



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lutego 2024 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych
w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Aneta Łazarska

Sędziowie: Andrzej Kubica

Anna Żuława

Protokolant: sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2024 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w W

wykonawcy

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W

oraz przystępującego po stronie zamawiającego

spółki akcyjnej w R

na skutek skargi wykonawcy

spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w W

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 16 listopada 2023 r. sygn. akt

I. oddała skargę,

II. ustala, że koszty postępowania skargowego ponosi w całości

spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w W

, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie

referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Andrzej Kubica

Aneta Łazarska

Anna Żuława

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 16 listopada 2023r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Odwołującego sp. z o.o. w W wobec czynności Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł z Odwołującym Umowę nr po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym („Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekPlus, eWoP oraz IRZplus” Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 23 grudnia 2022 r. numer: [Załącznik nr 2] Zamawiający zweryfikował Odwołującego od strony podmiotowej uznając za wykonawcę posiadającego zarówno doświadczenie dające rękojmię należytej realizacji zamówienia, jak i posiadającego odpowiednie zasoby osobowe umożliwiające realizację Umowy nr na oczekiwanym poziomie,.

Umowa dotyczyła świadczenia kilku rodzajów usług:

- (a) usług utrzymania systemu informatycznego Zamawiającego składającego się z aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekPlus, eWoP oraz IRZplus, określanych w Umowie jako Grupa Usług Zapewnienia Jakości (G2) i Grupa Usług Administracji Systemem (G3),
- (b) usług rozwoju ww. systemu informatycznego polegających na opracowywaniu i wdrażaniu modyfikacji lub nowych funkcjonalności tego systemu (określanych w Umowie jako Grupa Usług Rozwoju (G4),
- (c) innych usług tj. Usługi Zleceń Operacyjnych, Okresu Przejściowego oraz usługi związane z Przekazaniem Usług.

Zamawiający jest odpowiedzialny za wdrażanie programów współfinansowanych z budżetu UE oraz środków krajowych. Realizacja wspierana jest przez systemy informatyczne.

Kluczowym i najbardziej rozbudowanym systemem informatycznym Agencji jest System Informatyczny Agencji („SIA”), na który składają się aplikacje ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekPlus, eWoP oraz IRZplus. System służy do obsługi procesu rozpatrywania wniosków o przyznanie płatności dla producentów rolnych, zgodnie z zasadami Unii Europejskiej w ramach Wspólnej Polityki Rolnej i na podstawie krajowego prawa. SIA wymaga dostosowywania w ramach każdej z corocznych akcji wypłat dla producentów rolnych, które Zamawiający określa jako Kampanie. Pod koniec roku 2022 Zamawiający

przygotowywał się do zadania wprowadzenia istotnej modyfikacji do SIA dla dostosowania go do obsługi płatności z Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji oraz Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w nowej perspektywie 2023-2027, co wymagało znacznych zmian w systemie. Zamawiający chciał zapewnić sobie możliwość korzystania z usług wykonawcy i równoległego przygotowywania się przez do świadczenia tych usług po zakończeniu Okresu Przejściowego, który rozpoczyna się z podpisaniem Umowy i kończy się z upływem 5 miesięcy od dnia zawarcia, po 5 miesiącach rozpoczyna świadczenie usług, w tym usługi modyfikacji SIA.

Zamawiający zawarł Umowę z za zgodą KIO z 25 listopada 2022 r., o uchyleniu zakazu zawarcia po uznaniu, że Zamawiający wykazał, że brak zawarcia umowy na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia skutkować może brakiem realnej możliwości uniknięcia przez Zamawiającego opóźnień w realizacji płatności na rzecz producentów rolnych, co z kolei skutkować będzie odmową refundacji Rzeczypospolitej Polskiej przez Komisję Europejską kwoty stanowiącej równowartość nawet ok 21 mld zł. KIO uznało także, że jedynie w przypadku pilnego zawarcia umowy zagwarantowana będzie tożsamość wykonawcy utrzymującego, certyfikującego i modyfikującego system informatyczny i będzie to skutkowało realną możliwością dostosowania tego systemu do wymagań określonych Kampanią 2023. Brak zawarcia umowy skutkować może bowiem brakiem realnej możliwości uniknięcia przez Zamawiającego opóźnień w realizacji płatności, co z kolei skutkować będzie odmową refundacji Rzeczypospolitej Polskiej przez Komisję Europejską kwoty stanowiącej równowartość nawet do ok 21 mld zł.

Okres Przejściowy trwał do 29 kwietnia 2023 r. Od 30 kwietnia Odwołujący rozpoczął świadczenie usług z Umowy w pełnym zakresie. Pomimo wcześniejszej weryfikacji doświadczenia i zasobów Odwołującego, podczas realizacji Umowy nr okazało się, że Odwołujący nienależycie realizował Umowę, że materializowało się bardzo wysokie ryzyko braku możliwości wykonywania zadań statutowych Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2023 r. rozwiązał Umowy nr oraz Zlecen i Zamówień, oświadczenie ARiMR z dnia 25 sierpnia 2023 r. o wypowiedzeniu Umowy ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na wystąpienie: (i) ważnych powodów, o których mowa w art. 746 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 750 kc, za których wystąpienie odpowiedzialność ponosi oraz (ii) istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1) PZP za wystąpienie, której odpowiedzialność ponosi .

Ważnymi powodami, będącymi podstawą rozwiązania Umowy nr , były w

szczegółności: - nieterminowe i nieefektywne usuwanie błędów przez [redacted] w systemie SIA, które nie odpowiadało warunkom określonym w Umowie nr 83 (w pkt 5.6.1. w zw. z pkt 2.2. Załącznika nr 11 do Umowy nr 83, pkt 4.2. Umowy nr 83) jak również standardowi wyznaczonemu w art.355 § 2 KC, co wprost przekładało się na utrudnianie Zamawiającemu prowadzenia działalności statutowej w zakresie m.in. braku możliwości komunikowania się przez beneficjentów z Zamawiającym przy wykonywaniu obowiązków beneficjentów obarczonych karami, przekazywania przez Zamawiającego nieaktualnych danych zawartych w SIA do Głównego Urzędu Statystycznego, zaniechanie składania lub nieterminowe reakcje ze strony [redacted] na składane przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikacje [tzw. ZnM], przez składanie Szczegółowego Opisu Wymagań („SOW”) przez [redacted] (niezgodnie z pkt 2.4. Załącznika nr 4a do Umowy nr [redacted]), a następnie obstrukcyjne ich procedowanie przez [redacted] co skutkowało niewywiązywaniem się przez [redacted] ze zobowiązania w zakresie poprawy jakości i efektywności funkcjonowania SIA (pkt 5.1.1. Umowy nr [redacted] : „W okresie obowiązywania Umowy Wykonawca będzie świadczyć Usługi w celu poprawy jakości, efektywności i niezawodności funkcjonowania Systemu Informatycznego. W wyniku świadczonych przez Wykonawcę Usług System Informatyczny powinien nadążać za wszystkimi potrzebami biznesowymi oraz organizacyjnymi Zamawiającego, za zmieniającym się prawem stanowionym przez polskiego oraz unijnego prawodawcę, jak również za rozwojem technologicznym systemów podobnej klasy na świecie”) oraz nienadążaniem z terminową implementacją niezwykle ważnych modyfikacji systemu, mających na celu realizację potrzeb związanych z obowiązkami płatniczymi Zamawiającego (punkt 5 Umowy w zw. z Załącznikiem Nr 4, nr 4a do Umowy nr [redacted]), co stanowiło bardzo poważne zagrożenie możliwości wykonywania podstawowych zadań statutowych Zamawiającego.

- Powyższe powodowało brak aktualizowania przez [redacted] SIA do aktualnych i przyszłych potrzeb biznesowych Zamawiającego, czyli niewywiązywanie się z podstawowego obowiązku Umowy [redacted]; ponadto przygotowywanie przez [redacted] dokumentacji SOW i Analitycznego Opisu Modyfikacji („AOM”) oraz rozwiązań informatycznych było obciążone wadami istotnymi oraz ogólną rażąco niską jakością. Jedynie jako przykład nienależytej realizacji Umowy nr [redacted] w tym zakresie Zamawiający wskazał, że do Analitycznego Opisu [redacted], zgłoszonych zostało aż 157 uwag, co więcej, [redacted] dwukrotnie przekazało do opiniowania materiał w postaci uniemożliwiającej pełną weryfikację. Zamawiający wskazywał też na brak realizacji przez [redacted] umownych obowiązków informacyjnych określonych w Umowie nr [redacted] (m.in. w punkcie 5.5.9.), co przekładało się na ograniczenie możliwości Zamawiającego wykonywania bieżącej analizy realizacji Umowy przez [redacted] na poziomie oczekiwanym przez [redacted]

Zamawiającego oraz konieczności prowadzenia przez Zamawiającego dodatkowych analiz; spowodowanie przez wystąpienia incydentu bezpieczeństwa w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 4) - 6) Regulaminu Zarządzania Incydentami. W rezultacie Zamawiający utracił zaufanie do (samej organizacji oraz jej personelu), jako podmiotu zdolnego i kompetentnego „na poziomie najwyższej profesjonalnej staranności właściwej dla czołowych przedsiębiorców w branży IT” (pkt 4.2. Umowy) - do należytego i terminowego wykonywania Umowy. nie dawało gwarancji należytego wykonania Umowy w nienaruszalnych dla Zamawiającego terminach, które były stale komunikowane przez Zamawiającego w trakcie realizacji, tj. w przedstawianych harmonogramach. zdawało sobie sprawę z wagi terminów realizacji.

- Zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do wypłat środków z różnych funduszy. znało kalendarze wypłat środków, a mimo to proponowało (pierwszy raz już w maju 2023 r.) harmonogram prac uniemożliwiający składanie wniosków przez beneficjentów i wypłaty środków w terminach. Testy przekazywanych przez Propozycji kończyły się wynikiem negatywnym (z licznymi błędami). Ponadto, negatywnym wynikiem testów zakończyła się także weryfikacja . Zgodnie z harmonogramem realizacji na dzień 23.08.2023 r. zaplanowane zostało zakończenie testów akceptacyjnych. W dniu 23.08.2023 r. testy zostały zakończone z wynikiem negatywnym, bowiem stwierdzono 397 błędów, w tym aż 381 krytycznych.
- Zdaniem Zamawiającego Wykonawca w nierzetelny sposób komunikował stan realizacji prac. W dniu 17.08.2023 przekazało do Raport z Testów Wewnętrznych, w którym na 110 Przypadków Testowych wskazało zaledwie 20 Przypadków Testowych z wynikiem pozytywnym. W dniu 18.08.2023 Zamawiający dokonał weryfikacji 20 Przypadków Testowych na środowisku odbiorowym ARIMR (SP04), dla których Wykonawca wskazał wynik pozytywny. Na 20 Przypadków Testowych na środowisku odbiorowym ARiMR (SP04) - 16 Przypadków Testowych uzyskało wynik negatywny. Wykonawca świadomie wskazywał pozytywne wyniki testów wewnętrznych dla przypadków, które w istocie nie przeszły testów z wynikiem pozytywnym. Zarzuty dotyczyły również sposobu realizacji przez Analitycznych Opisów Modyfikacji. Zamawiający wielokrotnie zidentyfikował przypadki przesyłania przez dokumentacji niekompletnej, przesyłanej tylko w celu formalnego zachowania umownych terminów jej przekazania, podczas gdy z powodu niskiej jakości, dokumentacja ta z punktu widzenia Zamawiającego była nieprzydatna. Kluczowym problemem dotyczącej niskiej jakości rozwiązania informatycznego była niedostępność IRZPIus dla użytkowników w wyniku pojawienia się licznych błędów , w tym błędów krytycznych na środowisku produkcyjnym Do dnia złożenia oświadczenia o rozwiązaniu

Umowy nr [redacted] Zamawiający nie otrzymał od [redacted] żadnego dostępu do rejestru ryzyk, przez co był zmuszony samodzielnie identyfikować potencjalne ryzyka.

Niezależnie od opisanych powyżej przesłanek wypowiedzenia Umowy wystąpiła również przesłanka odstąpienia od umowy, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1) PZP, tj. istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie Umowy nr [redacted] nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Przedmiotową zmianę okoliczności stanowił fakt, że [redacted] nie było w stanie należycie realizować Umowy nr [redacted], z uwagi na przedłużający się stan nienależytej i nieterminowej realizacji obowiązków [redacted]. Niezdolność do realizacji Umowy nr [redacted] uniemożliwiła Zamawiającemu realizację płatności, a konkretnie obsłużenie wypłat dla ponad 1,2 mln beneficjentów na kwotę około 21 mld PLN.

Zamawiający podejmował próby zmobilizowania Odwołującego do realizacji Umowy, biorąc udział w Komitetach Sterujących i spotkaniach, na których starał się wspierać [redacted] w zidentyfikowaniu problemów Odwołującego z realizacją Umowy nr [redacted] oraz wspierał [redacted] w szukaniu rozwiązań, mimo że to Odwołujący jest profesjonalistą i podmiotem zobowiązanym. Pismem Zamawiającego z dnia 1 lutego 2023 r., w którym Zamawiający zwrócił się do [redacted] o przekazanie (i) informacji jakich tematów szkoleń dla swoich pracowników oczekuje, (ii) informacji w jakim zakresie [redacted] potrzebuje wsparcia w zakresie już przekazanych Modyfikacji, poprawek oraz dokumentacji oraz (iii) pytań związanych z SIAi świadczeniem Usług.

Zamawiający wielokrotnie na wniosek [redacted] zawieszał SLA (Service Level Agreement - czyli wymagane umową parametry świadczonych usług), co wedle deklaracji [redacted] miało umożliwić [redacted] skierowanie większej liczby personelu [redacted] do pracy nad Modyfikacjami. Decyzje o zawieszeniu SLA były podejmowane na Komitetach Sterujących w dniach 27 kwietnia 2023 r., 23 maja 2023 r. i 15 czerwca 2023 r. SLA było zawieszane nawet pomimo, że [redacted] odmawiało naprawy większości błędów, powołując się na to, że ich usunięcie jest rzekomo obowiązkiem [redacted] w ramach zobowiązań gwarancyjnych.

Zamawiający podczas całego okresu realizacji Umowy podejmował także inne działania, mające na celu wsparcie [redacted] w wykonaniu Umowy nr [redacted]. Przykładami tych działań są: - akceptacja podziału poszczególnych [redacted] na części a wniosek [redacted], co miało ułatwić prace [redacted] [ustalenie ze spotkania statusowym w dniu 9 maja 2023 r.]; zgoda na pracę w godzinach nadliczbowych przez pracowników Zamawiającego, co miało przyspieszyć proces uzgodnień i akceptacji przez Zamawiającego [redacted], zgoda na zastosowanie tzw. metodyki zwinnej przy trzech pierwszych Zleceniach Operacyjnych, co oznaczało brak obowiązku przekazania kompletnej Dokumentacji, wymaganej zgodnie z postanowieniami Umowy nr [redacted], zgoda na obsługę IRZ

w ZSZiK przez 3 m- w oparciu o Zlecenia Operacyjne, doprowadzenie przez Zamawiającego do podjęcia przez organy nadzorujące Zamawiającego decyzji o braku wypłat zaliczek dla , , i , co znacząco zmniejszyło zakres prac do wykonania przez w porównaniu z poprzednimi Kampaniami, rezygnacja z części wymagań Zamawiającego wobec Modyfikacji, realizacja zaliczek przez inny system, obsługiwany przez innego wykonawcę, zgoda na kolejne zmiany terminu przedłożenia przez harmonogramu prac związanych z Kampanią 2023, udział Zamawiającego w testach wewnętrznych zamiast przeprowadzania testów akceptacyjnych przez Zamawiającego. Udział w testach wewnętrznych nie jest standardową praktyką i był działaniem Zamawiającego ukierunkowanym na przyspieszenie wdrożenia Modyfikacji, przygotowanie przez Zamawiającego harmonogramu dla poszczególnych Propozycji, co oznaczało wykonanie przez Zamawiającego zobowiązań.

Mimo wyżej opisanych działań Zamawiającego, istotnie wykraczających poza zwykły zakres należytego współdziałania, ze względu na rażące naruszenie Umowy nr przez i w efekcie zagrożenie wypłat środków dla beneficjentów, Zamawiający rozwiązał Umowę nr a następnie, w celu zachowania ciągłości świadczenia usług utrzymania oraz rozwoju SIA, a więc de facto zabezpieczenia realizacji swoich celów statutowych oraz zleconych, Zamawiający udzielił zamówienia w jedynym możliwym trybie, jednemu wykonawcy, który zapewniał utrzymanie ciągłości świadczenia usług i doprowadzenie do terminowej wypłaty środków.

Sytuacja ta była nagła z uwagi na konieczność rozwiązania przez Zamawiającego Umowy nr oraz odstąpienia od Zleceń będących w toku, których nie było w stanie zrealizować w terminie. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: „5) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;” Ponadto zgodnie z art. 32.2.C dyrektywy zamówieniowej 2014/24/UE procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień w każdym z następujących przypadków: c) w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, jeżeli - ze względu na wystąpienie wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć - terminy przewidziane dla procedury otwartej lub procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dotrzymane. Okoliczności przywoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności nie mogą być w żadnym wypadku przypisane instytucji

zamawiającej. Jak wynika zatem z przepisów udzielenie zamówienia z wolnej ręki na tej podstawie wymaga łącznego spełnienia pięciu przesłanek: 1) wystąpiła wyjątkowa sytuacja; 2) sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego; 3) zamawiający nie mógł przewidzieć wystąpienia takiej wyjątkowej sytuacji; 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia; 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wykazanie zajścia przesłanek spoczywa na zamawiającym, który wywodzi z tego skutki prawne. W ocenie Izby zamawiający wykazał zajście wymaganych prawem przesłanek do zawarcia kwestionowanej umowy dnia 25 sierpnia 2023 r. Niewątpliwie istotnym zdarzeniem był fakt rozwiązania z Odwołującym wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą - odwołującym. Zamawiający udzielił wykonawcy S.A. zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający wypowiedział odwołującemu umowę nr oraz odstąpił od zamówień udzielonych w oparciu o tę Umowę nr , będących w trakcie realizacji, wskazując na konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usług utrzymania i rozwoju Systemu Informatycznego Agencji („SIA”), na który składa się szereg aplikacji, w tym system służący do obsługi procesu rozpatrywania wniosków o przyznanie płatności dla producentów rolnych, czyli IACSplus. W toku realizacji tej umowy, zawartej dnia 23 grudnia 2022 r. po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkurencyjnym („Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”) zamawiający pomimo wcześniejszej pozytywnej weryfikacji doświadczenia i zasobów odwołującego, stwierdził, że odwołujący tak dalece nienależycie realizował Umowę, że zaistniało wysokie ryzyko braku możliwości wykonywania zadań Zamawiającego. Zamawiający rozwiązał Umowę nr w całości ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na wystąpienie: (i) ważnych powodów, o których mowa w art. 746 § 1 w zw. z art. 750 kc, za których wystąpienie odpowiedzialność ponosi oraz (ii) istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, o której mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp za wystąpienie, której odpowiedzialność ponosi wykonawca. Jak wskazał zamawiający, a okoliczności te nie zostały skutecznie zaprzeczone, ważnymi powodami, będącymi podstawą rozwiązania Umowy nr były w szczególności: „- nieterminowe i nieefektywne usuwanie błędów przez w systemie SIA, które nie odpowiadało warunkom określonym w Umowie nr (w pkt 5.6.1. w zw. z pkt 2.2. Załącznika nr 11 do Umowy nr , pkt 4.2. Umowy nr 83) jak również standardowi z art. 355 § 2 KC, co wprost przekładało się na utrudnianie prowadzenia działalności statutowej w zakresie m.in.

braku możliwości komunikowania się przez beneficjentów z Zamawiającym przy wykonywaniu obowiązków beneficjentów obarczonych karami, przekazywania przez Zamawiającego nieaktualnych danych zawartych w SIA do Głównego Urzędu Statystycznego.

- zaniechanie składania lub nieterminowe reakcje ze strony na składane przez Zamawiającego Zapotrzebowania na Modyfikacje [tzw. ZnM], przez składanie Szczegółowego Opisu Wymagań (dalej: „SOW”) przez (niezgodnie z pkt 2.4. Załącznika nr4a do Umowy nr), a następnie obstrukcyjne ich procedowanie przez , co skutkowało niewywiązywaniem się przez ze zobowiązania w zakresie poprawy jakości i efektywności funkcjonowania SIA (pkt 5.1.1. Umowy nr : „W okresie obowiązywania Umowy Wykonawca będzie świadczyć Usługi w celu poprawy jakości, efektywności i niezawodności funkcjonowania Systemu Informatycznego. W wyniku świadczonych przez Wykonawcę Usług System Informatyczny powinien nadążać za wszystkimi potrzebami biznesowymi oraz organizacyjnymi Zamawiającego, za zmieniającym się prawem stanowionym przez polskiego oraz unijnego prawodawcę, jak również za rozwojem technologicznym systemów podobnej klasy na świecie”) oraz nienadążaniem z terminową implementacją niezwykle ważnych modyfikacji systemu, mających na celu realizację potrzeb związanych z obowiązkami płatniczymi Zamawiającego (punkt 5 Umowy w zw. z Załącznikiem Nr 4, nr 4a do Umowy nr), co stanowiło bardzo poważne zagrożenie możliwości wykonywania podstawowych zadań statutowych Zamawiającego. Powyższe powodowało brak aktualizowania przez SIA do aktualnych i przyszłych potrzeb biznesowych Zamawiającego, czyli niewywiązywanie się z podstawowego obowiązku Umowy ;

- przygotowywanie przez dokumentacji SOW i Analitycznego Opisu Modyfikacji (dalej: „AOM”) oraz rozwiązań informatycznych, które były w przeważającej większości obciążone wadami istotnymi oraz ogólną rażąco niską jakością. Jedynie jako przykład nienależytej realizacji Umowy nr w tym zakresie Zamawiający wskazuje, że do Analitycznego Opisu Modyfikacji dla , zgłoszonych zostało aż 157 uwag, co więcej, dwukrotnie przekazało do opiniowania materiał w postaci uniemożliwiającej pełną weryfikację.

- brak realizacji przez umownych obowiązków informacyjnych określonych w Umowie nr (m.in. w punkcie 5.5.9.), co przekładało się na ograniczenie możliwości Zamawiającego wykonywania bieżącej analizy realizacji Umowy przez na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego oraz konieczności prowadzenia przez Zamawiającego dodatkowych analiz;

- spowodowanie przez wystąpienia incydentu bezpieczeństwa w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 4) - 6) Regulaminu Zarządzania Incydentami (Załącznik nr 8 do Polityki bezpieczeństwa informacji w ARiMR stanowiącej załącznik do Zarządzenia Prezesa ARiMR nr z dnia 3

czerwca 2019 r. w sprawie wprowadzenia Polityki bezpieczeństwa informacji w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z późn. zm.) przez umożliwienie automatycznego logowania użytkowników aplikacji IACSPplus na profil użytkownika technicznego, co narażało ARiMR na możliwość wprowadzania nieautoryzowanych zmian do SIA bez możliwości identyfikacji użytkownika;

- utrata przez Zamawiającego zaufania do (samej organizacji oraz jej personelu), jako podmiotu zdolnego i kompetentnego „na poziomie najwyższej profesjonalnej staranności właściwej dla czołowych przedsiębiorców w branży IT (pkt 4.2. Umowy) - do należytego i terminowego wykonywania Umowy. /.../”.

Wskazane przykłady uzasadniają tezę, że nie dawało gwarancji należytego wykonania Umowy w istotnych terminach znanych wykonawcy i komunikowanych w trakcie realizacji, w przedstawianych harmonogramach. Znaczenie i waga terminów była dla stron oczywista. znało kalendarze wypłat środków z różnych funduszy, a mimo to proponowało (pierwszy raz już w maju 2023 r.) harmonogram prac uniemożliwiający składanie wniosków przez beneficjentów i wypłaty środków w terminach. Znacząco negatywny był także fakt, że testy przekazywanych przez wykonawcę Propozycji kończyły się wynikiem negatywnym i były obarczone z licznymi błędami w istocie ukrywając braki. Ponadto Zamawiający wielokrotnie zidentyfikował przypadki przesyłania przez dokumentacji niekompletnej, przesyłanej tylko w celu formalnego zachowania umownych terminów jej przekazania, podczas gdy z powodu niskiej jakości, dokumentacja ta z punktu widzenia Zamawiającego była nieprzydatna.

Okoliczności faktyczne przedstawione zostały obszernie przez zamawiającego jako przesłanki odstąpienia od umowy, w tym na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp, tj. istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie Umowy nr nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Przedmiotową zmianę okoliczności stanowił fakt, że nie było w stanie należycie realizować Umowy nr , z uwagi na przedłużający się stan nienależytej i nieterminowej realizacji obowiązków . Niezdolność do realizacji Umowy nr niemożliwiała Zamawiającemu realizację płatności, a konkretnie obsłużenie wypłat dla ponad 1,2 mln beneficjentów na kwotę około 21 mld PLN. Zamawiający opisał też szczegółowo czynności na rzecz wspólnego rozwiązywania bieżących problemów ta zakresie wykraczającym z jego strony poza obowiązki umowy; jednym z przykładów daleko posuniętej woli współpracy i wsparcia dla wykonawcy był fakt, iż w trakcie realizacji Umowy zamawiający wielokrotnie na wniosek zawieszał SLA (Service Level Agreement - czyli wymagane umową parametry świadczonych usług), co miało umożliwić skierowanie większej liczby personelu do pracy nad Modyfikacjami. Zamawiający

przypomniął też, że oczekiwanie usunięcia błędów przez , wbrew twierdzeniom odwołującego, nie zwalniało go z obowiązku realizacji usług.

Zamawiający podczas całego okresu realizacji Umowy podejmował także inne działania, mające na celu wsparcie w wykonaniu Umowy nr .Opisane okoliczności, które doprowadziły do rozwiązania umowy pozwalają na stwierdzenie, że w tym stanie faktycznym ze względu na wyjątkową sytuację tryb z wolnej ręki był to jedyny tryb, w jakim można było zapewnić ciągłość utrzymania systemu SIA, a także ciągłość świadczenia usług rozwoju umożliwiających wypłatę środków beneficjentom.

Narastający brak realizacji obowiązków umownych przez wykonawcę zmusił Zamawiającego do poszukiwania rzetelnego wykonawcy wobec rozwiązania Umowy nr oraz odstąpienia od Zleceń będących w toku, których nie było w stanie zrealizować w terminie. Wyjątkowa sytuacja, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp to nie wyłącznie zdarzenie o charakterze klęski żywiołowej czy inny przejaw działania siły wyższej. Wyjątkowość sytuacji należy oceniać uwzględniając jej okoliczności. W omawianym przypadku, w ocenie Izby, że sytuacja miała charakter wyjątkowy ponieważ zamawiający zobowiązany do realizacji zadań nie miał podstaw sądzić, że wybrany profesjonalny wykonawca tak dalece nienależycie będzie wykonywać zadania, że niemożliwe stanie się kontynuowanie prac w obowiązujących terminach. Niespodziewane istotne i narastające uchybienia po stronie stanowią sytuację nadzwyczajną. Z wieloletniego doświadczenia zamawiającego sytuacja okazała się nieprzewidywalna i precedensowa.

Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Jest oczywiste, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się z zamiarem jej zrealizowania, a jej zawarcie poprzedzone było weryfikacją zdolności wykonawcy do tej realizacji. Zamawiający nie mógł jednak przewidzieć mimo wieloletniego realizowania swoich zadań w analogicznych okolicznościach, skaia zaniedbań, obstrukcji i niezdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, która narastała i gdyby Zamawiający nie podjął radykalnej decyzji o konieczności zmiany wykonawcy po uprzednim rozwiązaniu nienależycie wykonywanej umowy - doprowadziłaby do pozbawienia ARiMR zdolności do realizacji celów i zadań publicznych Agencji. Zamawiający podjął decyzję w momencie, w którym stało się oczywiste, że nie będzie w stanie zrealizować swoich zadań, czego skutkiem będzie m.in. brak możliwości wypłat od dnia 16 października 2023 r.

Co do oceny, czy było możliwe dochowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia w szczególności trybów konkurencyjnych, zasadne jest posłużenie się

praktyką zamawiającego, który wykazał, że przeciętny czas trwania postępowania konkurencyjnego na świadczenie usług utrzymania i rozwoju SIA, to około 1 roku. Wynika to zarówno ze skali oraz złożoności zamówienia, jak i z ponadprzeciętnego zaangażowania wykonawców w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zainteresowanych uzyskaniem zamówienia o znaczącej skali i opłacalności. Naturalne jest w tych okolicznościach, że potencjalni wykonawcy ze szczególną aktywnością konkurują ze sobą również przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej, co przewidywalnie i oczywiście przedłuża czas postępowania.

Uznaje się także za wykazane przez zamawiającego, że pełen zakres umowy zawartej z wolnej ręki był niezbędny i nie było możliwe wyodrębnienie konkretnych świadczeń, które mogłyby być przedmiotem umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. Praktycznie nie jest faktycznie możliwa i realna sytuacja, w której aplikacje lub usługi byłyby świadczone równoległe przez różnych wykonawców. Część procesów toczy się jednocześnie, nie da się także podzielić na części np. kampanii. Prace są często prowadzone równoległe, gdyby na przykład każdy z modułów był realizowany przez inny podmiot, to nie byłaby możliwa równoczesna praca. Zasadność przyjęcia tożsamości wykonawcy dla całości zadania została w istocie rozstrzygnięta przed udzieleniem zamówienia odwołującemu w ubiegłym roku. Zamawiający ogłaszając postępowanie, którego wynikiem było zawarcie Umowy nr nie podzielił zamówienia na części uzasadniając swoją decyzję tym, że „wprowadzenie podziału zamówienia na części spowodowałoby nadmierne trudności techniczne przy realizacji umowy i w efekcie mogłoby stanowić zagrożenie dla zachowania ciągłości realizacji głównego procesu biznesowego tj. obsługi wniosku o przyznanie płatności w ramach systemów wsparcia bezpośredniego w kampanii 2023 oraz kolejnych”.

Zamawiający wskazał także, że „w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia w podziale na części, realnym problemem staje się rozproszenie odpowiedzialności za jakość systemu informatycznego oraz należyta staranność usług, a także przenoszenie odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami poszczególnych części. Podział zamówienia na części doprowadziłby do znaczącego wydłużenia czasu implementacji wymagań Zamawiającego z uwagi na konieczność certyfikacji oprogramowania dostarczonego przez wykonawcę usługi modyfikacji przed jego osadzeniem w środowisku produkcyjnym wykonywanej przez wykonawcę utrzymującego SIA, co w świetle krótkich terminów wejścia w życie przepisów prawnych (legislacji krajowej jak i unijnej) spowodowałoby ryzyko opóźnień we wdrażaniu instrumentów WPR oraz naprawie błędów produkcyjnych, co w dłuższej perspektywie mogłoby doprowadzić do obniżenia sprawności obsługi procesów

oraz przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez uznanie, że twierdzenia Zamawiającego o narastającej skali zaniedbań, obstrukcji i niezdolności do wykonania zamówienia przez Skarżącego uzasadniały brak możliwości przewidzenia przez Zamawiającego wystąpienia okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym z postanowienia KIO z 25 listopada 2022 r (sygn.) oraz z dowodów przedstawionych przez Skarżącego w toku rozprawy, w szczególności w postaci prezentacji z Komitetów Sterujących oraz pism Skarżącego do Zamawiającego składanych w toku wykonywania zawartej pomiędzy nimi umowy (Umowy) wynika, że Zamawiający miał możliwość przewidzenia wystąpienia wyjątkowej sytuacji w postaci ryzyka opóźnień w wykonaniu Umowy ;

-art. 534 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Zamawiający wykazał zajęcie wymaganych prawem przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie sprostął ciężarowi dowodu w tym zakresie i nie przedstawił dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, w szczególności nie przedstawił dowodów, z których wynika, że: nie było możliwości podziału zamówienia, tak aby udzielenie zamówienia nastąpiło wyłącznie w zakresie niezbędnym i koniecznym; nie mógł przewidzieć wyjątkowej sytuacji w postaci powstania opóźnień w wykonaniu Umowy

-art. 552 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wydanie wyroku w oparciu o okoliczności nieustalone w toku postępowania odwoławczego, a w efekcie przyjęcie, że Zamawiający mógł przewidzieć wystąpienie opóźnienia w wykonaniu Umowy , a tym samym możliwość jej rozwiązania, podzielić zakres Umowy oraz nie mógł zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia

-art. 559 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku bez wskazania faktów, które Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej;

-art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie odwołania, mimo naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Skarżący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów: Raport Miesięczny za lipiec 2023 r. podpisany przez Zamawiającego i Skarżącego 22 listopada 2023 r. - dowód zgłaszany w celu wykazania faktu należytego wykonywania Umowy przez Skarżącego; Projekt Raportu Miesięcznego za sierpień 2023 w wersji wysłanej Zamawiającemu 30 listopada 2023 r. wraz z mailem przewodnim - dowód zgłaszany w celu wykazania faktu należytego wykonywania Umowy przez Skarżącego. W związku z wyżej wskazanymi zarzutami, wniósł o: uwzględnienie skargi w całości zmianę

wyroku KIO w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania
Skarżącego tj. unieważnienie umowy nr z 25 sierpnia 2023 r.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie jest zasadna.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. W istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy.

W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia; Zgodnie z art. 32.2.C dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do zamówień w każdym z następujących przypadków: c) w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, jeżeli - ze względu na wystąpienie wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć - terminy przewidziane dla procedury otwartej lub procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dotrzymane.

Na gruncie wykładni dyrektywy Dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, przyjmuje się, że odstępstwa od zasad odnoszących się do procedur udzielania zamówień publicznych, przepisy art. 20 ust. 2 lit. c) i d) dyrektywy 93/38 powinny być interpretowane w sposób ścisły (zob.

podobnie w kontekście dyrektyw 71/305 i 93/37 wyroki z dnia 10 marca 1987 r. w sprawie 199/85 Komisja przeciwko [] Rec. str. 1039, pkt 14, z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko [], Rec. str. I-1249, pkt 23 oraz z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 Komisja przeciwko [], Rec. str. I-8121, pkt 19). Orzecznictwo uzależnia możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki go od kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek, a mianowicie: zaistnienia wydarzenia, którego nie można było przewidzieć, wyjątkowo pilnego charakteru sprawy, który nie daje się pogodzić z terminami wiążącymi się z zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie oraz istnienia związku przyczynowo-skutkowego między owym nieprzewidywalnym wydarzeniem a wynikającym z niego wyjątkowo pilnym charakterem sprawy (zob. podobnie w kontekście dyrektywy 71/305 wyroki z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 Komisja przeciwko [], Rec. str. I-4655, pkt 12 oraz z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko [], Rec. str. I-1949, pkt 14).

Zarzut naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że zamawiający wykazał powstanie wyjątkowej sytuacji, nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, brak możliwości przewidzenia wystąpienia okoliczności uzasadniających udzielenie zamówienia, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, brak możliwości dochowania terminów określonych dla innych trybów udzielenie zamówienia, w szczególności trybów konkurencyjnych jest całkowicie bezzasadny. Sąd w pełni podziela ustalenia i ocenę Izby, że Zamawiający wykazał zajście wymaganych prawem przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z orzecznictwem ETS natychmiastowość wykonania zamówienia musi natomiast wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Ochrona danego interesu może jednakże nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności w niezbędnym zakresie (tak w: orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-107/92 Komisja przeciwko [] oraz C-394/02 Komisja przeciwko []). Stąd zazwyczaj do takich wyjątkowych sytuacji należy zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, tj. zdarzenia o charakterze przyszłym, nieprzewidzianym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski żywiołowe,

katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego (zob. uchwały , i).

W przedmiotowej sprawie podstawą, która uzasadniała zastosowanie wyjątkowego trybu zamówienia z wolnej ręki był brak realizacji obowiązków umownych przez wykonawcę, co zmusiło Zamawiającego do rozwiązania Umowy nr oraz odstąpienia od Zleceń będących w toku, których nie było w stanie zrealizować w terminie. Słusznie jednak Izba przyjęła, że katalog przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o którym stanowi art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest zamknięty. Jak wskazuje zaś orzecznictwo wyjątkowa sytuacja, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp to nie wyłącznie zdarzenia o charakterze klęski żywiołowej czy innych przejawów działania siły wyższej. W uchwale z dnia z 6 sierpnia 2010 r. podkreśliła, że nikt, podpisując umowę w dobrej wierze (tym bardziej, zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego wynikiem jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), nie zakłada, że trzeba będzie od umowy odstąpić. Uwzględnia się taką możliwość w umowie, niemniej jednak nie oznacza to, że się przewiduje jej wystąpienie. (...) Zakładanie z góry, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy wykonawcy i przyjmowanie, że sytuacja taka mieści się w „normalnych stosunkach handlowych” podważa po pierwsze cel i sens udzielenia zamówienia, po drugie - poddaje w wątpliwość rzetelność weryfikacji wykonawców na etapie oceny spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu. Jak też wynika z uchwały , fakt podjęcia przez stronę zamawiającą decyzji o zakończeniu bytu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna, gdyż uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek. Innymi słowy decyzja o odstąpieniu od umowy następuje niejako automatycznie po zaistnieniu pewnych przesłanek - jednak ich zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne i nie może być z góry zakładane.

W orzecznictwie ponadto przyjmuje się również, że charakter niemożliwy do przewidzenia będzie miała konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia, będąca rezultatem przeciągającego się, bez winy zamawiającego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych

zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik”.

W okoliczności tej sprawy Zamawiający nie mógł przewidzieć, że skarżący nie będzie w stanie wykonać zobowiązania i że konieczne stanie się rozwiązanie tej umowy. Skarżący organizował przetarg w dobrej wierze i w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania Systemu informatycznego, ponadto Stron było też, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu Informatycznego i jakość Dokumentacji, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy SI lub Dokumentacji zostały wytworzone przez Wykonawcę, czy przez któregokolwiek z jego poprzedników. Kluczowe było więc objęcie usługami systemu jako całości, w tym wzięcie przez wykonawcę odpowiedzialności za całość systemu, istotna była tożsamość wykonawcy i ciągłość oraz profesjonalizm świadczenia usług. Zamawiający kierował się zasadą lojalności i dobrej wiary.

Skarżący tymczasem twierdzi, że niewykonanie umowy jest to typowe ryzyko gospodarcze, które powinien wziąć pod uwagę każdy podmiot udzielający zlecenia lecz sąd mając na uwadze całokształt okoliczności tej sprawy z taką oceną się nie zgadza. Ma rację skarżący, że ocena przesłanek przetargu z wolnej ręki powinna być restrykcyjna. Niemniej ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz z dowodów przedstawionych przez Skarżącego w toku rozprawy, w szczególności w postaci prezentacji z Komitetów Sterujących oraz pism Skarżącego do Zamawiającego wynika właśnie bezprecedensowa skala opóźnień i zaniedbań ze strony wykonawcy. Sytuacja ta miała charakter wyjątkowy ponieważ zamawiający zobowiązany do realizacji zadań nie miał podstaw sądzić, że wybrany profesjonalny wykonawca tak dalece nienależycie będzie wykonywać zadania, że niemożliwe stanie się kontynuowanie prac w obowiązujących terminach. Niespodziewane istotne i narastające uchybienia po stronie wykonawcy i rozwiązanie umowy stanowią sytuację nadzwyczajną. Nawet mimo wieloletniego doświadczenia zamawiającego sytuacja okazała się nieprzewidywalna i była to dla niego sytuacja bez precedensu. Nieuprawniony był więc zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w tym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Trafna była więc ocena materiału dowodowego dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą albowiem, wynikała ona bowiem z analizy twierdzeń stron, w szczególności co do sposobu wykonywania umowy i charakteru tej umowy. Nietrafne są zarzuty art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, art. 559 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Skarżący zarzuca, że Krajowa Izba Odwoławcza orzekając nie uwzględniła dowodów wskazanych przez

Skarżącego w tabeli. Izba w uzasadnieniu wyroku nie ustosunkowała się szczegółowo do każdego z dowodów składanych przez Skarżącego i nie zawarła tam informacji z jakich konkretnie powodów treść danego dokumentu nie potwierdza stawianych tez. Niemniej Izba oceniła całość materiału dowodowego. Nietrafny jest więc zarzut naruszenia art. 559 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba słusznie uznała, że okoliczności wskazujące na ważne powody rozwiązania przez Zamawiającego Umowy nr , nie zostały skutecznie zaprzeczone przez Skarżącego. Również na etapie postępowania skargowego skarżący mimo obszernego wyliczenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazującego na uchybienia w realizacji umowy nie podejmuje polemiki z ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej, a jedynie ogólnie zaprzecza okoliczności nieprawidłowego wykonania umowy nie kwestionując wymienionych przez powoda uchybień w realizacji umowy, a raczej wskazując na przyczynienie się zamawiającego lub do ich powstania.

W ocenie Sądu dowody, które zostały złożone w postępowaniu odwoławczym przez Skarżącego, były przede wszystkim jego własnymi oświadczeniami, kierowanymi do Zamawiającego w toku realizacji Umowy nr . Dowody te mogły więc potwierdzać jedynie to, że stanowisko Skarżącego jest takie, jakie zostało w nich wyrażone, czego przykładem jest choćby wezwanie do zapłaty. Podobnie ocenić należy inne pisma kierowane przez Skarżącego w toku realizacji Umowy nr - są to wyłącznie jego oceny stanu faktycznego.

Postanowienie, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła zgodę na zawarcie Umowy nr przed rozpoznaniem odwołania złożonego przez innego wykonawcę nie dowodzi, że Zamawiający mógł już wówczas przewidywać, że wykonawca nie wykona prawidłowo umowy. Skarżący twierdzi, że w październiku 2022 r. Zamawiający przewidywał występowanie opóźnień, bowiem powoływał się na taką możliwość w uzasadnieniu wniosku o zezwolenie na zawarcie Umowy nr przed rozpoznaniem odwołania złożonego przez innego wykonawcę. Niewątpliwie jednak wniosek Zamawiającego dowodził wówczas jedynie obawy, co do terminowego wykonania umowy, która miała być zawarta co nie jest tożsame z przewidywaniem, że umowa nie zostanie należycie wykonana. Należy odróżnić zwykłe ryzyko gospodarcze związane z opóźnieniami w realizacji umowy od przewidywania, że umowa, która ma dopiero zostać zawarta, zostanie nienależycie wykonana.

Jak wskazano Zamawiający nie miał podstaw do przewidywania takiego scenariusza zdarzeń. W szczególności bowiem Umowa nr przewidywała tzw. Okres Przejściowy, czyli etap realizacji umowy, w którym wykonawca miał pozyskać informacje niezbędne do dalszego świadczenia usług. Okres Przejściowy zakończył się dnia 29 kwietnia 2023 r., a gotowość

Skarżącego do świadczenia usług w pełnym zakresie, została potwierdzona poprzez podpisanie przez Zamawiającego i Skarżącego odpowiedniego protokołu. Oznacza to, że Skarżący podczas zawierania Umowy nr miał świadomość celu Okresu Przejściowego oraz skutków jego zakończenia. Potwierdza to także pkt 1.9 Preambuły do Umowy nr , w której wprost wskazano, że „Intencją Stron jest, aby Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług przejął odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu Informatycznego i jakość Dokumentacji, niezależnie od faktu, czy poszczególne elementy SI lub Dokumentacji zostały wytworzone przez Wykonawcę, czy przez któregośkolwiek z jego poprzedników”.

Skoro skarżący zgłosił gotować do rozpoczęcia wykonywania usługi to deklarował gotowość jej wykonania brak jest więc jakichkolwiek podstaw do przerzucania odpowiedzialności na Zamawiającego. KIO wyliczyła szereg nieprawidłowości w realizacji umowy. Zamawiający współdziałał aktywnie w wykonaniu umowy i podejmował szereg działań mających na celu usprawnienie procesu realizacji Umowy, nawet godząc się na obniżenie SLA (skutkujące brakiem możliwości naliczania kar umownych za niską jakość usług), czy ponadprzeciętne zaangażowanie personelu Zamawiającego w prace zespołu projektowego.

Sąd podziela ocenę Izby, że Zamawiający zawierając Umowę nr nie miał żadnych przesłanek by zakładać, że profesjonalnie działający na rynku wykonawca, który w dodatku realizował już usługi na rzecz ARiMR, w obszarze utrzymania i rozwoju SI A, nie będzie w stanie zrealizować kluczowych modyfikacji i zapewnić bieżącej obsługi systemu ARiMR. Nie zmienia też tej oceny fakt, że w prezentacji podczas spotkania Komitetu Sterującego w dniu 10 lutego 2023 r., proponował „racjonalizację zakresu zmian” w systemie i „aktualizację harmonogramu”. Skarżący składając ofertę w postępowaniu poprzedzającym zawarcie Umowy nr doskonale znał zakres swoich zobowiązań wynikających z projektowanej umowy i wiedział, z jakim zakresem prac będzie musiał sobie poradzić. Gdyby zakres ten był niejasny, czy zbyt obszerny, to Skarżący mógł bądź skorzystać z odpowiednich narzędzi prawnych (wniosek o wyjaśnienie SWZ, odwołanie od treści dokumentów zamówienia), bądź wycenić swoje prace w sposób adekwatny do zakresu.

Nie można też podzielić poglądu, że skoro Zamawiający już w listopadzie 2022 r. (a więc w miesiącu, w którym zawarł umowę ze Skarżącym), otrzymał od Skarżącego informacje o „nierealności” terminów wdrażania modyfikacji, to już wówczas powinien był przeprowadzić równoległe postępowanie na zawarcie umowy ramowej, która pozwoliłaby na udzielanie innym wykonawcom zamówień „w sytuacji opóźnień zagrażających realizacji wypłat dla rolników”.

W praktyce bowiem Skarżący przekazał Zamawiającemu informację o tym, że domaga się on wydłużenia tych terminów i ograniczenia zakresu zmian, a nie że nie wykonana od umowy.

Skarżący też deprecjonuje wagę terminu 16 października 2023 r., jako terminu, w którym Zamawiający powinien być gotowy do rozpoczęcia wypłat na rzecz beneficjentów dopłat albowiem ostatecznym terminem wypłaty środków był dopiero czerwiec 2024 r. Dalej Skarżący twierdzi, że opóźnienie w rozpoczęciu wypłat jest wynikiem opóźnienia realizacji zaledwie jednej z aplikacji składających się na System Informatyczny Agencji. Trzeba jednak podkreślić, że brak aktywnego systemu wypłat od 16 października 2023 r. po pierwsze byłby niewykonaniem obowiązku ustawowo nałożonego na Zamawiającego, a po drugie obowiązek ten nie jest jednym jakimkolwiek, tylko podstawowym zadaniem ARiMR jako agencji płatniczej. Jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z §3 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 13 października 2023 r. *w sprawie wypłaty zaliczek za 2023 r. z tytułu niektórych rodzajów pomocy w ramach Planu Strategicznego dla Wspólnej Polityki Rolnej na lata 2023-2027*, zaliczki wypłaca się od dnia 16 października 2023 r. Oznacza to, że od tego dnia Zamawiający musi być gotowy do wypłat i dysponować narzędziami umożliwiającymi wypłaty oraz od tego dnia Zamawiający musi faktycznie realizować wypłaty.

Nie wykazał też skarżący, że niewykonanie obowiązków przewidzianych Umową nr , nie było zawinione przez Skarżącego. Jak podnosił w toku rozprawy Przystępujący - - nawet, gdyby tezy o opóźnieniach Zamawiającego były uprawnione, to opóźnienia te dotyczyły takich obszarów, które nie miały żadnego wpływu na późniejsze nienależyte wykonywanie umowy przez Skarżącego. Skarżący nie przedstawił ani w postępowaniu odwoławczym, ani w postępowaniu skargowym, żadnego dowodu potwierdzającego taki związek. W szczególności brak jest podstaw do twierdzenia, że lista zgłoszeń wad, która nie została usunięta miałaby świadczyć o zawinionym działaniu Zamawiającego. Skarżący nie wykazał bowiem aby lista ta odnosiła się wyłącznie do wad i jak słusznie zauważyła Izba w świetle obowiązków kontraktowych skarżący miał obowiązek je usunąć. Nie może też umknąć uwadze Sądu, że strony w umowie zastrzegły okres Przejściowy, czyli okres 3 miesięcy, w którym zobowiązania wykonawcy sprowadzały się przede wszystkim do przejmowania usług dla Systemu Informatycznego Agencji od podmiotu, który poprzednio świadczył te usługi. W tym czasie Skarżący miał więc nabyć rzeczywistą zdolność do rozpoczęcia świadczenia usług od dnia zakończenia Okresu Przejściowego, a Zamawiający zobowiązany był do współdziałania ze Skarżącym. Skarżący podpisując protokół potwierdził,

że nabył pełną gotowość do świadczenia usług dla Systemu Informatycznego Agencji, w pełnym zakresie zdefiniowanym Umową nr .

Skarżący przywołuje w skardze dwa dowody: z Raportu Miesięcznego za lipiec 2023 r. oraz z projektu takiego raportu za sierpień 2023 r. mające potwierdzać fakt prawidłowego wykonywania umowy. Faktem jest, że raport za lipiec nie był podpisany w dniu rozprawy przed KIO (13 listopada 2023 r.), więc dokument ten nie mógł być w jej toku złożony. Niemniej Skarżący składa także dowód w postaci projektu raportu miesięcznego za sierpień, który nie był podpisany w dniu wniesienia Skargi. Oba dowody składane są na dokładnie tą samą okoliczność - wykazania faktu należytego wykonywania Umowy nr . Projekty obu raportów istniały niewątpliwie w dniu rozprawy. Tak więc Skarżący mógł już na etapie postępowania odwoławczego złożyć oba dokumenty, skoro w jego ocenie projekt raportu stanowić może dowód należytego wykonania umowy. Niezależnie od powyższego, dowody nie potwierdzają okoliczności, na którą są złożone. Z Raportów nie wynika, że Umowa nr była należycie wykonywana, nie wynika także usunięcie zgłoszeń z Okresu Przejściowego ani nie wynika, że wykonawca był w stanie dostosować SIA do terminowych wypłat środków dla beneficjentów. Raporty nie odnoszą się do świadczenia usług G4 - tj. Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji). Raporty nie oddają opóźnień powstających w procesie przygotowania poszczególnych modyfikacji, opóźnień Skarżącego w przygotowaniu Szczegółowego Opisu Wymagań i Propozycji (a także sytuacji, w których Skarżący w ogóle nie przygotował wymaganych dokumentów), słabej jakościowo dokumentacji projektowej oraz licznych błędów i przeciągających się testów odbiorowych. W związku z powyższym, złożone raporty miesięczne nie mogą świadczyć o należyтым wykonaniu zobowiązania, gdyż same nie odnoszą się do jego całości, a jedynie do dwóch usług, które Skarżący zobowiązany był świadczyć.

Bezprzedmiotowa jest również nota księgowa, która miała wykazywać prawidłowe wykonanie Umowy nr , albowiem brak żądania kar umownych nie oznacza należytego wykonania umowy, a jedynie to, że za danego rodzaju naruszenia nie została przewidziana kara umowna. Po drugie - jak wywodził Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Skarżącego, godził się na nienaliczanie kar w początkowym okresie realizacji Umowy nr . Nietrafne są zarzuty naruszenia art. 534 ust. 1 ustawy Pzp albowiem Zamawiający wykazał zajęcie wymaganych prawem przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Oceniając zakres i możliwość podziału zamówienia to Zamawiający decyzję o rozwiązaniu Umowy nr podjął w ostatnim momencie, w którym możliwe było jeszcze, że

inny wykonawca zrealizuje prace, których nie był w stanie zrealizować Skarżący. Izba słusznie uznała za uzasadnione wywody Zamawiającego, który wykazał, jak istotne jest zapewnienie funkcjonowania SIA i że nie jest możliwe zapewnienie ciągłości działania tego systemu bez powierzenia tych usług innemu wykonawcy. Zamawiający nie dysponuje bowiem własnymi zasobami posiadającymi w tym zakresie wystarczające kompetencje ani też nie podzielił zamówienia na części jako, że tożsamość wykonawcy miała dla niego istotne znaczenie. Ciągłość świadczenia usług utrzymania i rozwoju systemu miała istotne znaczenie dla samej obsługi tego systemu.

Zamawiający wbrew zarzutom skargi nie powołał się „ogólnikowo” na czas prowadzonych przez siebie postępowań, tylko wskazał na konkretne przetargi, prowadzone w konkretnych latach, trwające przez konkretne okresy, wynoszące po kilkanaście miesięcy (ze wskazaniem konkretnych wartości dla poszczególnych przypadków). Były to w dodatku nie „jakiegokolwiek” przetargi, ale te, które dotyczyły konkretnie usług utrzymania i rozwoju SIA w poprzednich latach. Jest to najbardziej adekwatny punkt odniesienia.

Co do możliwości skrócenia czasu trwania postępowania poprzez skrócenie terminu składania ofert do 15 dni, to nawet przy zastosowaniu tego mechanizmu, wystarczy ogólnie nakreślić czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem konieczności przeprowadzenia przynajmniej jednego, a najprawdopodobniej kilku postępowań odwoławczych, żeby stwierdzić, że powierzenie komukolwiek obsługi SI A w trybie konkurencyjnym, nie było w omawianej sytuacji możliwe biorąc pod uwagę wskazane już terminy związane z uruchomieniem wypłat dla rolników.

Biorąc zaś pod uwagę charakter tego zamówienia Izba słusznie dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, który wykazywał, że świadczenia w ramach usług utrzymania i rozwoju SIA, tylko teoretycznie i formalnie są podzielne, a w praktyce ich realizowanie równocześnie przez różne podmioty nie jest możliwe.

Realizowanie umowy na utrzymanie i rozwój SI A w modelu postulowanym przez Skarżącego (z utrzymaniem i poszczególnymi modyfikacjami rozwojowymi rozdzielonymi pomiędzy różnych wykonawców), nie tylko technicznie i zarządczo byłoby niemożliwe, ale też byłoby niegospodarne, ponieważ znacząco podnosiłoby koszt obsługi systemu i wielokrotnie zwiększałoby ryzyko Zamawiającego. Znaczne zwiększenie kosztów wynikałoby z tego, że jak sam Skarżący przyznaje, dla objęcia utrzymaniem modyfikacji wykonanej przez osobę trzecią, konieczne jest przeprowadzenie certyfikacji tej modyfikacji przez podmiot utrzymujący system. Certyfikacja ta jest usługą odrębnie wycenianą i w wypadku realizowania jej na dużą

skalę, byłby do dodatkowy, istotny koszt wynikający z przyjętego modelu. Wzrost ryzyka natomiast byłby oczywistą konsekwencją faktu, iż w sytuacji, w której wiele podmiotów musi nawzajem brać odpowiedzialność za niewytworzone przez siebie produkty, naturalnie zwiększa się możliwość błędu oraz zmniejsza możliwość ustalenia podmiotu. Sama zaś opcja certyfikacji niewielkiej modyfikacji wprowadzonej np. w związku z koniecznością integracji SIA z innym systemem, realizowanej przez wykonawcę takiego innego systemu jest zupełnie czymś innym niż obligowanie wykonawcy, żeby na stałe przyjął odpowiedzialność za obsługę (w tym zachowanie poziomów SLA) dla systemu, który w istotnej części jest modyfikowany na bieżąco przez inny podmiot. Trafna jest ocena Izby, że nie ma możliwości podziału zamówienia i wyodrębnienia konkretnych świadczeń umownych.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący nie wykazał również istnienia interesu. Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia środka ochrony prawnej, zatem musi on zostać wykazany na etapie wnoszenia danego środka, a następnie jego istnienie jest weryfikowane w toku procesu. Posiadanie interesu musi zostać ocenione pod względem uzyskania zamówienia w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Z art. 505 ust. 1 p.z.p. wynika, że wykonawca wnoszący odwołanie musi mieć na względzie własny interes w uzyskaniu zamówienia, wobec czego w wątpliwość trzeba podać możliwość uzasadniania zarzutów odwołania hipotetycznym interesem, jaki mogli mieć inni potencjalni uczestnicy postępowania (zob. wyrok KIO z 12.02.2015 r., KIO 176/15, LEX nr 1654723).

W przedmiotowej sprawie skarżący sam zadeklarował, że nie jest zainteresowany zawieraniem jakikolwiek umowy z Zamawiającym. Oświadczenie takie złożył już w dniu 7 grudnia 2023r, zatem na 4 dni przed sporządzeniem skargi. W toku postępowania nie wykazał jaki ma interes faktyczny poza ogólnikowym powoływaniem się na nieprawidłowe jego zdaniem uzasadnienie wyroku KIO.

Jak wskazuje się w doktrynie chodzi to o interes także faktyczny, który zachodzi wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć

przepisami prawa. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 505 p.z.p., należy zauważyć, że chodzi tu nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z 26.01.2011 r., KIO 93/11, LEX nr 717983). Obowiązkiem wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 505 ust. 1 p.z.p. przesłanek. Wykonawca musi zatem wykazać wpływ podnoszonych zarzutów na jego sytuację wykonawcy, wyrażający się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych w sposób pozwalający na wykazanie związku przyczynowo-skutkowego między zarzucanymi naruszeniami Prawa zamówień publicznych a uszczerbkiem po stronie wykonawcy.

W ocenie Sądu skarżący nie wykazał takiego interesu, co więcej sam zadeklarował i to jeszcze przed wniesieniem skargi, że de facto to on nie jest zainteresowany zawieraniem jakiegokolwiek umowy, swój zamiar potwierdził również tym, że nie złożył oferty w konkurencyjnym postępowaniu. Wbrew zatem twierdzeniom skarżącego nie była to ogólna deklaracja ale konkretny zamiar. Skarżący nie wykazał zatem interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z 26.01.2011 r., KIO 93/11, LEX nr 717983).

Co więcej jego działanie świadczy o wewnętrznej sprzeczności argumentacji, z jednej strony kwestionuje tryb przetargu z wolnej ręki natomiast gdy zamawiający ogłasza przetarg konkurencyjny skarżący świadomie nie korzysta z możliwości złożenia oferty w konkurencyjnym postępowaniu. Na rozprawie nie potwierdził, że jest zainteresowany w ogóle uzyskaniem zamówienia lecz że w ten sposób kwestionuje ustalenia zawarte odnośnie do wykonania umowy poczynione w swoim wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. Takie działanie w ocenie Sądu nie zasługuje na ochronę albowiem celem niniejszego postępowania nie jest wyjaśnienie, czy skarżący prawidłowo wykonywał umowę, jeśli skarżący kwestionuje rozwiązanie umowy to może inicjować inne postępowania, w których to sąd wypowiedziałaby się autorytatywnie o prawidłowości wykonania umowy.

Koszty postępowania skargowego ponosi przegrywający postępowanie w myśl art. 589 ust. 2 Pzp. Zasadne było obciążenie kosztami postępowania skargowego skarżącego, a ich wyliczenie pozostawiono do decyzji Referendarza Sądowego.