

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Emilia Garbala
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Tronus Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Wielkopolskie**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1, 2.a, 2.b, 2.c, 2.f, 2.h, a także częściowo w zakresie zarzutu 2.d – w zakresie odnoszącym się do odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w usunięciu wad i usterek;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 2.i, 2.j, 2.k, 2.l oraz 2.m i nakazuje Zamawiającemu:
 - wykreślenie postanowień § 1 ust. 3-7 i ust. 13 załącznika nr 3 do Projektowanych Postanowień Umowy;
 - zmianę § 1 ust. 10 załącznika nr 3 do Projektowanych Postanowień Umowy, przez określenie zasad zwrotu kosztów mediów, w tym zasad pomiaru zużycia i stawek lub maksymalnego poziomu kosztów zużycia mediów;
 - określenie w załączniku nr 3 do Projektowanych Postanowień Umowy minimalnego zakresu dni i godzin, w których wykonawca będzie miał dostęp do terenu budowy celem prowadzenia prac.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 5/9 i Odwołującego w części 4/9 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 808 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy osiemset osiem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Wielkopolskie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Wyposażenie Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka w meble – Dostawa wraz z montażem mebli i zabudów meblowych medycznych*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 131-345497.

W dniu 19 lipca 2021 r. wykonawca Tronus Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 106 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez określenie cech produktu Kontenerki Cm1, które nie są związane z przedmiotem zamówienia oraz nie są proporcjonalne do jego wartości i celu, poprzez ustanowienie wymogu przedmiotowych środków dowodowych, które nie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i naruszają uczciwą konkurencję;
- 2) art. 431, 433 pkt 1, 2, 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ Kc poprzez:
 - a) wprowadzenie w § 10 ust. 1 lit. a projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 6 do SWZ

(dalej zwane: PPU) kar umownych za każdy dzień przekroczenia terminu, czyli kar umownych za opóźnienie, także spowodowane okolicznościami niezawinionymi przez wykonawcę;

- b) wprowadzenie w § 10 ust. 1 lit. a PPU, w zdaniu drugim, zapisu umożliwiającego kumulowanie kar umownych poprzez ich naliczanie oddzielnie dla każdego elementu wyposażenia;
- c) wprowadzenie w § 10 ust. 1 lit. b PPU kar umownych za każdy dzień przekroczenia terminu Odbioru końcowego, czyli kar umownych za opóźnienie, także spowodowane okolicznościami niezawinionymi przez wykonawcę, a ponadto kar, których podstawa faktyczna zastosowania pokrywa się już z podstawą zastosowania kar umownych określonych w § 10 ust. 1 lit. a PPU;
- d) wprowadzenie w § 10 ust. 1 lit. c PPU kar umownych za każdy dzień przekroczenia terminu, czyli kar umownych za opóźnienie, także spowodowane okolicznościami niezawinionymi przez wykonawcę oraz ustalenie wysokości kar w sposób rażąco wygórowany poprzez ich odniesienie do wartości całego wynagrodzenia umownego, a nie do wartości elementów wyposażenia, w jakich ujawniły się wady lub usterki;
- e) wprowadzenie w § 10 ust. 1 lit. e PPU kar umownych w sposób rażąco wygórowany poprzez ich odniesienie do wartości całego wynagrodzenia umownego, a nie do wartości elementów wyposażenia, w jakich ujawniły się wady lub usterki;
- f) wprowadzenie w § 10 ust. 7 PPU zapisu umożliwiającego kumulowanie kar umownych za nienależyte wykonanie umowy (§ 10 ust. 1 PPU) z karami umownymi za niewykonanie umowy (§ 10 ust. 2 PPU);
- g) wprowadzenie w § 4 ust. 1 lit. e, § 10 ust. 1 lit. b i § 11 ust. 4 PPU zasady, że za dzień wykonania umowy będzie przyjmowany dzień podpisania protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, a nie dzień zakończenia realizacji świadczeń Wykonawcy;
- h) wprowadzenie w § 15 ust. 1 pkt 1 PPU odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, także spowodowane okolicznościami niezawinionymi przez wykonawcę, w sposób upoważniający Zamawiającego w takiej sytuacji do odstąpienia od umowy;
- i) wprowadzenie w § 1 ust. 3, 4 i 5 projektu porozumienia (załącznik nr 3 do PPU) zasady obciążającej wykonawcę kosztem dostosowania projektów i wykonania instalacji oraz infrastruktury budynku w sytuacji, w której dostarczane przez wykonawcę elementy wyposażenia, zgodne z SWZ, nie będzie kompatybilne z wykonanymi na zlecenie Zamawiającego robotami budowlanymi;
- j) wprowadzenie w § 1 ust. 7 projektu porozumienia (załącznik nr 3 do PPU) zasady obciążającej wykonawcę obowiązkiem przejęcia gwarancji na elementy robót budowlanych lub odpłatne zlecenie tych prac generalnemu wykonawcy budowy;
- k) wprowadzenie w § 1 ust. 10 projektu porozumienia (załącznik nr 3 do PPU) zasady obciążenia wykonawcy kosztami zużycia mediów na potrzeby dostawy, montażu, rozruchu i szkoleń dostarczonego wyposażenia, bez określenia precyzyjnych zasad ustalania wartości tych należności oraz przez nakazanie w tym zakresie wykonawcy zawierania porozumień z podmiotem trzecim (Generalnym Wykonawcą budowy);
- l) wprowadzenie w § 1 ust. 12 projektu porozumienia (załącznik nr 3 do PPU) zasady prowadzenia przez wykonawcę prac wyłącznie w godzinach pracy obowiązujących na terenie budowy, bez wskazania minimalnego zakresu dni i godzin, w których wykonawca będzie miał dostęp do obiektu celem prowadzenia prac;
- m) wprowadzenie w § 1 ust. 13 projektu porozumienia (załącznik nr 3 do PPU) obowiązku zapewnienia nadzoru kierowników robót z uprawnieniami budowlanymi lub zlecenia takiego nadzoru Generalnemu Wykonawcy budowy przy pracach ingerujących w konstrukcję budynku, instalacje i infrastrukturę techniczną budynku – bez ustalenia precyzyjnego zakresu prac, których taki nadzór ma dotyczyć, zasad realizacji tego nadzoru, a w razie zlecenia go Generalnemu Wykonawcy budowy – maksymalnego kosztu takiego nadzoru;
- n) wprowadzenie w § 2 ust. 1 projektu porozumienia (załącznik nr 3 do PPU) obowiązku zapłaty kary umownej za okoliczności niezwiązane z przedmiotem umowy i jej prawidłowym wykonaniem, w wysokości rażąco wygórowanej poprzez ich odniesienie do wartości całego wynagrodzenia umownego, a także poprzez jej zastrzeżenie na rzecz podmiotu trzeciego (Generalnego Wykonawcy budowy).

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprowadzenia postanowień SWZ do stanu zgodnego z przepisami ustawy Pzp i Kc, w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

- 1) w pkt 9.1. SWZ, w opisie wymaganych przedmiotowych środków dowodowych dla towaru Kontenerki Cm1 poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia następującym: *dopuszcza się atesty na same składowe mebla: w tym na płytę meblową, na obrzeże ABS;*
- 2) w § 10 ust. 1 lit. a PPU, poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następująca: *0,05% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu, określonego w § 4 ust. 1 lit. c) Umowy, ale nie więcej niż 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy;*
- 3) w § 10 ust. 1 lit. b PPU, poprzez jego skreślenie, względnie poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następująca: *0,05% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu Odbioru końcowego wykonania przedmiotu umowy, określonego w § 4 ust. 1 lit. e) Umowy, ale nie więcej niż 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy;*
- 4) w § 10 ust. 1 lit. c PPU, poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następująca: *0,01% wartości brutto mebli, których dotyczyło wezwanie do usunięcia wad i usterek, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu usunięcia wad i usterek, wskazanego w § 13 ust. 3, ale nie więcej niż 20 % wartości wynagrodzenia wartości brutto mebli, których dotyczyło wezwanie do usunięcia wad i usterek;*
- 5) w § 10 ust. 1 lit. e PPU poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następująca: *0,01% wartości brutto mebli, których dotyczyło wezwanie do usunięcia wad i usterek, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w stosunku do czasu reakcji Wykonawcy na usunięcie wad i usterek wskazanego w § 13 ust. 3, ale nie więcej niż 20 % wartości brutto mebli,*

których dotyczyło wezwanie do usunięcia wad i usterek;

- 6)w § 10 ust. 7 PPU poprzez jego skreślenie;
- 7)w § 11 ust. 4 PPU poprzez dodanie na jego końcu zdania: *Przedmiot umowy zostanie uznany za wykonany w terminie, w którym Wykonawca zgłosił Zamawiającemu gotowość do Odbioru Końcowego;*
- 8)w § 15 ust. 1 pkt 1 PPU poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującą: *z powodu zwłoki w dostawach w stosunku do terminów ustalonych w § 4 ust. 1 lit. c) lub lit. e) Umowy, spowodowanych przez Wykonawcę, przekraczających 10 dni, jeżeli Wykonawca pomimo zwłoki i skierowania do niego pisemnego wezwania o wykonanie prac i wyznaczenia dodatkowego odpowiedniego terminu, nie usunął zwłoki w wyznaczonym terminie;*
- 9)w § 1 ust. 3, 4 i 5 załącznika nr 3 do PPU poprzez ich skreślenie;
- 10)w § 1 ust. 7 załącznika nr 3 do PPU poprzez jego skreślenie;
- 11)w § 1 ust. 10 załącznika nr 3 do PPU poprzez ustalenie precyzyjnych zasad zwrotu kosztu mediów, w tym zasad pomiaru zużycia i stawek, lub ustalenie maksymalnego poziomu kosztu zużycia mediów, za które odpowiadać może Wykonawca;
- 12)w § 1 ust. 12 załącznika nr 3 do PPU poprzez ustalenie minimalnego zakresu dni i godzin, w których Wykonawca będzie miał dostęp do terenu budowy celem prowadzenia prac;
- 13)w § 1 ust. 13 załącznika nr 3 do PPU poprzez jego skreślenie, względnie poprzez ustalenie maksymalnego kosztu nadzoru Generalnego Wykonawcy budowy nad pracami Wykonawcy;
- 14)w § 2 ust. 1 załącznika nr 3 do PPU poprzez jego skreślenie, względnie poprzez zastąpienie dotychczasowej treści następującą: *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od Porozumienia lub rozwiązanie Porozumienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 1.000 zł brutto.*

Zarzut 1

W zakresie wymagań dotyczących kontenerków Cm1 Odwołujący zakwestionował żądanie atestów higienicznych wyłącznie na cały mebel lub linię meblową, bez dopuszczenia atestów higienicznych na składowe mebla. Odwołujący podniósł, że na rynku bardzo mało produktów tego rodzaju posiada wykonane atesty higieniczne na cały mebel. Ogranicza to w praktyce możliwość ubiegania się o zamówienie na uczciwych zasadach, wprowadzając pośrednio dyskryminację produktów tych producentów, którzy wykonują swoje produkty z materiałów o prawidłowej higieniczności, ale na czas składania ofert nie dysponują atestami higienicznymi na sam kontener lub linię meblową, w skład której on wchodzi. Zdaniem Odwołującego wymóg taki został wprowadzony, mimo że SWZ nie wymaga, aby oferowane meble pochodziły z produkcji seryjnej, czy też by meble były oferowane w ramach określonej linii handlowej.

Odwołujący zaznaczył, że żądanie atestu na cały mebel (kontener) jest nieuzasadnione z tego powodu, że dokładnie tak samo dobrze wymagane cechy spełniają meble, które są wykonane z materiałów, które mają odpowiednie właściwości higieniczne (w tym płyty meblowe, obrzeża ABS, farby czy kleje). Nie jest więc uzasadnione wyłączenie dla tego jednego rodzaju asortymentu możliwości potwierdzenia właściwości higienicznych poprzez przedstawienie atestów higienicznych na elementy składowe: płyty meblowe i obrzeża ABS. Odwołujący podkreślił, że dla wszystkich pozostałych pozycji asortymentu Zamawiający dopuścił możliwość złożenia jako przedmiotowego środka dowodowego atestów higienicznych składowych mebla (płyt, obrzeży, farb do malowania stelaży itp.). Zamawiający w SWZ nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dlaczego uzasadnione i proporcjonalne byłoby odmienne podejście w stosunku do kontenerków Cm1 (w przeciwieństwie do pozostałych produktów ujętych w SWZ).

Zarzut 2.a

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ukształtował w § 10 ust. 1 lit. a PPU karę umowną naliczaną za każdy dzień przekroczenia terminu określonego w § 4 ust. 1 lit. c PPU. Kara ta została więc ukształtowana jako kara za opóźnienie, a nie za zwłokę.

Odwołujący podkreślił, że takie postanowienie PPU stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 443 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Wprowadza ona bowiem kary za opóźnienie w sytuacji, gdy żaden zapis SWZ nie wskazuje na to, aby tak szczególne i drastyczne zasady odpowiedzialności mogły być uzasadnione okolicznościami czy zakresem zamówienia. Wprowadza ona odpowiedzialność wykonawcy za każde opóźnienie, czyli także za takie, które jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający (art. 443 pkt 3 ustawy Pzp). W szczególności do okoliczności tych mogą zaliczać się wszystkie kwestie związane z wpływem budowy szpitala, będącej w toku, realizowanej na rzecz Zamawiającego przez Generalnego Wykonawcę inwestycji. W stosunku do Wykonawcy, Generalnego Wykonawcę budowy należy w tym zakresie zaliczyć do podmiotów, którymi Zamawiający posługuje się przy wykonaniu zamówienia. Oznacza to, że za działania lub zaniechania takich podmiotów Zamawiający odpowiada względem Wykonawcy, jak za swoje własne (art. 474 Kc).

Zdaniem Odwołującego, wystarczającą ochroną dla Zamawiającego w tym zakresie jest wynikająca z art. 471 i nast. (i znajdująca pełne zastosowanie do kar umownych uregulowanych w art. 483 i 484 k.c.) zasada domniemania zawinienia, która powoduje, że aby uniknąć naliczenia kar umownych dłużnik (wykonawca) musi udowodnić, że nie ponosi winy za naruszenie umowy, w tym przypadku za opóźnienie w wykonaniu zamówienia. Przyjmuje się co prawda, że zgodnie z art. 473 § 1 Kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność z a niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, jednak orzecznictwo wskazuje, że w takim przypadku strony muszą w umowie wskazać, za jakie inne okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Co więcej, w orzecznictwie podkreśla się, że swoboda umów w tym zakresie ograniczona jest przez postanowienia ustaw, zasady współżycia społecznego oraz właściwości stosunku prawnego. Strony nie mogą przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel.

Zdaniem Odwołującego, uregulowanie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w § 10 ust. 1 lit. a PPU stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego takim, jak rzetelność i uczciwość kupiecka (lub szerzej: rzetelność i uczciwość w stosunkach handlowych), pozwalając obciążać wykonawcę odpowiedzialnością za niesprecyzowane w żaden sposób

okoliczności, które nie są od niego zależne, a nawet za takie, które zależne są wyłącznie od Zamawiającego. W konsekwencji postanowienia te naruszają także uczciwą konkurencję w postępowaniu, obciążając wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są w żaden sposób sprecyzowane ani też nie są zależne od wykonawcy. To powoduje, że złożenie oferty na takich warunkach obarczone jest ryzykiem niemożliwym do skalkulowania i może powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi. Ponadto, zakwestionowane postanowienia uniemożliwiają lub znacząco utrudniają wykonawcom obronę swoich interesów w postępowaniu sądowym, do czego byłby wykonawca uprawniony, gdyby wzór umowy przewidywał odpowiedzialność z kar umownych za zwłokę, która byłaby domniemana, ale domniemanie to mogłoby zostać przez wykonawcę wzruszone poprzez udowodnienie okoliczności egzoneracyjnych, w szczególności udowodnienie braku zawinienia wykonawcy w powstaniu opóźnienia. To naraża wykonawcę na poniesienie odpowiedzialności nawet w przypadku naliczenia kar umownych za opóźnienie zawinione przez samego Zamawiającego, Generalnego Wykonawcę budowy czy okoliczności o charakterze siły wyższej.

Odwolujący zaznaczył, że w innych klauzulach dotyczących kar umownych (np. § 10 ust. 1 lit. d i e) Zamawiający przypisał odpowiedzialność wykonawcy za zwłokę w wykonaniu określonych obowiązków, a nie za każde opóźnienie. Świadczy to o niespójnym, nieracjonalnym ukształtowaniu warunków PPU w objętym zarzutami zakresie.

Zarzut 2.b

Odwolujący wskazał, że kara umowna uregulowana w § 10 ust. 1 lit. a PPU dotyczy naruszenia terminu wykonania zobowiązań w zakresie danego częściowego zamówienia (§ 4 ust. 1 lit. b i c). Sposób realizacji zamówienia ustalony w tych zapisach umowy wskazuje, że Zamawiający będzie uprawniony do żądania stosownie do potrzeb dostawy całości lub wybranej części przedmiotu umowy, a wykonawca będzie zobowiązany zrealizować takie dostawy w terminie do 30 dni od dnia takiego zgłoszenia. W ocenie Odwołującego, wprowadzone w zdaniu drugim w § 10 ust. 1 lit. a PPU zastrzeżenie umożliwiałoby Zamawiającemu naliczanie kar umownych określonych w tym przepisie oddzielnie dla każdego elementu wyposażenia. W sytuacji, w której dane zgłoszenie dotyczyłoby 200 sztuk mebli, a opóźnienie (lub zwłoka) dotyczyłoby dostawy 5-ciu sztuk, drugie zdanie § 10 ust. 1 lit. a PPU dawałoby Zamawiającemu prawo naliczania kary umownej osobno za każdą sztukę mebli, których dotyczy opóźnienie (lub zwłoka). Powyższe powoduje, że kara umowna staje się oderwana od odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, a staje się narzędziem wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy. Taki sposób karania powoduje, że kara, której stawka pozornie nie wydaje się być rażąco wygórowana w stosunku do wagi naruszenia, staje się tak de facto poprzez możliwość pomnożenia jej wartości przez liczbę elementów wyposażenia, których dotyczy opóźnienie. Np. w razie jednodniowego opóźnienia w dostawie 200 elementów wyposażenia Zamawiający mógłby naliczyć karę w wysokości 200 stawek dziennych kary (1 dzień opóźnienia x stawka kar x 200 elementów wyposażenia).

Zdaniem Odwołującego, taki sposób uregulowania kary jest niezgodny z charakterem (naturą) instytucji kary umownej, co czyni go niezgodnym z art. 353¹ Kc. Takie ukształtowanie odpowiedzialności z tytułu kar umownych stanowi nadużycie przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego do ustalenia w SWZ postanowień przyszłej umowy.

Zarzut 2.c

Odwolujący wskazał, że kara uregulowana w § 10 ust. 1 lit. b PPU odnosi się do odbioru końcowego przedmiotu umowy. Zważywszy na przyjęty model realizacji umowy, tj. realizację po zawiadomieniach otrzymanych od Zamawiającego (§ 4 ust. 1 lit. b i c), które mogą odnosić się do całości lub części przedmiotu umowy, SWZ zawiera już w § 10 ust. 1 lit. a PPU kary umowne obejmujące identyczny stan faktyczny. Kary ujęte w § 10 ust. 1 lit. a PPU obejmują opóźnienie (lub zwłokę) w realizacji dostaw po każdym z zawiadomień, w tym po ostatnim z nich. To oznacza, że kara ustalona w § 10 ust. 1 lit. b PPU stanowi dodatkową, drugą karę umowną, przypisaną do opóźnienia w zakończeniu całości dostaw. To w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie przepisów Pzp i Kc, stanowiąc sankcję nadmierną i nieuzasadnioną, wypaczającą naturę instytucji kary umownej. Objęte dyspozycją § 10 ust. 1 lit. b PPU ewentualne naruszenie umowy jest już skompensowane możliwością naliczenia kar opisanych w § 10 ust. 1 lit. a PPU. Z tego powodu w ocenie Odwołującego kara określona w § 10 ust. 1 lit. b powinna zostać skreślona.

Z ostrożności procesowej, jeśli jednak Izba uznałaby, że ustawa Pzp i Kc dopuszcza możliwość naliczania dwóch kar za to samo naruszenie umowy, Odwołujący podniósł, że Zamawiający niezgodnie z przepisami ustalił w § 10 ust. 1 lit. b PPU kary umowne za każdy dzień przekroczenia terminu Odbioru końcowego, czyli za każde opóźnienie, a nie tylko za opóźnienie, za które odpowiada Wykonawca (zwłokę). W tym zakresie znajduje w pełni zastosowanie argumentacja dotycząca zarzutu 2.a.

Zarzut 2.d

Odwolujący wskazał, że Zamawiający ustalił stawkę kary umownej w § 10 ust. 1 lit. c PPU poprzez odniesienie jej wartości do wartości brutto całego wynagrodzenia umownego (§ 5 ust. 1 PPU). Tymczasem ta kara umowna obejmuje naruszenia umowy w zakresie opóźnienia w usuwaniu wad i usterek w okresie rękojmi i gwarancji (§ 13 PPU). Zdaniem Odwołującego oznacza to, że kara umowna została ukształtowana jako rażąco wygórowana, zupełnie oderwana od wagi ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie. W praktyce w okresie rękojmi i gwarancji zgłaszane mogą być wady lub usterek dotyczący pojedynczych sztuk mebli i elementów wyposażenia. W takiej sytuacji naliczanie kary odnoszącej się do wartości całego zamówienia, jest sankcją zupełnie nieproporcjonalną. Może ona prowadzić do naliczania kar przekraczających wartość danego mebla czy elementu wyposażenia, a więc kar, które zamiast surogatu odszkodowania stają się środkiem do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

W ocenie Odwołującego wartość przedmiotowego zamówienia kształtuje się na poziomie ok. 1.500.000 złotych brutto. Biorąc to pod uwagę kara za opóźnienie w usunięciu wad i usterek dla choćby jednego mebla o wartości ok. 1.000 zł brutto, może wynosić nawet 150 zł za jeden dzień. Jest to wartość zupełnie nieproporcjonalna do wagi naruszenia umowy, które jest zabezpieczone karą, zwłaszcza, że kara nie rozróżnia na sytuacje wad istotnych od wad nieistotnych. W opisaney sytuacji ledwie siedmiodniowe opóźnienie (nawet niezawinione przez wykonawcę), odnoszące się do wad nieistotnych, prowadzić może do naliczenia kar umownych przekraczających wartość całego mebla.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że Zamawiający niezgodnie z przepisami ustalił w § 10 ust. 1 lit. c PPU kary umowne za każdy dzień przekroczenia terminu określonego w § 13 ust. 3 PPU, czyli za każde opóźnienie, a nie tylko za opóźnienie za które odpowiada wykonawca. W tym zakresie znajduje w pełni zastosowanie argumentacja dotycząca zarzutu 2.a.

Zarzut 2.e

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ustalił stawkę kary umownej w § 10 ust. 1 lit. e PPU poprzez odniesienie jej wartości do wartości brutto całego wynagrodzenia umownego (§ 5 ust. 1 PPU). Tymczasem ta kara umowna obejmuje naruszenia umowy w zakresie zwłoki w przystąpieniu do usuwania wad i usterek w okresie rękopisów i gwarancji (tzw. czas reakcji). Czas reakcji został ustalony w umowie w sposób bardzo rygorystyczny, tj. 24 godziny (§ 13 ust. 3), co powoduje, że § 10 ust. 1 lit. e PPU może prowadzić do wypaczenia natury instytucji kary umownej, prowadząc do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy. Oznacza to, że kara umowna została ukształtowana jako rażąco wygórowana, zupełnie oderwana od wagi ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie. W praktyce w okresie rękopisów i gwarancji zgłaszane mogą być wady lub usterek dotyczące pojedynczych sztuk mebli i elementów wyposażenia (Odwołujący przedstawił analogiczną argumentację, jak w odniesieniu do zarzut 2.d) i wskazał, że ledwie siedmiodzinna zwłoka (niecały dzień roboczy), odnosząca się do wad nieistotnych, prowadzić może do naliczenia kar umownych przekraczających wartość całego mebla.

Zarzut 2.f

Odwołujący podniósł, że § 10 ust. 7 PPU Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa wprowadził uprawnienie do kumulowania kar umownych z tytułu niewykonania zamówienia (§ 10 ust. 1 PPU), z karami umownymi za liczne przypadki nienależytego wykonania zamówienia (§ 10 ust. 2 PPU). Odwołujący wskazał, że nie można jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wobec powyższego kształtując treść § 10 ust. 7 PPU Zamawiający dopuścił się także naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w tym art. 353¹ Kc, kształtując uprawnienie do kumulowania kar umownych w sposób niezgodny z naturą tej instytucji.

Zarzut 2.g

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe zamówienie ma skomplikowany charakter. Dodatkowym problemem, z którym zmierzyć muszą się strony, jest fakt, że obiekt do którego mają zostać zrealizowane dostawy jest obiektem w budowie, którego dysponentem faktycznym jest Generalny Wykonawca robót. W takiej sytuacji nie jest uzasadnione stawianie wymogu, aby za dzień wykonania zamówienia był uznawany termin podpisania protokołu Odbioru końcowego. Protokół Odbioru końcowego jest oświadczeniem wiedzy Zamawiającego, który stanowi aprobatę dostaw zrealizowanych przez Wykonawcę. Protokół Odbioru końcowego następuje w praktyce po realizacji przedmiotu zamówienia, ale także po przeprowadzeniu przez Zamawiającego wszystkich czynności związanych z weryfikacją dostaw, a także dostarczonych wraz z nimi dokumentów itp. Przy tak dużym przedmiocie zamówienia czynności Zamawiającego związane z weryfikacją dostaw i dokumentacji z nimi związanej, może trwać wiele dni lub tygodni. W praktyce przy zamówieniach podobnego rzędu wartości i skomplikowania, procedury te po stronie Zamawiającego trwają nawet po 3-4 tygodnie. Zdaniem Odwołującego nie jest uzasadnione, aby wykonawca mógł odpowiadać za to, jak długo trwają czynności odbiorowe związane z weryfikacją dostaw i dokumentacji, które to czynności przeprowadza Zamawiający. Na czas ich trwania Wykonawca nie ma wpływu.

Ponadto Odwołujący podniósł, że nie jest uzasadnione uzależnianie dokonania Odbioru końcowego od braku jakichkolwiek wad czy usterek przedmiotu zamówienia, w tym wad nieistotnych. Zaburza to równowagę stron stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów prawa i zasad współzycia społecznego, w tym zasady uczciwości kupieckiej. Zdaniem Odwołującego wystarczającym mechanizmem ochrony interesów Zamawiającego w tym zakresie jest prawo żądania usunięcia wad stosownie do treści z art. 556-576 Kc, względnie prawo do wykonania innych uprawnień z tytułu rękopisów za wady, takich jak prawo do żądania obniżenia wynagrodzenia uregulowane w art. 560 § 1 Kc zasady usuwania wad i usterek określone w § 13 PPU są w tym zakresie wystarczające. Możliwość uznania, że nawet w razie stwierdzenia wad nieistotnych Zamawiający za dzień wykonania zamówienia będzie mógł uznawać dzień, w którym przedmiot zamówienia będzie pozbawiony jakichkolwiek wad, w tym wad nieistotnych, stanowi naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego. Tym bardziej godzi to w zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, że w połączeniu z zapisami m.in. § 10 ust. 1 lit. a i b, grozi to wykonawcy zapłatą kar umownych w kwotach rażąco przewyższających ewentualne dolegliwości, które mogłyby dla Zamawiającego wynikać z usuwania wad nieistotnych przez określony w umowie, rozsądny czas od odbioru końcowego.

Zarzut 2.h

Odwołujący wskazał, że w § 15 ust. 1 pkt 1 PPU Zamawiający wprowadził przepis stanowiący modyfikację ustawowej przesłanki odstąpienia od umowy określonej w art. 491 § 1 Kc. Zamawiający przypisał taką możliwość w razie wystąpienia zwykłego opóźnienia w wykonaniu dostaw, a więc także opóźnienia niezawinionego przez wykonawcę (np. zawinionego przez Zamawiającego, Generalnego Wykonawcę budowy czy spowodowanego przez siłę wyższą). Odwołujący podtrzymał w tym zakresie argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zarzutu 2.a.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastąpił także ustaloną w art. 491 § 1 Kc zasadę, która nakazuje przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy wyznaczenie wykonawcy dodatkowego i odpowiedniego terminu do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał w PPU, że odstąpienie poprzedzi wyznaczenie wykonawcy terminu „według uznania Zamawiającego”. Modyfikacja kodeksowej zasady odpowiedzialności może prowadzić do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego i wyznaczania – w celu zastosowania § 15 ust. 1 PPU – terminu uznaniowego, który w świetle Kc nie byłby terminem odpowiednim, czyli takiego terminu, który nie daje wykonawcy realnej możliwości dokończenia zobowiązania, którego dotyczy opóźnienie/zwłoka. Może to dawać Zamawiającemu nieograniczone prawo do odstąpienia od umowy, nawet w sytuacjach nieznacznego opóźnienia, wynikającego z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, GW budowy czy siłę wyższą lub przynajmniej takiego, do którego Zamawiający się przyczynił.

Zarzut 2.lit. i-k oraz m

Odnosząc się do treści porozumienia stanowiącego załącznik nr 3 do PPU Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może w projekcie takiego porozumienia narzucić wykonawcom dowolnych zapisów, w tym takich, które na wykonawców przerzucają konsekwencje niezgodności między zapisami SWZ, a zrealizowanymi robotami budowlanymi. Zdaniem Odwołującego do tego sprowadzają się de facto postanowienia § 1 ust. 3, 4 i 5 projektu porozumienia. Fakt zawarcia umowy (zgodnej z PPU i projektem porozumienia) jest pochodną tego, że dany wykonawca złożył w postępowaniu ofertę zgodną z SWZ, w tym opisem przedmiotu zamówienia. W przeciwnym razie oferta tego wykonawcy

byłaby odrzucona. Skoro więc wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ i podpisał umowę, to pojawienie się konieczności zmiany robót zrealizowanych budynku ze świadczeniem wykonawcy, oznacza to, że SWZ (w tym opis przedmiotu zamówienia) był niezgodny z tymi robotami. Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający odpowiada za stworzenie prawidłowej treści SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 ustawy Pzp). Skoro Zamawiający sformułował zapisy tych dokumentów niezgodnie z realizowanymi równolegle na jego zlecenie robotami budowlanymi, to on powinien odpowiadać za koszty ewentualnie z tym związane. Nałożenie w takiej sytuacji na wykonawcę obowiązku ponoszenia kosztów zmiany dokumentacji projektowej i ponownego wykonania instalacji czy infrastruktury budynku, jest wymogiem sprzecznym z zasadami współpracy (art. 431 ustawy Pzp) oraz nakłada na wykonawcę odpowiedzialność za naruszenia umowy, które leżą po stronie Zamawiającego (art. 433 pkt 3).

Ponadto Odwołujący stwierdził, że postanowienia te nie dają możliwości realnej oceny ryzyka wystąpienia takich okoliczności i kosztów, z jakimi może się to wiązać. Tym bardziej, że Zamawiający wprowadza monopol wykonania tych prac przez GW, tworząc po stronie wykonawcy przymus kontraktowania z tylko jednym podmiotem, a więc de facto kontraktowania na warunkach narzuconych przez GW. GW jest podmiotem nastawionym na zysk i powierzenie mu monopolu realizacji takich świadczeń może prowadzić do obciążania wykonawcy kosztami w wysokości przekraczającej realne, rynkowe wartości takich prac.

Zdaniem Odwołującego podobnie należy ocenić § 1 ust. 7 projektu porozumienia, zwłaszcza w kontekście sytuacji, w której SWZ nie określa tego, jakie są warunki gwarancji udzielanej Zamawiającemu przez GW. Oznacza to konieczność przyjęcia na siebie przez wykonawcę odpowiedzialności za działania lub zaniechania podmiotu trzeciego, za który wykonawca nie odpowiada. Dodatkowo jest to przyjęcie odpowiedzialności za nieznaną i nieokreśloną w SWZ zakres czynności, przez nieznaną okres czasu, co stanowi także naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca nie ma możliwości realnej oceny zakresu ryzyka związanego z tym przepisem projektu porozumienia, co uniemożliwia lub (co najmniej) znacząco utrudnia przygotowanie oferty na uczciwych zasadach.

Odwołujący stwierdził, że to samo odnosi się do § 1 ust. 13 projektowanego porozumienia i wprowadzenia wymogu prowadzenia prac „ingerujących w konstrukcję budynku, instalacje i infrastrukturę techniczną budynku” pod nadzorem kierownika robót lub GW. Powyższa klauzula nie tylko nie precyzuje tego, jakiego rodzaju roboty będą traktowane w ten sposób. To może prowadzić do narzucenia wykonawcy w czasie realizacji takiego nadzoru w zasadzie dla każdego rodzaju prac (np. każdy odwiert w ścianach czy posadzce, których przy tego rodzaju realizacji może być do wykonania tysiące). Dodatkowo uzależnia to sposób wykonania zamówienia od decyzji podmiotów trzecich względem wykonawcy. Co istotne, zapis ten nie określa poziomu kosztów, z jakimi musi liczyć się wykonawca na opłacenie nadzoru GW w tym zakresie. Wobec ustanowienia monopolu dla tego podmiotu (zwłaszcza w kontekście § 1 ust. 3-5, ust. 7 projektu porozumienia) może to prowadzić do obciążania wykonawcy kosztami, które przekraczają realne, rynkowe wartości tych usług. Uniemożliwia to uczciwe i precyzyjne szacowanie wartości zamówienia i utrudnia konkurencję w postępowaniu.

W odniesieniu do § 10 ust. 10 projektu porozumienia Odwołujący podniósł, że także tutaj także Zamawiający narzuca Wykonawcy konieczność ustalania zasad zwrotu kosztów mediów z innym podmiotem, nie precyzując danych, które pozwalałyby wykonawcy ocenić, jak mogą kształtować się te koszty.

Zdaniem Odwołującego wszystkie powyższe postanowienia nie tylko naruszają przepisy Pzp i Kc, ale także uniemożliwiają lub znacząco utrudniają uczciwą konkurencję w postępowaniu. Powodują one obciążenie wykonawców ryzykami, których w oparciu o zapisy SWZ nie można rzetelnie i precyzyjnie oszacować.

Zarzut 2.l

Odwołujący wskazał, że w § 1 ust. 12 projektu porozumienia Zamawiający wprowadził zasadę, że wykonawca ma dostosować się do godzin pracy obowiązujących na terenie budowy. Nie jest to wyrażone wprost w projekcie, ale w praktyce oznacza to konieczność dostosowania się do godzin pracy ustalanych przez GW lub jego personel (kierownika budowy, kierowników robót itp.). Powyższe oznacza wyznaczenie wykonawcy obowiązku, który jest skrajnie nieprecyzyjny i uzależniać może możliwość wykonania zamówienia od działań podmiotów trzecich. Stanowi to także naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że § 1 ust. 12 projektu porozumienia stanowi także element opisu przedmiotu zamówienia, kształtując sposób realizacji zamówienia. Zawiera on przy tym zapisy nieprecyzyjne, niedające wykonawcom możliwości oceny tego, czy zapewniany przez Zamawiającego i GW czas dostępu do terenu budowy będzie wystarczający dla realizacji prac wykonawcy, w tym dostaw czy montażu. Z punktu widzenia szacowania ceny zamówienia i oceny możliwości jego realizacji jest to kluczowe zagadnienie. W praktyce też niezwykle często realizacja wyposażenia w obiekcie, na którym toczą się równolegle roboty budowlane, następcza problemów realizacyjnych związanych z istotnym ograniczaniem przez GW czy kierownika budowy lub kierowników robót, czasu dostępu do terenu budowy wykonawcom wyposażenia. Stanowi to często poważną przeszkodę w terminowej realizacji zadań wykonawcy. Brak wprowadzenia w SWZ minimalnego gwarantowanego poziomu dostępności terenu budowy (dni i godzin, w jakich teren budowy będzie dostępny dla Wykonawcy), uniemożliwia rzetelną ocenę ryzyka związanego z terminowością prac, tworzenie harmonogramu rzeczowo-finansowego, planowanie produkcji i planowanie wyjazdów związanych z dostawami i montażami.

Zarzut 2.n

Odwołujący podniósł, że kara umowna wprowadzona w § 2 ust. 1 projektu w zarzucie przepisami Pzp i Kc. Stwierdził, że porozumienie to ma charakter organizacyjny i jest dokumentem wtórnym w stosunku do przedmiotu zamówienia i PPU. Ma ono regulować zasady współpracy na terenie budowy między Wykonawcą, Zamawiającym, a GW dotyczące koordynacji prac czy zużycia mediów. Z tego powodu ujęcie w tym porozumieniu zapisu o karze umownej, której wysokość ma wynosić 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto wynikającej z § 5 ust. 1 PPU, jest rażąco wygórowana w stosunku do przedmiotu ewentualnego naruszenia, jego istotności dla realizacji zamówienia czy wartości ewentualnej szkody, jaką mogłoby takie naruszenie wywołać po stronie Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że przesłanka naliczenia kary umownej z § 2 ust. 1 projektu porozumienia może się pokrywać z przesłankami kary umownej uregulowanej w § 10 ust. 2 PPU, powodując nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty dwóch kar umownych za jedno naruszenie.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, ustanowienie w § 2 ust. 1 projektu porozumienia kary umownej na rzecz podmiotu trzeciego, tj. GW, jest sprzeczne z przepisami prawa. Odwołujący stwierdził, że nie jest uzasadnione nakładanie na wykonawców kary umownej, która będzie prowadziła do przysporzenia majątkowego po stronie podmiotu trzeciego, prowadzącego działalność zarobkową Generalnego Wykonawcy budowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1, 2.a, 2.b, 2.c, 2.f, 2.h, a także częściowo w zakresie zarzutu 2.d (w zakresie odnoszącym się do odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w usunięciu wad i usterek), Odwołujący złożył bowiem podczas posiedzenia Izby oświadczenie o ich wycofaniu.

W zakresie zarzutów podtrzymanych Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

–art. 431 ustawy Pzp: *Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.*

–art. 433 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp:

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) *odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;*

2) *naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;*

3) *odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;*

–art. 5 Kc: *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

–art. 353¹ Kc: *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.*

Zarzuty dotyczące kar umownych oraz protokołu odbioru końcowego (zarzuty nr 2.d, 2.e, 2.n oraz 2.g

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W § 10 ust. 1 PPU (po zmianach z 20 sierpnia 2021 r.) Zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienia:

W przypadku zwłoki w terminach zakończenia prac ustalonych w niniejszej umowie, Zamawiający ma prawo naliczyć Wykonawcy kary umowne w wysokości:

(...)

c) *0,01% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy dzień przekroczenia terminu usunięcia wad i usterek, wskazanego w § 13 ust. 3, ale nie więcej niż 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy;*

e) *0,01% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki w stosunku czasu reakcji Wykonawcy na usunięcie wad i usterek wskazanego w § 13 ust. 3, ale nie więcej niż 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy;*

Zgodnie z § 4 ust. 1 PPU (po zmianach z 20 sierpnia 2021 r.):

e) *Wykonawca dostarczy, zamontuje i uruchomi (w zakresie sprzętów AGD oraz sprzętu medycznego) Wyposażenie, dostarczy wymaganą dokumentację oraz przeszkoli wskazane osoby w terminie 8 tygodni od chwili wysłania zgłoszenia, o którym mowa pod lit. d). W przypadku dostaw częściowych Wyposażenia, Wykonawca dostarczy, zamontuje poszczególne Elementy Wyposażenia objęte zgłoszeniem, dostarczy wymaganą dokumentację oraz przeszkoli wskazane osoby w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 30 dni od chwili wysłania zgłoszenia, o którym mowa pod lit. d)*

f) *Potwierdzeniem wykonania dostaw będzie Protokół Odbioru częściowego / końcowego. Zamawiający zastrzega sobie możliwość uczestniczenia w czynnościach odbioru umocowanego przedstawiciela Generalnego Wykonawcy.*

Zgodnie z § 11 ust. 4 PPU: *Podpisanie protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy będzie możliwe dopiero po dostarczeniu i zamontowaniu całości przedmiotu Umowy i sprawdzeniu poprawności jego działania oraz uzyskaniu ewentualnych zgód i pozwoleń oraz przeprowadzeniu szkoleń, o których mowa w ust. 3.*

W § 2 załącznika nr 3 do PPU (Projekt porozumienia między Zamawiającym, wykonawcą i spółką WARBUD S.A – Generalnym Wykonawcą robót budowlanych) Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

1. Wykonawca zapłaci Generalnemu Wykonawcy i Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od Porozumienia lub rozwiązanie Porozumienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 Umowy nr [] z dnia [].

2. Generalny Wykonawca zapłaci Zamawiającemu i Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od Porozumienia lub rozwiązanie Porozumienia z przyczyn leżących po stronie Generalnego Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 Umowy nr [] z dnia [].

3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy i Generalnemu Wykonawcy karę umowną w przypadku odstąpienia od Porozumienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 Umowy nr [] z dnia [].

4. Strony mogą dochodzić wyrównania szkód przekraczających zastrzeżone kary umowne na zasadach ogólnych.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kar umownych zastrzeżonych w PPU oraz w załączniku nr 3 do PPU należy stwierdzić, że zasadność tych zarzutów nie została przez Odwołującego wykazana.

W zakresie tych zarzutów w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W ocenie Izby ww. zarzuty nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy treści korzystnej dla wykonawcy.

Przed wszystkim stwierdzić należy, że zaskarżone postanowienia dotyczące kar umownych nie naruszają przepisów art. 433 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, żadne z tych postanowień nie odnosi się do odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, a jedynie za zwłokę, na co literalnie wskazano w treści § 10 ust. 1 PPU. Po drugie, żadne z nich nie stanowi sankcji za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Nie ma wątpliwości, że postanowienia § 10 ust. 1 lit. c i e są wprost związane z nienależytą realizacją obowiązków umownych wykonawcy, dotyczących bezpośrednio przedmiotu umowy. W ocenie Izby również kara umowna przewidziana w § 2 ust. 1 załącznika nr 3 do PPU jest w świetle art. 433 pkt 2 ustawy Pzp dopuszczalna, stanowi ona bowiem sankcję za odstąpienie od porozumienia lub rozwiązanie porozumienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Skoro celem porozumienia jest określenie warunków współpracy między Zamawiającym, wykonawcą niniejszego zamówienia oraz wykonawcą robót budowlanych i ma ono służyć prawidłowemu wykonaniu dostawy i montażu mebli w obiekcie, w którym prowadzone są roboty budowlane, to nie ulega wątpliwości, że przestrzeganie porozumienia jest związane pośrednio z prawidłowym wykonaniem przedmiotu umowy.

Nie sposób również dopatrzeć się w zaskarżonych postanowieniach dotyczących kar umownych naruszenia art. 431 ustawy Pzp, nakazującego współdziałanie stron przy wykonywaniu zamówienia. Kary umowne są mechanizmem motywującym do takiego współdziałania.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 5 i art. 353¹ Kc. Odnosząc się do tej kwalifikacji prawnej stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, aby swoboda Zamawiającego w kształtowaniu zaskarżonych postanowień przekraczała granice wyznaczone przytoczonymi wyżej przepisami Kc. Wniosek jaki wynika z uzasadnienia tych zarzutów jest tylko taki, że zakwestionowane postanowienia stanowią dla wykonawcy określoną dolegliwość i są dla niego niekorzystne, czego jednak nie można utożsamiać z naruszeniem przepisów ustawowych.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w SWZ projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, a swoboda zamawiającego w tym zakresie ograniczona jest przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 433 ustawy, a także przepisami Kc dotyczącymi zobowiązań umownych. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współzycia społecznego. Odwołujący natomiast nie przedstawił argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby poziom kar umownych był na tyle rażąco wygórowany, że zakłóca lub uniemożliwia konkurencję w postępowaniu. Ustalenie wynagrodzenia za wykonanie całej umowy jako podstawy obliczenia procentowej kary umownej należy uznać za dopuszczalne, natomiast karę w wysokości 0,01% wartości umowy za każdy dzień lub godzinę zwłoki – za adekwatną do wagi naruszenia obowiązków umownych. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że funkcją kar umownych jest nie tylko naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu (co wynika z art. 480 § 1 Kc), kary te pełnią również funkcję prewencyjną, motywując wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu umowy i minimalizując ryzyko niedotrzymania jej postanowień. W ocenie Izby zastrzeżone przez Odwołującego kary pozwalają zrealizować te funkcje, czego w najmniejszym stopniu nie gwarantowałyby kary umowne obliczane w sposób wnioskowany przez Odwołującego. Gdyby przyjąć za podstawę ustalania kar umownych wartość poszczególnych mebli, których dotyczy zwłoka w usuwaniu wad i usterek lub zwłoka w czasie reakcji na ich usunięcie, mogłoby to doprowadzić do sytuacji, w której w przypadku elementów zamówienia o niewielkiej wartości wykonawca mógłby dopuszczać się daleko idącej zwłoki, bez narażenia się na istotniejszy uszczerbek finansowy. Taka konstrukcja kar umownych nie spełniałaby zatem swojej funkcji i nie zabezpieczałaby należycie interesów Zamawiającego. Natomiast sposób ustalania kar określony przez Zamawiającego stanowił będzie dla wykonawców motywację do terminowego wykonywania obowiązków, nie prowadząc jednocześnie do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do kary umownej określonej w § 2 ust. 1 załącznika nr 3 do PPU, zauważyć należy, że w kwestii wysokości tej kary Odwołujący ograniczył się do gólosłownego stwierdzenia, że jest ona rażąco wygórowana. Nie zasługuje na aprobatę argumentacja Odwołującego, że o takim charakterze ww. kary umownej świadczy fakt, że

porozumienie, którego projekt określa załącznik nr 3 do PPU, ma charakter organizacyjny i wtórny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że celem porozumienia jest uregulowanie współpracy między stronami umowy w sprawie niniejszego zamówienia a generalnym wykonawcą robót budowlanych, co ma służyć prawidłowemu skoordynowaniu prowadzenia robót i jednoczesnego wykonywania dostawy i montażu mebli. Ma więc ono znaczenie dla prawidłowej realizacji zamówienia, zatem określenie sankcji za jego naruszenie lub odstąpienie od niego, jest celowe.

O zasadności zarzutu nie może świadczyć argumentacja Odwołującego, że przesłanka z § 2 ust. 1 załącznika nr 3 do PPU może się pokrywać z przesłankami kary umownej uregulowanej w § 10 ust. 2 PPU, powodując nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty dwóch kar umownych za jedno naruszenie. Zauważenia wymaga, że możliwa jest sytuacja, w której wykonawca odstępuje od przedmiotowego porozumienia, nie odstępując jednocześnie od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak takiej kary umownej zwiększałby ryzyko nieprzebrzegania postanowień porozumienia czy odstąpienia od niego, w konsekwencji przekładając się na prawidłowość realizacji zamówienia.

Chybiona jest również argumentacja Odwołującego, że § 2 ust. 1 załącznika nr 3 do PPU jest sprzeczny z przepisami prawa z uwagi na fakt, że kara umowna została zastrzeżona na rzecz podmiotu trzeciego, tj. generalnego wykonawcy robót budowlanych. Odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie miałoby polegać w tym przypadku naruszenie przepisów prawa oraz dlaczego strony porozumienia nie mogą umówić się, w ramach swobody umów, na wprowadzenie takiej sankcji. Zauważenia wymaga przy tym, że analogiczna kara umowna, w tej samej wysokości, została przewidziana również od pozostałych stron porozumienia, na rzecz wykonawcy.

Odnosząc się do zarzut nr 2.g, w pierwszej kolejności wskazać należy, że w wyniku zmian SWZ z 20 sierpnia 2021 r. Zamawiający wykreślił z § 4 ust. 1 PPU postanowienie, że Protokół Odbioru częściowego/końcowego, będący potwierdzeniem wykonania dostaw, ma być protokołem bez zastrzeżeń. Zatem w tym zakresie zarzut stał się nieaktualny.

Natomiast co do tej części zarzutu, w której Odwołujący kwestionował możliwość uznania za dzień wykonania zamówienia termin podpisania protokołu Odbioru końcowego, stwierdzić należy, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – w PPU (zarówno w pierwotnym brzmieniu, jak i w brzmieniu po zmianach), nie ma postanowienia, które określałoby w ten sposób termin wykonania zamówienia. Terminy wykonania dostawy i montażu oraz innych obowiązków z tym związanych ustalone są obecnie w § 4 ust. 1 lit. e PPU, natomiast § 11 ust. 4 PPU określa jedynie, kiedy będzie możliwe sporządzenie protokołu odbioru. W ocenie Izby przedmiotowy zarzut jest wynikiem nieprawidłowej interpretacji przez Odwołującego postanowień PPU, która to interpretacja nie ma żadnego oparcia w brzmieniu tego dokumentu.

Zarzuty dotyczące postanowień § 1 załącznika nr 3 do Projektowanych Postanowień Umowy

Zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W § 1 załącznika nr 3 do PPU (Projekt porozumienia między Zamawiającym, wykonawcą i spółką WARBU S.A – Generalnym Wykonawcą robót budowlanych) Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

3. *W przypadku jeśli dla dokonania w sposób prawidłowy montażu Elementów Wyposażenia objętego Umową nr [] z dnia [] roku zajdzie konieczność dokonania zmian w wykonywanych robotach budowlanych, zgodnie z obowiązującą dokumentacją projektową, związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (Szpitala Pediatricznego) wraz z jego wyposażeniem”, to Wykonawca ma obowiązek dokonania na własny koszt dostosowania projektów i wykonania instalacji oraz infrastruktury budynku, aby zapewnić prawidłowe funkcjonowanie dostarczonego i zamontowanego wyposażenia.*

4. *Wykonawca może zlecić wykonanie zmian, o których mowa w ust. 3 Generalnemu Wykonawcy.*

5. *Za wykonanie tych zmian, Wykonawca przekaże Generalnemu Wykonawcy ustalone wcześniej wynagrodzenie.*

6. *Celem ustalenia kosztów wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 3, Wykonawca będzie kontaktował się z Generalnym Wykonawcą.*

7. *Jeżeli dla dokonania w sposób prawidłowy montażu Elementów Wyposażenia objętego Umową nr [] z dnia [] roku zajdzie konieczność dokonania zmian w wykonywanych zgodnie z dokumentacją projektową robotach budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (Szpitala Pediatricznego) wraz z jego wyposażeniem”, to Wykonawca ma obowiązek przejęcia gwarancji za element na którym dokonał ingerencji bądź odpłatnie zlecić te roboty Generalnemu Wykonawcy, celem zachowania ciągłości gwarancji. 8. Wykonawca ma obowiązek na własny koszt dokonać zabezpieczenia i zapewnić ochronę dostarczonego i zamontowanego Wyposażenia do czasu zakończenia i odbioru przedmiotu Umowy nr [] z dnia [] roku.*

(...)

10. *Wykonawca ma obowiązek rozliczyć się za koszty mediów zużytych na potrzeby dostawy, montażu, rozruchu i szkoleń dostarczonego Wyposażenia, bądź partycypować w tych kosztach z Generalnym Wykonawcą. Koszty te zostaną ustalone pomiędzy Wykonawcą a Generalnym Wykonawcą, w formie odrębnego zlecenia.*

12. *Przy realizacji dostaw wyposażenia Wykonawca ma obowiązek dostosować się godzin pracy obowiązujących na terenie budowy.*

13. *Przy realizacji prac związanych z dostawami a wymagającymi ingerencji w konstrukcję budynku, bądź w instalacje i infrastrukturę techniczną budynku, Wykonawca ma obowiązek zapewnić właściwy, bieżący nadzór nad prowadzonymi pracami (kierownicy robót z odpowiednimi uprawnieniami budowlanymi), bądź zlecić nadzór nad tymi robotami Generalnemu Wykonawcy.*

W wyniku zmian z 20 sierpnia 2021 r. postanowienie § 2 ust. 12 załącznika nr 3 do PPU zostało przez Zamawiającego wykreślone.

Na wstępie należy stwierdzić, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, który podnosił, że zaskarżone postanowienia załącznika nr 3 do PPU były stosowane w uprzednio prowadzonych postępowaniach i nie były przez Odwołującego zaskarżone. Zauważenia wymaga, że fakt niewniesienia odwołania wobec tych postanowień we

wcześniejszych postępowaniach w żadnej mierze nie przesądza o ich prawidłowości, jak również nie świadczy o tym, że nie mogą one spowodować po stronie Odwołującego żadnej szkody – decyzja o niewniesieniu odwołania mogła być bowiem spowodowana różnymi względami. Tym samym za nieprzydatne dla oceny zasadności zarzutów należy uznać złożone przez Zamawiającego dowody w postaci wyciągów z dokumentacji innych postępowań przetargowych. Podobnie nieprzydatny jest dowód w postaci potwierdzenia wniesienia wadium przez Odwołującego, okoliczność ta nie może być uznana za przesądzającą o braku przesłanki szkody warunkującej istnienie legitymacji do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby postanowienia § 1 ust. 3 oraz ust. 13 załącznika nr 3 do PPU stanowią przekroczenie przez Zamawiającego zasady swobody umów, obciążają one wykonawcę obowiązkami, co do których nie jest w stanie oszacować ryzyka oraz skalkulować go w cenie oferty. Należy bowiem zauważyć, że zaskarżone postanowienia, określone w uzgodnieniu z wykonawcą robót budowlanych, nakładają na wykonawcę daleko idące obowiązki związane z koniecznością dostosowania projektów i wykonania instalacji oraz infrastruktury budynku, przejęcia gwarancji za elementy, w odniesieniu do których dokonano zmian, a także zapewnienia nadzoru budowlanego nad pracami ingerującymi konstrukcją budynku. Jednocześnie wykonawca, przygotowując ofertę, nie ma dostępu do dokumentacji powykonawczej, a tym samym nie ma wiedzy o ostatecznych rozwiązaniach zastosowanych w obiekcie budowlanym. Wykonawca nie ma też żadnej wiedzy na temat warunków gwarancji, z której zobowiązania miałby na siebie przyjąć, nie wiadomo zatem, jak miałby ryzyko tych zobowiązań skalkulować w ofercie.

Co więcej, zaskarżone postanowienia należy uznać za przerzucanie przez Zamawiającego na wykonawcę skutków ewentualnych błędów w opisie przedmiotu zamówienia, za którego poprawność i kompletność odpowiada Zamawiający.

Zgodnie z 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: ust. 1. *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. Ust. 2. zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.* Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający miał obowiązek tak opisać przedmiot zamówienia, aby sposób jego wykonania był spójny z rozwiązaniami zastosowanymi w ramach prowadzonych robót budowlanych. Jeśli opis przedmiotu zamówienia spełnia te wymagania, to należy stwierdzić, że w przypadku złożenia oferty zgodnej z SWZ nie powinno dojść do sytuacji, w której dostawa i montaż mebli będą wymagały zmian w zaprojektowanych i wykonywanych robotach budowlanych czy nieprzewidzianej ingerencji w konstrukcję budynku, instalacje czy infrastrukturę. Gdyby taka potrzeba zaistniała, oznaczałoby to, że Zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności towarzyszących jego wykonaniu oraz wymagań gwarantujących, że zostanie ono wykonane w sposób spójny z rozwiązaniami zastosowanymi w obiekcie budowlanym.

Wobec powyższego przedmiotowe postanowienia załącznika nr 3 do PPU należy uznać za przekroczenie przez Zamawiającego granic swobody kontraktowej lub za potwierdzenie opisanego przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie z projektu porozumienia zaskarżonych postanowień, wraz z postanowieniami będącymi ich konsekwencją.

Izba uznała za zasadne zarzuty nr 2.k i 2.l, stwierdzając, że określają one sposób wykonania przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a zatem niezgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący zasadnie podniósł, że postanowienie § 1 ust. 10 załącznika nr 3 do PPU nie określa w sposób należyty precyzyjny zasad rozliczenia kosztów zużycia mediów między wykonawcą a podmiotem realizującym roboty budowlane. W w. postanowienie ogranicza się do wskazania na obowiązek rozliczenia tych kosztów w sposób ustalony z Generalnym Wykonawcą, ponieważ jednak nie określa chociażby w sposób ramowy zasad tego rozliczenia, wykonawca nie ma ani gwarancji należytego współdziałania ze strony podmiotu trzeciego, ani wiedzy pozwalającej oszacować związane z tym koszty.

Z analogicznych powodów Izba uznała za konieczne określenie w załączniku nr 3 do PPU, w jakich dniach i godzinach wykonawca będzie miał dostęp do budynku w celu wykonania dostaw i montażu mebli. Skoro w budynku, w którym mają być zrealizowane dostawa i montaż, nie zostały zakończone roboty budowlane, stanowi on teren budowy, czego konsekwencją są ograniczenia w dostępie do niego. Jednocześnie wykonawca związany jest umownymi terminami realizacji zamówienia, zatem wiedza na temat tego, w jakich dniach i godzinach będzie miał dostęp do obiektu, jest istotna z punktu widzenia organizacji dostaw i montażu. Okoliczności te są więc istotnym elementem opisu sposobu wykonania zamówienia i powinny zostać określone przez Zamawiającego, wykonawca natomiast nie powinien być zdany jedynie na ewentualne ustalenia w tym zakresie z podmiotem trzecim – wykonawcą robót budowlanych.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowania zasad rozliczenia kosztów mediów, jak również zasad dostępu wykonawcy do obiektu w celu realizacji dostaw i montażu mebli.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 6 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 5/9 i Odwołującego w części 4/9, w związku z tym, że spośród 9 zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego 5 zarzutów okazało się zasadnych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł i dojazdu na rozprawę w kwocie 133,84 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 22.333,84 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.733,84 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000,00 + 3.600,00 + 133,84), tymczasem odpowiadał za nie – po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych – do wysokości 9.926 zł (22.333,84 zł x 4/9). Wobec powyższego Izba zasądziła

od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8.808 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....