasadniony ustalonymi w toku postępowania okolicznościami faktycznymi.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Powyższa podstawa wykluczenia ma de lege charakter fakultatywny, jednakże stała się obligatoryjna wobec jej wskazania przez zamawiającego w postanowieniach siwz.

Aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4), które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy. Ponadto zauważyć można, że przepis ustawy stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE, w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Charakter podmiotu będącego stroną ocenianej umowy jest niesporny, natomiast przedmiotem odmiennych ocen stron i uczestnika jest, czy oświadczenie zamawiającego

Gminy Miasta Ostróda z dnia 6 marca 2020 r. o odstąpieniu od umowy było skuteczne prowadząc w efekcie do rozwiązania umowy, które to oświadczenie zostało złożone wobec negatywnej oceny realizacji umowy i nastąpiło z powołaniem na § 14 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 umowy z dnia 10.09.2019 r.

Zamawiający odwołał się zatem do konkretnych postanowień umowy przewidujących prawo odstąpienia oraz przedstawił przebieg kolejnych zdarzeń, w tym wezwanie – uprzedzenie o zamiarze odstąpienia od umowy i wezwanie do naprawy systemu wskazując jednocześnie zastrzeżenia do działania poszczególnych części systemu. Ponadto wskazał na przekroczenie terminu wykonania zamówienia i niesatysfakcjonujący go stan zaawansowania systemu pomimo trzykrotnego zgłoszenia gotowości do prawidłowego funkcjonowania. Z punktu widzenia zamawiającego miało miejsce niewykonanie umowy, co nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ocena wykonawcy w tym przedmiocie była odmienna, na co wskazywał w kierowanych do zamawiającego pismach, jak i w toku postępowania odwoławczego. Należy w tym miejscu zauważyć, że wykonawca – przystępujący za wyjątkiem zakwestionowania powołanych też zamawiającego, nie podjął stanowczych kroków prawnych zmierzających do ustalenia, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie jest skuteczne.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izby odwołujący przedstawił dowody wskazujące, że ziszczyły się przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp niezależnie od faktu, że dokumenty przedstawione w ramach postępowania dowodowego pozwalają na przyjęcie, że przebieg podlegającej ocenie realizacji umowy wskazuje obustronny niski standard współpracy stron.

Skład orzekający po analizie zdarzeń mających oparcie w dokumentach uznał, jak wyżej wskazano, że z uwagi na fakt, że system będący przedmiotem umowy, nie został wykonany w całości, pomimo kilku działających funkcjonalności, co w świetle § 14 umowy upoważniło i pozwoliło zamawiającemu na złożenie skutecznego oświadczenia ze skutkiem w postaci rozwiązania umowy.

Reasumując Izba uznała, że zaniechanie wykluczenia z przyczyn, o których zamawiający powziął wiadomość zarówno od konkurującego wykonawcy, jak i zamawiającego w umowie badanej, było nieuzasadnione. Podjęte następnie i ostrożności proceduralnej przez przystępującego czynności wykazujące Jego profesjonalizm i odpowiedzialne działanie na rynku świadczonych usług mogące mieć znamiona tzw. samooczyszczenia, w okolicznościach sprawy rozpatrywanej, nie mogą być wzięte pod uwagę i mieć wpływ na rozstrzygnięcie.

Ponieważ, w przedmiotowej sprawie uznano, że umowa została rozwiązana z przyczyn leżących po stronie, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie może się ostać jako nie niezgodne dowodami stanowiącymi podstawę niniejszego rozstrzygnięcia. , Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Ustalone okoliczności uzasadniają konieczność przeprowadzenia w postępowaniu czynności wskazanych w niniejszym wyroku.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: