

Sygn. akt: KIO 1604/18

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10.08.2018 r.** przez wykonawcę **LSI Software S.A., ul. Przybyszewskiego 176/178, 93-120 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Pomorska Instytucja Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” w Koszalinie, ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „dostawa i wdrożenie systemu zarządzania sprzedażą z dedykowanymi szkoleniami wraz z modułem sprzedaży prostej w 180 kantynach oraz 20 punktach gastronomicznych znajdujących się w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski” (Numer przetargu nieograniczonego: ZP/2/KO/18).

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**

- 2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Pomorską Instytucję Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” w Koszalinie, ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LSI Software S.A., ul. Przybyszewskiego 176/178, 93-120 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” w Koszalinie, ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin** na rzecz wykonawcy - **LSI Software S.A., ul. Przybyszewskiego 176/178, 93-120 Łódź** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 29 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1604/18

Zamawiający – Pomorska Instytucja Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” w Koszalinie, ul. Strefowa 15, 75-124 Koszalin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „dostawa i wdrożenie systemu zarządzania sprzedażą z dedykowanymi szkoleniami wraz z modułem sprzedaży prostej w 180 kantynach oraz 20 punktach gastronomicznych znajdujących się w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski” (Numer przetargu nieograniczonego: ZP/2/KO/18).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 09.02.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 028 - 062029.

W dniu **31.07.2018 r.** opublikował informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o zatrzymaniu wadium.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10.08.2018 r.** przez wykonawcę **LSI Software S.A.** od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenie systemu zarządzania sprzedażą z dedykowanymi szkoleniami wraz z modułem sprzedaży prostej w 180 kantynach oraz 20 punktach gastronomicznych znajdujących się w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski, zwanego dalej „postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 144.000 euro.

II. Odwołujący złożył odwołanie od następujących czynności Zamawiającego:

1. Unieważnienie w dniu 31 sierpnia 2018 r. ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego.
2. Zatrzymania w dniu 31 sierpnia 2018 r. wadium LSI Software S.A.
3. Uchylania się przez Zamawiającego od zawarcia umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 6 uPZP w zw. z art. 94 ust. 3 uPZP poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Art. 46 ust. 5 pkt 1 uPZP poprzez zatrzymanie wadium LSI Software S.A.
3. Art. 94 ust. 1 i 2 uPZP poprzez niezawarcie przez Zamawiającego umowy w sprawie udzielenia zamówienia z LSI Software S.A.

Odwołujący w ramach podniesionych zarzutów wniósł o:

1. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Unieważnienie czynności polegającej na zatrzymaniu wadium LSI Software S.A.
3. Nałożenie na Zamawiającego kary finansowej przewidzianej w art. 194 uPZP w związku z nie zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia.
4. Orzeczenie o kosztach postępowania według norm przepisanych.
5. Zobowiązanie Zamawiającego do złożenia kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
6. Przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków (wezwanie na adres Odwołującego):
 - D. D.
 - B. K.

Na okoliczności szczegółowo wymienione w treści uzasadnienia

7. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (w imieniu Odwołującego M. C. i G. S.) na okoliczności szczegółowo wymienione w treści uzasadnienia.
8. Przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności szczegółowo wymienione w treści uzasadnienia.

Softech sp. z o.o. złożyła ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez Zamawiającego, którego przedmiotem była dostawa i wdrożenie systemu zarządzania sprzedażą z dedykowanymi szkoleniami wraz z modułem sprzedaży prostej w 180 kantynach oraz 20 punktach gastronomicznych znajdujących się w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski.

/dokumentacja przetargowa/

W dniu 13 kwietnia 2018 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi - Śródmieścia w Łodzi XX Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego wydał postanowienie w przedmiocie wpisania do KRS informacji o połączeniu spółek LSI Software S.A. z Softech sp. z o.o. w trybie art. 492 § 1 pkt 1 KSH w drodze przeniesienia całego majątku Softech sp. z o.o. (spółka przejmowana) na LSI Software S.A. (spółka przejmująca). Zgodnie z zasadą sukcesji

uniwersalnej, wyrażoną w art. 494 KSH, z dniem połączenia wstąpiła we wszelkie prawa i obowiązki Softech sp. z o.o.

/Załącznik 1 - postanowienie Sądu Rejonowego dla Łodzi - Śródmieścia w Łodzi z dnia 13.04.2018 r. , Załącznik 2 - odpis KRS Softech sp. z o.o., Załącznik 3 - odpis KRS Odwołującego/

W dniu 25 kwietnia 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował, że w wyniku przeprowadzonego postępowania wybrał firmę SOFTECH Sp. z o.o. ul. Przybyszewskiego 176/178, 93-120 Łódź. Wybrany Wykonawca, złożył najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W oparciu o podane kryteria oceny ofert Zamawiający ocenił ofertę jako najkorzystniejszą i przyznał jej łączną ilość punktów: 100,00pkt.

/dokumentacja przetargowa/

W związku z wyborem najkorzystniejszej oferty Odwołujący niezwłocznie przystąpił do wykonywania tzw. analizy przed wdrożeniowej polegającej na zbadaniu i opisaniu procesów zachodzących w placówkach Zamawiającego oraz określeniu potrzeb Zamawiającego względem zintegrowanego systemu zarządzania siecią gastronomiczną Zamawiającego, będącego przedmiotem Zamówienia.

Czynności związane z przygotowaniem ww. analizy były w imieniu Odwołującego prowadzone przez D. D. przy udziale G. S., J. G. oraz M. L. Potrzeby i oczekiwania Zamawiającego jak również elementy umowy wymagające doprecyzowania z uwagi na charakter jej przedmiotu, były przedmiotem ustnych uzgodnień dokonywanych przez Strony w trakcie spotkań.

/zeznania świadka D. D., przesłuchanie stron/

W dniu 17 maja 2018 r. doszło do pierwszego spotkania przedstawicieli stron w Warszawie, w którym uczestniczył Wiceprezes Zarządu Odwołującego M. C. oraz przedstawiciel Zamawiającego I. K.

/ Załącznik nr 4, przesłuchanie stron/

W dniach 28 - 29 maja 2018 r. miało miejsce spotkanie Stron w Zakładzie Karnym w Czerwonym Borze, w którym uczestniczyli J. G., M. L. i D. D. oraz przedstawiciele Zamawiającego – I. K. i J. O. Elementy omawiane w trakcie spotkania oraz poczynione ustalenia były przedmiotem notatki sporządzonej przez D. D..

/ Załącznik nr 5, przesłuchanie świadka D. D., przesłuchanie stron/

Z uwagi na brak gotowości Zamawiającego do zawarcia umowy Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o to by ten złożył wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 2 uPZP. Na prośbę Zamawiającego Odwołujący złożył ww. pismo opatrzone datą 21 maja 2018 r.

/Załącznik nr 6, przesłuchanie świadka B. K., przesłuchanie stron /

D. D. zwracał się do przedstawicieli Zamawiającego kilkakrotnie o udzielenie niezbędnych informacji oraz z prośbą o ustalenie terminu spotkania. Wysłane przez niego wiadomości pozostały bez odpowiedzi Zamawiającego.

/Załącznik nr 7, Załącznik nr 8, przesłuchanie świadka D. D., przesłuchanie stron /

W dniu 6 lipca 2018 r. doszło do spotkania D. D. i I. K. w Warszawie, w trakcie którego I. K. poinformował D. D. o tym, że z uwagi na przekształcenia i reorganizację instytucji gospodarki budżetowej (tzw. IGB) nie wiadomo jaki podmiot w będzie podpisywał umowę, być może będzie to podmiot o nazwie „Mazowia”.

/zeznania świadka D. D./

W dniu 23 lipca 2018 r. przedstawiciel Zamawiającego I. K. przesłał do Odwołującego listę kantyn, w których oprogramowanie Odwołującego miało zostać wdrożone zgodnie z udzielonym zamówieniem. Obiekty te zostały również zaznaczone na sporządzonej przez Zamawiającego mapie Polski.

/Załącznik nr 9, Załącznik nr 10/

W dniach 24 - 25 lipca 2018 r. doszło do spotkania w siedzibie Odwołującego w Łodzi pomiędzy przedstawicielami Odwołującego – M. C., D. D., T. J. a przedstawicielami Zamawiającego – I. K. i J. O. Na ww. spotkaniu miało dojść do zawarcia umowy. Ustalenia ze spotkania były przedmiotem notatki sporządzonej przez D. D. Po ustaleniu wszystkich szczegółów w dniu 25 lipca 2018 r. I. K. przesłał do M. C. umowę informując o gotowości do jej podpisania przez Dyrektora, którą M. C. odesłał w dniu 25 lipca 2018 r. z drobnymi poprawkami. Na wysłaną wiadomość M. C. nie otrzymał żadnej odpowiedzi.

/Załącznik nr 11, Załącznik nr 12, przesłuchanie świadka D. D., przesłuchanie stron /

W miesiącach maj - lipiec 2018 r. M. C. prowadził z I. K. korespondencję świadczącą z jednej strony o woli niezwłocznego zawarcia umowy przez LSI Software S.A. a z drugiej strony o odwołaniu jej zawarcia przez Zamawiającego.

Z korespondencji tej jednoznacznie wynika, że M. C. nalegał na spotkania i ostateczne zawarcie umowy. Jednocześnie I. K. poinformował go w dniu 17 lipca 2018 r. że ważą się

losy wszystkich igiebów a co za tym idzie kantyn i do tego czasu zatrzymano wszystkie projekty, w tym dotyczący zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszej sprawy.

W dniu 26 lipca 2018 r. M. C. zwrócił się do I. K. z pytaniem czy umowa została podpisana na co otrzymał odpowiedź „dzisiaj wysyłam dhl” co oznaczało, iż w dniu 26 lipca 2018 r. miał wysłać kurierem do Odwołującego podpisany egzemplarz umowy, co jednak nigdy nie nastąpiło.

/Załącznik nr 13, przesłuchanie stron/

Z uwagi na brak odpowiedzi ze strony Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 lipca 2018 r. wysłał do Zamawiającego wezwanie do zawarcia umowy opatrzone podpisem elektronicznym Prezesa Zarządu Odwołującego B. G. Wiadomość została odczytana przez Zamawiającego w dniu 30 lipca 2018 r.

/Załącznik nr 14, przesłuchanie stron/

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na wezwanie do zawarcia umowy. W dniu 31 lipca 2018 r. opublikował informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o zatrzymaniu wadium. W ocenie Odwołującego powyższe czynności Zamawiającego naruszają przepisy uPZP.

W pierwszej kolejności w ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 uPZP w zw. z art. 94 ust. 3 uPZP poprzez unieważnienie postępowania. Powołany przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 uPZP daje możliwość Zamawiającemu do unieważnienia postępowania w sytuacji gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przesłanka została określona kumulatywnie i pojawia się w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie że powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. To zamawiający jest obowiązany wykazać, że zachowując należyłą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności

powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Tymczasem Zamawiający w treści ogłoszenia w żaden sposób nie wykazał na czym miała polegać istotna zmiana okoliczności jak również nie wykazał, iż zmiany tej nie mógł wcześniej przewidzieć.

Tym samym w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu.

Powołany w ogłoszeniu o unieważnieniu postępowania art. 94 ust. 3 uPZP przewiduje prawo Zamawiającego do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny w przypadku gdy Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy.

Z uwagi na fakt, iż z powołanych w Odwołaniu okoliczności w sposób jednoznaczny wynika, że to nie Wykonawca uchylał się od zawarcia umowy, przeciwnie to Wykonawca wzywał Zamawiającego do jej zawarcia, zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 94 ust. 3 uPZP należy uznać za uzasadniony.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, podzielanym przez Krajową Izbę Odwoławczą (uchwała KIO z 1 października 2014 r., KIO/KD 83/14), znajdującym zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego, „Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno (...) być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem” a także „za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez Zamawiającego, ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałaby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a

wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą. Po wyborze oferty doszło do negocjacji związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. W toku tych negocjacji Odwołujący wezwał Zamawiającego do zawarcia umowy, co poskutkowało w konsekwencji unieważnieniem postępowania z jednoczesnym zatrzymaniem wadium, które Odwołujący złożył w postępowaniu. Na powyższą czynność Odwołujący wniósł środek ochrony prawnej w postaci odwołania. W przypadku zaś jego uwzględnienia ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez Zamawiającego w oryginale, w tym w szczególności z protokołu postępowania i załączników do niego, z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i przeprowadziła następujące dowody zawnioskowane i przekazane przez Odwołującego:

1. Korespondencji mailowej skierowanej do p. M. C. przez p. I. K. z dnia 15.05.2018 r. z której wynika, że w dniu 16.05.2018 r. zostało pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym zaplanowane spotkanie celem omówienia następujących zagadnień:

- umowa – postanowienia, weryfikacja wzoru etc.;
- wyłonienie inżyniera wdrożenia/osoby odpowiedzialnej za współpracę z PIGB Pomerania;
- wstępny harmonogram wdrożenia – założenia i terminy;
- dobór zaplecza serwerowego – dane do OPZ na zakup serwera i macierzy (LSI – wsparcie inżynierów);
- dobór i omówienie sprzętu do obsługi sprzedaży;

- ustalenie zmian w oprogramowaniu/plan spotkania z działem handlowym.

2. Korespondencji mailowej z dnia 01.06.2018 r., w której p. D. D. – Lider Działu Wdrożeń z ramienia LSI Software S.A. przekazał do p. I. K. i p. J. O. notatki ze spotkania (załącznik nr 5 do odwołania);

3. Korespondencji mailowej z dnia 06.07.2018 r., w ramach której p. D. D. przekazał do p. I. K. informację dotyczącą eksportu dokumentów sprzedaży i magazynowych do plików XML zgodnie ze specyfikacją dostępną na stronie Ministerstwa Finansów (prezentując wizualizację okna eksportu).

4. Korespondencji mailowej z dnia 24.07.2018 r., w ramach której p. D. D. z ramienia LSI Software S.A. przekazał do p. I. K. i p. J. O. notatki ze spotkania mającego miejsce w Łodzi z naniesionymi dopiskami do starej wersji notatki.

5. Dodatkowo Odwołujący przedstawił korespondencję sms-ową realizowaną pomiędzy następującymi osobami: p. I. K. i p. M. C. – wiceprezes zarządu Odwołującego wskazującą na istniejące ustalenia pomiędzy przedstawicielami obu stron, zawierającą informacje odnoszące się do reorganizacji Instytucji Gospodarki Budżetowej (w skrócie IGB), jak również informacji dotyczącej wysłanej przesyłki kurierskiej (DHL) oraz wątpliwości wyrażanych przez przedstawicieli Odwołującego, co do losów realizowanego projektu. Jak wyjaśnił na etapie rozprawy p. M. C. – wiceprezes zarządu Odwołującego korespondencja SMS-owa na białym polu była kierowana z nr 504300564, należącego do p. I. K., a znajdująca się po prawej stronie na polu zielonym, to korespondencja wysłana z numeru pełnomocnika obecnego na rozprawie. Powyższą okoliczność, na wniosek Przewodniczącego, potwierdził pełnomocnik Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem prowadzonego postępowania jest dostawa i wdrożenie systemu zarządzania sprzedażą z dedykowanymi szkoleniami wraz z modułem sprzedaży prostej w 180 kantynach oraz 20 punktach gastronomicznych znajdujących się w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski.

Następnie Izba ustaliła, że wzór umowy stanowił załącznik nr 5 do SIWZ.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 26.03.2018 r. w postępowaniu złożono 3 oferty. Zamawiający pismem z dnia 25.04.2018 r. poinformował wykonawców, że w wyniku przeprowadzonego postępowania wybrał ofertę wykonawcy SOFTECH Spółka z o.o., ul. Przybyszewskiego 176/178, 93-120 Łódź.

Izba ustaliła również, że wykonawca LSI Software S.A. pismem z dnia 21.05.2018 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą do 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że w dniu 27.07.2018 r. Odwołujący (drogą mailową z podpisem elektronicznym) przekazał Zamawiającemu pismo zatytułowane „Wezwanie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nr ZP/02/KO/18” w ramach którego zostało wskazane, co następuje.

Działając w imieniu LSI Software S.A. niniejszym informuję, iż na mocy postanowienia Sądu Rejonowego dla Łodzi — Śródmieścia w Łodzi Wydziału Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego wydanego w dniu 13 kwietnia 2018 r. dokonany został wpis połączenia LSI Software S.A. (spółki przejmującej) z Softech sp. z o.o. (spółką przejmowaną). Powyższa data stanowi dzień połączenia w rozumieniu art. 493 § 2 Kodeksu spółek handlowych (dalej „KSH”).

Wobec powyższego, na podstawie art. 494 § 1 KSH z dniem połączenia 1-SI Software S.A. stała się następcą prawnym i z mocy prawa wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki Softech sp. z o.o., w tym również wynikające z zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych. Powyższa zmiana nie ma żadnego wpływu na ważność przeprowadzonego postępowania.

Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało wysłane Wykonawcy w formie elektronicznej w dniu 25 kwietnia 2018 r. a zatem minimalny termin do zawarcia umowy, określony ustawowo, upłynął w dniu 5 maja 2018 r.

Do dnia dzisiejszego przedstawiciele Wykonawcy wielokrotnie umawiali się z Zamawiającym na podpisanie umowy, jednakże termin jej zawarcia za każdym razem był przez

Zamawiającego zmieniany bez podania uzasadnionej przyczyny. W ocenie Wykonawcy powyższe okoliczności wskazują, iż Zamawiający uchyła się od zawarcia umowy.

W związku z powyższym niniejszym wzywam Pomorską Instytucję Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” w Koszalinie do zawarcia umowy z 1-SI Software S.A. w sprawie zamówienia publicznego nr ZP1021K0118 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 144 000 euro, którego przedmiotem zamówienia była dostawa i wdrożenie systemu zarządzania sprzedażą z dedykowanymi szkoleniami wraz z modułem sprzedaży prostej w 180 kantynach oraz 20 punktach gastronomicznych znajdujących się w jednostkach penitencjarnych Służby Więziennej na terenie całej Polski, w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego wezwania.

W przypadku bezskutecznego upływu powyższego terminu i dalszego uchylenia się Wykonawcy od zawarcia umowy 1-SI Software S.A. zamierza skorzystać z przysługujących jej roszczeń, w tym w szczególności do dochodzenia roszczenia o zawarcie umowy na podstawie art. 64 w zw. z art. 70 3 Kodeksu cywilnego jak i do dochodzenia zapłaty podwójnego wadium w wysokości 60.000,00 złotych na podstawie art 704 2 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający pismem z dnia 31.07.2018 r. poinformował wykonawców, że działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, dokonał unieważnienia prowadzonego postępowania. Jednocześnie wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp zatrzymał wadium wykonawcy LSI Software S.A., ul. Przybyszewskiego 176/178, 93-120 Łódź, tj. wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą gdyż ww. wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, przekraczając termin związania ofertą, określony w art. 85 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w pełni oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci **art. 93 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp** przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz **art. 94 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez niezawarcie przez Zamawiającego umowy w sprawie udzielenia zamówienia z LSI Software S.A. zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że nie ulega wątpliwości, iż unieważnienie postępowania jest rozwiązaniem wyjątkowym i jako takie powinno być traktowane jako ostateczność. W zasadzie ogłoszenie o zamówieniu należy traktować jako swego rodzaju przyrzeczenie publiczne, gdyż w tym wypadku podmiot zamawiający nie dysponuje pełną swobodą w jego zniesieniu, jak również nie ma swobody w wyborze wykonawcy. Jest to spowodowane nie tylko podmiotowym charakterem jednostek, które udzielają takich zamówień, lecz przede wszystkim charakterem środków, które służą ich finansowaniu. W konsekwencji, Zamawiający powinien dysponować niepodważalną przesłanką wymienioną w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, którą dodatkowo jest w stanie udowodnić. Potwierdzają to zarówno poglądy doktryny jak i orzecznictwo. Tytułem przykładu wskazując na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2008, sygn. akt KIO/UZP 248/08, zgodnie, z którym: „W przypadku unieważnienia postępowania na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia zaistnienia jednej z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp”.

W tym miejscu wskazać należy, iż okoliczności, na które powoływał się Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności unieważnienia postępowania oraz, na które powoływał się w toku rozprawy nie znalazły odzwierciedlenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Zamiar podpisania przez Odwołującego umowy o treści niezgodnej z treścią wzoru umowy, jak również okoliczność wskazana na rozprawie że *„(...) Odwołujący żądał w trakcie negocjacji kolejnych, nowych zmian projektu i w konsekwencji sformułował żądanie, aby do umowy wprowadzić postanowienia, że analiza przedwdrożeniowa miała mieć pierwszeństwo przed postanowieniami SIWZ”* nie zostały przez Zamawiającego wykazane żadnymi dowodami. Za okoliczność udowodnioną przez Odwołującego Izba uznała zaś fakt czynienia przygotowań do podpisania umowy przez tego ostatniego, dokonanie wstępnej analizy sposobu funkcjonowania jednostek dla których miało zostać opracowane oprogramowanie informatyczne, prowadzenie negocjacji, jak również fakt wezwania Zamawiającego do podpisania umowy. Okoliczności te wskazują bowiem, że wszelka aktywność w przedmiocie przygotowań do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy leżała po stronie Odwołującego. Zamawiający z nieznanых powodów unikał nawet dokumentowania prowadzonych negocjacji, choć powoływał się na czynione w ich trakcie czynności, w tym sugerował, że Odwołujący dążył do podpisania umowy o treści niezgodnej z jej projektem. Z przekazanej przez Zamawiającego w oryginale dokumentacji

postępowania nie wynika aby doszło do takich działań Odwołującego, które mogłyby wprost lub w sposób dorozumiany sugerować, że nie jest on zainteresowany realizacją kontraktu. Wprost przeciwnie, przedstawiciel Odwołującego w korespondencji sms-owej wyrażał swoje rozczarowanie faktem braku zdecydowanych działań po stronie Zamawiającego, manifestując rozczarowanie takim obrotem sprawy. Choć Zamawiający na rozprawie powoływał się na okoliczności zgoła przeciwne jednakże, jak wyżej wskazano, okoliczność ta nie znalazła odzwierciedlenia w żadnym fragmencie dokumentacji postępowania, którą Izba w oryginale otrzymała od Zamawiającego.

Odnosząc się do kolejnej kwestii, stanowiącej linię obrony przed zarzutami sformułowanymi w treści odwołania, Izba wskazuje, że p. I. K. był przedstawicielem Zamawiającego i jak wynika z załączników do protokołu postępowania (Decyzja Dyrektora Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej „Pomerania” w Koszalinie z dnia 5 lutego 2018 r. w sprawie powołania komisji przetargowej do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia) osoba ta pełniła funkcję przewodniczącego komisji przetargowej. Bez znaczenia zatem pozostaje, na etapie przygotowania do podpisania umowy, czy był On uprawniony do jej zawarcia jeżeli przedmiotowy spór nie dotyczy kwestii zawarcia umowy przez osobę nieuprawnioną. Pełnomocnik Zamawiającego na etapie rozprawy przyznał, że przedstawiona przez Odwołującego korespondencja sms-owa była prowadzona z p. I. K. . Wskazał jedynie, że Odwołujący próbował wprowadzić do umowy poprawki, które zdaniem Zamawiającego były nie do zaakceptowania. Pełnomocnik Odwołującego w odpowiedzi na powyższe nie zaprzeczył tym faktom i podniósł jedynie, że tego rodzaju negocjacje są zwyczajowo przyjęte i jeżeli Zamawiający nie zamierzał wprowadzać żadnych zmian do kontraktu nic nie stało na przeszkodzie aby przesłał do podpisania umowę w pierwotnej wersji. Izba powyższą argumentację uznała za przekonującą i racjonalną, zaś co do osoby p. I. K. nawet jeżeli można założyć, że osoba ta nie posiadała uprawnień do negocjowania postanowień umownych w imieniu Zamawiającego, to okoliczność ta przesądza również o tym, że nie mogła ona być także adresatem propozycji jej zmiany, zaś okoliczności, że propozycja ta została skierowana bezpośrednio do Kierownika jednostki Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego nie udowodnił. Jak wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów ten ostatni poczynił szeroko zakrojone działania zmierzające do realizacji przedmiotu zamówienia, dokonał analizy sposobu funkcjonowania Instytucji Gospodarki Budżetowej, jak również dokonał oceny możliwości eksportu danych koniecznych do realizacji przedmiotu umowy. Wyrażał też zainteresowanie zamiarami Zamawiającego w przedmiocie podpisania umowy, sugerując mu wezwanie wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą – gdyż tak, w ocenie Izby, należy odczytać intencje wynikające z pisma z dnia 21.05.2018 r., gdzie zawarto wniosek do Zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą do 60 dni zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Z całokształtu tych

okoliczności wyłania się wniosek, że brak jest podstaw do przyjęcia, że to Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy.

Zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy pzp, gromadzenie i przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. To strony, pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu co do podnoszonych zarzutów, powinny przytoczyć odpowiednie okoliczności faktyczne, mogące być podstawą rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Skład orzekający dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i racjonalnego rozumowania.

Co jednocześnie niezwykle istotne dla oceny podniesionych zarzutów Izba rozpoznając odwołanie bada czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego w kontekście postawionych w odwołaniu zarzutów (wzorców kontroli) i przedstawionych okoliczności faktycznych (faktów wykazanych stosownymi dowodami). W tym znaczeniu, w kontekście dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, za zasadniczy materiał dowodowy uznać należy te fakty (w postaci dokumentów i wyjaśnień), które legły u podstaw zaskarżonej czynności.

W kontekście powyższej tezy zgodzić się również należy z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 10 listopada 2005 roku, sygn. akt III Ca 855/05, który wskazał, iż "(...) analizując wskazane przez ustawodawcę przyczyny unieważnienia przetargu powołane przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania, SO uznał, że w

przedmiotowym postępowaniu brak było podstaw do jego unieważnienia". Tym samym za decydujące o ocenie działań podmiotu zamawiającego należy uznać te przesłanki, które legły u podstaw dokonanej czynności. To kierując się nimi zarówno wykonawca podejmuje decyzję o zasadności wniesienia środka ochrony prawnej, zaś organ rozpoznający ten środek ocenia działania podmiotu zamawiającego pod względem legalności.

Jednakże, jak wyżej wskazano, w zakresie konieczności wykazania faktów, które mogłyby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania okoliczności te nie zostały wykazane przez Zamawiającego. Z drugiej zaś strony Odwołujący w toku postępowania dowodowego wykazał okoliczności przeciwne twierdzeniom Zamawiającego, tj. w ocenie Izby wykazał, że to Zamawiający uchylał się od podpisania umowy, zaś po otrzymaniu wezwania do jej podpisania unieważnił postępowanie. Słusznie również Odwołujący, w ocenie Izby, zwrócił uwagę na okoliczność, że wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31.07.2018 r. (informacja o unieważnieniu postępowania) podstawy faktyczne i prawne zaskarżonej czynności pozostają w stosunku do siebie w opozycji. Jak wynika z analizy tego dokumentu jeżeli rzeczywiście ziszcza się podstawa faktyczna wskazanej tam czynności Zamawiający winien dokonać tzw. zastępczego wyboru innej oferty, zaś w przypadku ziszczenia się przesłanki prawnej uregulowanej w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie miałby prawa zatrzymania wadium wykonawcy.

Niezależnie od wskazanych wyżej okoliczności czynność unieważnienia postępowania w ustalonych przez Izbę okolicznościach faktycznych była czynnością wadliwą, nie znajdującą potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

II. W zakresie kolejnego zarzutu w postaci **art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp** Izba uznała, że także czynność zatrzymania wadium była obarczona wadą, gdyż jako czynność wynikowa w stosunku do unieważnienia, dzieli los tej czynności, która została dokonana z naruszeniem wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp.

W zakresie sformułowania przez Odwołującego żądania w postaci unieważnienia czynności zatrzymania wadium Izba wskazuje, że roszczenie to ma charakter cywilnoprawny i choć wadium jest, zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego, elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzenie jego zwrotu w drodze środków ochrony prawnej jest niemożliwe, gdyż leży poza kognicją Izby. Izba może ocenić czynność zatrzymania wadium, co też niniejszy skład uczynił w zdaniu poprzedzającym.

Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. (sygn. akt II CSK 491/11 LEX nr 1238084) *Dopuszczalna jest droga sądowa o zwrot zatrzymanego wadium wprost, bez potrzeby wykorzystywania środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p. Środki te stanowią jeden z rodzajów postępowań przedsądowych, ale w sprawach o zwrot bezpodstawnie zatrzymanego świadczenia - fakultatywnym. Konsekwentnie ich*

niewyczerpanie nie może być kwalifikowane jako bezwzględna ujemna przesłanka procesowa.

III. W zakresie żądania Odwołującego o nałożenie na Zamawiającego kary finansowej przewidzianej w art. 194 ustawy Pzp w związku z nie zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia Izba uznała, że w tych okolicznościach sprawy żądanie to jest bezzasadne.

Zgodnie ze wskazanym art. 194 Izba, stwierdzając naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 i 2 albo art. 183 ust. 1, które nie było połączone z naruszeniem innego przepisu ustawy, nakłada na zamawiającego karę finansową w wysokości do 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia.

Jak wynika zaś z art. 94 ust. 1. *Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:*

1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Zgodnie zaś z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp *W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.*

Zatem przepis art. 194 ustawy Pzp należy odczytywać w ten sposób, że zawarcie przez podmiot zamawiający umowy przed upływem terminów na wnoszenia środków ochrony prawnej, lub w przypadku ich wniesienia, przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze skutkuje nałożeniem wskazanej w nim kary finansowej. W niniejszym wypadku Odwołujący nie wykazał, że doszło do zawarcia umowy przez Zamawiającego i w zasadzie tego żądania nie popierał w toku rozprawy. Dodatkowo

do nałożenia tej kary dochodzi tylko wtedy, gdy Izba nie stwierdzi, oprócz naruszenia art. przepisu art. 94 ust. 1 i 2 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenia innych przepisów ustawy. W tych okolicznościach wobec stwierdzenia naruszenia innych przepisów brak jest podstaw prawnych do zastosowania instytucji uregulowanej w treści art. 194 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....