Sygn. akt: KIO 914/22

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2022 r. przez odwołującego Comarch Polska S. A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie przy udziale wykonawcy Asseco Poland S. A. w Rzeszowie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 p.z.p. i art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. poprzez sporządzenie projektowanych postanowień umowy, określających przedmiot zamówienia przewidziany do realizacji,

w sposób niejednoznaczny, nakładający obowiązek realizacji świadczenia niemożliwego do spełnienia,

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez usunięcie z wzoru umowy art. 17 ust. 6a,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Comarch Polska S. A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie na rzecz odwołującego Comarch Polska S. A. w Krakowie kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 914/22

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5 01-748 Warszawa, prowadzi w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług rozwoju i utrzymania Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS w okresie przejściowym", o numerze referencyjnym 993200/271/4/2022, zwane dalej „postępowaniem". Postępowanie posiada wartość przekraczającą próg unijny określony w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.".

W dniu 31 marca 2022 r. odwołanie wobec treści projektowanych postanowień umowy wniósł wykonawca Comarch Polska S. A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 433 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 353^1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie projektowanych postanowień umowy przewidujących: odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, sankcje za zachowanie wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy, odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, a ponadto w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego,

2. art. 99 ust. 1 Pzp i art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez sporządzenie projektowanych postanowień umowy, określających przedmiot zamówienia przewidziany do realizacji, w sposób niejednoznaczny, nakładający obowiązek realizacji świadczenia niemożliwego do spełnienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji zmiany projektowanego postanowienia art. 17 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia jakie posiadał w wersji wzoru umowy przekazanej przy zaproszeniu do negocjacji, tj. o nakazanie usunięcia ust. 6a i przywrócenia pkt 1 i 2 w ust. 5, a także nakazanie zmiany treści pola „zakres usługi" na str. 17 załącznika nr 10 do wzoru umowy na: „Wykonawca zapewnienie dostęp klientów do strony ZUS, a w szczególności dostęp do poszczególnych widoków opisanych w Metodzie pomiaru parametru INT_M_03 wraz z ich Modyfikacjami." Wniesiono także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane, a także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia zastępstwa procesowego zgodnie ze złożoną na rozprawie fakturą VAT.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający

18 lutego 2022 r. zaprosił do negocjacji 2 wykonawców, tj. firmę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (dalej jako „Asseco") oraz odwołującego. Asseco jest aktualnym wykonawcą usług objętych zamówieniem. Natomiast odwołujący jest wykonawcą, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, w toczącym się równolegle w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu na „Rozwój i utrzymanie Portalu Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS" (znak sprawy: TZ/271/89/19). Z uwagi na zaskarżenie przez Asseco wyboru oferty odwołującego, decyzja w tym przedmiocie nie stała się jeszcze prawomocna. Po przeprowadzeniu z obydwoma wykonawcami negocjacji dotyczących warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w dniu 21 marca 2022 r. zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz z SWZ. Po przeanalizowaniu SWZ odwołujący zauważył, że w załączniku nr 2 do tego dokumentu, ze wzorem umowy, znajdują się postanowienia

niezgodne z przepisami ustawy p.z.p. wskazanymi w petitum odwołania. W związku z tym stało się konieczne sformułowanie poniższych zarzutów.

Zarzut 1 - postanowienie z artykułu 17 ust. 6a wzoru umowy, kreujące przesłanki do wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia. We wzorze umowy (załącznik nr 2 do SWZ), jaki został przekazany wykonawcom razem z zaproszeniem do składania ofert, zamieszczono następujące postanowienie: art. 17 ust. „6a. Zamawiający ma prawo do wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia Umowy w przypadku wystąpienia:

a) braku możliwości składania elektronicznych zwolnień lekarskich (eZLA) na platformie

PUE przez okres 8 lub więcej godzin z wykorzystaniem usług zdefiniowanych

w metryce UU_AVE#00 i aplikacji APeZLA.

b) gdy dla usług zdefiniowanych w metryce SYS_AVZ#00 Wsparcie utrzymania

Usługi_Dostęp do strony ZUS:

- AVZ.1 Dostępność usługi

Przesłanka wypowiedzenia umowy: strona główna Zakładu jest niedostępna przez okres 8 lub więcej godzin lub strona Zakładu jest trzykrotnie lub więcej niedostępna w przeciągu 72 godzin, gdzie łączny czas niedostępności wyniósł 12 lub więcej godzin.

c) gdy parametry usług serwisowych (wartość wszystkich parametrów obliczona zgodnie z metodami i definicjami wskazanymi w Załączniku 9 do Umowy): i. dla usług zdefiniowanych w metryce Obsługa Incydentów [SYS_USM_ODI]

- ODI.OB3 Incydent krytyczny

Przesłanka wypowiedzenia umowy: zwłoka w dostarczeniu rozwiązania dla incydentu krytycznego przekroczyło 8 godzin.”.

W wyjściowej wersji wzoru umowy przekazanej przy zaproszeniu do składania ofert powyższych postanowień nie było. Świadczy o tym choćby ujęcie ich w ustępie o numerze 6a, co jest zabiegiem redakcyjnym wykorzystywanym przy modyfikacji dokumentów, w celu uniknięcia zmiany numeracji innych dotychczasowych postanowień. Inną zmianą jaka została dokonana w obrębie „Artykułu 17 - WYPOWIEDZENIE LUB ODSTĄPIENIE OD UMOWY”, było usunięcie pkt 1 i 2 w ust. 5 komentowanego artykułu. Wyjściowa treść wzoru umowy zawierała następujące postanowienia: art. 17 ust. „5. Zamawiający może wypowiedzieć Umowę z ważnych przyczyn, przez które rozumie się każdy z następujących przypadków:

1) Wykonawca przez okres 1 (jednego) miesiąca zaprzestał świadczenia Usług utrzymania, w szczególności nie reagował na przekazywane zgłoszenia, nie dostarczał rozwiązań, nie odpowiadał na pytania Zamawiającego;

2) w ciągu następujących po sobie trzech miesięcy wystąpiło niedotrzymanie przynajmniej jednego (tego samego) Parametru Usług utrzymania dla którejkolwiek z Usług określonych w Załączniku nr 9 lub Załączniku nr 10;”

Natomiast w wersji wzoru umowy przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert powyższe postanowienia art. 17 ust. 5 pkt 1 i 2 zostały skreślone. Zdaniem odwołującego zamawiający w pierwszym odruchu ukształtował treść art. 17 wzoru umowy w sposób poprawny, a na dalszym etapie postępowania - z przyczyn które nie są odwołującemu znane - dokonano niepotrzebnej i przede wszystkim naruszającej przepisy ustawy p.z.p. modyfikacji treści art. 17. Zamawiający w toku negocjacji prowadzonych z odwołującym nie sygnalizował woli wprowadzenia zmian w obrębie artykułu dotyczącego wypowiedzenia umowy. Gdyby jednostka zamawiająca uzewnętrzniła zamiar wprowadzenia zaskarżonych postanowień do wzoru umowy w toku negocjacji, odwołujący postarałby się odwieść zamawiającego od realizacji tego zamiaru. Brak sygnalizacji planowanych zmian uniemożliwił odwołującemu zajęcie stanowiska w toku negocjacji i przedstawienia argumentacji zawartej w niniejszym odwołaniu.

Dokonując analizy ust. 6a w art. 17 wzoru umowy należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że wymieniona jednostka redakcyjna, kreująca trzy przesłanki umożliwiające wypowiedzenie umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia (lit. a - c) została sformułowana w sposób niestaranny, niedokładny, niespójny oraz częściowo niezrozumiały. W przypadku lit. b i c wyodrębniono punktory określone jako „przesłanka do wypowiedzenia

umowy", natomiast w przypadku lit. a próżno szukać takiego zwrotu, co rzutuje na przejrzystość struktury całego ustępu. Z kolei redakcja lit. b i c także zawiera wady, gdyż „przesłanki do wypowiedzenia" poprzedzone są wprowadzeniem, które nie koresponduje z dalszą częścią tekstu. Po wyrażeniu „incydent krytyczny" wątek się urywa, przez co treść postanowień nie tworzy spójnej i logicznej całości. Niska jakość redakcji ustępu 6a, która przejawia się w użyciu niedokładnych określeń prowadzących do niejednoznaczności jej treści nie jest bynajmniej największą wadą wprowadzonych postanowień. Postanowienia objęte odwołaniem zabezpieczają wyłącznie interesy zamawiającego, bez należytego wyważenia ich z interesami wykonawcy. Ich wprowadzenie jest próbą nieuzasadnionego

i nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę. W ocenie odwołującego komentowane klauzule umowne mają cechy określone w art. 433 p.z.p., a więc należy je

zakwalifikować jako „klauzule abuzywne", czyli klauzule kształtujące prawa i obowiązki wykonawcy w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interes.

Należy zwrócić uwagę, że w art. 17 ust. 6a wzoru umowy określono przesłanki

wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia. Przypadki te zatem

umożliwiają natychmiastowe rozwiązanie stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, bez zapewnienia jakiegokolwiek okresu umożliwiającego dostosowanie się organizacji

wykonawcy do radykalnej zmiany gospodarczej jaką jest nagłe zakończenie umowy. Skutek złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia już sam w sobie kreuje duże ryzyko po stronie wykonawcy i cechuje się daleko idącym rygoryzmem, dlatego przesłanki warunkujące możliwość złożenia takiego oświadczenia tym bardziej powinny być sformułowane w sposób starannie przemyślany i nienaruszający w nieuzasadnionym stopniu pozycji kontraktowej wykonawcy. Odwołujący stoi przy tym na stanowisku, że wprowadzenie rygoru wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia jest w rozważanym przypadku działaniem nieproporcjonalnym do ewentualnego uszczerbku jakiego może doznać zamawiający wskutek zaistnienia zdarzeń określonych w ust. 6a.

Zamawiający tymczasem pomimo, że przewidział bardzo surową sankcję w postaci natychmiastowego rozwiązania umowy, to sformułował przesłanki wypowiedzenia w oderwaniu od odpowiedzialności wykonawcy za niedotrzymanie parametrów umowy.

Zgodnie z ust. 6a lit. a, zamawiający będzie mógł wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym w przypadku braku możliwości składania elektronicznych zwolnień lekarskich (eZLA) na platformie PUE przez okres 8 lub więcej godzin. Przy czym brak owej

możliwości może być następstwem okoliczności za które wykonawca nie ponosi

odpowiedzialności. Każdy przypadek opóźnienia w usunięciu błędu w pracy oprogramowania, którego skutkiem jest brak możliwości składania zwolnień lekarskich,

ponad ustalony limit godzin, będzie mógł skutkować wypowiedzeniem umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Podobnie sytuacja wygląda w przypadku przesłanki wypowiedzenia ujętej w ust. 6a lit. b. Przesłanka ta ma budowę dwuelementową i zgodnie z nią zamawiający będzie

upoważniony do rozwiązania umowy gdy: 1) strona główna ZUS będzie niedostępna przez okres 8 lub więcej godzin lub 2) strona główna ZUS będzie trzykrotnie lub więcej niedostępna w przeciągu 72 godzin, gdzie łączny czas niedostępności wyniósł 12 lub więcej godzin. Również w powyższym przypadku każe potencjalne opóźnienie w przywróceniu dostępności strony głównej zamawiającego, bez względu na jego genezę, będzie skutkowało możliwością natychmiastowego rozwiązania umowy z wykonawcą.

Co istotne, przy aktualnych uwarunkowaniach geopolitycznych i wysokim prawdopodobieństwie cyberataków na systemy informatyczne eksploatowane przez polskie instytucje publiczne ze strony różnych grup hakerów inspirowanych przez służby specjalne Federacji Rosyjskiej, ryzyko niedotrzymania parametrów dostępności poszczególnych funkcjonalności systemu jest niestety duże. Odpowiedzią Państwa Polskiego na powyższe zagrożenia było między innymi wdrożenie wyższego stopnia alarmowego „charlie-crp". Należy również dodać, że na mocy specustawy o pomocy uchodźcom zamawiający pełni zarówno funkcje informacyjną dla obywateli Ukrainy uciekających przed wojną, jak również wypłaca im świadczenia. Wymienione zadania dodatkowo potęgują ryzyko, że systemy zamawiającego zostaną obrane za cel ataków. W tym stanie rzeczy nawet wykonawca, który dołoży zdecydowanie ponadprzeciętnej staranności i zaangażuje ponadstandardowe zasoby w celu zabezpieczenia działania systemu PUE, w tym obszaru odpowiedzialnego za

wystawianie e-zwolnień oraz działanie głównej strony internetowej zakładu, może nie podołać przykładowo skutkowi ataku DDoS (distributed denial-of-service attack), czego konsekwencją będzie przywrócenie działania funkcjonalności systemu lub strony internetowej z przekroczeniem limitów godzinowych określonych w przesłankach określonych w ust. 6a lit. a i b.

W czasach gdy za cyberatakami już nie stoją grupy hakerów-hobbystów lecz zorganizowane grupy stanowiące de facto zbrojne ramię obcych państw, dysponujące niemal nieograniczonym potencjałem, podejście polegające na przerzucaniu wszelkich ryzyk na wykonawcę, zamiast podejścia polegającego na współdziałaniu zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy, w celu uniknięcia zagrożeń i sprostaniu wyzwaniom jakie stawia współczesny świat, należy uznać za działanie niewłaściwe. W obliczu zagrożeń związanych z cyberatakami, na gruncie kwestionowanego ust. 6a wzoru umowy, wykonawca będzie mógł zostać „ukarany" natychmiastowym rozwiązaniem umowy, nawet w przypadku jej prawidłowego wykonywania, gdy pomimo realizacji wszelkich niezbędnych działań, nie będzie mógł ograniczyć skutków ewentualnego ataku, tak aby zachować wymagane parametry świadczenia usług.

Odwołujący wskazał również, że system PUE ZUS, tak jak każdy system informatyczny, zależny jest również od infrastruktury fizycznej na której został osadzony, natomiast utrzymanie jej nie jest objęte przedmiotem umowy. W sytuacji, gdy zamawiający nie zapewni niezbędnej infrastruktury w odpowiednim czasie po jej awarii wykonawca może nie mieć możliwości naprawy błędu - nie będzie to jednocześnie okoliczność zawiniona przez wykonawcę, ale będzie mógł on zostać „ukarany" wypowiedzeniem umowy ze skutkiem natychmiastowym. Tym samym na gruncie art. 17 ust. 6a lit. a i b wzoru umowy w obecnym brzmieniu, wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność również za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zarzut 2 - Metryka AVZ i Wirtualny Doradca. Wśród zdefiniowanych przez zamawiającego metryk usług aplikacyjnych z załącznika nr 10 do umowy, znajduje się metryka wsparcie utrzymania Usługi_SYS_AVZ#00_Dostęp do strony ZUS. W metryce tej należy zwrócić szczególną uwagę na pole „zakres usługi". Zamawiający bowiem zawarł w nim informację, że obowiązkiem przyszłego wykonawcy będzie: „Wykonawca zapewnienie dostęp klientów do strony ZUS, a w szczególności dostęp do: 1. Poszczególnych widoków opisanych w Metodzie pomiaru parametru INT_M_03. 2. Aplikacji wirtualnego Inspektoratu wraz z ich Modyfikacjami." Struktura metryki i jej pola zostały jasno określone przez zamawiającego w powyższym załączniku. Pole zakres usługi zostało zdefiniowane jako opis zakresu świadczonej usługi wykonawcy, co oznacza, że zamawiający wymaga od wykonawcy utrzymania dostępności publicznej aplikacji wirtualnego inspektoratu. Natomiast wzór umowy nie zawiera w opisie przedmiotu zamówienia (art. 2 - PRZEDMIOT UMOWY ust. 1) modułu wirtualnego inspektoratu.

W toku prowadzonego postępowania TZ/271/89/19 zamawiający przekazał w ramach modyfikacji SIWZ dokument - załącznik nr 8 do SIWZ opis systemu PUE. Zgodnie z informacją w nim zawartą komponenty wirtualnego doradcy i inspektoratu zostały wycofane z eksploatacji, co znajduje potwierdzenie na stronie internetowej ZUS - próba uruchomienia aplikacji wirtualnego inspektoratu powoduje błąd HTTP 404. Odwołujący domyśla się, że aplikacje te nie są już aktualnie elementami systemu PUE. W tej sytuacji - w celu zapewnienia jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia - konieczne wydaje się skorygowanie treści pola zakres usługi na str. 17 załącznika 10 do wzoru umowy, poprzez usunięcie pozycji „aplikacja wirtualnego inspektoratu". W przypadku zaniechania dokonania korekty, realizacja świadczenia w tym zakresie będzie niemożliwa z przyczyn praktycznych (odwołanie się do elementu, który już nie istnieje jak cześć PUE), przez co umowa będzie w tym zakresie nieważna na gruncie regulacji art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia zarzut nr 2 - metryka AVZ i wirtualny doradca, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym przedmiocie i znalazło odzwierciedlenie w puncie 1 tenoru sentencji orzeczenia. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożonym na rozprawie rachunkiem.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej zwanego „przystępującym").

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu, mając na uwadze stanowiska procesowe zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało uwzględnione.

Odwołujący zaskarżył treść dokumentacji postępowania - art. 17 ust. 6a wzoru umowy, który stanowi: art. 17 ust. „6a. Zamawiający ma prawo do wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia Umowy w przypadku wystąpienia:

a) braku możliwości składania elektronicznych zwolnień lekarskich (eZLA) na platformie

PUE przez okres 8 lub więcej godzin z wykorzystaniem usług zdefiniowanych w metryce UU_AVE#00 i aplikacji APeZLA.

b) gdy dla usług zdefiniowanych w metryce SYS_AVZ#00 Wsparcie utrzymania

Usługi_Dostęp do strony ZUS:

• AVZ.1 Dostępność usługi

Przesłanka wypowiedzenia umowy: strona główna Zakładu jest niedostępna przez okres 8 lub więcej godzin lub strona Zakładu jest trzykrotnie lub więcej niedostępna w przeciągu 72 godzin, gdzie łączny czas niedostępności wyniósł 12 lub więcej

godzin.

c) gdy parametry usług serwisowych (wartość wszystkich parametrów obliczona zgodnie z metodami i definicjami wskazanymi w Załączniku 9 do Umowy): i. dla usług zdefiniowanych w metryce Obsługa Incydentów [SYS_USM_ODI]

• ODI.OB3 Incydent krytyczny

Przesłanka wypowiedzenia umowy: zwłoka w dostarczeniu rozwiązania dla incydentu krytycznego przekroczyło 8 godzin.”.

Nie było spornym, iż prawidłowe świadczenie usług rozwoju i utrzymania Portalu

Klienta oraz Szyny Usług (ESB) w ramach Platformy Usług Elektronicznych ZUS jest zadaniem o znaczącej wadze, realizującym istotne potrzeby publiczne, priorytetowym także z perspektywy klientów ZUS. Odwołujący nie kwestionował opisanego w odpowiedzi na odwołanie przeznaczenia przedmiotu zamówienia (str. 2 i 3 odpowiedzi zamawiającego z dnia 14.04.2022 r.). Odwołujący podważał treść art. 17 ust. 6a wzoru umowy podnosząc, że ukształtowanie w postępowaniu objętym sporem prawa do wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia kreuje niewspółmierne i nieuzasadnione ryzyko po stronie wykonawcy oraz jest działaniem nieproporcjonalnym do ewentualnego uszczerbku, którego zamawiający może doznać wskutek zaistnienia zdarzeń określonych w spornej treści.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przedłożył wzór umowy

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na rozwój i utrzymanie przedmiotu postępowania przez okres 47 miesięcy (znak postępowania TZ/271/89/19). Zamówienie objęte sporem, prowadzone jako negocjacje bez ogłoszenia, dotyczy świadczenia tejże usługi w okresie przejściowym - przez maksymalnie 15 miesięcy do dnia następnego po podpisaniu umowy w ramach postępowania TZ/271/89/19 (umowy docelowej). Zgodnie z przedłożonym dowodem umowa docelowa nie posiada spornej treści, pomimo tego samego przedmiotu zamówienia, świadczonego w znacząco dłuższym okresie. Zamawiający w umowie tej nie zdecydował się na wprowadzenie zaskarżonego przez odwołującego art. 17 ust. 6a z wzoru umowy dotyczącej okresu przejściowego.

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał żadnych wiarygodnych i obiektywnych przyczyn, które miałyby różnicować sytuację wykonawcy świadczącego usługę w ramach umowy docelowej od wykonawcy, który wykonuje umowę przejściową, w krótszym terminie. Postępowanie dotyczące treści dokumentacji przetargu niczym się nie różni od innej materii będącej przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Strony mają obowiązek wskazania okoliczności faktycznych, na kanwie których budują swoją argumentację i przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

W szczególności wskazanie na długość terminu realizacji zamówienia nie usprawiedliwia możliwości wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym. Zamawiający podnosił, że krótki okres obowiązywania umowy ogranicza mu standardowe możliwości reakcji na niesolidność wykonawcy. Stanowisko jednostki zamawiającej jest jednak merytorycznie puste i całkowicie nieweryfikowalne. Strona winna wyjść poza swoje przekonanie i podać uchwytne podstawy poczynionego założenia, aby można było je zweryfikować oraz ocenić czy jest ono uzasadnione. Nie wyjaśniono nawet czym są rzeczone standardowe możliwości reakcji, których brak możliwości zastosowania miał uzasadniać prawidłowość dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego. Tożsamo w zakresie „poważnych konsekwencji dla Zakładu", gdzie ograniczono się do własnej oceny, bez udowodnienia faktów, które do niej doprowadziły. Nie wydaje się również, aby miały to być inne konsekwencje niż przy wykonywaniu umowy docelowej, a przynajmniej nic takiego nie wykazano.

Jednostka zamawiająca wskazywała również na wprowadzenie w kraju w dniu 13 marca 2020 r. stanu zagrożenia epidemicznego, zaś w dniu 20 marca 2020 r. stanu epidemii COVID-19 kiedy, jak trafnie podniósł odwołujący, składanie ofert w przetargu na świadczenie usługi docelowej miało miejsce w kwietniu 2021 r., zatem zamawiający posiadał wiedzę o stanie epidemii i miał swobodną możliwość zmodyfikowania wzoru umowy w przetargu, czego nie uczyniono. Zamawiający jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, który pomimo wiedzy o stanie epidemii nie wprowadził treści art. 17 ust. 6a do wzoru umowy docelowej, co czyni jego stanowisko pozbawionym przymiotu wiarygodności.

W świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego całość przedstawionych okoliczności i argumentacji zamawiającego wywołuje przekonanie, że strona nie przywołuje rzeczywistej przyczyny umieszczenia spornego postawienia we wzorcu umowy, a zamiast tego ofertuje wyjaśnienia, które w jej odczuciu miałyby poprawić jej sytuację procesową. Ponadto, skład orzekający wskazuje, że omawiany dowód z dokumentu nie był co prawda niezbędny do stwierdzenia czy sporne postanowienia wzoru umowy naruszają lub nie naruszają prawa, natomiast zapewnia on istotny kontekst jednoznacznie dowodząc, że tam, gdzie zamawiający chce długotrwale zabezpieczyć swój interes nie uważa za racjonalne, proporcjonalne i celowe wprowadzanie mechanizmu zakończenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w brzmieniu z art. 17 ust. 6a.

Skład orzekający stwierdził dalej, iż stanowisko zamawiającego, iż interesy wykonawcy wystarczająco zabezpiecza art. 14 ust. 10 wzoru umowy o treści: "Zwolnienie się przez Wykonawcę z odpowiedzialności z tytułu niedotrzymania Parametrów Usług utrzymania wymaga wykazania przez Wykonawcę, że niedotrzymanie Parametrów wynika z: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zamawiającego zobowiązań określonych w Dokumentach kontraktowych; 2) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez osoby trzecie, za których działania Zamawiający ponosi odpowiedzialność. 3) działań osób trzecich, za które żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności.", jest nieuzasadnione.

Dokonując rekonstrukcji art. 14 ust. 10 wzoru umowy, Izba stwierdziła, iż zarówno autor składający oświadczenie (zamawiający), jak i jego odbiorca (wykonawca), czyli podmioty zawodowo działające na rynku zamówień publicznych, winny rozumieć sporne postanowienie jako odnoszące się stricte do odpowiedzialności odszkodowawczej wskazanej w art. 471 k.c., co podnosił odwołujący, a nie do „odpowiedzialności" rozumianej jako zdaje się pojęcie z języka potocznego. Nie jest możliwe redefiniowanie pojęć ustawowych w sposób dowolny, w szczególności, że znajdują się one w rozdziale kar umownych, którego

treść dotyczy wyłącznie odpowiedzialności odszkodowawczej. Nie ma tu żadnej wieloznaczności, umowa również nie definiuje tego w sposób odmienny niż ustawodawca. Pomijając już, że sam zamawiający w pkt 1 ze str. 2 odpowiedzi na odwołanie, poprzedzając zacytowanie przedmiotowej treści, odwołał się do przesłanek odpowiedzialności określonych w art. 471 k.c.

Skład orzekający nie ma wątpliwości, że za miarodajne i decydujące - z punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak powinien zrozumieć oświadczenie przedsiębiorca) - należy uznać stanowisko odwołującego. Odwołujący nie kwestionował zaś prawa zamawiającego dotyczącego roszczenia odszkodowawczego (art. 471 k.c.), którego dotyczy ww. treść wzoru umowy, chodziło o inne uprawienie wierzyciela - do wypowiedzenia umowy.

Natomiast procedury realizacji umowy (zasady zarządzania projektem), w tym w szczególności procedura informowania o zagrożeniu niedotrzymania parametrów z powodu przyczyn wskazanych dokumentacji (pkt 12 załącznika nr 4 dot. organizacji realizacji umowy oraz procedur dla realizacji umowy) odnoszą się do ustalonych w dokumentacji sytuacji, kiedy wykonawca ma prawo do zgłoszenia zagrożenia gwarantowanych parametrów. Jednakże nie zostały one w żaden sposób powiązane z zaskarżonym prawem wypowiedzenia umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia. Innymi słowy fakt, że zamawiający ustanowił możliwość zgłoszenia powodu niedotrzymania parametrów usług, co zostanie przez niego ocenione, nie spowoduje, że interes wykonawcy jest zabezpieczony w sposób prawidłowy, a art. 17 ust. 6a wzoru umowy został ukształtowany prawidłowo, proporcjonalnie, w sposób zgodny z zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą swobody umów. Tożsamo w zakresie procedury eskalacji (pkt 7 załącznika nr 4) - możliwość zgłoszenia sporu i odesłanie do ostatecznie rozstrzygnięcia przez sąd powszechny nie powoduje, że brzmienie art. 17 ust. 6a wzoru umowy jest zgodne normami, których naruszenie zarzucił zamawiającemu odwołujący.

Dalej Izba wskazuje, że postanowienia umowne powinny być tworzone przy założeniu, że może dojść do sporu między stronami, nawet jeżeli jest to założenie wyłącznie hipotetyczne. W tym przypadku są to postanowienia, gdzie jednoznaczność, spójność i staranność ich ukształtowania jest nawet bardziej istotna niż w przypadku kar umownych, ponieważ spór w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej końcowo zostanie poddany rozstrzygnięciu sądu powszechnego i strona, której interes naruszono otrzyma kompensatę. Tymczasem spór na gruncie tego, czy umowa została, czy nie została prawidłowo zakończona jest znacznie dalej idący i silniej uderza w interes publiczny - jeśli bowiem zamawiający stwierdzi, że ma prawo wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym, a wykonawca będzie oceniał, że takiego uprawnienia zamawiający w danym stanie faktycznym nie posiadał, to zanim ewentualny spór trafi na wokandę sądową umowa przestaje być, z dnia na dzień, realizowana. Trudno pogodzić ten fakt (i konieczność natychmiastowego wdrożenia działań naprawczych) z twierdzeniem, że w interesie zamawiającego leży umieszczanie w kontrakcie treści, które w niejasny sposób pozwalają realizację usługi przerwać, generując spór. Co więcej, sposób ukształtowanie tych regulacji nie działa również na korzyść zamawiającego - są to postanowienia, których zastosowanie w praktyce związane jest ze znacznym ryzykiem pogłębienia problemu w miejsce jego rozwiązania.

Abstrahując od szkodliwości postanowień, które zmierzają do umieszczenia w rękach zamawiającego narzędzia do natychmiastowego zakończenia umowy w trybie art. 17 ust. 6a i przyjmując nawet, że takowe miałoby mieć uzasadniony cel (chociaż jak zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia zamawiający istnienia takiego celu nie wykazał), to dalej uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swojego prawa podmiotowego nadużywać. Jest on ograniczony w szczególności treścią art. 353^1 k.c. oraz dyrektywą wynikającą z art. 5 k.c. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24.04.2014 r. (sygn. akt 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 zaufania w stosunkach kontraktowych.

O ile warunki stosunku zobowiązaniowego, przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego, nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady swobody umów - wyrażona w art. art. 353^1 k.c. zasada swobody kontraktowania doznaje na gruncie umowy w sprawie zamówienia publicznego ograniczeń, powodujących rzeczywiste uprzywilejowanie zamawiającego, wyrażające się m.in.

możliwością ułożenia stosunku obligacyjnego ze szczególnym uwzględnieniem własnych potrzeb - nie oznacza to, że zamawiający może kształtować warunki umowy w sposób dowolny, powodujący nieuzasadnione utrudnienie w dostępie do zamówienia lub wręcz

uniemożliwiający złożenie oferty w postępowaniu.

Mając na uwadze zgromadzony materiał procesowym Izba stwierdziła, że proporcja pomiędzy prawem zamawiającego do wypowiedzenia umowy w zaskarżonym postanowieniu wzorca umowy nie została dostosowana do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego, co skutkowało nadużyciem prawa poprzez określenie postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający art. 353^1 k.c., a także zasady naczelne ustawy p.z.p. określone w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. - przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców i w sposób proporcjonalny.

Krótko dodać także wypada, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana kwalifikacją naruszenia prawa dokonaną przez odwołującego, a jest uprawniona do dokonania subsumpcji okoliczności faktycznych wskazanych w obwołaniu w ramach tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Skład orzekający stwierdził, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. poprzez ukształtowanie zaskarżonej treści umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujący bezpodstawną i rażącą nierównowagę stron umowy oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Uwzględniając zaś brzmienie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c w zw. z art. 554 ust. 6 p.z.p. Izba nakazała zamawiającemu usunięcie art. 17 ust. 6a wzoru umowy. Niemniej, nie ma żadnych przeszkód, aby zamawiający uznał, że art. 17 ust. 5 pkt 1 i 2 wzoru umowy, który obecnie skreślono, właściwie zabezpieczał jego interesy i przywrócił to postanowienie do wzoru umowy.

Skład orzekający oddalił wniosek przystępującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wzoru umowy z postępowania na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych od 1 listopada 2021 r., znajdujący się w aktach sprawy KIO 2509/21, jako powołany dla zwłoki, a także dlatego, że byłby to dowód nieprzydatny dla rozstrzygnięcia. Dokument ten dowodziłby jaką treść umowy ukształtowano w tamtym postępowaniu, co nie jest w żaden sposób związane z treścią prawa do wypowiedzenia umowy w ramach postępowania objętego sporem, jak również ostatecznie odwołujący nie złożył w tamtym postępowaniu swojej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - zaskarżone postanowienie umowy jest sprzeczne z wskazanymi we wcześniejszej części uzasadnienia przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: