

Sygn. akt: KIO 1608/20

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez wykonawcę: **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy, ul. Barska 28/30, 02-315 Warszawa,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Państwowa Inspekcja Pracy Główny Inspektorat Pracy w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi utrzymania i rozwoju Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 125-306458, w dniu 01.07.2020 r.

Wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” oraz Kodeksu cywilnego:

1. art.484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. oraz art.5 k.c. w z art. 139 ust.1 Pzp w zw. z art.29 ust.2 Pzp, poprzez zastrzeżenie w SIWZ – wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, klauzul obejmujących obowiązek uiszczenia kar umownych określonych w § 13 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 9 wzoru umowy, w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;
2. art. 353¹k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 13 ust. 2 pkt. 1, 2, 3, 4 wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do wypowiedzenia umowy (i nałożenia z tego tytułu kary umownej) w przypadku nieznacznych i niezawinionych przez wykonawcę naruszeń umowy, a tym samym obarczających wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje, na przekroczenie przez Zamawiającego granicy swobody umów, a ponadto opartych o niejasne przesłanki wypowiedzenia; a w konsekwencji naruszenie
3. art. 7 ust. 1 Pzp, przez ukształtowanie postanowień umowy, wskazanych w odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym w szczególności proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ w ten sposób, że:

- 1) § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy otrzyma brzmienie:

„w kwocie 2000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki w usunięciu Awarii krytycznej w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 5”;

- 2) § 13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy otrzyma brzmienie:

„w kwocie 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki w usunięciu Usterki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 6”;

- 3) § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy otrzyma brzmienie:

„w kwocie 250 zł za każdy dzień roboczy zwłoki w naprawie lub wymianie urządzenia w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 7”

- 4) § 13 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy otrzyma brzmienie:

„0,05% wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 pkt. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Systemu SEOD”-

- 5) § 13 ust. 2 wzoru umowy w pkt 1, 2, 3, 4 otrzyma brzmienie:

„2. Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 6 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca i żądania zapłaty kary umownej, o której mowa w ust. 1 pkt 11 w przypadku gdy:

- 1) *(wykreślony)* ewentualnie nadanie mu brzmienia:

„czas usunięcia Awarii krytycznej w danym okresie rozliczeniowym został niedochowany więcej niż 8 razy z wyłącznej winy Wykonawcy”;

- 2) *(wykreślony)* ewentualnie nadanie mu brzmienia:

„czas usunięcia Usterki w danym okresie rozliczeniowym został niedochowany więcej niż 10 razy z wyłącznej winy Wykonawcy”;

- 3) *(wykreślony)* ewentualnie nadanie mu następującego brzmienia:

„czas usunięcia pojedynczej Awarii Krytycznej został przekroczony o 500% w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 5 zdanie 1 z wyłącznej winy Wykonawcy”;

- 4) *(wykreślony)”*

Odwołujący wyjaśnił, że wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają mu złożenie ważnej konkurencyjnej oferty, w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Ad. 1. Zarzuty dotyczące § 13 ust. 1 wzoru umowy

a) Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 4000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Awarii krytycznej w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 5 wzoru umowy (liczonego w godzinach roboczych).

W ocenie Odwołującego, kary umowne przewidziane przez Zamawiającego z dużym prawdopodobieństwem mogą powodować, że Odwołujący utraci cały zysk z realizacji umowy.

Potwierdzają to wyliczenia kar dokonane przez Odwołującego, który dokonał symulacji naliczenia kar przy uwzględnieniu proponowanego w ofercie Odwołującego czasu usunięcia Awarii liczonego w godzinach i miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za świadczenie usług utrzymania.

Obciążenie wykonawcy tak wysokimi karami jest nieadekwatne do wagi naruszeń, bowiem wykonawca często nie ma wpływu na pojawienie się Awarii, charakter awarii oraz częstotliwość ich wystąpienia, co powoduje, że poziom kar umownych zamiast funkcji kompensacyjnej jest rodzajem represji względem wykonawcy. Tak ukształtowane kary umowne naruszają zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 7 Pzp przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Odwołujący zauważył dodatkowo, że kara umowna została przewidziana za opóźnienie, a nie za zwłokę, co powoduje, że Zamawiający nie musi udowadniać, że nieterminowe wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie będzie każdorazowo obciążał wykonawcę.

b) Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 1000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Usterki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 6 wzoru umowy (liczonego w godzinach roboczych).

W tym miejscu Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w lit. a) powyżej, powołał się na symulację kar w odniesieniu do Usterek i wskazał, że biorąc pod uwagę częstotliwość usterek pojawiających się często z przyczyn niezależnych od wykonawcy, realizacja umowy przy tak wysokim poziomie kar jest nieopłacalna.

c) Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 500 zł za każdy dzień roboczy opóźnienia w naprawie lub wymianie urządzenia, w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 7 umowy.

Podtrzymując argumenty wskazane w lit. a) powyżej, Odwołujący dodatkowo wskazał, że sankcją, o której mowa w tym postanowieniu, są objęte opóźnienia związane ze świadczeniem serwisu gwarancyjnego sprzętu przez producenta sprzętu. Zgodnie z § 6 ust. 7 wzoru umowy, w przypadku wystąpienia usterki urządzenia, naprawa lub wymiana urządzenia na urządzenie o parametrach technicznych nie gorszych niż urządzenie wymieniane, ma nastąpić w terminie 4 dni roboczych, licząc od momentu przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego. Na czas naprawy urządzenia w okresie gwarancji wykonawca zobowiązany jest oddać do dyspozycji urządzenie zastępcze o parametrach technicznych nie gorszych niż urządzenie naprawiane. Tymczasem, wykonawca pozbawiony jest faktycznej możliwości przymuszenia producenta sprzętu do zachowania terminów określonych przez Zamawiającego. Odwołujący nie ma wpływu na treść warunków gwarancji udzielanej przez

producenta sprzętu. W toku użytkowania sprzętu może pojawić się szereg nieprzewidzianych okoliczności, które uniemożliwiają zachowanie tych terminów z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie musi udowadniać, że nieterminowe wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie będzie każdorazowo obciążał wykonawcę.

d) Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 9 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 0,1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 pkt. 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Systemu SEOD.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą pod lit a) powyżej. Wskazał, że realizacja umowy przy tak wysokim poziomie kary jest nieopłacalna.

Wskazał, że umowa w sprawie zamówienia publicznego tworzy między Zamawiającym i wykonawcą stosunek zobowiązaniowy, do którego w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Stanowi to punkt wyjścia do przyjęcia, iż normatywną podstawą postanowień w zakresie kar umownych stanowi art. 483 k.c.

Z uwagi na specyficzny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego, należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa UZP wyrażonym w raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., iż „bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody -tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych

mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych". Stanowisko Prezesa UZP znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej.

Nie można również pominąć faktu, iż zasada swobody umów, o której mowa w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. doznaje na gruncie przepisów Pzp istotnego ograniczenia. Wynika to z uprawnienia i obowiązku Zamawiającego, wyrażonego w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, do zawarcia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia istotnych postanowień umownych. W konsekwencji, Zamawiający jest uprawniony samodzielnie ukształtować warunki umowy, na których treść wykonawca nie ma żadnego wpływu. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób całkowicie dowolny. Zgodnie z orzecznictwem KIO, uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353¹ k.c. oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13), dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motyw działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

Ad. 2. Zarzuty dotyczące § 13 ust. 2 wzoru umowy

W ocenie Odwołującego, waga naruszeń wskazana w § 13 ust. 2 pkt 1, 2, 3, 4 wzoru umowy nie jest wystarczająca do jednostronnego rozwiązania umowy przez Zamawiającego. Ww.. postanowienia SIWZ rażąco uprzywilejowują Zamawiającego, przyznając mu prawo wypowiedzenia umowy i naliczenia wysokiej kary umownej w razie nieznacznych i

niezależnych od zawinienia wykonawcy naruszeń umowy, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia jakiegokolwiek prawa do rozwiązania umowy przez wykonawcę:

a) W § 13 ust. 2 pkt 1 Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania umowy w przypadku dwukrotnego niezachowania czasu usunięcia Awarii (zdefiniowanej w Załączniku nr 3 b do SIWZ jako „incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług uniemożliwiający jednostkom Zamawiającego czasowe lub trwałe korzystanie z usług składowych lub całego Systemu SEOD”).

Mając na uwadze fakt, że czas usunięcia Awarii liczony jest w godzinach roboczych, tak sformułowana przesłanka umożliwi Zamawiającemu wypowiedzenie umowy (o znacznej wartości) również w przypadku jeżeli wykonawca opóźni się dwukrotnie o jedną godzinę w sytuacji, w której nieprawidłowo funkcjonuje jakaś niewielka część składowa Systemu, mająca znaczenie drugorzędne z punktu widzenia funkcjonalności całego Systemu.

Odwołujący zauważył, że Awarie w Systemie są często powodowane przyczynami niezależnymi od wykonawcy. Co więcej, zdarza się, iż do usunięcia Awarii wymagane jest współdziałanie Zamawiającego, którego Zamawiający nie może zapewnić w tak krótkim terminie. Przy tak skonstruowanych postanowieniach, Zamawiający nie musi udowadniać, że nieterminowe wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie będzie każdorazowo obciążał wykonawcę.

b) W § 13 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania umowy w przypadku czterokrotnego niezachowania czasu usunięcia Usterki (zdefiniowanej w Załączniku nr 3 b do SIWZ jako „incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług inny niż Awaria krytyczna, tzn. niepowodujący niedostępności usług. Usterką są również błędy w kodzie źródłowym, o ile nie skutkują Awarią krytyczną”).

W tym przypadku ponownie nawet godzinne opóźnienia w usunięciu drobnego błędu w Systemie upoważniają Zamawiającego do jednostronnego rozwiązania umowy i nałożenia wysokiej kary umownej.

c) W § 13 ust. 2 pkt 3, Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania umowy w przypadku jeżeli czas usunięcia pojedynczej Awarii został przekroczony o 300% co, mając na uwadze, że chodzi o jednorazowy przypadek, stanowi niewspółmierne ryzyko dla wykonawcy w stosunku do rodzaju przewinienia.

d) W § 13 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania umowy w przypadku jeżeli dostępność (SLA) nie została zachowana w co najmniej dwóch następujących po sobie okresach rozliczeniowych.

W ocenie Odwołującego, postanowienie jest nieprecyzyjne bowiem Zamawiający nie sprecyzował pojęcia niezachowania dostępności, a jeżeli Zamawiający utożsamia zachowanie

dostępności z przestrzeganiem terminów usuwania Awarii i Usterek, to możliwość wypowiedzenia umowy pojawi się również w sytuacji, gdy w dwóch kolejnych miesiącach, wykonawca opóźni się o jedną godzinę z usunięciem błahej usterki.

Powyższe postanowienia zaburzają zasadę równowagi kontraktowej stron i stanowią nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej przedmiotowy stosunek prawny, a tym samym naruszają art. 353¹ oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania.

1. Zarzut nr 1

Zamawiający wyjaśnił, że w § 13 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy przewidział karę umowną w wysokości 4000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Awarii krytycznej w stosunku do zadeklarowanego przez wykonawcę w ofercie terminu, który zgodnie z SIWZ jest punktowany w następujący sposób: 4 godziny robocze i mniej — 50 punktów, 5 godzin roboczych — 30 punktów, 6 godzin roboczych — 20 punktów, 7 godzin roboczych — 10 punktów, 8 godzin roboczych — 0 punktów.

Awaria krytyczna została zdefiniowana przez Zamawiającego w załączniku nr 3b do SIWZ „Poziom świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD” jako incydent, dotyczący nieprawidłowego działania usług uniemożliwiający jednostkom Zamawiającego czasowe lub trwale korzystanie z usług składowych Systemu SEOD.

Godziny robocze, to (zgodnie z SIWZ) godziny od 8.00 do 16.00 w dni robocze (od poniedziałku do piątku z wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy).

Obniżenie wysokości kary umownej do wnioskowanej przez Odwołującego - 2000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki, może spowodować, że usługa nie będzie świadczona, System SEOD nie będzie dostępny, gdyż każda Awaria krytyczna uniemożliwia jednostkom Zamawiającego korzystanie z Systemu SEOD.

Usterka zdefiniowana została przez Zamawiającego jako incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług inny niż Awaria krytyczna, tzn. niepowodujący niedostępności usług. Usterką są również błędy w kodzie źródłowym, o ile nie skutkują Awarią krytyczną.

Zamawiający przewidział karę w wysokości 1000 zł za każdą roboczą godzinę opóźnienia w stosunku do terminu zadeklarowanego przez wykonawcę w ofercie. W podkryterium „Czas usunięcia usterki” Zamawiający przyzna następującą liczbę punktów w zależności od czasu usunięcia Usterki zadeklarowanego w ofercie przez wykonawcę: za 16 godzin roboczych i mniej 50 pkt, za 24 godziny robocze — 30 punktów, za 32 godziny robocze — 15 punktów i za 40 godzin roboczych — 0 punktów.

Wnioskowana przez Odwołującego zmiana, polegająca na ustaleniu kary umownej w wysokości 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki, spowoduje, że wystąpi duże zagrożenie

prawidłowego działania SEOD, ponieważ istnieje duże prawdopodobieństwo, że usterki nie będą usuwane w zadeklarowanym przez wykonawcę terminie.

Zamawiający wymaga, aby w okresie obowiązywania umowy wykonawca zapewnił serwis gwarancyjny dla użytkowanego obecnie w ramach Systemu SEOD, sprzętu. W przypadku wystąpienia usterki sprzętu, naprawa lub wymiana urządzenia ma nastąpić w terminie 4 dni roboczych, licząc od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego. Za opóźnienie w naprawie lub wymianie sprzętu wykonawca będzie zobowiązany zapłacić karę umowną w wysokości 500 zł za każdy dzień roboczy tego opóźnienia. Odwołujący wnosi o ustalenie kary umownej w wysokości 250 zł za każdy dzień roboczy zwłoki w naprawie lub wymianie urządzenia. Zamawiający oświadczył, że nie wyraża zgody na powyższe. Wyjaśnił, że wykaz posiadanego przez Zamawiającego sprzętu zawiera załącznik nr 3c do SIWZ. Sprzęt ten jest niezbędny do korzystania przez Zamawiającego z Systemu SEOD. Kwota kary umownej w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w realizacji obowiązków gwarancyjnych jest kwotą, która zabezpiecza interes Zamawiającego w postępowaniu.

Przedmiot zamówienia realizowany będzie w okresie 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Wykonawca ma rozpocząć świadczenie usług dziesiątego dnia od dnia zawarcia umowy. Za opóźnienie w rozpoczęciu świadczenia usług Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Odwołujący wnosi o zmianę wysokości kary umownej i przesłanek do jej naliczenia w ten sposób, że kara umowna wynosiłaby 0,05% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w rozpoczęciu świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę zapisu. Zamawiający stwierdził, że okres pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług jest wystarczający dla wykonawcy, aby w terminie rozpocząć realizację umowy, tym bardziej, że termin na zainstalowanie aktualnych wersji oprogramowania typu COTS, tj. eKancelaria oraz TIMSIWorkflowPack wynosi aż 70 dni od dnia zawarcia umowy.

II. Zarzut nr 2

Zamawiający w § 13 ust. 2 wzoru umowy wskazał przesłanki, uprawniające do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 6 miesięcznego okresu wypowiedzenia. Rozwiązanie umowy na podstawie którejkolwiek z tych przesłanek uprawnia Zamawiającego do naliczenia kary umownej w wysokości 15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia brutto. Jedną z przesłanek jest niedochowanie czasu usunięcia Awarii krytycznej w danym okresie rozliczeniowym więcej niż 2 razy. Okres rozliczeniowy zdefiniowany został w § 10 ust. 2 wzoru umowy. Pierwszy okres rozliczeniowy obejmuje trzy miesiące, pozostałe okresy rozliczeniowe to okresy miesięczne. Odwołujący wnosi o wykreślenie tej przesłanki ewentualnie o zmianę zapisu w ten sposób, że niedochowanie czasu usunięcia Awarii krytycznej uprawniające do rozwiązania umowy musiałoby wystąpić więcej niż 8 razy w danym okresie rozliczeniowym z wyłącznej winy wykonawcy. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę, ponieważ

niedochowanie np. 7 razy w okresie miesięcznym czasu usunięcia Awarii krytycznej spowodowałoby w praktyce całkowity brak dostępu do Systemu SEOD przy równoczesnym braku możliwości reakcji Zamawiającego, który musiałby ponosić koszty utrzymania niedziałającego Systemu.

Zamawiający zauważył, że Kodeks cywilny nie zna pojęcia winy wyłącznej. Odwołujący jako profesjonalista posiada doświadczenie i umiejętności pozwalające na usunięcie Awarii krytycznej, tym samym powinien ponosić odpowiedzialność z tytułu jej nieusunięcia w wyznaczonym przez siebie terminie.

Drugą z przesłanek, uprawniających Zamawiającego do rozwiązania umowy, kwestionowaną przez Odwołującego jest niedochowanie więcej niż 4 razy czasu usunięcia Usterki. Odwołujący wnosi, aby przesłanka ta została wykreślona, ewentualnie zmieniona, tak aby czas usunięcia Usterki w danym okresie rozliczeniowym, który uprawnia do rozwiązania umowy był niedochowany więcej niż 10 razy z wyłącznej winy wykonawcy. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę, ponieważ wystąpienie usterki w danym okresie rozliczeniowym i niedochowanie terminu jej usunięcia, określonego przez wykonawcę w ofercie np. 9 razy w miesiącu spowoduje, że mogą wystąpić duże utrudnienia w dostępie do Systemu SEOD, a Zamawiający będzie faktycznie pozbawiony jakiegokolwiek możliwości reakcji.

Trzecią z przesłanek uprawniających do rozwiązania umowy jest przekroczenie o 300%, w stosunku do terminu określonego przez wykonawcę w ofercie, czasu usunięcia pojedynczej Awarii krytycznej. Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisu ewentualnie zmianę w ten sposób, aby Zamawiający mógł wypowiedzieć umowę w przypadku, gdy termin usunięcia pojedynczej Awarii krytycznej zostanie przekroczony o 500% w stosunku do terminu wskazanego przez wykonawcę w ofercie. Zamawiający nie zgodził się na zmianę, gdyż w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje czas usunięcia Awarii krytycznej - 8 godzin, przekroczenie już o 400% spowodowałoby, że System nie działałby przez 32 godziny, tj. faktycznie przez 4 dni robocze, podczas których Zamawiający ponosiłby koszty bez możliwości korzystania z Systemu.

Czwartą przesłanką uprawniającą Zamawiającego do rozwiązania umowy jest niedochowanie dostępności SLA w co najmniej 2 następujących po sobie okresach rozliczeniowych. Odwołujący wnosi o wykreślenie tej przesłanki. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę. Wyjaśnił, że wymaga dostępności SLA na poziomie 99% w danym okresie rozliczeniowym w cyklu 24/7/365, co oznacza, że czas trwania niedostępności usług może wynosić 7 godzin w miesięcznym okresie rozliczeniowym. Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której występuje niedostępność usług powyżej dopuszczonej granicy 7 godzin w okresie rozliczeniowym i niedostępność ta powtarza się w kolejnym, następującym po sobie okresie rozliczeniowym. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, że możliwość wypowiedzenia umowy pojawi się również w sytuacji, w której w dwóch kolejnych

miesiącach wykonawca opóźni się o jedną godzinę z usunięciem usterki. Zamawiający zdefiniował usterkę, jako incydent, który nie powoduje niedostępności usług, tym samym dostępność SLA zostanie zachowana. Awaria krytyczna powoduje czasowe lub trwałe uniemożliwienie korzystania z usług składowych Systemu SEOD, co również nie jest tożsame z niedochowaniem dostępności SLA. Awaria krytyczna wystąpi np. w przypadku braku możliwości zarejestrowania pisma w Systemie SEOD, przy zachowaniu możliwości korzystania z innych funkcjonalności Systemu SEOD, co oznacza, że dostępność SLA nadal będzie zachowana.

Zamawiający wyjaśnił, że w Państwowej Inspekcji Pracy czynności kancelaryjne oraz dokumentowanie przebiegu załatwiania i rozstrzygania spraw są dokonywane w ramach Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją, które odbywa się za pomocą Systemu SEOD. Wymiana korespondencji pomiędzy jednostkami organizacyjnymi PIP, a także korespondencji zewnętrznej również odbywa się w Systemie SEOD. Każde zakłócenie pracy Systemu, zwłaszcza skutkujące Awarią krytyczną, czy nawet powtarzającymi się usterekami lub niedochowaniem dostępności SLA, może powodować poważne zakłócenia w ciągłości pracy urzędu.

Określając wysokość kar umownych i ich rodzaj, Zamawiający działa w granicach ustawowego upoważnienia. Kary umowne stanowią niejednokrotnie jedyny instrument motywujący wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w § 13 ust. 4 wzoru umowy wprowadził procedurę, zgodnie z którą o naliczeniu kar umownych będzie informował wykonawcę na piśmie, a wykonawca może podstawę faktyczną kary kwestionować. Kwestie dotyczące kar umownych mogą być rozpatrywane w konkretnych przypadkach na etapie realizacji umowy, co znajduje uzasadnienie w orzeczeniu KIO z 14 czerwca 2019 r. sygn. akt 961/19, wydanym w postępowaniu odwoławczym toczącym się w takim samym stanie faktycznym z odwołania Netia S.A. przeciwko Zamawiającemu. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający posiada autonomię w kształtowaniu warunków na jakich zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ umowa służyć ma zaspokojeniu określonych potrzeb społecznych. Zamawiający jako dysponent środków publicznych stoi na straży ich właściwego wydatkowania. Poglądy te prezentowane są w orzecznictwie KIO (tak: wyrok KIO z 6 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 980/18, wyrok KIO z 7 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 2547/19, wyrok KIO z 10 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2389/19, wyrok KIO z 29 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2311/19).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w z art. 139 ust.1 Pzp w zw. z art. 29 ust.2 Pzp, poprzez zastrzeżenie w SIWZ – wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, klauzul obejmujących obowiązek uiszczenia kar umownych określonych w § 13 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 9 wzoru umowy w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów.

Zgodnie z pkt 3.1 SIWZ, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi utrzymania i rozwoju *Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów* wdrożonego w jednostkach organizacyjnych Państwowej Inspekcji Pracy, zwanego dalej Systemem SEOD, zgodnie ze *Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia* (załącznik nr 3 do SIWZ), *Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zapewnienia gwarancji na sprzęt* (załącznik nr 3a do SIWZ), *Poziomem świadczenia usług utrzymania Systemu SEOD* (załącznik nr 3b do SIWZ), *Wykazem posiadanego przez Zamawiającego sprzętu* (załącznik nr 3c do SIWZ) oraz na warunkach określonych we *Wzorze umowy* (załącznik nr 7 do SIWZ).

Jak wyjaśnił Zamawiający, w Państwowej Inspekcji Pracy czynności kancelaryjne oraz dokumentowanie przebiegu załatwiania i rozstrzygania spraw są dokonywane w ramach Elektronicznego Zarządzania Dokumentacją, które odbywa się za pomocą Systemu SEOD. Wymiana korespondencji pomiędzy jednostkami organizacyjnymi PIP, a także korespondencji zewnętrznej również odbywa się w Systemie SEOD. Każde zakłócenie pracy Systemu, zwłaszcza skutkujące Awarią krytyczną, czy nawet powtarzającymi się usterkami lub niedochowaniem dostępności SLA, może powodować poważne zakłócenia w ciągłości pracy urzędu.

Zgodnie z pkt 4 SIWZ, przedmiot zamówienia realizowany będzie przez wykonawcę w okresie 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. Rozpoczęcie przez wykonawcę świadczenia ww. usług nastąpi dziesiątego dnia od dnia zawarcia umowy.

W załączniku nr 3b do SIWZ pkt 1.5. Zamawiający zdefiniował zgłoszenia serwisowe:

„1) Awarię krytyczną: incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług uniemożliwiający jednostkom Zamawiającego czasowe lub trwale korzystanie z usług składowych lub całego Systemu SEOD;

2) Usterkę: incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług inny niż Awaria krytyczna, tzn. niepowodujący niedostępności usług. Usterką są również błędy w kodzie źródłowym, o ile nie skutkują Awarią krytyczną.”

Zamawiający określił w pkt 14.1 SIWZ następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Cena – 60 %;
- 2) Czas usunięcia Awarii krytycznej i czas usunięcia Usterki – 20 %
- 3) Doświadczenie i kompetencje osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia – 20 %.

Opisując sposób oceny ofert w ramach kryterium „*Czas usunięcia Awarii krytycznej i czas usunięcia Usterki – 20 %*” Zamawiający wskazał, że w ramach podkryterium Czas usunięcia Awarii krytycznej:

„a) Maksymalna liczba punktów, jakie może uzyskać oferta w podkryterium nr 1 wynosi 50 pkt.

b) Maksymalny czas usunięcia Awarii krytycznej wynosi 8 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego.

c) Maksymalny czas reakcji w przypadku wystąpienia Awarii krytycznej wynosi 6 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego.”

oraz w ramach podkryterium Czas usunięcia Usterki:

„a) Maksymalna liczba punktów, jakie może uzyskać oferta w podkryterium nr 2 wynosi 50 pkt.

b) Maksymalny czas usunięcia Usterki wynosi 40 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego.

c) Maksymalny czas reakcji w przypadku ujawnienia Usterki wynosi 16 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego.”

Zamawiający przewidział następującą punktację w podkryterium „Czas usunięcia Awarii krytycznej”, odpowiednio:

4 godziny robocze i mniej — 50 punktów,

5 godzin roboczych — 30 punktów,

6 godzin roboczych — 20 punktów,

7 godzin roboczych — 10 punktów,

8 godzin roboczych — 0 punktów,

oraz podkryterium „Czas usunięcia usterki”, odpowiednio:

16 godzin roboczych i mniej - 50 pkt,

24 godziny robocze — 30 punktów,

32 godziny robocze — 15 punktów,

40 godzin roboczych — 0 punktów.

W § 13 ust. 1 wzoru umowy „Kary umowne, wypowiedzenie Umowy i odstąpienie od Umowy” Zamawiający postanowił, że:

„1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:

1) w kwocie 4000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Awarii krytycznej w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 5;

2) w kwocie 1000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Usterki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 6;

3) w kwocie 500 zł za każdy dzień roboczy opóźnienia w naprawie lub wymianie urządzenia, w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 7;

9) 0,1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 pkt 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Systemu SEOD;”

W danym stanie faktycznym Izba zważyła:

Zgodnie z art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Przepis art. 5 k.c. wskazuje, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie natomiast z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

W kontekście zarzutów naruszenia powyższych przepisów w związku z art. 29 ust. 2 Pzp, Odwołujący podnosił, że kary umowne przewidziane przez Zamawiającego z dużym prawdopodobieństwem mogą powodować, że Odwołujący utraci cały zysk z realizacji umowy. Odwołujący podnosił też, że obciążenie wykonawcy tak wysokimi karami jest nieadekwatne do wagi naruszeń, a wykonawca często nie ma wpływu na pojawienie się Awarii lub Usterki, ich charakter oraz częstotliwość ich wystąpienia. Wskazywał, że poziom kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego, zamiast funkcji kompensacyjnej jest rodzajem represji względem wykonawcy. Tak ukształtowane kary umowne naruszają zasadę proporcjonalności (art. 7 Pzp) przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

W ocenie Izby, zarzuty odwołania w zakresie kar umownych nie zasługują na uwzględnienie. Twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie Izba uznała za nieudowodnione.

Zgodnie z definicją zamówienia publicznego, umowy o zamówienie publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z treści art. 139 ust. 1 Pzp wynika cywilistyczny charakter umów o zamówienie publiczne. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek ukształtowania postanowień umownych, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp,

Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Wykonawca, składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę oferty. Składając ofertę, wykonawca ma możliwość zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.

Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP wyrażone w raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z marca 2018 r., przytoczone przez Odwołującego, w tym w szczególności, że „powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody -tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...)”

Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma bowiem charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13), dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych.

Zauważyć również należy, że w przypadku umowy o zamówienie publiczne kara umowna może być zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych, co może godzić w interes publiczny, wynikający z celu danego postępowania. W ocenie proporcjonalności wysokości tej kary dla wykonawcy w ramach

danego stosunku zobowiązaniowego należy wziąć pod uwagę znaczenie określonych obowiązków obwarowanych karą dla realizacji umowy i uzyskania prawidłowego efektu końcowego zawartej umowy.

W ocenie Izby, jest dopuszczalne także zastrzeżenie kary umownej w sytuacji, gdy szkoda w formie materialnej nie występuje. Szkoda może bowiem mieć wymiar materialny ale także niematerialny. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 6 listopada 2003 r. sygn. akt sprawy: CZP 61/03, wskazał, że sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania powoduje szkodę dla wierzyciela i stanowi naruszenie jego interesów majątkowych. W przypadku zaś zamówień publicznych godzi to dodatkowo w interes publiczny. W systemie zamówień publicznych kara umowna pełni szczególną rolę prewencyjną, zabezpieczając interes publiczny, więc jej wysokość powinna być na tyle uciążliwa dla dłużnika, aby zniechęcała do lekceważenia obowiązków umownych przez wykonawcę. Celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby swoje zobowiązanie wykonał on w sposób należyty.

Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika zatem w głównej mierze z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym.

Ponadto, o rażąco wygórowanej karze umownej można mówić w sytuacji, gdy jest ona równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją przewidziano” (tak np. wyrok SN z dnia 20 maja 1980 r., sygn.. akt. I CR 229/80).

Wskazany przez Odwołującego w ramach tego zarzutu przepis art. 484 § 2 k.c. uprawnia dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Jest to zatem przepis chroniący dłużnika, ale na etapie realizacji zawartej umowy. Przepis ten nie może zatem być naruszony na etapie, gdy umowa nie została zawarta.

Twierdzenia podnoszone przez Odwołującego w kontekście niniejszego zarzutu dotyczącego zawyżenia kar umownych określonych w § 13 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 9 wzoru umowy nie zostały przez Odwołującego udowodnione lub choćby uprawdopodobnione. Odwołujący przedstawił na rozprawie symulację kar, jednak, jako wykonawca, który realizował tego rodzaju usługę na rzecz Zamawiającego, nie przedstawił on żadnych dowodów potwierdzających częstotliwość występowania Awarii krytycznych bądź Usterek, których czas usunięcia nie mógł zostać dotrzymany przez wykonawcę z przyczyn nie leżących po jego stronie. Przedłożona przez Odwołującego na rozprawie symulacja kar nie potwierdza też faktu, że przyjęte w tej symulacji kary umowne nie są do uniknięcia przez wykonawcę. Okolicznością mającą duże znaczenie w tym przedmiocie jest fakt, że to wykonawca zgodnie z SIWZ ma podać w ofercie czas usunięcia Awarii krytycznej/Usterki, stosownie do jego potencjału i możliwości. Nie będzie to więc czas narzucony przez Zamawiającego, który mógłby być trudny do dotrzymania dla niektórych wykonawców. Izba uznała także za nieudowodnione twierdzenie Odwołującego, że w pierwszym okresie realizacji umowy wykonawca będzie musiał zmierzyć się ze zwiększoną

liczbą incydentów, z uwagi na okres przerwy w świadczeniu na rzecz Zamawiającego usług utrzymania Systemu.

W ocenie Izby, istnieje uzasadnione ryzyko, że w przypadku obniżenia wysokości kary umownej do wnioskowanej przez Odwołującego - 2000 zł (o 50%) za każdą rozpoczętą godzinę roboczą zwłoki w usunięciu Awarii krytycznej, w stosunku do zaoferowanego terminu przez wykonawcę, usługa nie będzie świadczona, System SEOD nie będzie dostępny. Podkreślić należy, że zgodnie z definicją zawartą w SIWZ, każda Awaria krytyczna uniemożliwia jednostkom Zamawiającego korzystanie z Systemu SEOD.

Wnioskowana przez Odwołującego zmiana, polegająca na ustaleniu kary umownej w wysokości 500 zł (o 50%) za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w usunięciu Usterki, w stosunku do zaoferowanego terminu przez wykonawcę, może także spowodować znaczne zagrożenie prawidłowego działania SEOD, gdyż uciążliwość z tytułu kary umownej dla wykonawcy przy otrzymywanym wynagrodzeniu za realizowaną usługę będzie nieznaczna.

Zamawiający wymaga, aby w okresie obowiązywania umowy wykonawca zapewnił serwis gwarancyjny dla sprzętu użytkowanego obecnie w ramach Systemu SEOD.

W przypadku wystąpienia usterki sprzętu, naprawa lub wymiana urządzenia ma nastąpić w terminie 4 dni roboczych, licząc od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego. Za opóźnienie w naprawie lub wymianie sprzętu wykonawca będzie zobowiązany zapłacić karę umowną w wysokości 500 zł za każdy dzień roboczy tego opóźnienia. Odwołujący wniósł o ustalenie kary umownej w wysokości 250 zł za każdy dzień roboczy zwłoki w naprawie lub wymianie urządzenia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, wykaz posiadanego przez Zamawiającego sprzętu został zawarty w załączniku nr 3c do SIWZ. Jest to sprzęt niezbędny do korzystania przez Zamawiającego z Systemu SEOD. Odwołujący nie wykazał dlaczego należy uznać, że kwota kary umownej w wysokości 500 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w realizacji obowiązków gwarancyjnych jest kwotą wygórowaną, nie uzasadnił również z jakich powodów kwota 250 zł byłaby w tym przypadku właściwa.

Zgodnie z treścią SIWZ, rozpoczęcie świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia musi nastąpić dziesiątego dnia od dnia zawarcia umowy. Opóźnienie w rozpoczęciu świadczenia usług jest obwarowane karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Odwołujący wniósł o zmianę wysokości tej kary umownej na 0,05% oraz o zmianę „opóźnienia” na „zwłokę” jako przesłanki do naliczania tej kary i podobnie jak w przypadku wcześniej opisanych kar umownych nie przedstawił żadnych dowodów lub choćby rzeczowego uzasadnienia do zmiany tego postanowienia. W szczególności Odwołujący nie przedstawił argumentacji na poparcie twierdzenia, że okres 10 dni pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług jest zbyt krótki, aby wykonawca mógł rozpocząć realizację umowy. Dodatkowo należy zauważyć, że, jak wynika z

treści SIWZ, wykonawca, po rozpoczęciu świadczenia usług będzie miał 70 dni od dnia zawarcia umowy na zainstalowanie aktualnych wersji oprogramowania typu COTS, tj. eKancelaria oraz TIMSIWorkflowPack.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, które nie zostało poparte dowodami, że w toku użytkowania sprzętu może pojawić się szereg nieprzewidzianych okoliczności, które uniemożliwiają zachowanie terminów obwarowanych ww. karami umownymi z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy, należy wskazać, że w świetle warunków umowy (§ 13 ust. 4 wzoru umowy), wykonawca będzie mógł wykazać przed Zamawiającym brak swojej odpowiedzialności za wskazane zdarzenie, skutkujące naliczeniem kary umownej, co przyznał sam Odwołujący na rozprawie. Zamawiający przewidział procedurę w celu wyjaśnienia przyczyn mogących skutkować naliczeniem kar umownych. W ramach tej procedury wykonawca może szczegółowo uzasadnić okoliczności związane z naliczeniem kary umownej, na podstawie których Zamawiający podejmie decyzję o naliczeniu kary. Tym samym w przypadku, gdy dane zdarzenie jest skutkiem okoliczności, które powstały z przyczyn niezależnych od wykonawcy i zostanie to przez wykonawcę wykazane w ww. wyjaśnieniach, kara nie zostanie naliczona. Zauważyć należy, że w Zamawiający wprowadził procedurę, zgodnie z którą o naliczeniu kar umownych będzie informował wykonawcę na piśmie, a wykonawca może podstawę faktyczną kary kwestionować.

Reasumując powyższe należy wskazać, że zastrzeżone przez Zamawiającego we wzorze umowy kary umowne mają na celu zabezpieczenie należytego wykonania umowy i pozostają w nie budzącym wątpliwości związku z podstawowymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z zakresu zobowiązania w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, kary umowne dotyczą realizacji obowiązku umownego zależnego od wykonawcy, ponieważ to on zdecyduje o tym, jaki czas określi na usunięcie Awarii krytycznej bądź Usterki. Naliczenie kar umownych będzie dotyczyło sytuacji, gdy wystąpią przyczyny leżące po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby, wykonawca zobowiązany jest tak zorganizować realizację umowy, aby możliwe było osiągnięcie przewidzianych w niej rezultatów, tj. utrzymania prawidłowo działającego Systemu, bez konieczności stosowania kar umownych. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, gdy wykonawca zakłada, że nie będzie realizował umowy zgodnie z wymaganiami, i w cenę oferty wkalkuluje kary umowne. Wykonawca powinien w taki sposób przygotować się organizacyjnie i technicznie do realizacji umowy, aby był w stanie realizować ją zgodnie z jej postanowieniami, a nie zakładać że nie będzie jej realizował należycie, a tym samym ponosił kary umowne.

Nie sposób pominąć okoliczności, że postawione zarzuty oraz wynikające z nich żądania wydają się zmierzać do ukształtowania treści SIWZ oraz umowy w sposób dogodny dla Odwołującego, co stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz woli

Zamawiającego podyktowanej jego rzeczywistymi potrzebami oraz dbałością o interes publiczny (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15). Na te same okoliczności potwierdzające bezzasadność odwołania zwróciła uwagę Izba w wyroku KIO 2525/17 KIO 2529/17.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 13 ust. 2 pkt. 1, 2, 3, 4 wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do wypowiedzenia umowy (i nałożenia z tego tytułu kary umownej) w przypadku nieznacznych i niezawinionych przez wykonawcę naruszeń umowy, a tym samym obarczających wykonawcę zbyt dużym ryzykiem poniesienia straty, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony konstruującej stosunek prawny i wskazuje, na przekroczenie przez Zamawiającego granicy swobody umów, a ponadto opartych o niejasne przesłanki wypowiedzenia.

Zgodnie z treścią § 13 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 6 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca i żądania zapłaty kary umownej, o której mowa w ust. 1 pkt 11 w przypadku, gdy:

- 1) czas usunięcia Awarii krytycznej w danym okresie rozliczeniowym został niedochowany więcej niż 2 razy;
- 2) czas usunięcia Usterki w danym okresie rozliczeniowym został niedochowany więcej niż 4 razy;
- 3) czas usunięcia pojedynczej Awarii krytycznej został przekroczony o 300% w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 5 zdanie 1;
- 4) dostępność (SLA) nie została dochowana w co najmniej 2 następujących po sobie danych okresach rozliczeniowych.

Ust. 1 pkt 11 tego paragrafu przewiduje naliczenie „15% łącznego maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 10 ust. 1 Umowy - w przypadku odstąpienia od Umowy lub wypowiedzenia Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Zgodnie z treścią § 13 ust. 4 wzoru umowy, „Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie przez Zamawiającego kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy. Zamawiający będzie informował Wykonawcę pisemnie lub e-mail na adres wskazany w § 9 ust. 1 Umowy o naliczeniu kary umownej – wskazując przyczyny jej naliczenia. W przypadku niezakwestionowania przez Wykonawcę, pisemnie lub za pośrednictwem e-mail wskazanym w § 9 ust. 2 Umowy podstaw faktycznych do naliczenia kary umownej w terminie 5 dni od otrzymania ww. informacji, przyjęte zostanie, że Wykonawca nie kwestionuje podstaw do naliczenia kary umownej. W przypadku zakwestionowania przez Wykonawcę podstaw

faktycznych do naliczenia kary umownej Wykonawca zobowiązany jest wskazać przyczyny powyższego.”

W ocenie Izby, przesłanki wypowiedzenia umowy, określone w § 13 ust. 2 pkt 1, 2, 3 i 4 wzoru umowy zostały jednoznacznie i jasno sformułowane. Odwołujący nie wykazał w powyższym zakresie braku precyzyjnego ich opisanie przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę żądania zawarte przez Odwołującego w odwołaniu w zakresie niniejszego zarzutu, wskazać należy w pierwszej kolejności, że przesłanki niedochowania czasu usunięcia Awarii krytycznej bądź Usterki więcej niż odpowiednio 2 i 4 razy dotyczą jednego okresu rozliczeniowego, który został zdefiniowany został w § 10 ust. 2 wzoru umowy - pierwszy okres rozliczeniowy obejmuje trzy miesiące, pozostałe okresy rozliczeniowe to okresy miesięczne. Zatem częstotliwość naruszeń należy oceniać co do zasady w okresie jednego miesiąca. Odwołujący podnosił natomiast, że niedochowanie czasu usunięcia Awarii krytycznej uprawniające do rozwiązania umowy musiałoby wystąpić więcej niż 8 razy w danym okresie rozliczeniowym z wyłącznej winy wykonawcy. Odwołujący nie wyjaśnił podstawy do przyjęcia takich rozwiązań. Nie wyjaśnił również, jaki czas usunięcia Awarii krytycznej uwzględnił w swojej propozycji, Zauważyć bowiem należy, że wykonawca może zaoferować dowolną liczbę godzin mniejszą lub równą 8. W ocenie Izby, niedochowanie zaoferowanego przez wykonawcę czasu usunięcia Awarii krytycznej 8 razy w miesiącu, nawet jeśli przekroczenie tego czasu będzie niewielkie, może w znacznym stopniu sparaliżować pracę w Systemie SEOD, a co najmniej spowoduje znaczne utrudnienia w dostępie do Systemu SEOD. Zauważyć należy, że Awaria krytyczna oznacza brak dostępu do Systemu. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający nie będzie ponosił w tym czasie jakiegokolwiek straty z tytułu kosztów utrzymania niedziałającego Systemu.

Powyżej przedstawiona ocena dotyczy także kwestii przesłanki uprawniającej Zamawiającego do rozwiązania umowy z powodu niedochowanie więcej niż 4 razy w danym okresie rozliczeniowym czasu usunięcia Usterki (według propozycji Odwołującego - więcej niż 10 razy).

W związku z powyższym, nie można pominąć także faktu, że wykonawcę ubiegającego się o zamówienie należy uznać za profesjonalistę w danej dziedzinie, zatem powinien on jako profesjonalista przyjąć pełną odpowiedzialność z tytułu nieusunięcia Awarii krytycznej w terminie, który sam określi w ofercie. Izba podziela w pełni stanowisko Zamawiającego, że w związku z kryterium oceny ofert (Czas usunięcia Awarii krytycznej i Czas usunięcia Usterki) wykonawca posiada swobodę do ukształtowania tego czasu, zgodnie ze swoimi indywidualnymi możliwościami i potencjałem, a kwestionowane przez Odwołującego postanowienia ograniczają wykonawcę przed czysto instrumentalnym wykorzystaniem tego kryterium – wyłącznie do zdobycia maksymalnej liczby punktów.

Powyższe odnosić należy także do zarzutu dotyczącego przesłanki określonej w pkt 3, dotyczącej przekroczenia przez wykonawcę o 300% czasu usunięcia Awarii krytycznej, który to czas sam wykonawca określi w swojej ofercie. Zauważyć należy, że jeśli wykonawca zaoferuje czas usunięcia Awarii krytycznej - 8 godzin, to przekroczenie tego czasu o 500% (zgodnie z żądaniem Odwołującego), spowoduje brak działania systemu przez pięć dni roboczych. Taki czas braku dostępu do Systemu z pewnością narażą Zamawiającego na znaczne trudności w wykonywaniu jego ustawowych zadań oraz także na ponoszenie nieuzasadnionych kosztów utrzymania Systemu przy braku możliwości korzystania z niego.

Za nieuzasadniony należało uznać także wniosek o wykreślenie pkt 4, dotyczącego przesłanki polegającej na niedochowaniu dostępności SLA w co najmniej 2 następujących po sobie okresach rozliczeniowych.

W tym miejscu należy zauważyć, że, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego i treści SIWZ, że Zamawiający wymaga dostępności SLA na poziomie 99% w danym okresie rozliczeniowym w cyklu 24/7/365, co oznacza, że czas trwania niedostępności usług może wynosić maksymalnie 7 godzin w miesięcznym okresie rozliczeniowym. Możliwość wypowiedzenia umowy pojawi się, jeżeli powyższa niedostępność usług SLA zostanie przekroczona w dwóch kolejnych okresach rozliczeniowych.

Odwołujący niezasadnie twierdził, że wypowiedzenie umowy będzie możliwe również w sytuacji, gdy w dwóch kolejnych miesiącach wykonawca opóźni się o jedną godzinę z usunięciem Usterki. Twierdzenie to nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym, gdyż Usterka to incydent, który nie powoduje niedostępności usług, a tym samym dostępność SLA zostanie zachowana. Zgodnie z definicją Awarii krytycznej, również Awaria krytyczna nie jest tożsama z niedochowaniem dostępności SLA. Awaria krytyczna może wystąpić, przy zachowaniu dostępności SLA.

Reasumując stanowisko Izby w zakresie tego zarzutu, należy stwierdzić, że Zamawiający dokładnie opisał okoliczności uprawniające go do wypowiedzenia umowy, które w ocenie Izby nie naruszają obowiązków Zamawiającego wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp. Postanowienia te nie są również sprzeczne z przepisami art. 353¹ i art. 5 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że waga naruszeń wskazanych w § 13 ust. 2 pkt 1, 2, 3 i 4 wzoru umowy nie jest wystarczająca do rozwiązania umowy przez Zamawiającego oraz że postanowienia te rażąco uprzywilejowują Zamawiającego, przyznając mu prawo wypowiedzenia umowy i naliczenia wysokiej kary umownej w przypadku nieistotnych naruszeń umowy, niezawinionych przez wykonawcę.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez ukształtowanie postanowień umowy, wskazanych w odwołaniu w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, w tym proporcjonalności przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: