

WYROK
z dnia 14 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Państwową Inspekcję Pracy Główny Inspektorat Pracy w Warszawie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 484 § 2, art. 353¹ i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie dotyczącym § 14 ust. 1 pkt 10 oraz zarzutu naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp w zakresie dotyczącym § 14 ust. 2 lit. a-c wzoru umowy, wobec ich cofnięcia.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. 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, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługi utrzymania i rozwoju Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów Państwowej Inspekcji Pracy”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 maja 2019 r., pod nr 2019/S 093-225097.

15 maja 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), której postanowienia zostały zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 27 maja br. przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) z zarzutami, że ich treść narusza poniżej wskazane przepisy:

1. art. 484 § 2, art. 353¹ oraz art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Kc” w zw. art. 139 i art. 29 Pzp przez zastrzeżenie w SIWZ – wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (dalej „WU”) klauzul obejmujących obowiązek uiszczania kar umownych, określonych w:
 - a) § 14 ust. 1 pkt 2 WU;
 - b) § 14 ust. 1 pkt 3 WU;
 - c) § 14 ust. 1 pkt 10 WU;w wysokości rażąco wysokiej względem sankcjonowanego naruszenia, oderwanej od wartości potencjalnej szkody Zamawiającego, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice swobody umów;
2. art. 353¹, art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 14 ust. 2 lit. a-d WU 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 i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji WU w ten sposób, że:

1. § 14 ust. 1 pkt 2 WU otrzyma brzmienie: „w kwocie 500 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Awarii krytycznej w stosunku do terminu określonego w § 5 ust 5”;
2. § 14 ust. 1 pkt 3 WU otrzyma brzmienie: „w kwocie 100 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Usterki w stosunku do terminu określonego w § 5 ust 6”;
3. § 14 ust. 1 pkt 10 WU otrzyma brzmienie: „0,05% wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 ust 1 pkt 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Systemu SEOD i/lub 0,05% wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 ust 1 pkt 2 Umowy za każdy dzień zwłoki w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego”;
4. § 14 ust. 2 wzoru umowy 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 12 w przypadku gdy:

a) (wykreślony)

a ewentualnie (w razie nieuwzględnienia wniosku o nakazanie Zamawiającemu zmiany tych postanowień przez ich wykreślenie) o nadanie mu następującego brzmienia:

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

b) (wykreślony)

a ewentualnie (w razie nieuwzględnienia wniosku o nakazanie Zamawiającemu zmiany tych postanowień przez ich wykreślenie) o nadanie mu następującego brzmienia:

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

c) (wykreślony)

a ewentualnie (w razie nieuwzględnienia wniosku o nakazanie Zamawiającemu zmiany tych postanowień poprzez ich wykreślenie) o nadanie mu następującego brzmienia:

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

d) (wykreślony)

e) opóźnienie w uruchomieniu Środowiska szkoleniowo-testowego przekroczy o 30 dni termin wskazany w § 3 ust 2;

f) jeżeli opóźnienie w wykonaniu danego zlecenia obejmującego realizację Usługi rozwoju przekracza 100% czasu realizacji danego Zlecenia;

g) jeżeli 2 razy zostały wykonane nienależycie lub nie zostały wykonane Zlecenia;

h) jeżeli Wykonawca został postawiony w stan likwidacji”.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożeniu ważnej i konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. W konsekwencji, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia. Odwołujący wskazał również na utrwaloną w praktyce orzeczniczej funkcję reklamacyjną i sygnalizacyjną, mającą na celu zapewnienie, aby Postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami Pzp.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Ad 1 Zarzuty dotyczące § 14 ust. 1 WU

a) w zakresie § 14 ust. 1 pkt 2 WU

Zgodnie z § 14 ust 1 pkt 2 WU, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 4.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Awarii krytycznej w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 5 WU (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 sporządzone przez Odwołującego wyliczenia kar w postaci symulacji naliczenia kar przy uwzględnieniu proponowanego w ofercie Odwołującego czasu usunięcia Awarii liczonego w godzinach i miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za świadczenie usług utrzymania, których przedstawienie Odwołujący zapowiedział na rozprawie.

Co więcej, obciążenie wykonawcy tak wysokimi karami jest nieadekwatne do wagi naruszeń, ponieważ wykonawca często nie ma wpływu na pojawienie się Awarii, charakter awarii oraz częstotliwość ich wystąpienia. Powoduje to w konsekwencji, że poziom kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego 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 zwrócił również uwagę, że kara umowna została przewidziana za opóźnienie, a nie za zwłokę, co powoduje, że dochodząc kary umownej w sytuacji opisanej w tym postanowieniu, 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 zakresie § 14 ust. 1 pkt 3 WU

Zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 2 WU wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 1.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę roboczą opóźnienia w usunięciu Usterki w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 6 WU (liczonego w godzinach roboczych).

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w lit. a) powyżej, powołując się na symulację kar w odniesieniu do Usterki i wskazał dodatkowo, że biorąc pod uwagę częstotliwość usterek pojawiających się często z przyczyn niezależnych od Odwołującego, realizacja umowy przy tak wysokim poziomie kar jest nieopłacalna.

c) w zakresie § 14 ust. 1 pkt 10 WU

Zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 10 WU wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 0,1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 1 WU, za każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Systemu SEOD i/lub 0,1% wynagrodzenia, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 2 WU za każdy dzień opóźnienia w rozpoczęciu świadczenia Usługi utrzymania Środowiska szkoleniowo-testowego.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w lit a) powyżej i ponownie odesłał do wspomnianej tam symulacji kar, a ponadto wskazał, że realizacja umowy przy tak wysokim poziomie kar jest nieopłacalna.

Odwołujący podkreślił, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, tworzy pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą stosunek zobowiązaniowy, do którego w zakresie nie uregulowanym przepisami Pzp, mają zastosowanie przepisy Kc. Stanowi to punkt wyjścia do przyjęcia, że normatywną podstawą postanowień w zakresie kar umownych jest przepis art. 483 Kc.

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 marca 2018 r., że „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 KIO, w którym podkreśla się, że „nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie” (wyrok KIO z 5 grudnia 2018 r., KIO 2574/18).

Nie można również pominąć faktu, że zasada swobody umów, o której mowa w art. 353¹ Kc, a 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 SIWZ istotnych postanowień umownych. W konsekwencji, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnie ukształtowania warunków 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 z 20 listopada 2015 r., KIO 2399/15, czy z 6 czerwca 2018 r., KIO 980/18 i KIO 983/18, 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 Kc oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 Kc, 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. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) wskazał, że 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. W kontekście powyższego, w orzecznictwie KIO 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.

Podsumowując, zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, postanowienia WU celu tego nie spełniają.

Ad 2 Zarzuty dotyczące § 14 ust. 2 WU

W ocenie Odwołującego waga naruszeń wskazana w § 14 ust. 2 lit. a-d WU nie jest wystarczająca dla jednostronnego rozwiązania umowy przez Zamawiającego. Wspomniane postanowienia SIWZ rażąco uprzywilejowują Zamawiającego, przyznając mu prawo wypowiedzenia umowy i naliczenia wysokiej kary umownej w razie nieznaczących i niezależnych od zawinienia wykonawcy naruszeń umowy, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia jakiegokolwiek prawa do rozwiązania umowy przez wykonawcę:

- a) w § 14 ust. 2 lit a) WU 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 trwale korzystanie z usług składowych lub całego Systemu SEOD lub Środowiska szkoleniowo-testowego”). Mając na uwadze fakt, że czas usunięcia Awarii liczony jest w godzinach roboczych, tak sformułowana przesłanka umożliwia 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. Należy też zwrócić uwagę, że Awarie w Systemie są wielokrotnie spowodowane przyczynami niezależnymi od wykonawcy. Co więcej, zdarza się, że do usunięcia Awarii wymagane jest współdziałanie Zamawiającego, niemożliwe do zapewnienia 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 § 14 ust. 2 lit b) WU, 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”). Ponownie, mamy zatem sytuację w której niewielkie, nawet godzinne opóźnienia w usunięciu drobnego błędu w Systemie upoważniają Zamawiającego do jednostronnego rozwiązania umowy i nałożenia wysokiej kary umownej;
- c) w § 14 ust. 2 lit c) WU Zamawiający zastrzega sobie możliwość rozwiązania umowy w przypadku jeżeli czas usunięcia pojedynczej Awarii został przekroczony o 300%, co – mając na uwadze fakt, że chodzi o jednorazowy przypadek – stanowi niewspółmierne ryzyko dla wykonawcy w stosunku do rodzaju przewinienia;
- d) w § 14 ust. 2 lit b) WU, 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 to jest nieprecyzyjne bowiem Zamawiający nie uszczegóławia co należy rozumieć pod pojęciem niezachowania dostępności. Co więcej, jeżeli Zamawiający utożsamia zachowanie dostępności z przestrzeganiem terminów usuwania Awarii i Usterek, oznacza to, że możliwość wypowiedzenia

Umowy pojawi się również w sytuacji, w której 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. Tymczasem, w doktrynie i orzecznictwie (przytoczonym w pkt ad. 1 powyżej) podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Tym samym kwestionowane postanowienia naruszają art. 353¹ oaz art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Następnie, Odwołujący cofnął zarzuty dotyczące § 14 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 lit. a-c WU.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania w pozostałym zakresie i wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Wstępnej kalkulacji ceny oferty i wyliczenia wysokości grożących wykonawcy kar umownych – dowód O1;
2. Statystyki zgłoszeń dotyczącej Awarii Krytycznych Systemu – dowód O2;
3. Statystyki zgłoszeń dotyczącej Usterek Systemu – dowód O3;

zastrzegając, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił odrębne pisemne uzasadnienie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podkreślając, że Odwołujący jest w stanie prawidłowo oszacować ryzyka związane z wykonaniem umowy, ponieważ był jednym z podmiotów świadczących dotychczas usługi stanowiące przedmiot zamówienia na rzecz Zamawiającego. Podkreślił również odszkodowawczo-kompensacyjną rolę kar umownych i stwierdził, że nie mogą mieć one symbolicznej wysokości, zwłaszcza zważywszy na rolę systemu, na którym mają być świadczone usługi dla sprawnego funkcjonowania Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

W pkt 1 sentencji wyroku Izba, stosując odpowiednio przepis art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w części obejmującej zarzuty odwołania, które zostały wycofane przez Odwołującego.

W związku z podlegającymi rozpoznaniu zarzutami odwołania Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami oraz z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. W oparciu o ten materiał dowodowy skład orzekający stwierdził, że wynikający z odwołania stan faktyczny (brzmienie kwestionowanych postanowień SIWZ) nie budzi wątpliwości, *ergo* nie wymaga odrębnego omówienia.

W związku z zarzutem dotyczącym kar umownych Izba ustaliła ponadto, że czas usunięcia usterki/awarii określany ma być przez samych wykonawców w ofercie, stanowiąc jedno z pozacenowych kryteriów oceny ofert o wadze 20%, punktowane według zasad określonych w pkt 14.3 SIWZ. Maksymalny czas usunięcia Awarii krytycznej nie może przekroczyć 8 godzin roboczych od przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego, a Usterki – 6 godzin roboczych.

Mianem Awarii krytycznej Zamawiający określił incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług uniemożliwiający jednostkom Zamawiającego czasowe lub trwałe korzystanie z usług składowych lub całego Systemu SEOD lub Środowiska szkoleniowo-testowego. Natomiast pod pojęciem Usterki Zamawiający zdefiniował incydent dotyczący nieprawidłowego działania usług inny niż Awaria krytyczna, tzn. niepowodujący niedostępności usług, w tym błędy w kodzie źródłowym, o ile nie skutkują Awarią krytyczną (zob. pkt 1.5 załącznika 3b do SIWZ).

Z kolei w zakresie zarzutu dotyczącego przesłanki wypowiedzenia umowy określonej w § 14 ust. 2 lit. d WU skład orzekający ustalił, że dostępność usług, do której referuje wspomniana przesłanka wypowiedzenia ustalona została na poziomie 99%, mierzonym w skali miesiąca (argument z załącznika nr 3b do SIWZ, pkt 3, poz. 1 tabeli).

W tak ustalonym stanie faktycznym zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Przystępując do uzasadnienia rozstrzygnięcia Izba zaznacza, że z uwagi na objęcie informacji zawartych w dowodach O1-O3 tajemnicą przedsiębiorstwa, oparta na nich argumentacja przedstawiona zostanie z poszanowaniem niejawnego charakteru zastrzeżonych informacji.

Tytułem wprowadzenia do problematyki orzekania w przedmiocie postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego należy wskazać, że kwestie z nim związane (np. naruszenie zasady swobody umów, nieekwiwalentność świadczeń) mogą być oceniane jedynie hipotetycznie. Wzór taki reguluje bowiem prawa i obowiązki stron przyszłego stosunku obligacyjnego, tj. zamawiającego i wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana w danym postępowaniu i z którym, następnie, zawarta będzie umowa w sprawie zamówienia

publicznego na warunkach określonych przez zamawiającego we wzorze umowy. W konsekwencji, wykonawcy – chcąc wykazać wspomniane powyżej przykładowe naruszenia – uciekają się do kreowania w odwołaniach pewnych hipotetycznych ryzyk, wskazując że kwestionowane przez nich postanowienia wzoru umowy albo ich nie przewidują, albo obarczają nimi w całości podmiot, który realizować będzie dane zamówienie publiczne. Wskazywaną przez odwołujących podstawą prawną takich zarzutów jest przepis art. 353¹ K.c., statuujący jedną z podstawowych zasad stosunków obligacyjnych, jaką jest swoboda umów.

Zasada swobody umów na gruncie prawa zamówień publicznych doznaje – jak wielokrotnie wskazywano w doktrynie i orzecznictwie – szeregu ograniczeń, wpływających nie tylko na pozycję wykonawcy (co zawsze eksponują odwołujący), ale również samego zamawiającego.

Z jednej strony wykonawca jest bowiem, co do zasady (za wyjątkiem możliwości składania wniosków o zmianę postanowień wzoru umowy w trybie art. 38 Pzp, bądź skorzystania ze środka ochrony prawnej), pozbawiony wpływu na kształt umowy w sprawie zamówienia publicznego, której wzór jest w istocie narzucany przez zamawiającego (w tym kontekście umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny). Zaznaczyć przy tym należy, że dominująca pozycja jednej ze stron kontraktu (tu – zamawiającego) nie jest jednak sprzeczna z ideą omawianej zasady, na co zwrócono uwagę w orzecznictwie Sądu Najwyższego, m.in. w wyroku z 23 maja 2013 r., IV CSK 658/12, z którego wynika, że z wyrażonej w art. 353¹ K.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy, zatem – jak wskazano w uzasadnieniu tego orzeczenia – „nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc, co do zasady, istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron”. Wolę taką wykonawca wyraża przystępując do danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, uprzywilejowana pozycja zamawiającego podyktowana jest również koniecznością zabezpieczenia jego interesu, jako podmiotu będącego dysponentem środków publicznych, które muszą być wydatkowane zgodnie z zasadami określonymi w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

Z drugiej jednak strony odwołujący niejednokrotnie nie dostrzegają, że także zamawiający pozbawiony jest pełnej swobody kontraktowania. Nie może on bowiem zupełnie dowolnie wybrać podmiotu, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego, a ponadto zamawiający pozbawiony jest wpływu na określoną przez wykonawcę wysokość wynagrodzenia, za jakie oferuje on wykonanie zamówienia publicznego (inaczej jest w „klasycznych” stosunkach obligacyjnych, w których strony mogą przecież negocjować wysokość wynagrodzenia za wykonanie umowy, którą zamierzają zawrzeć). W tym elemencie (określeniu przez wykonawcę wysokości wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego) należy upatrywać instrumentu niwelującego dominującą pozycję

zamawiającego. Jeżeli bowiem oczekiwania zamawiającego są wysokie (zarówno co do samego świadczenia, jak i wynikających ze wzoru umowy warunków jego realizacji), to w odpowiedzi wykonawca ma możliwość skalkulowania ceny oferty na odpowiednio wysokim poziomie.

Przedstawione powyżej zapatrywania stanowiły zasadniczą podstawę oddalenia odwołania.

Dodatkowo, w zakresie zarzutu dotyczącego rażącego wygórowania kar umownych za przekroczenie zadeklarowanego przez wykonawcę czasu na usunięcie Awarii krytycznej/Usterki (§ 14 ust. 1 pkt 2 i 3 WU) Izba za nieudowodnione uznała twierdzenie, zgodnie z którym w pierwszym okresie realizacji umowy wykonawca będzie musiał zmierzyć się ze zwiększoną liczbą incydentów, z uwagi na przerwę w świadczeniu na rzecz Zamawiającego usług wsparcia. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący, jako podmiot uczestniczący w realizacji poprzednio obowiązującej umowy, miał możliwość przedstawienia takich danych, zamiast czego ograniczył się do wskazania w dowodach O2-O3 na ogólną liczbę awarii/usterek w okresie od 1 stycznia 2016 r. do 10 czerwca 2019 r., z wyszczególnieniem incydentów za rok 2019 (awarie) i z okresu maj 2017 – marzec 2019 (ustereki). Nie sposób również nie zauważyć, że powyższa okoliczność (świadczenie tożsamyh rodzajowo usług na rzecz Zamawiającego) stanowi źródło przewagi Odwołującego nad innymi podmiotami, które przystąpią do Postępowania, bowiem daje mu wiedzę chociażby o najczęściej pojawiających się rodzajach awarii/usterek i pozwala na bardziej precyzyjne, niż w przypadku innych wykonawców, oszacowanie czasu niezbędnego do ich usunięcia. Okoliczność ta stanowiła również podstawę uznania za niewiarygodny dowodu O1, w treści którego Odwołujący w istocie antycypował nienależyte wykonywanie obowiązków w zakresie terminowego usuwania awarii i usterek.

W odniesieniu do kwestionowanej przesłanki wypowiedzenia umowy (§ 14 ust. 2 lit. d WU), ocenianej w kontekście twierdzenia Odwołującego o oparciu jej o niejasne sformułowania, skład orzekający uznał ponadto, że w kontekście precyzyjnego określenia oczekiwanego poziomu jakości usług (załącznik 3b do SIWZ, pkt 3, poz. 1 tabeli), prezentowana w odwołaniu argumentacja nie mogła się ostać. W ocenie Izby Zamawiający dokładnie opisał okoliczności uprawniające go do wypowiedzenia umowy i jakkolwiek można spierać się, czy nie są one zbyt rygorystyczne, to jednak nie naruszają obowiązków Zamawiającego wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp. Nie jest również sprzeczna z przywołanymi w podstawie prawnej tego zarzutu przepisami art. 353¹ i art. 5 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp okoliczność, że w pewnych sytuacjach przesłanka ta może zawierać się w innych przewidzianych w § 14 WU przesłankach wypowiedzenia umowy.

Zważywszy na przedstawione zapatrywania Izba orzekła, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: