

WYROK

z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **30 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **15 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku* (nr postępowania PN-36/20/27)

prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

ABUDIMEX S.A z siedzibą w Warszawie

B.WARBUD S.A z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów i żądań uwzględnionych przez Zamawiającego.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie górnego limitu kar umownych z tytułów przewidzianych we wzorze umowy przypadków nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę w wysokości tak skorelowanej z wysokością kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca, aby łącznie naliczone kary za nienależyte wykonanie umowy nie mogły być wyższe niż wysokość kary, którą Zamawiający zdecyduje się przy takiej korelacji ustalić za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Uzasadnienie

Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku* (nr postępowania PN-36/20/27).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 października 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_193 pod poz. 465472.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

15 października 2020 r. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych) (lista zarzutów):

1. Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”) i art. 353¹ kc – przez nałożenie na wykonawcę w § 11 ust. 1 pkt 1.1. wzoru umowy obowiązku zrealizowania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny niż przewidziany w SIWZ i niemożliwość do ustalenia na etapie składania oferty czy też wykonania robót niemożliwych do przewidzenia na podstawie SIWZ, bez prawa do zmiany wynagrodzenia w sytuacji, gdy wystąpi: (i) konieczność wykonania robót/prac wynikających z zaleceń organów administracji wydanych po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, (ii) konieczność zrealizowania przedmiotu zamówienia w inny sposób niż wskazany w dokumentacji projektowej ze względu na zmiany powszechnie obowiązującego prawa.

2. Art. 7 w zw. z art. 143a ust. 3 – przez wskazanie w § 2 ust. 5 wzoru umowy, że płatności częściowe wynagrodzenia odbywać się będą na podstawie odbiorów do wysokości 80%, a faktura końcowa ma wynieść 20%, gdy zgodnie ze wskazanym przepisem pzp wysokość faktury końcowej (wartość ostatniej części wynagrodzenia) nie może być wyższa niż 10% wynagrodzenia.

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 w zw. z art. 647 kc – przez przyznanie Zamawiającemu w § 4 ust. 14 i 15 wzoru umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem kc inwestor (tu: Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi, natomiast w przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego. Jednocześnie z treści umowy (§ 4 ust. 13 wzoru umowy) nie wynika,

jak długo będą trwały czynności odbioru końcowego, a datę podpisania protokołu odbioru końcowego traktuje się jako datę zakończenia wykonywania przedmiotu umowy w zakresie robót budowlanych [§ 4 ust. 2 lit. b) wzoru umowy].

4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc (zarzut powiązany z poprzednim) – przez ustalenie: (i) w § 7 ust. 1 wzoru umowy, że okres gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od dnia podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego); (ii) że okres gwarancji rozpoczyna swój bieg po dokonaniu odbioru końcowego całego przedmiotu umowy, gdy jednocześnie zamawiający w § 4 ust. 2 lit b) wzoru umowy przewiduje odbiory częściowe i częściowe użytkowanie przedmiotu umowy na podstawie częściowych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.
5. Art. 14 i art. 139 ust. 2 w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc, polegające na zastrzeżeniu w: (i) § 9 ust. 1 lit b) wzoru umowy – rażąco wygórowanych kar umownych związanych z niedotrzymaniem terminu wykonania przedmiotu umowy; (ii) § 9 ust. 1 lit c) wzoru umowy – rażąco wygórowanej kary umownej związanej z nieterminowym usuwaniem wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi; (iii) § 9 ust. 1 lit d) wzoru umowy – rażąco wygórowanej kary umownej związanej z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców; (iv) § 9 ust. 1 lit. e), f), g) wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców; (v) § 9 ust. 1 lit b), c), d), e), f), g) wzoru umowy – kary umownej za opóźnienie w wykonaniu określonych obowiązków umownych, co może sugerować, że Zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku, nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej; (vi) a także polegające na zaniechaniu wprowadzenia w § 9 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust. 1 lit. a) tj. kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia. Brak limitu kar umownych może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem wykonawcy, gdyż Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będą jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
6. Art. 143a ust. 2 w zw. z art. 139 ust. 2 i art. 7 pzp – przez uzależnienie możliwości wystawienia faktury (częściowej czy końcowej) w § 2 ust. 8 wzoru umowy od przekazania oświadczeń podwykonawców o uregulowaniu przez wykonawcę należności za wykonane prace, w sytuacji gdy według pierwszego ze wskazanych przepisów pzp: (i) nie ma zależności pomiędzy złożeniem faktury a możliwością wstrzymania zapłaty wynagrodzenia; (ii) możliwość wstrzymania zapłaty następuje tylko w odpowiedniej części, a zapis wzoru umowy uniemożliwia złożenie faktury w całości; (iii) nie ogranicza dowodów możliwych do wykazania zapłaty na rzecz podwykonawców wyłączenie do oświadczeń podwykonawców; (iv) chodzi o dowody potwierdzające zapłatę wymagalnego wynagrodzenia, a nie nałożenie na wykonawcę wymogu zapłaty podwykonawcy wynagrodzenia nawet jak nie jest wymagalne.
7. Art. 7 w zw. z art. 143b ust. 5 – przez nałożenie na wykonawcę w § 8 ust. 10 wzoru umowy obowiązku przedłożenia kopii zawartej umowy z podwykonawcą robót budowlanych w terminie 2 dni od jej zawarcia, gdy zgodnie ze wskazanym przepisem pzp termin ten wynosi 7 dni.
8. Art. 7 w zw. z art. 143b ust. 8 – przez nałożenie na wykonawcę w § 8 ust. 13 wzoru umowy obowiązku przedłożenia kopii zawartej umowy z podwykonawcą dostaw lub usług w terminie 2 dni od jej zawarcia, gdy zgodnie ze wskazanym przepisem pzp termin ten wynosi 7 dni.
9. Art. 31 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 – przez wskazanie w pkt 2.3.2 programu funkcjonalno-użytkowego {dalej: „PFU”} (str. 22 PFU) dokumentów, jakie wykonawca ma złożyć wraz z ofertą w celu wykazania, że system modułowy wykonania dwóch szachtów technicznych i komunikacyjnych spełnia wymagania Zamawiającego, podczas gdy wymogi w zakresie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego powinno być dokonane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ, a nie w PFU, przy czym dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 pzp powinny być zgodnie z art. 26 ust. 1 pzp składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej ocenia czyli już po złożeniu ofert, a nie wraz z ofertą.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ {lista żądań}:

1. § 11 ust. 1 pkt 1.1. wzoru umowy w sposób, który umożliwiałby zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany sposobu realizacji zamówienia i tym samym nie obciążałby wykonawcy koniecznością realizacji nieprzewidywalnych w dniu złożenia oferty zmian, polegająca na dodaniu na końcu następującego zdania: *Powyższe zmiany mogą stanowić podstawę do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.*
2. § 2 ust. 5 wzoru umowy w sposób wskazujący, że płatność wynagrodzenia wykonawcy następuje na podstawie faktur częściowych, których wartość nie może przekroczyć 90% wartości wynagrodzenia, a wartość faktury końcowej wynosić będzie 10% wartości wynagrodzenia.
3. § 4 ust. 14 i 15 wzoru umowy, polegająca na zobowiązaniu Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego w przypadku braku wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego, oraz § 4 ust. 13 wzoru umowy, polegająca na ustaleniu okresu trwania czynności odbioru końcowego (*Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego w terminie nie dłuższym niż 1 dzień od dnia zgłoszenia robót do odbioru i zakończy czynności odbioru w terminie nie dłuższym niż 14 dni od ich rozpoczęcia*).
4. § 7 ust. 1 wzoru umowy, polegająca na ustaleniu, że okres gwarancji jakości jest liczony od daty odbioru końcowego, a w przypadku odbiorów częściowych i częściowego użytkowania przedmiotu umowy (etapu) okres gwarancji dla użytkowanej części biegnie od daty częściowego odbioru, przy jednoczesnym wykreśleniu sformułowania, że okres gwarancji jakości jest liczony od daty bezusterkowego odbioru.
5. § 9 w zakresie kar umownych, polegających na: wykluczeniu możliwości naliczania kar w każdym przypadku uchybienia obowiązkowi umownemu, nawet jeżeli jest to spowodowane okolicznościami niezależnymi od wykonawcy (zamiana opóźnienia na zwłokę), obniżeniu wysokości kar, zarówno za termin końcowy, jak i za terminy usuwania wad w okresie gwarancji, w zakresie kar umownych z tytułu nieprawidłowości dotyczących podwykonawców – redukcji wysokości kar odpowiadającej skali uchybień tj. kwoty od 1-2 tys. zł, a także wprowadzeniu limitu kar umownych: § 9 ust. 1. *Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną: a) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca – w wysokości 10% wartości brutto*

umowy, b) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy – dotyczy również wykonania projektu – w wysokości 0,1% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,05% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad, ewentualnie za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 5.000 zł, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad d) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom – w wysokości 0,2% wartości niezapłaconego wynagrodzenia podwykonawcy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie, ewentualnie z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom – w wysokości 1.000 zł za każdy dzień opóźnienia w zapłacie, e) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany – w wysokości 2.000 zł za każdy dzień zwłoki, f) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 2.000 zł za każdy dzień zwłoki, g) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 8 ust. 14 – w wysokości 2.000 zł za każdy dzień zwłoki w dokonaniu zaleconej przez Zamawiającego zmiany; h) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawidłowości dotyczących zatrudniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w § 3 pkt 7 umowy – w wysokości 1000,00 zł za każdą stwierdzoną nieprawidłowość dotyczącą zarówno udokumentowania, jak i faktu zatrudnienia tych osób. § 9 ust. 4. Łącznie kary umowne przewidziane w niniejszej umowie, do których zapłaty zobowiązany będzie wykonawca nie przekroczą 10% wartości brutto umowy wskazanej w § 2 ust. 1 umowy.

6. § 2 ust. 8 wzoru umowy polegające na dostosowaniu do treści art. 143a ust. 2 pzp w taki sposób, aby Zamawiający w przypadku nieprzedłożenia dokumentów przez wykonawcę nie blokował wystawienia faktury i tym samym nie wstrzymywał zapłaty całości wynagrodzenia, ale miał prawo do wstrzymania jedynie tej części wynagrodzenia, dla której brakuje odpowiednich dokumentów potwierdzających zapłatę.
7. § 8 ust. 10 wzoru umowy polegającej na zmianie terminu przedłożenia kopii zawartej umowy o podwykonawstwo robót budowlanych z 2 na 7 dni od jej zawarcia.
8. § 8 ust. 13 wzoru umowy polegającej na zmianie terminu przedłożenia kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi z 2 na 7 dni od jej zawarcia.
9. Pkt 2.3.2 PFU (s. 22 PFU) polegającej na wykreśleniu zobowiązania do przedłożenia wraz z ofertą określonych dokumentów, ewentualnie wskazaniu w treści SIWZ w § 6 dokumentów, jakie wykonawca ma złożyć w celu wykazania, że system modułowy wykonania dwóch szachtów technicznych i komunikacyjnych spełnia wymagania Zamawiającego.

{ad pkt 5. (vi) listy zarzutów}

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej Odwołujący powołał się na pogląd zaprezentowany w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2219/17 {podkreślenia za odwołaniem}: *Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. t. sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taka w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.). Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania. 2013) Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.*

Odwołujący zwrócił uwagę, że niedotrzymanie terminu wykonania określonych zobowiązań umownych jest nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania i jest lżejszą postacią naruszenia zobowiązań umownych niż niewykonanie zobowiązania. Zamawiający w tym ostatnim przypadku (za odstąpieniem od umowy) ustalił (w § 9 ust. 1 lit a) karę umowną na poziomie 10% wartości wynagrodzenia. Według Odwołującego nie powinno dojść do sytuacji, że kary z tytułu nieterminowej realizacji przedmiotu umowy (czyli za nieprawidłowe wykonanie zobowiązania) przekroczą wysokość kary za niewykonanie zobowiązania w całości.

W odpowiedzi na odwołanie z 26 października 2020 r. Zamawiający uznał *de facto* za zasadne w całości wszystkie zarzuty, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego kar umownych w zakresie żądania wprowadzenia ograniczenia łącznej wysokości kar umownych do 10% wartości umowy.

W szczególności Zamawiający poinformował o:

{ad pkt 1. listy zarzutów}

- wykreśleniu z § 11 ust. 1 pkt 1.1. wzoru umowy zaskarżonych postanowień.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

- nadaniu § 2 ust. 5 wzoru umowy następującego brzmienia: *Rozliczenie wykonania przedmiotu umowy będzie następowało na podstawie faktur częściowych oraz faktury końcowej, po dokonaniu niezbędnych odbiorów. Faktury częściowe mogą być wystawione do wysokości 90% wartości brutto umowy, pozostałe 10% – po końcowym odbiorze.*

{ad pkt 3. listy zarzutów}

- nadaniu § 4 ust. 13-15 następującego brzmienia:

13. Zamawiający przystąpi do odbioru końcowego w terminie nie dłuższym niż 1 dzień od dnia zgłoszenia robót do odbioru i zakończy w terminie nie dłuższym niż 14 dni od ich rozpoczęcia.

14. Z czynności odbioru sporządza się protokół, który powinien zawierać ustalenia poczynione w toku odbioru. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót lub ich wykonania z wadami istotnymi (czyniącymi przedmiot zamówienia, niezdatnymi do zwykłego użytkowania), Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy.

15. Odbiór uważa się za dokonany w przypadku podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego bez wad

istotnych. Data podpisania protokołu odbioru końcowego przez Zamawiającego jest datą zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nadają się do usunięcia to:

a) jeżeli wady nie są istotne i nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterek lub niezgodności do usunięcia w terminie uzgodnionym przez strony.

b) jeżeli wady są istotne na tyle, że uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad, wyznaczając termin ich usunięcia;

2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła ich usunąć w odpowiednim czasie to:

a) jeżeli wady nie są istotne i nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie potwierdzając ten fakt pisemną informacją przekazaną Wykonawcy,

b) jeżeli wady są istotne na tyle, że uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

- nadaniu § 7 ust. 1 wzoru umowy następującego brzmienia: Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia na okres ... miesięcy, liczony od dnia podpisania przez obie strony protokołu odbioru końcowego. W przypadku odbioru częściowego i przystąpienia do użytkowania danej części (etapu) zgodnie z § 4 ust. 2 lit. b) okres gwarancji liczy się dla użytkowanej części (etapu) od dnia odbioru częściowego.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

- nadaniu § 9 ust. 1 lit a)-h) następującego brzmienia:

Zamawiający obciąża Wykonawcę karą umowną:

a) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca – w wysokości 10% wartości brutto umowy,

b) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy dotyczy również wykonania projektu – w wysokości 0,1% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki,

c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,05% wartości brutto umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,

d) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty Wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom – w wysokości 0,2% wartości brutto umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki w zapłacie,

e) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki,

f) w przypadku nieprzedłożenia poświadczona za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy za każdy dzień zwłoki,

g) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 8 ust. 14 – w wysokości 0,05% wartości brutto danej umowy podwykonawczej za każdy dzień zwłoki w dokonaniu zaleconej przez Zamawiającego zmiany;

h) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawidłowości dotyczących zatrudniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w § 3 pkt 7 umowy – w wysokości 1000,00 zł za każdą stwierdzoną nieprawidłowość dotyczącą zarówno udokumentowania, jak i faktu zatrudnienia tych osób.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

- nadaniu § 2 ust. 8 wzoru umowy następującego brzmienia: Podstawę do wystawienia faktury stanowią będzie protokół odbioru robót do którego załączone zostaną dowody potwierdzające zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców za wykonane prace.

{ad pkt 7. listy zarzutów}

- nadaniu § 8 ust. 10 wzoru umowy następującego brzmienia: Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia.

{ad pkt 8. listy zarzutów}

- nadaniu § 8 ust. 13 wzoru umowy następującego brzmienia: Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości brutto umowy, wskazanej w § 2 ust. 1 niniejszej umowy oraz umów, które dotyczą dostaw materiałów budowlanych i usług pomocniczych w stosunku do wykonywanych robót budowlanych (np. transport, ubezpieczenie itp.). Wyłączenie to nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł.

{ad pkt 9. listy zarzutów}

- wykreśleniu z pkt 2.3.2. PFU na str. 22. żądania przedstawienia wraz z ofertą certyfikatów i opinii tam wskazanych

{ad pkt 5. (vi) listy zarzutów}

Natomiast wprowadzenie żadanego limitu kar umownych spowoduje zdaniem Zamawiającego, że w przypadku istotnych naruszeń postanowień umowy będzie ograniczony w egzekwowaniu należytego wykonania umowy przez wykonawcę, co w konsekwencji doprowadzić może do powstania rażących strat po stronie Zamawiającego z winy Wykonawcy.

Według Zamawiającego kara umowna ograniczona do wysokości 10% wartości umowy przestanie spełniać funkcję, o których mowa w orzecznictwie, tj. funkcję stymulującą wykonanie zobowiązania, funkcję represyjną w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz funkcję kompensacyjną, polegającą na naprawieniu szkody, jeżeli Zamawiający ją poniósł, choć bez konieczności precyzyjnego wyliczenia wysokości.

Zamawiający dodał, że w sytuacji naliczenia kar nie należy pomijać art. 484 § 2 kc, który może znaleźć zastosowanie zawsze wówczas, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawi się jako nieadekwatna, tym samym istnieje możliwość jej miarkowania.

W uzupełnieniu odpowiedzi na odwołanie z 29 października 2020 r. Zamawiający dodatkowo powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku sygn akt I C 1288/19 (który wraz z uzasadnieniem załączył) oraz wyrok w sprawie o

sygn. akt KIO 654/16, w którym stwierdzono, że skoro zamawiający w większości przypadków przewidział limitowanie kar, na przykład do wysokości 10% wartości brutto wynagrodzenia, tym samym odpowiedzialność wykonawcy jest już limitowana i nie może ona przewyższać określonego progu, a więc wysokość ustalonych kar umownych nie naraża wykonawcy na straty, nie ma także potrzeby wprowadzania dodatkowego limitu. Wartość, od której naliczane będą kary umowne dla wszystkich wykonawców będzie taka sama, uzależniona od wysokości złożonej oferty, nie ma więc możliwości, aby któryś z wykonawców znajdował się w gorszej sytuacji.

Zamawiający podsumował, że proponowane ograniczenie wysokości kar umownych spowoduje, że utraci narzędzie stymulujące wykonawcę pod względem jakości oraz terminowości wykonania prac.

Zamawiający wskazał również, że pozostałe odwołania zostały wycofane pomimo nieuwzględnienia przez niego żądania wprowadzenia limitu wysokości kar umownych.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że nie ma zastrzeżeń do sposobu, w jaki Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, nawet jeżeli w odniesieniu do niektórych zarzutów nie odpowiada to literalnie jego żądaniom, a sporna pozostaje wyłącznie kwestia zaniechania wprowadzenia w § 9 wzoru umowy górnego limitu kar umownych.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z art. 186 ust. 3a pzp wynika *a contrario*, że nie dochodzi do umorzenia postępowania odwoławczego, jeżeli odwołujący nie wycofał wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi jednak wątpliwości, że zarzut uwzględniony przez zamawiającego nie podlega już merytorycznemu rozpoznaniu. Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutów, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego podlega ono umorzeniu, jak to orzeczono w pkt 1. sentencji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – w zakresie zarzutu z pkt 5. (vi) listy zarzutów – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska. W imieniu Przystępujących na rozprawę nikt się nie stawiał.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego jako kwestionującego postanowienia specyfikacji, które jego zdaniem negatywnie wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty, nie budziła wątpliwości.

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zamawiający bezzasadnie odmówił wprowadzenia w § 9 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia przez wykonawcę, pomimo że jednocześnie za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, wykonawca ma zostać obciążony karą umowną w wysokości 10% brutto wartości umowy.

Z art. 7 ust. 1 pzp wynika w szczególności, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówieni zgodnie z zasadą proporcjonalności. która pozwala podmiotowi prowadzącemu takie postępowanie na zastosowanie wyłącznie takich środków, które są adekwatne dla osiągnięcia określonego celu, w tym przede wszystkim zaspokojenia potrzeb w zakresie nabycia określonego dobra, usługi lub wykonania obiektu budowlanego. Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353¹ kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 483. § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jak to trafnie wywodził Izba w uzasadnieniu wyroku z 4 września 2018 r. sygn. akt KIO 1601/18, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności, zdejmując z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być rażąco wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, 2013).

W tym przypadku Zamawiający, zastrzegając kary umowne na wypadek wielu różnych przypadków nienależytego wykonania zamówienia lub niedopełnienia szeregu obowiązków przez wykonawcę, których wysokość nie jest limitowana, *de facto* zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia. Jednocześnie trudno sobie wyobrazić, aby wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% wartości brutto umowy, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. W efekcie cel wprowadzenia kar umownych obciążających wykonawcę tego zamówienia z tytułów innych niż odstąpienie od umowy, czyli rozbudowa i przebudowa budynku szpitala Zamawiającego, przy takich warunkach umownych może nie zostać osiągnięty. Nie można wykluczyć bowiem, że dla wykonawcy korzystniejsze będzie, za cenę uiszczenia 10% wartości umowy, wycofanie się w ogóle z realizacji robót, niż ich dalsza realizacja w obliczu niustająco narastającej wysokości naliczonych kar umownych z tytułu nienależytej, w tym nieterminowej, realizacji przedsięwzięcia lub niedopełnienia innych obowiązków umownych.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który wielokrotnie podkreślał w swoich pismach, że ustalenie dla kar umownych z innych tytułów niż odstąpienie od umowy limitu na poziomie 10% wartości brutto umowy spowoduje, że kary te nie będą wystarczająco stymulowały wykonawcę do należytego wykonania tego zamówienia. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do swoistego nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy też naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk związanych z realizacją na takich warunkach tego zamówienia i należytą wycenę oferty, jednak odstępując od określania za Zamawiającego wysokości takiego limitu.

Oznacza to, że Zamawiający może i powinien na nowo przemyśleć wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy przy ustalaniu górnej granicy wysokości kar umownych z tytułu nienależytego wykonania przez wykonawcę zamówienia. Przy czym Zamawiający powinien mieć z jednej strony na uwadze, że według orzecznictwa Izby i sądów powszechnych wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 kc (tak np. w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 25 września 2019 r. sygn. akt VI Ga 173/13, gdzie za niewspółmierną uznano karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Z drugiej strony w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (tak wyrok Sądu Najwyższego z 14 czerwca 2018 r. sygn. akt V CSK 534/17).

W powyższym zakresie Izba uznała zatem za właściwe również dla tej sprawy wytyczne wynikające z uzasadnień wyroków Izby (oprócz wskazanego już powyżej) wydanych 22 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO 2228/19, KIO 2249/19 oraz 18 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp i art. 353¹ w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 3. sentencji na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.