Sygn. akt: KIO 156/23

WYROK

z dnia 03 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2023 r. przez Odwołującego M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M. K. (ul. Spokojna 18, 41-943 Piekary Śląskie) w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego Gminę Latowicz (ul. Rynek 6, 05-334 Latowicz)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Latowicz (ul. Rynek 6, 05-334 Latowicz) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M. K. (ul. Spokojna 18, 41-943 Piekary Śląskie) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 466 zł 89 gr (słownie: czterysta sześćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt dziewięć gorszy) tytułem kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę,

2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Latowicz (ul. Rynek 6, 05-334 Latowicz) na rzecz Odwołującego M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Web-Profit M. K. (ul. Spokojna 18, 41-943 Piekary Śląskie) kwotę 7966 zł 89 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 156/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Latowicz prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest: „Dostawa sprzętu komputerowego, oprogramowania oraz szkolenia w ramach realizacji projektu „Cyfrowa Gmina."

Odwołujący: M. K. prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Web-Profit M. K. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 7 ust.1 - poprzez naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji,

b) art. 7 ust.3 - poprzez potencjalne nieudzielenie zamówienia wykonawcy WebProfit M. K., wybranemu zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych,

c) art. 93 ust. 1 - poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku występowania

przesłanki do jego unieważnienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: dokonania unieważnienia unieważnienia postępowania, podpisania umowy z Wykonawcą Web-Profit M. K., zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

27.12.2022 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

29.12.2022 r. Zamawiający drogą mailową poinformował Odwołującego o wyznaczeniu terminu i miejsca podpisania umowy w dniu 03.01.2023 r. o godzinie 11:00 w siedzibie Urzędu Gminy Latowicz. W przypadku chęci zawarcia przez Odwołującego umowy elektronicznej Zamawiający prosił o przekazanie takiej informacji. Informację tą Odwołujący

przekazał niezwłocznie Zamawiającemu.

02.01.2023 r. Zamawiający drogą mailową przesłał Odwołującemu do podpisu umowę (poprawioną o podpis Burmistrza).

04.01.2023 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego mailową informację, aby umowę podpisaną wysłać na adresw związku z niedziałającym od 30.12.2022 r. ePUAP-em Gminy Latowicz (który był również oficjalnym kanałem komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą).

Zgodnie z oświadczeniem obu stron postępowania, w międzyczasie prowadzona była korespondencja mailowa w sprawie przedmiotu zamówienia. Odwołujący w związku z

niedostępnością zaoferowanego sprzętu poprosił Zamawiającego - w przypadku podpisania umowy - o zgodę na zamianę sprzętu, spełniającego wszystkie wymagania SWZ.

09.01.2023 r. Odwołujący otrzymał drogą mailową zgodę od Zamawiającego na dostarczenie zaproponowanego sprzętu.

10.01.2023 r. Odwołujący podpisał umowę o godzinie 11:01.2023 r.

12.01.2023 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą mailową opublikowane rozstrzygnięcie postępowania w postaci jego unieważnienia. Zamawiający uznał, że Wykonawca nie podpisał umowy w terminie. Wskazał również, że umowa do niego nie dotarła.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przed unieważnieniem postępowania winien wysłać wezwanie do podpisania umowy, a gdyby to nie nastąpiło to ostateczne wezwanie do podpisania umowy wraz z wyznaczeniem dokładnego terminu, do kiedy umowa ma zostać podpisana - co nie miało miejsca. Zamawiający nie wysłał Odwołującemu żadnego pisma ponaglającego/wzywającego do podpisania umowy poprzez ePUAP, jak również ponaglającego/wzywającego do podpisania umowy mailem. Zamawiający nie zadzwonił do Odwołującego, aby zapytać dlaczego umowa nie została podpisana lub wezwać to natychmiastowego przesłania podpisanej umowy. Odwołujący wyjaśnił, że dążył i w dalszym ciągu dąży do realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że błędem jest stwierdzenie, że Odwołujący uchylił się od podpisania umowy w wyznaczonym terminie. Wskazał, że pojęcie „uchylania się od zawarcia umowy" zostało zinterpretowane zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., sygn. akt II CKN 440/00, zgodnie z którym za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Natomiast w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w odniesieniu do przesłanki uchylania się od zawarcia umowy, kładzie się zatem nacisk na ustalenie występowania po stronie wykonawcy braku zamiaru zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił chronologię zdarzeń, dodatkowo wskazując na następujące okoliczności:

09.01.2023r. przedstawiciel firmy Web-Profit M. K. Pan T. K. zamiast umowy przesłał ponownie techniczne pytania Wykonawcy dotyczące przedmiotu zamówienia dotyczące zgody Zamawiającego na dostarczenie innego („nowszego-lepszego") sprzętu Dell Optiplex

5000 SFF i5-1250016GB/512GB SSD w miejsce zaoferowanych komputerów Del Vostro 3710 SFF i5-12400/16GB/512GB z racji, jak wskazał Odwołujący, „niedostępności zaoferowanych komputerów".

09.01.2023r Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o braku uwag do propozycji dostaw sprzętu, z zastrzeżeniem zgodności z SWZ i OPZ „nowej" propozycji, - tj. wskazania przez firmę Web-Profit M. K. spełnienia parametrów technicznych.

10.01.2023 r. w związku z upływem 30 dni od otwarcia ofert, upłynął termin związania ofertą przez oferentów z Zamawiającym.

W dniach 04-09 stycznia 2023 r. Zamawiający 14-krotnie kontaktował się telefonicznie z przedstawicielem firmy Web-Profit M. K., w sprawie ponaglenia w związku z nieprzesłaniem podpisanej umowy. Jak wskazał Zamawiający, w trakcie rozmów przedstawiciel Odwołującego Pan T. K. przekonywał, między innymi, że umowa „leży na biurku u szefa" i zapewniał, że niezwłocznie ją odeśle. W trakcie rozmów telefonicznych kierowane były pytania, czy Zamawiający zaakceptuje dostawę innego sprzętu, niż został określony w ofercie.

Jak wskazał Zamawiający, 12 stycznia 2023 r. unieważnił czynność rozstrzygnięcia dla postępowania cz. I przetargu Dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania w związku:

a) z faktem, iż wybrany wykonawca nie podpisał i nie przesłał Zamawiającemu podpisanej umowy, zarówno we wskazanym terminie tj. 3 stycznia 2023r, jak i terminach późniejszych deklarowanych telefonicznie, w tym do dnia związania z ofertą (10.01.2023) a na ponaglenia w ramach kontaktów telefonicznych prowadził wymijające rozmowy, wskazując różne czynniki które uniemożliwiały firmie podpisanie i przesłanie umowy,

b) że Wykonawca po rozstrzygnięciu przetargu rozpoczął, w ocenie Zamawiającego, próbę „negocjacji",

wskazując, że zaoferowany model komputera jest już niedostępny i zdaniem Zamawiającego „sondował" możliwość dopuszczenia innego sprzętu, który jego zdaniem również spełnia OPZ i ma nawet lepsze parametry, oczekując od Zamawiającego natychmiastowej decyzji. Po rozstrzygnięciu zamówienia, wyborze najkorzystniejszej oferty wskazane (także w pkt 6 odpowiedzi) działania Odwołującego przed podpisaniem umowy mogą zostać uznane za zmianę oferty w przedmiocie zamówienia, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

c) z upływem z dniem 10 stycznia 2023 r. terminu związania ofertą

12 stycznia 2023 r. przedstawiciel firmy Web-Profit M. K., po upływie 17 minut od otrzymania unieważnienia przetargu, przesłał jednostronnie podpisaną (z dniem 10 stycznia 2023 r.) umowę na wskazany adres mailowy, sugerując jednocześnie, że umowę wcześniej wysłał, tylko być może mail „nie dotarł lub wylądował w spamie".

Zamawiający wskazał, że tego samego dnia mailem przesłanym o godz. 15:22 wystąpił do Odwołującego o przekazanie dowodu potwierdzającego przesłanie Zamawiającemu podpisanej umowy w dniu 10.01.2023 r., czego Odwołujący nie dokonał. Ponowną prośbę o przesłanie potwierdzenia dostarczenia przedmiotowej umowy Zamawiający przesłał Odwołującemu mailem w dniu 17.01.2023. Tego dnia Odwołujący przesłał mailowo o godz. 14:20 informację potwierdzającą, w ocenie Odwołującego, że mail o przesłaniu umowy Zamawiającemu wysłany został wraz załączoną umową.

W mailu z dnia 10.01.2023r. z godz. 12:09 Odwołujący zawarł następującą treść „Zgodnie z ustaleniami (zgodą na zmianę sprzętu) - w załączniku przesyłamy podpisaną umowę". Jak zauważył Zamawiający, z przesłanego przez Odwołującego mailem zrzutu ekranu wynika jednoznacznie brak załącznika -umowy.

Zamawiający wyjaśnił, że na jego wniosek operator Technicznej Obsługi Klienta nie potwierdził przesłania w/w umowy w okresie 03-12 stycznia 2023 r. na adres mailowy. Umowa nie wpłynęła także na adres e-puap Gminy Latowicz - wg. Obsługi Technicznej Klienta. Z adresu przetarqi(g) web-profit.pl w okresie od 03 do 11 stycznia 2023 r. nie była wysyłana żadna informacja na adres Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego poważne wątpliwości budzi kwestia trudności z elektronicznym przesłaniem do Gminy Latowicz - Zamawiającego umowy w okresie od 03 do 11 stycznia (9 dni) przez firmę aktywnie działającą od lat w dziedzinie informatyzacji.

Odnosząc się do zarzut braku wezwania do podpisania umowy Zamawiający wyjaśnił, że Zamawiający w celu wezwania do podpisania umowy kilkakrotnie kontaktował się z firmą Web-Profit M. K. mailowo oraz wielokrotnie telefonicznie (14-krotnie zostały odebrane przez Odwołującego połączenia telefoniczne, ponadto duża ilość prób kontaktu telefonicznego nie doszła do skutku po stronie Odwołującego). Zamawiający wskazał, że podpisana elektronicznie jednostronnie przez Odwołującego umowa została przesłana przez firmę Web-Profit M. K. po fakcie upublicznienia przez Zamawiającego unieważnienia I cz. przetargu.

Odnosząc się do twierdzenia Wykonawcy, iż cały czas dążył do realizacji zamówienia Zamawiający wyjaśnił, że po rozstrzygnięciu przetargu umowa powinna być podpisana we wskazanym przez Zamawiającego terminie i uzgodnionej, dopuszczonej prawem formie tj. 3 stycznia 2023 r. elektronicznie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie artykułu 255 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści uzasadnienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, że: „W dniu 27 grudnia 2022 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie dla cz. 1 i cz. 2 oraz wyznaczył termin podpisania umowy. We wskazanym terminie wybrany

Wykonawca nie podpisał umowy dla cz. 1. W związku z powyższym, iż oferta kolejnego wykonawcy dla cz. 1 przewyższa kwotę przeznaczona na sfinansowanie tej części zamówienia, na podstawie art. 263 oraz 255 ust. 3 z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2019 r. poz. 255 ust. 3 z późn. zm.) Zamawiający unieważnia postępowanie dla cz. 1, o udzielenie zamówienia, gdyż cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia."

Zgodnie z artykułem 263 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejsza ofertę albo unieważnić postępowanie.

Przedmiotem sporu jest ustalenie, czy Odwołujący uchylał się od podpisania umowy, a więc, czy została spełniona przesłanka z artykułu 263 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie można uznać, aby Odwołujący uchylał się od podpisania umowy.

Bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że Zamawiający wezwał Odwołującego do podpisania umowy w dniu 29 grudnia 2022 roku. Bezsporny jest także fakt, że pomiędzy 3 a 9 stycznia 2023 roku strony wielokrotnie kontaktowały się ze sobą (z wyłączeniem 6-8 stycznia z uwagi na okres świąteczny). Przedmiotem kontaktu były ustalenia dotyczące zobowiązania będącego przedmiotem umowy. Z przedstawionego przez Zamawiającego jako dowód wykazu połączeń telefonicznych wynika, że kontakt był obustronny, tzn. Zamawiający kontaktował się telefonicznie z Odwołującym, jak również Odwołujący kontaktował się z Zamawiającym. Powyższe oznacza, że obie strony utrzymywały kontakt, którego celem miało być podpisanie umowy. Trudno zatem uznać, aby Odwołujący unikał podpisania umowy, skoro pozostawał

w kontakcie z Zamawiającym. Z pewnością Odwołujący nie odmówił podpisania umowy, a nadto każdego dnia prowadził telefoniczne rozmowy z Zamawiającym, co nie wypełnia przesłanki uchylania się od podpisania umowy. Należy dodać, że Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu ostatecznego terminu na podpisanie umowy, po którym uznałby, że umowa nie może zostać zawarta, a wręcz prowadził rozmowy z Wykonawcą, stąd nie można jednoznacznie uznać, że Odwołujący odmówił lub uchylał się od zawarcia umowy.

Odwołujący złożył dowód w postaci podpisanej w dniu 10 stycznia 2023 roku umowy. Powyższe wskazuje na zamiar zawarcia umowy z Zamawiającym.

12 stycznia 2023 roku, chwilę po tym, jak Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, Odwołujący ponownie kontaktował się z Zamawiającym, co potwierdza, że pozostawał w przekonaniu, że umowa została/zostanie zawarta.

Powyżej przedstawione okoliczności wskazują, że Odwołującemu zależało na zawarciu umowy z Zamawiającym. Nie można uznać, aby unikał zawarcia umowy lub się uchylał, czy wręcz odmawiał jej zawarcia.

Zamawiający złożył również jako dowód zrzut ekranu (przesłany przez Odwołującego do Zamawiającego), który zawierał treść: „Zgodnie z ustaleniami (zgodą na zmianę sprzętu) - w załączniku przesyłamy podpisaną umowę". Powyższe oznacza, że zamiarem Odwołującego było zawarcie z Zamawiającym umowy, a nie jej unikanie.

Jak wynika ze stanu faktycznego przytoczonego przez Zamawiającego, Zamawiający po 12 stycznia 2023 roku oczekiwał, że Odwołujący prześle Zamawiającemu dowód na wysłanie podpisanej umowy w dniu 10 stycznia. Jednakże, jak wynika ze wspomnianego powyżej zrzutu ekranu, do treści maila nie załączono umowy. Na chwilę zamknięcia rozprawy nie było sporne pomiędzy stronami, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu umowy w dniu 10 stycznia 2023 roku. Jednakże z dowodu w postaci wydruku zrzutu ekranu wynika, że Odwołujący zamierzał wysłać Zamawiającemu podpisaną umowę. Brak jest pośród dowodów złożonych przez Zamawiającego spisu wszystkich wiadomości mailowych, które wpłynęły do Zmawiającego w dniu 10 stycznia 2023 roku, stąd nie sposób uznać, że Zamawiający w tym dniu nie otrzymał od Odwołującego wiadomości mailowej (jak przytoczona powyżej).

W świetle powyżej przytoczonych okoliczności trudno jednoznacznie uznać, że Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy. Stały kontakt z Zamawiającym wskazuje brak uchylania się od zawarcia umowy. Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu ostatecznego terminu podpisania umowy, a co więcej, prowadząc stale telefoniczne rozmowy z Odwołującym, stwarzał Odwołującemu warunki do przeciągania chwili podpisania umowy.

W ocenie Izby, aby uznać, że zachodzi przesłanka z art. 263 ustawy Prawo zamówień publicznych, okoliczność uchylania się wykonawcy od podpisania umowy powinna być jednoznaczna – np. gdy Wykonawcy nie zależy na podpisaniu umowy, odmawia jej podpisania, dąży do tego, aby umowa nie została zawarta. W niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Zatem nie można uznać, aby Odwołujący uchylał się od podpisania umowy. Nie można zatem uznać, że została wypełniona przesłanka z art. 263 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotycząca uchylania się Wykonawcy od podpisania umowy.

W konsekwencji powyższego należało uznać, że brak było podstawy do zastosowania art. 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu dojazdu Odwołującego na rozprawę.

Przewodniczący: ……..