

Sygn. akt: KIO 2149/21

WYROK
z dnia 1 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Danuta Dziubińska
Emilia Garbala
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, działającą w imieniu Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Egis Poland sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **Transprojekt Gdański sp. z o.o. w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **Voessing Polska sp. z o.o. w Bydgoszczy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany projektowanego postanowienia umowy, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b, w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty wykonawcy,
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, działającą w imieniu Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrektory Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, działającej w imieniu Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Związku Ogólnopolskiego Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....

Sygn. akt: KIO 2149/21

Uzasadnienie

Generalna Dyrektory Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, działająca w imieniu Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 lipca 2021 r. nr 2021/S 129-341229.

W dniu 19 lipca 2021 r. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie dokumentów zamówienia, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) projektowanych postanowień umowy (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) w sposób, który powoduje — nieuzasadnione potrzebami zamawiającego — uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady:

1) uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom

zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia a także

2)proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu jakiego służyć ma kara umowna,

3)równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

co stanowi także naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp przez ustalenie warunków zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany projektowanego postanowienia umowy, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b, w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 17 IDW stanowiącej Tom I SWZ, dotyczący sposobu obliczenia ceny oferty, wskazał, iż cenę należy wyliczyć w oparciu o Wykaz Płatności z uwzględnieniem wskazanego tam sposobu obliczenia ceny i zakazem dokonywania jakichkolwiek zmian. Przytoczył postanowienia pkt 17.1.-17.3 IDW. Powołując się na wzór wykazu płatności, o którym mowa w pkt 17.1 — 17.3 IDW wskazał, że maksymalna wartość zobowiązania zamawiającego, a zatem i maksymalna wartość wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony nr II, tj. Dokumenty wykonawcy, została przez Zamawiającego ustalona ma poziomie do 5% wartości całości kontraktu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem do Tomu II SWZ (Warunki Kontraktu), pn. *Szczególne Warunki Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe dla kontraktu pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec*, Zamawiający:

- w warunkach dotyczących „Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Milowy)” wskazał:

Kamień Milowy nr 1 — złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID

Kamień Milowy nr 2 — wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości nie mniejszej niż 15 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto.

Kamień Milowy nr 3 - wykonanie w terminie 35 miesięcy od Daty Rozpoczęcia wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w zakresie następujących obiektów inżynierskich: - obiekt inżynierski (przejazd) w ciągu drogi powiatowej 1548C w km ok. 14+250 nad lub pod drogą ekspresową S10; - obiekt inżynierski (przejazd) w ciągu drogi powiatowej 1549C w km ok. 15+946 nad lub pod drogą ekspresową S10.

-w warunkach dotyczących kar umownych wskazał:

Zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 8.8 [Kary umowne].

Odwołujący wskazał ponadto, że zgodnie z załącznikiem do Tomu II SWZ (Warunki Kontraktu), pn. *SZCZEGÓLNE WARUNKI KONTRAKTU — Część B Postanowienia Szczególne dla kontraktu pn.: Projekt i bud drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec*, Zamawiający ustalił, że:

„Wykaz Płatności” oznacza wypełniony przez Wykonawcę Wykaz, sporządzony zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego Opisem sposobu obliczenia Ceny Oferty (...) zawierający ceny ryczałtowe elementów rozliczeniowych wyrażone w Walucie Miejscowej i stanowiący integralną część Umowy.

„Zaakceptowana Kwota Kontraktowa netto” oznacza zawartą w Umowie Cenę Oferty netto (wyrażoną w Walucie Miejscowej, bez podatku od towarów i usług VAT) za wykonanie zobowiązań określonych w Kontrakcie.

-w warunkach dotyczących kar umownych:

„Subklauzula 8.8 Kary umowne

Usunięto całą treść Subklauzuli 8.8 i zastąpiono ją następującą treścią:

I. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Kary umowne:

(...)

(b) za niewykonanie każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, w wysokości 0,02 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, za każdy dzień zwłoki, z uwzględnieniem postanowień Subklauzuli 8.15 [Niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania]. Kary umowne za niespełnienie każdego z warunków dotyczących Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naliczane będą oddzielnie;”

Odwołujący podniósł, że przy realizacji zamówień w formule „zaprojektuj i wybuduj” standardem jest, iż główny wykonawca powierza wykonanie części projektowej zamówienia podmiotowi zawodowo zajmującemu się wykonywaniem dokumentacji projektowej robót budowlanych. Najczęściej podmiot taki występuje jako podwykonawca, rzadziej jako konsorcjant. Przypadki, gdy wykonawca główny samodzielnie realizuje prace projektowe należą do rzadkości. Powyższe standardy rynkowe wykonywania tego rodzaju inwestycji znalazły swoje odzwierciedlenie w warunkach zamówienia dotyczących wykonawstwa, a konkretnie w braku zakazu podwykonawstwa w obszarze prac projektowych (braku zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania prac projektowych przez wykonawcę).

Zdaniem odwołującego, nie znalazły już jednak odzwierciedlenia w warunkach zamówienia w zakresie kar umownych. Odwołujący wskazał, że przy wartości zamówienia ok. 500 mln zł netto i przy wprowadzonym w Wykazie

Płatności ograniczeniu wartości poszczególnych elementów zryczałtowanej ceny oferty:

- wartość wynagrodzenia za prace projektowe nie może być wyższa niż 25 mln zł — ograniczenie na poziomie nie wyższym niż 5% ceny oferty,
- wartość wynagrodzenia za roboty budowlane ma stanowić nie mniej niż 445 mln zł — ograniczenie na poziomie nie niższym niż 89% (po odliczeniu do 5% na prace projektowe oraz do 6% na koszty wymagań ogólnych).

Odwolujący wskazał przy tym, że na potrzeby odwołania i dalszych obliczeń przyjmuje dla uproszczenia, że wykonawca przyjąłby przy wyliczeniu ceny maksymalne limity % dla prac projektowych (5%) i kosztów wymagań ogólnych (6%) oraz, że całość kwoty stanowiącej 5% wartości kontraktu zostałaby zapłacona przez wykonawcę głównego podwykonawcy prac projektowanych (choć niewątpliwie w rzeczywistości wykonawca uwzględniłby jakiś narzut).

Zdaniem odwołującego, kara umowna określona w Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) dotycząca zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1, a więc w istocie dotycząca zwłoki w wykonaniu prac projektowych, została ukształtowana na poziomie 0,02% wartości całego kontraktu (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, która jest ceną oferty netto). Tak samo — czyli jako 0,02% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto liczone są także kary za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 2 i 3, czyli za roboty budowlane. Według odwołującego, przy przyjętej wyżej wartości kontraktu (500 mln zł) kara umowna za jeden dzień zwłoki wynosi 100 tys. zł. Oceniając obciążenie poszczególnych części zamówienia ryzykiem z tytułu kar umownych, odwołujący wskazał, że część dotycząca prac projektowych jest tym ryzykiem obciążona niewspółmiernie wysoko w porównaniu do części obejmującej roboty budowlane.

Zdaniem odwołującego tak skonstruowana kara oznacza bowiem, że realna — tzn. proporcjonalna do wysokości wynagrodzenia, jaką można uzyskać za prace projektowe — dzienna kara umowna wynosi w istocie 0,4% tegoż wynagrodzenia, przy ok. 0,022% za część obejmującą wykonanie robót o budowlanych. W istocie więc procent dziennej kary umownej za prace projektowe (porównywany do wartości wynagrodzenia za tę część zamówienia) stanowi blisko 2000 % (dwa tysiące procent) dziennej kary umownej za roboty budowlane. Odwołujący, obrazując obciążenie poszczególnych części zamówienia ryzykiem z tytułu kar umownych wskazał, że warunki zamówienia określają limit kar na poziomie 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto. Na tym też poziomie (do 20%) limit kar umownych może zostać określony w umowie podwykonawczej. Odnosząc ów limit 20% do wysokości wynagrodzenia wykonawcy głównego i wykonawcy prac projektowych argumentował, że limit dla wykonawcy robót wynosi 89 mln zł, a dla wykonawcy prac projektowych 5 mln zł. Limit ten w przypadku prac projektowych zostanie wyczerpany już przy 50 dniach zwłoki, a w przypadku robót budowlanych — dopiero przy 890 dniach zwłoki.

Zdaniem odwołującego oznacza to także, że limit kar umownych określony na poziomie 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto (a więc 100 mln zł) zostanie wyczerpany w przypadku, gdy naliczone kary umowne osiągną czterokrotność wynagrodzenia za prace projektowe. Według odwołującego powyższe obrazuje, że istnieje rażąca dysproporcja w rozłożeniu ryzyk związanych z karami umownymi za zwłokę w odniesieniu do poszczególnych części realizacji zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący podniósł, iż kara umowna za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 (liczona od wartości całego kontraktu, a nie od wartości tej jego części której dotyczy) narusza wskazane w zarzutach (pkt 2 odwołania) przepisy Pzp i Kodeksu cywilnego, w tym zasady udzielania zamówień publicznych.

Według odwołującego tak skonstruowana kara umowna narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom (MŚP) zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia w formie podwykonawstwa lub konsorcjanta wykonawcy głównego. Odwołujący argumentował, że kary umowne muszą być przez wykonawcę wzięte pod uwagę przy kalkulowaniu ceny oferty, stanowią bowiem znaczące ryzyko kontraktowe. W sytuacji, gdy ryzyko to nieproporcjonalnie wysoko obciąża jedną z części zamówienia wykonawca, który chce ubiegać się o zamówienie, może albo przerzucić to ryzyko na podwykonawcę (wykonawcę) tej części, albo wkalkulować je w cenę oferty.

Odwolujący argumentował, że zasadniczo wydawać by się mogło, że Zamawiający zabezpieczył podwykonawcę przed nadmiernym obciążeniem podwykonawców ryzykiem udziału w zamówieniu. Zgodnie z art. 463 PZP ustalił bowiem m. in., że

Subklauzula 44.

3. Umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, usługi i dostawy nie może zawierać postanowień:

f) ustalających kary umowne dla Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, w wyższej wysokości wyrażonej w procentach niż wysokość wyrażona w procentach tożsamyh kar przewidzianych w Umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.

Na mocy ww. Subklauzuli podwykonawca (projektant) nie będzie mógł być na mocy umowy podwykonawczej obciążany karami w procencie wyższym niż ten obciążający wykonawcę na mocy umowy głównej. Co do zasady więc — podwykonawca nie będzie mógł być na mocy umowy podwykonawczej obciążany karami w kwocie dziennej tożsamej, jaka byłaby naliczona wykonawcy. Będzie tak jednak wyłącznie wówczas, gdy kary dla podwykonawcy będą wyliczane od wysokości przysługującego mu wynagrodzenia wskazanego w umowie podwykonawczej. Tymczasem standardem rynkowym jest, że główny wykonawca przerzuca ryzyko związane z pracami powierzonymi podwykonawcy na tegoż podwykonawcę. Zdaniem odwołującego wykonawca czyni to:

- określając w umowie podwykonawczej kary procentowo nie wyższe od tych oznaczonych w umowie z zamawiającym, ale liczone nie od wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, a od wysokości jego (wykonawcy) wynagrodzenia określonego w umowie z zamawiającym, lub

- wprowadzając do umowy podwykonawczej klauzule zobowiązujące podwykonawcę do pokrycia wszelkich roszczeń zamawiającego związanych z podwykonywanymi pracami, w tym naliczonych kar umownych, w takiej wysokości, jakie zostaną nałożone przez zamawiającego na wykonawcę głównego, co nie jest wprost sprzeczne z cytowaną wyżej Subklauzulą 4.4. pkt 3 lit f).

Zdaniem odwołującego analogiczna sytuacja — dotycząca nadmiernego w stosunku do wartości świadczenia obciążenia ryzykiem — będzie mieć miejsce także w sytuacji, gdy wykonawca prac projektowych będzie uczestnikiem procesu inwestycyjnego jako konsorcjant wykonawcy robót budowlanych. Według odwołującego to konsorcjanta — projektanta obciążać będzie w umowie konsorcjum ryzyko kar umownych dotyczących wykonania Kamienia Milowego nr 1, a dodatkowo, nawet tylko teoretycznie, nie chroni go żadna klauzula w umowie głównej.

Zdaniem odwołującego — biorąc pod uwagę ryzyko związane z karą umowną za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 i wskazane standardy zawierania umów podwykonawczych na prace projektowe (czy umów konsorcjum), projektanta obciąża niewspółmiernie wysokie w stosunku do przysługującego mu wynagrodzenia ryzyko kontaktowe, a przy tym znacząco wyższe niż wykonawcę robót budowlanych. Tego rodzaju postanowienie wywołuje więc bezpośredni skutek w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia dla części projektantów, w szczególności spośród MŚP, których nie stać na podjęcie tak wysokiego ryzyka, a którzy są zdolni do realizacji zamówienia czy to w formie wykonawstwa (w roli konsorcjanta) czy w formie podwykonawstwa. Według odwołującego postanowienie powyższe nie tylko narusza zasadę wyrażoną w art. 16 ust. 1 Pzp, ale także stoi w sprzeczności z wieloletnią już polityką ustawodawcy unijnego i krajowego, zmierzającą do ułatwienia MŚP dostępu do rynku zamówień publicznych. Zdaniem odwołującego, prowadzi to też do uprzywilejowania tych wykonawców, którzy są wykonawcami realizującymi samodzielnie obie części zamówienia tj. i prace projektowe i roboty budowlane i wywołuje bezpośredni skutek w postaci dyskryminacji wykonawców, którzy prace projektowe zlecają podwykonawcom. Ci ostatni albowiem nie mogą zaangażować albo nie mając pewności co do udziału podwykonawcy projektanta, który nie chce przyjąć na siebie tak wysokiego ryzyka kontraktowego, nie mogą ubiegać się o zamówienie.

Według odwołującego, należy też rozważyć sytuację, gdyby wykonawca nie obciążył projektanta całością ryzyka kontraktowego z tytułu tak ustalonej kary umownej za wykonanie Kamienia Milowego nr 1 i przyjął na siebie ryzyko zapłaty zamawiającemu różnicy pomiędzy karą jemu naliczoną i karą naliczoną przez niego projektantowi (proporcjonalnie do wysokości wynagrodzenia projektanta). Również w takim przypadku, przedmiotową karę należałoby ocenić jako naruszającą zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Taka sytuacja oznaczałaby, iż główny wykonawca ponosiłby bardzo wysokie ryzyko w wyborze podwykonawcy - projektanta, które, jak wykazano na wstępie, będzie wielokrotnie wyższe niż w przypadku podzlecenia robót budowlanych albo samodzielnego wykonywania prac projektowych. Zdaniem odwołującego także w tym wypadku przedmiotowe postanowienie prowadzi do uprzywilejowania tych wykonawców, którzy są zdolni do samodzielnego wykonania obu części zamówienia tj. i prac projektowych i robót budowlanych lub podzlecają tylko wykonanie części robót budowlanych.

Odwołujący wywiódł, że okoliczność, iż dokumenty zamówienia dopuszczają, by wykonawcy mogli w różny sposób podejść do skalkulowania ryzyka wynikającego z dysproporcji w rozłożeniu kar o umownych za zwłokę pomiędzy prace projektowe i roboty budowlane — powoduje, że mamy tu do czynienia z niejednoznacznym określeniem warunków zamówienia, co może prowadzić do tego iż oferty wykonawców będą nieporównywalne. Zdaniem odwołującego świadczy to nie tylko o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także o obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wniósł, aby nakazać zamawiającemu dokonanie zmiany Subklauzuli 8.8 pkt I lit b w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia Wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty wykonawcy.

Odwołujący podniósł również, że kwestionowanym postanowieniem zamawiający narusza także zasadę proporcjonalności. Odwołujący wywiódł, że zasada proporcjonalności wymaga, by zamawiający kształtował warunki zamówienia w postępowaniu w sposób adekwatny do jego rodzaju i zakresu, czyli tak by były one racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego, w świetle orzecznictwa TSUE można uznać, że ocena czy zachowana jest zasada proporcjonalności następuje na podstawie tzw. testu proporcjonalności, który oznacza sprawdzenie, czy określone wymaganie (warunek zamówienia):

- nie jest dyskryminujące,
- jest uzasadnione względami interesu publicznego,
- jest odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć, oraz
- nie jest nadmierne i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (tzn. czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).

Według odwołującego, kara umowna, o której mowa w Subklauzuli 8.8 pkt I lit. b (w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1) nie spełnia co najmniej dwóch z ww. przesłanek testu proporcjonalności:

- 1) jest dyskryminująca (narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) jest nadmierna, tj. wykracza ponad to co jest konieczne do osiągnięcia celu, któremu służy ta kara umowna.

Odwołujący argumentował, że 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. 353(1) 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.

Zdaniem odwołującego w sytuacji gdy kara umowna — taka jak ta będąca przedmiotem odwołania — rozkłada pomiędzy uczestników inwestycji (wykonawcę robót i wykonawcę prac projektowych) ciężar ryzyka wykonania zamówienia skrajnie niewspółmiernie do wysokości wynagrodzenia, jakie tym uczestnikom przysługuje zgodnie z narzuconymi przez zamawiającego proporcjami udziału robót i prac projektowych w wysokości ceny oferty, nie spełnia ona ww. funkcji. Z uwagi bowiem na swoją jednostronną restrykcyjność ogranicza konkurencję (eliminuje część wykonawców / podwykonawców z udziału w postępowaniu), a nawet w przypadku jej zaakceptowania przez część wykonawców na rynku — nie daje się wyegzekwować. Zdaniem odwołującego, wskazanie we wzorze umowy przesadnie wysokich kar umownych nie oznacza jeszcze, że uda się je wyegzekwować. Z art. 484 kc wynika bowiem, że obowiązkową przesłanką miarkowania kary jest jej rażące wygórowanie. Brak więc korzyści z takich kar dla zamawiającego. Nawet przeciwnie — najpierw wskutek kar zawyżonych zmniejszyła się konkurencja w przetargu, a następnie takich kar i tak nie udało się uzyskać. Tyle że korzyści z art. 484 kc miarkowania kar umownych w toku realizacji umowy wskutek orzeczenia sądu) odnoszą z reguły duże przedsiębiorstwa. MŚP przy zbyt wysokich karach przewidzianych w przetargu najczęściej rezygnują ze złożenia oferty, gdyż nawet potencjalne ryzyko ich zapłaty jest dla

nich nieakceptowane. Odwołujący wywiódł, że limit kar umownych określony na poziomie 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto zostanie wyczerpany w przypadku, gdy naliczone kary umowne osiągną czterokrotność wynagrodzenia za prace projektowe (które to wynagrodzenie nie może przekroczyć 5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej). W sytuacji, gdy dla zamawiającego jest oczywistym (brak zakazu podwykonawstwa), że prace projektowe z reguły powierzane są podmiotowi trzeciemu, ukształtowanie kary umownej w ten sposób iż wyczerpuje się ona dopiero przy wielokrotności wynagrodzenia należnego temu podmiotowi trzeciemu, według odwołującego wskazuje na rażąco dysproporcję w rozłożeniu ciężaru ryzyk pomiędzy uczestników procesu inwestycyjnego. Nie sposób uznać, by takie postanowienia stanowiły realizację zasady proporcjonalności. Odwołujący wskazał, że wołają ustawodawcy jest wsparcie podwykonawców w procesie inwestycyjnym, czego wyraźnym dowodem jest odrębne i szczegółowe uregulowanie kwestii podwykonawstwa w Pzp, a zwłaszcza uregulowanie zawarte w art. 463 Pzp.

Odwołujący wywiódł, że z zasad doświadczenia życiowego wynika, że postanowienie to może oznaczać wyższe ceny ofert z uwagi na ograniczoną konkurencję lub próbę skalkulowania przez wykonawcę ryzyka jakie się z nim wiąże w cenie oferty. To ostatnie jest przy tym znacząco utrudnione, jeżeli nie niemożliwe — co może skutkować uwzględnieniem w cenie oferty ryzyka przeszacowanego, a w konsekwencji poniesieniem przez Zamawiającego zbędnych kosztów. Zdaniem odwołującego, dobre praktyki kontraktowe, zalecają by kary umowne konstruować proporcjonalnie do części zamówienia, której dotyczą. Zdaniem odwołującego, jego żądanie zmierza zatem do przywrócenia Subklauzuli 8.8. pkt I lit b - w zakresie dotyczącym Kamienia Milowego nr 1 - zgodności z zasadą przejrzystości, a jednocześnie wpisuje się w dobre praktyki kontraktowe.

Odwołujący wywiódł także, że do projektowanych postanowień umowy — w związku z art. 8 ust. 1 Pzp zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego i naruszenie uregulowanych tam zasad konstruowania stosunku zobowiązaniowego może być uznane za naruszenie Pzp. Odwołujący podniósł, że naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przede wszystkim zasady proporcjonalności świadczy, iż naruszone są także przepisy art. 5 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego. Jego zdaniem, uzasadnienie dotyczące naruszenia zasad zamówień publicznych wskazane wyżej wyczerpuje także przesłanki naruszenia zasad wynikających z art. 5 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego.

Zdaniem odwołującego zamawiający - konstruując Subklauzulę 8.8. pkt I lit b w zakresie dotyczącym kary umownej za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 w sposób nieproporcjonalny do wynagrodzenia należnego za tę część zamówienia, w szczególności, gdy określa maksymalną % wysokość tego wynagrodzenia - wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych, narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy. Według odwołującego uprawniony jest więc w realiach przedmiotowej sprawy zarzut, że zamawiający uczynił ze swego prawa do ustalenia projektowanych postanowień umowy użytek, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie, zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Ponadto w ocenie odwołującego, nieproporcjonalne do wartości części zamówienia obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353(1) KC. Zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współzycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy, które doznały uszczerbku wskutek nierówno rozłożonego ciężaru ryzyka pomiędzy uczestników procesu inwestycyjnego (wykonawca robót vs. projektant — z reguły podwykonawca). Odwołujący podniósł, że każda zwłoka, niezależnie od tego na jakim etapie realizacji zamówienia wystąpi, wpływa jednakowo negatywnie na realizację zamówienia. Nie ma więc uzasadnionych powodów dla których zwłoka w toku projektowania miałaby być sankcjonowana proporcjonalnie tak znacząco wyższą karą niż zwłoka w toku robót budowlanych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) Egis Poland sp. z o.o. w Warszawie,
- 2) Multiconsult Polska sp. z o.o. w Warszawie,
- 3) Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie,
- 4) Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie,
- 5) STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie,
- 6) Transprojekt Gdański sp. z o.o. w Gdańsku,
- 7) Voessing Polska sp. z o.o. w Bydgoszczy.

Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Art. 134 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *SWZ zawiera co najmniej: (...)*

20) *projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Art. 5 Kodeksu Cywilnego stanowi, że *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-*

gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353¹ KC stanowi, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Ustalono, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2021 r. nr 2021/S 129-341229. W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja warunków zamówienia (SWZ).

Ustalono także, że zgodnie z pkt 17. (Sposób Obliczenia Ceny Oferty) IDW, stanowiącej Tom I SWZ zamawiający wskazał:

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.

17.2. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w Tomie IV SWZ — Wykaz Płatności,

17.3. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje, Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.

Ustalono także, że we wzorze wykazu płatności zamawiający wskazał, że maksymalna wartość zobowiązania zamawiającego za element zryczałtowy oznaczony nr II, tj. Dokumenty wykonawcy, została ustalona ma poziomie do 5% wartości całości kontraktu.

Ustalono ponadto, że zgodnie z załącznikiem do Tomu II SWZ (Warunki Kontraktu), pn. *Szczególne Warunki Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe dla kontraktu pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec*, Zamawiający:

- w warunkach dotyczących „Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Miłowy)” wskazał:

Kamień Miłowy nr 1 — złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID

Kamień Miłowy nr 2 — wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości nie mniejszej niż 15 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto.

Kamień Miłowy nr 3 - wykonanie w terminie 35 miesięcy od Daty Rozpoczęcia wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w zakresie następujących obiektów inżynierskich: - obiekt inżynierski (przejazd) w ciągu drogi powiatowej 1548C w km ok. 14+250 nad lub pod drogą ekspresową S10; - obiekt inżynierski (przejazd) w ciągu drogi powiatowej 1549C w km ok. 15+946 nad lub pod drogą ekspresową S10.

-w warunkach dotyczących kar umownych wskazał:

Zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 8.8 [Kary umowne].

Ustalono również, że zgodnie z załącznikiem do Tomu II SWZ (Warunki Kontraktu), pn. *Szczególne Warunki Kontraktu — Część B Postanowienia Szczególne dla kontraktu pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec*, Zamawiający ustalił, że:

„Wykaz Płatności” oznacza wypełniony przez Wykonawcę Wykaz, sporządzony zgodnie ze wskazanym przez Zamawiającego Opisem sposobu obliczenia Ceny Oferty (...) zawierający ceny ryczałtowe elementów rozliczeniowych wyrażone w Walucie Miejskowej i stanowiący integralną część Umowy.

„Zaakceptowana Kwota Kontraktowa netto” oznacza zawartą w Umowie Cenę Oferty netto (wyrażoną w Walucie Miejskowej, bez podatku od towarów i usług VAT) za wykonanie zobowiązań określonych w Kontrakcie.

-w warunkach dotyczących kar umownych:

„Subklauzula 8.8 Kary umowne

Usunięto całą treść Subklauzuli 8.8 i zastąpiono ją następującą treścią:

I. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Kary umowne:

(...)

(b) za niewykonanie każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania (Kamieni Miłowych) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, w wysokości 0,02 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, za każdy dzień zwłoki, z uwzględnieniem postanowień Subklauzuli 8.15 [Niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania]. Kary umowne za niespełnienie każdego z warunków dotyczących Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania naliczane będą oddzielnie;

W przypadku niewykonania przez Wykonawcę kolejnych Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe lub w terminie zmienionym zgodnie z Warunkami Kontraktu, lub w przypadku przekroczenia Czasu na Ukończenie Robót lub Odcinka, każda uprzednio naliczona na podstawie punktu I podpunktu (b) niniejszej Subklauzuli Kara umowna, zostanie zaliczona na poczet należnej Zamawiającemu Kary umownej z tytułu niewykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania lub przekroczenia Czasu na Ukończenie Robót lub Odcinka.

Jeśli uprzednio naliczona Kara umowna z tytułu niewykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania będzie wyższa od kolejnej naliczonej na podstawie punktu I podpunktu (b) lub (a) Kary umownej, to wysokość należnej Kary

umownej nie ulegnie zmniejszeniu, z zastrzeżeniem Subklauzuli 8.15 [Niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania].”.

Subklauzula 8.15. [Niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania]:

W przypadku naliczenia, zgodnie z Subklauzulą 8.8 [Kary umowne] oraz dokumentem Dane Kontraktowe, Kary umowne związanej z niewykonaniem:

(i) Kamienia Milowego nr 1 (tj. złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID) (...) w terminie określonym przez Inżyniera, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, na kwotę równą wysokości należnej Kary umownej.

W przeciwnym wypadku, Zamawiający zatrzyma z najbliższej Przejściowej Płatności kwotę równą wysokości należnej Kary umownej, tytułem Kwot Zatrzymanych.

Jeżeli Czas na Ukończenie został dotrzymany, Zamawiający zwraca Wykonawcy powyższe zabezpieczenie zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie lub dokona zwrotu Kwot Zatrzymanych zgodnie z Subklauzulą 14.9 [Wzwołanie Kwoty Zatrzymanej], bezzwłocznie po otrzymaniu od Inżyniera Świadectwa Przejścia.

W przypadku niedotrzymania Czasu na Ukończenie lub odstąpienia od Umowy z przyczyn określonych w Subklauzuli 15.2 [Odstąpienie z winy Wykonawcy] lub innych, leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający uprawniony będzie do wyegzekwowania należności wynikającej z Kary umownej, w szczególności poprzez uruchomienie powyższego zabezpieczenia zakończenia robót w Czasie na Ukończenie, lub poprzez potrącenie należności wynikającej z Kary umownej z płatności przysługującej Wykonawcy. W takim wypadku Kwoty Zatrzymane zostaną zaliczone na rzecz należności wynikającej z Kary umownej. Powyższa procedura ma zastosowanie również w przypadku naliczenia Kar umownych określonych w punkcie II Subklauzuli 8.8 [Kary umowne].

Ustalono także, że w Subklauzuli 8.5 SWK [Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zmiana wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania] zamawiający przewidział, że Wykonawca, w razie zagrożenia terminu realizacji Kamienia Milowego, ma uprawnienie do zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, jeśli i w takim zakresie, w jakim wykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania w terminie jest, lub przewiduje się, że będzie, opóźnione wskutek któregośkolwiek z powodów wymienionych w przedmiotowej Subklauzuli tj.:

a) Zmiana (z tym zastrzeżeniem, że nie wymaga się postępowania zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy],

b) powód opóźnienia dający uprawnienie do PCnU na podstawie którejkolwiek Subklauzuli niniejszych Warunków,

c) wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne, które do celów niniejszych Warunków będą oznaczały niesprzyjające warunki klimatyczne na Placu Budowy, które są nieprzewidywalne biorąc pod uwagę dane klimatyczne udostępnione przez Zamawiającego na podstawie Subklauzuli 2.5 [Dane dotyczące Placu Budowy i elementy odniesienia],

d) Nieprzewidywalne braki możliwości zatrudnienia personelu lub dostępności Dóbr, spowodowane przez wprowadzenie stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego na podstawie ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 z późn. zm.), i wprowadzeniem związanych z tym ograniczeń. W przypadku zmiany albo uchylenia tejże ustawy w wyżej wskazanym zakresie, zastosowanie znajdą inne równoważne przepisy,

e) Jakiegokolwiek opóźnienie, utrudnienie lub uniemożliwienie spowodowane przez Zamawiającego lub Personel Zamawiającego lub innych wykonawców Zamawiającego na Placu Budowy, lub możliwe im do przypisania.

Na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, na przykład na podstawie analizy ścieżki krytycznej opracowanego zgodnie z Subklauzulą 8.3 [Harmonogram], konieczności Przedłużenia Czasu na Ukończenie dla całości Robót (Odcinka) lub zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania wskutek któregośkolwiek z powodów wymienionych powyżej. W przypadku przedłużenia terminu uzyskania ZRID, o ten sam okres podlega przedłużeniu Czas na Ukończenie dla całości Robót (Odcinka).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby, sposób ukształtowania kary umownej z Subklauzuli 8.8. I lit. b, kwestionowanej przez odwołującego w odwołaniu, naruszał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia.

Izba stwierdziła także, że sporna kara umowna naruszała zasadę proporcjonalności poprzez zastosowanie środków nadmiernych i wykraczających poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu, jakiemu służyć ma kara umowna.

Ponadto stwierdzono, że kara umowna naruszała także zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.

Kwestionowana przez odwołującego kara umowna określona w Subklauzuli 8.8. pkt I lit b) dotyczyła zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1, a więc w istocie zwłoki w wykonaniu prac projektowych. Kara ta została ukształtowana przez zamawiającego na poziomie 0,02% wartości całego kontraktu (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, która jest ceną oferty netto). Nie było sporne między stronami, że kara na analogicznym poziomie procentowym została także zastrzeżona przez zamawiającego na wypadek zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 2 oraz nr 3, a więc zwłoki w wykonaniu robót budowlanych. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że wartości prac projektowych, zgodnie z postanowieniami wzoru wykazu płatności, mogła wynosić jedynie do 5 % całej wartości kontraktu. Pomimo to, kara umowna za zwłokę w wykonaniu każdego z kamieni milowych wynosiła dokładnie tyle samo, a więc około 100 tysięcy złotych. Przy przyjęciu, że wartość całego kontraktu wyniesie ok. 500 mln zł, wartość prac projektowych – około 25 mln złotych, zaś wartość robót budowlanych - 445 mln zł (po odliczeniu od kwoty 500 mln zł – prac projektowych w wysokości 5%, oraz kosztów ogólnych w wysokości 6%), szacowana kara umowna (100 tysięcy złotych) stanowiłaby w istocie 0,4% wartości prac projektowych i jedynie około ok. 0,022% wartości robót budowlanych.

Zdaniem Izby, takie ukształtowanie postanowień SWZ powodowało w konsekwencji, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych (Kamienia Milowego nr 1), liczona od całości wynagrodzenia wykonawcy, pozostawała nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych. Ryzyko zapłacenia kar umownych niewspółmiernie wyżej obciążało zatem część zamówienia obejmującą prace projektowe w stosunku do części zamówienia odnoszącej się do robót budowlanych. Kara umowna zastrzeżona na wypadek zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 okazała się zatem nieproporcjonalnie wysoka w stosunku do kar za niewykonanie robót budowlanych. Sporna kara umowna naruszała zasadę proporcjonalności. Zamawiający cele zastrzeżenia kary umownej, jakimi są jej funkcje odszkodowawcza i motywacyjna, może osiągnąć w ten sposób, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych zostanie ustalona na odpowiednim poziomie procentowym liczoną od wartości prac projektowych, a nie od wartości całości kontraktu, obejmującej także roboty budowlane.

Zdaniem Izby projektowana kara umowna naruszała także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zostało wykazane przez odwołującego, że na rynku istnieje praktyka, że główny wykonawca przerzuca ryzyko związane z karami umownymi odnoszącymi się do etapu prac projektowych na podwykonawcę tych prac (projektanta). Z dowodów nr 1-2 złożonych przez odwołującego na rozprawie wynikało, że wykonawcy czynią to wprowadzając do umowy podwykonawczej klauzule zobowiązujące podwykonawcę do pokrycia wszelkich roszczeń zamawiającego związanych z podwykonywanymi pracami, w tym naliczonych kar umownych, w takiej wysokości, jakie zostaną nałożone przez zamawiającego na głównego wykonawcę.

W tej sytuacji zastrzeżenie kar za zwłokę w wykonaniu prac projektowych na poziomie niewspółmiernym do wartości świadczenia, powoduje, że projektanci, będący z reguły małymi i średnimi przedsiębiorcami, mogą rezygnować z ubiegania się o zamówienia jako podwykonawcy czy współkonsorcjanci generalnego wykonawcy. Sporna kara umowna bez żadnych uzasadnionych powodów przyczyniała się zatem do premiowania takich generalnych wykonawców, którzy posiadają własne biura projektowe, a jednocześnie utrudniała konkurowanie tym wykonawcom, którzy chcieliby powierzyć prace projektowe podwykonawcy (projektantowi), bądź zrealizować zamówienie z udziałem projektanta jako współkonsorcjanta.

Nie ma również dostatecznego uzasadnienia dla różnicowania wysokości kar umownych za zwłokę w wykonaniu prac projektowych w zależności od wybranej przez zamawiającego formuły postępowania, to jest Projektuj czy Projektuj i Wybuduj. Zostało przez odwołującego wykazane dowodem nr 3 (fragment postanowień umownych stosowanych przez zamawiającego), że kary umowne za zwłokę w wykonaniu prac projektowych, w przypadku umów obejmujących wyłącznie projektowanie, są ustalane przez tego samego zamawiającego na poziomie niższym niż kara umowna kwestionowana przez odwołującego w tym zamówieniu, które będzie realizowane w formule projektuj i buduj. Jak wynikało z dowodu nr 3, wysokość kary umownej w pierwszym przypadku zamawiający określał na poziomie 0,3 % wartości prac projektowych, zaś w rozpatrywanej sprawie - na poziomie 0,4 % szacowanej wartości prac projektowych.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że sposób ukształtowania spornej kary umownej naruszał zatem zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, premiując bez uzasadnionych powodów dużych wykonawców, w stosunku do małych i średnich przedsiębiorców.

Bezzasadne okazało się powoływanie się przez zamawiającego w trakcie rozprawy na limit kar umownych na poziomie 20% wartości umowy podwykonawczej, jaki wykonawca zobowiązany będzie przewidzieć w projekcie takiej umowy.

Rzeczywiście takie zabezpieczenie interesów podwykonawcy zamawiający przewidział w klauzuli 4.4. Zdaniem Izby powoływany przez zamawiającego mechanizm nie zabezpieczał jednak w sposób dostateczny podwykonawcy przed ryzykiem przerwania na niego przez generalnego wykonawcy kosztu kar umownych za zwłokę w wykonaniu prac projektowych.

Po pierwsze, podkreślenia wymagało, że limit 20% kar umownych dla wynagrodzenia generalnego wykonawcy wynosił 89 mln zł, a dla wykonawcy prac projektowych - 5 mln zł. Jak słusznie wskazał odwołujący, w przypadku prac projektowych limit ten zostanie wyczerpany już przy 50 dniach zwłoki, a w przypadku robót budowlanych — dopiero przy 890 dniach zwłoki. Limit nie usuwał zatem nieproporcjonalności projektowanych kar za prace projektowe i roboty budowlane.

Dodatkowo podkreślenia wymagało, że limit w umowie podwykonawczej dotyczył jedynie kar umownych nakładanych przez generalnego wykonawcę na podwykonawcę. Istniało zatem w dalszym ciągu ryzyko, że generalny wykonawca będzie dochodził od podwykonawcy zapłaty odszkodowania w wysokości przewyższającej zastrzeżone kary umowne. Jak wynikało z powyższego, mechanizm z klauzuli 4.4. projektu umowy nie zabezpieczał dostatecznie podwykonawcy przed negatywnymi skutkami kary umownej, kwestionowanej w odwołaniu.

Nietrafna okazała się argumentacja zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie, jakoby przy przyjęciu żądania odwołującego kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych, uzależniona od wartości tych prac, a nie całego kontraktu, byłaby zbyt niska i tym samym nie spieniałaby swojej funkcji prewencyjnej.

Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący w odwołaniu domagał się jedynie zmiany mechanizmu naliczania kar umownych za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 (prac projektowych). Odwołujący zmierzał jedynie do nakazania zamawiającemu, aby kara umowna za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia wykonawcy za prace projektowe, a nie od wartości całego wynagrodzenia wykonawcy. Podkreślenia wymagało w szczególności, że odwołujący nigdzie w odwołaniu nie wskazywał, że domaga się aby kara umowna za zwłokę w wykonaniu prac projektowych (Kamienia Milowego nr 1) została ukształtowana na poziomie 0,02% wartości prac projektowych.

Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby zobowiązany będzie do zmiany projektowanego postanowienia umowy, tj. Subklauzuli 8.8. pkt I lit b, jedynie w taki sposób, by kara umowna w nim określona za niedotrzymanie terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 obliczana była od wartości wynagrodzenia wykonawcy za element zryczałtowany oznaczony w Wykazie Płatności nr II, tj. Dokumenty wykonawcy. Jednocześnie zamawiający uprawniony będzie do określenia wysokości procentowej tak obliczanej kary w taki sposób, aby kara umowna spełniała swą funkcję prewencyjną i odpowiadała standardom rynkowym, np. stosowanym w przypadku umów obejmujących wyłącznie prace projektowe.

Bezzasadna okazała się argumentacja zamawiającego co do ryzyka celowego zaniżenia przez wykonawców wynagrodzenia za dokumenty projektowe przy zamówieniu w formule projektuj i buduj, tak aby kara umowna za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 była zaniżona.

Zdaniem Izby ryzyko wskazywane przez zamawiającego należało uznać za znikome. Podkreślenia wymagało, że wykonawca nie jest uprawniony do kształtowania ceny za dokumentację projektową w zamówieniu realizowanym w formule projektuj i buduj na dowolnym poziomie. Zdaniem Izby cena za ten element zamówienia musi odpowiadać poziomowi rynkowemu pod rygorem uznania takiego elementu ceny jako rażąco niskiego, zgodnie z ustawą Pzp. Zdaniem Izby cena za wykonanie dokumentacji projektowej w zamówieniu realizowanym w formule projektuj i buduj z pewnością może być uznana za istotny element ceny podlegający badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny. Ponadto zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że w interesie wykonawcy jest jak najszybsze otrzymanie wynagrodzenia, w tym również za wykonanie prac projektowych. Wykonawcy, co do zasady, nie są zatem zainteresowani, aby koszt prac projektowych przerzucać do dalszych etapów zamówienia, za które wynagrodzenie otrzymają w późniejszym okresie. Na powyższą praktykę wykonawców wskazywał choćby pośrednio fakt, że zamawiający ustanowił w wykazie płatności górny (do 5%), a nie dolny limit dla wynagrodzenia za prace projektowe.

Zdaniem Izby opisywanych naruszeń nie niwelował fakt, że kwestionowana kara umowna miała być naliczana za zwłokę, a nie za opóźnienie. Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z ustawą Pzp, kary umowne co do zasady mogą być naliczane jedynie za zwłokę, a nie za opóźnienie. Na uwagę zasługiwał także fakt, że kary umowne za niewykonanie

robót budowlanych w analizowanej umowie również będą naliczane za zwłokę. Mechanizm naliczania kary za zwłokę nie niweluje więc nieproporcjonalności kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac projektowych, w stosunku do kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych.

Zdaniem Izby negatywnych skutków spornej kary umownej nie niwelował wskazywany przez zamawiającego mechanizm zaliczania kary za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 na poczet kar umownych za niewykonanie robót budowlanych i możliwość nienaliczania tej kary, jeśli roboty zostaną wykonane w terminie (Subklauzula 8.15).

Stwierdzono, że mechanizm opisywany przez zamawiającego działał na korzyść generalnego wykonawcy, a nie projektanta – podwykonawcy. Jeśli bowiem nawet generalny wykonawca, własnym staraniem i kosztem, pomimo zwłoki w wykonaniu Kamienia Milowego nr 1 wykonałby roboty w terminie, to i tak mógłby być uprawniony do żądania pokrycia tych dodatkowych kosztów z tym związanych przez podwykonawcę (projektanta).

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 zd. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:*

- 1) *naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców,*
- 2) *niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.*

W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) *nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) *nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) *nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SWZ, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....