

WYROK

z dnia 22 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu

przy udziale:

A. wykonawcy TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2340/21 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2340/21 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3 i 7 petitum odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2 oraz 4 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) usunięcie postanowień § 10 ust. 4 - 7 projektu umowy;
 - b) zmianę § 16 ust. 1 lit. j projektu umowy w taki sposób, aby przewidywał obciążenie wykonawcy karą umowną za okoliczności, za które odpowiada wykonawca.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 2/5 oraz Odwołującego w części 3/5 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 27 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 280 zł 00 gr (słownie:

siedem tysięcy dwieście osiemdziesiąt 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 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 2340/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego na zadanie 55204 Powidz „Przebudowa wojskowej bocznic kolejowej nr 714” (znak postępowania: 30/WZI/21/WISiP).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 139 - 368797.

W dniu 2 sierpnia 2021 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16, art. 99 ust. 1 i 4, art. 436 pkt 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego uprawnienia do etapowania robót budowlanych, w tym przyspieszenia lub spowolnienia realizacji rzeczowo - finansowej - w warunkach określonych w § 3 ust. 2 projektu umowy;
2. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 452 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 449 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione żądanie wniesienia przez wykonawcę dodatkowego zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy, wywołanych nie rozliczeniem się przez niego z podwykonawcami w dacie końcowego odbioru robót za zrealizowane przez nich prace - w warunkach § 10 ust. 4-7 projektu umowy;
3. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 464 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie 15 dniowego terminu zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy - w warunkach określonych w § 13 ust. 3 projektu umowy;
4. art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy w okolicznościach, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności - w warunkach § 16 ust. 1 pkt j projektu umowy;
5. art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem - w warunkach określonych w § 16 ust. 1 pkt l projektu umowy;
6. art. 353¹ k.c., art. 483 k.c. § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych (50 % wartości wynagrodzenia) w sposób rażąco wygórowany - w warunkach określonych w § 16 ust. 7 projektu umowy;
7. art. 439 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie wskaźnika zmiany cen materiałów

lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia w sposób pozorny oraz zaniechanie określenia sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia - w warunkach § 23 ust. 10 pkt a i b projektu umowy,

a w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-7 naruszenie:

8. art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością w szczególności wobec ustalenia warunków przyszłej umowy w sposób naruszający powołane wyżej przepisy Pzp i k.c.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmian projektu umowy w następujący zakresie:

a) usunięcie postanowień § 3 ust. 2, § 10 ust. 4-7, § 16 ust. 1 pkt l projektu umowy,

b) zmiana postanowień § 13 ust. 3 projektu umowy poprzez ustalenie terminu zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub Dalszego Podwykonawcy na termin nie dłuższy niż 30 dni,

c) zmiana postanowień § 16 ust. 1 pkt j projektu umowy poprzez ustalenie możliwości obciążenia Wykonawcy karą umowną w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

d) zmiana postanowień § 16 ust. 7 projektu umowy poprzez obniżenie wysokości łącznej maksymalnej wysokości kar umownych do 20 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy,

e) zmiana postanowień § 23 ust. 10 w zakresie pkt a i b poprzez:

- określenie minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów na 1% w stosunku do wskaźnika, np. w następujący sposób:

„a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, określony wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej w zakresie budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej, ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, ulegnie zmianie o 1% w stosunku do wskaźnika, jaki był podany dla początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, jakim jest dzień zawarcia umowy, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 3 PZP”,

- jednoznaczne określenie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia, np. poprzez użycie odesłania do wskaźnika GUS:

„b) zmiana wynagrodzenia będzie dokonywana wedle poniższych zasad: a) waloryzacja wynagrodzenia będzie dokonywana kolejno wskaźnikami miesięcznymi, przy zastosowaniu stawki wzrostu lub obniżki wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w zakresie budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej, ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego; b) strona żądająca zmiany wynagrodzenia Wykonawcy zobowiązana jest wystąpić do drugiej strony z pisemnym wnioskiem wraz z uzasadnieniem zawierającym wyliczenie zmiany (wzrostu lub zniżki) ww. wskaźników, którym posłużyła się do ustalenia poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów, oraz kalkulację wysokości wnioskowanej zmiany wynagrodzenia. Strony w terminie 14 dni od daty wpływu wniosku wraz z uzasadnieniem dokonają uzgodnień w przedmiocie określenia wpływu zmiany cen materiałów lub usług na koszt wykonania umowy i wysokość wynagrodzenia Wykonawcy. Kwota waloryzacji ustalona w ww. sposób będzie doliczana automatycznie do bieżącej faktury po stwierdzeniu poprawności zastosowania procedury waloryzacji przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego i zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

Prawo do żądania zmiany wynagrodzenia nie przysługuje stronie, z której przyczyny nastąpiła zwłoka w wykonaniu Umowy, tak iż w przypadku wykonania Umowy w pierwotnym terminie nie wystąpiłyby przesłanki do dokonania zmiany”.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący podniósł, że możliwość jednostronnego etapowania przez Zamawiającego przedmiotu umowy, a co za tym idzie możliwości jednostronnego kreowania od nowa zobowiązań wykonawcy, byłoby przerzucaniem przez Zamawiającego na wykonawcę konsekwencji związanych

z nieprawidłowym dokonaniem przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Tymczasem ryzyko związane z opisem przedmiotu zamówienia jest zawsze ryzykiem Zamawiającego. Potwierdza to m. in. Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 4 lipca 2019 roku (IV CSK 363/18). Odwołujący wskazał, że faktyczna zmiana założonego harmonogramu i określenie odrębnych terminów realizacji dla etapów będzie skutkowało istotnymi zakłóceniami w związku z koniecznością znaczącego przeorganizowania sposobu i kolejności realizacji robót przez wykonawcę w stosunku do sposobu i kolejności realizacji zakładanej na etapie sporządzania oferty i będącego podstawą do obliczenia ceny oferty. Co więcej taka konieczność reorganizacji robót prowadzić może do znaczących konsekwencji zarówno czasowych, jak i finansowych, np. w sytuacji gdy w wyniku takiej reorganizacji wykonawca zmuszony będzie do renegotjowania zawartych już umów o podwykonawstwo czy też poniesienia konsekwencji związanych z ewentualnym rozwiązaniem lub odstąpieniem od takich umów przez podwykonawców.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż art. 449 ust. 2 ustawy Pzp określa zasady wnoszenia zabezpieczenia, a art. 452 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustala maksymalną wysokość zabezpieczenia. Zdaniem Odwołującego za niezrozumiałe uznać należy oczekiwanie Zamawiającego w zakresie dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na pokrycie ewentualnych ryzyk związanych z uchybieniami w zakresie obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Zabezpieczenie, które wnoszone jest w oparciu o art. 449 ust. 2 ustawy Pzp spełnia tę rolę i nie istnieje podstawa żądania dodatkowych zabezpieczeń, tak jak to uczynił Zamawiający w § 10 ust. 4-7 projektu umowy.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie w zakresie zarzutu 3., który został wycofany w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron.

W opinii Odwołującego kary umowne wskazane w § 16 ust. 1 pkt I zostały zastrzeżone z naruszeniem treści art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, jako że kary odnoszą się do zachowania wykonawcy niezwiązanego bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (zarzut zawarty w punkcie 5. petitum odwołania). Przedmiotem Umowy jest zasadniczo wykonanie robót budowlanych. O ile w przypadku ustanowienia kar umownych za niedochowanie terminu koczowego można mówić o karach za zachowanie związane pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, o tyle kary umowne zastrzeżone w § 16 ust. 1 pkt I w żadnym zakresie nie mają takiego przymiotu. Zwłoka w sporządzeniu harmonogramu, jego aktualizacji, nie oznacza, że wykonawca nieprawidłowo realizuje przedmiot umowy (projekt lub roboty budowlane). Tym samym zastrzeżenie przedmiotowych kar umownych pozostaje w jaskrawej sprzeczności z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż za niedopuszczalną uznać należy karę umowną określoną w pkt j § 16 ust. 1 umowy, która przewiduje możliwość obciążenia wykonawcy karą za okoliczności przez niego niezawinione (zarzut zawarty w punkcie 4. petitum odwołania). Analizując uregulowanie odpowiedzialności stron w formie kar umownych w każdym wypadku należy mieć na względzie czym jest kara umowna. Art. 483 § 1 k.c. wskazuje, że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Nie kwestionując, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody (która zresztą nie musi być wykazywana), przedmiotowy przepis jednoznacznie wskazuje jednakże, że kara umowna nie powinna być zastrzegana za przypadek nienależytego wykonania umowy, który sam w sobie bezpośrednio nie prowadzi do powstania szkody w sytuacji wystąpienia okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu.

W zakresie limitu kar umownych (zarzut zawarty w punkcie 6. petitum odwołania) Odwołujący wskazał, że jest on rażąco wygórowany. W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej Odwołujący przywołał pogląd prezentowany przez KIO w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2219/17.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie w zakresie zarzutu 7., który został wycofany w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 września 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że na etapie sporządzania oferty uprawnienie etapowania jest dla Odwołującego obojętne, bowiem w razie ewentualnego skorzystania przez Zamawiającego (po zawarciu

umowy) z przedmiotowego uprawnienia strony podejmą negocjacje zakończone podpisaniem aneksu do umowy o czym jednoznacznie stanowi zapis § 3 ust. 2 umowy o treści: „Wszystkie wyniki z tego następstwa rzeczowe i finansowe będzie określał aneks do niniejszej umowy”. Zamawiający wskazał, iż zastrzeżenie możliwości „etapowania robót” dotyczy każdego potencjalnego wykonawcy i wynika ze specyfiki działalności jednostki i realizowanych przez nią zadań służących potrzebom obronności i bezpieczeństwa kraju oraz znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Z uwagi na możliwości wystąpienia niemożliwych do przewidzenia na etapie postępowania okoliczności, które mogą zaistnieć w związku z charakterem działalności jednostki i realizowanych przez nią zadań, zastrzeżenie powyższe zaspokaja potrzeby związane z koniecznością uwzględnienia przez Zamawiającego zobowiązań nałożonych na niego przez jednostki nadrzędne MON, w związku z koniecznością zaspokojenia potrzeb obronności i bezpieczeństwa Państwa. Zamawiający podniósł, że dla Odwołującego nie jest tajemnicą, iż na lotnisku w Powidzu równolegle, ale - i kompatybilnie prowadzone są inwestycje zarówno strony polskiej, armii amerykańskiej, jak i inwestycje NATO. Powyższą okoliczność potwierdza zapis § 5 ust.4 umowy, w którego treści wskazano, że osobą upoważnioną do reprezentowania Zamawiającego przy realizacji robót jest Szef Wydziału Inwestycji Sojuszniczych i Programowych. Zamawiający podnosi, że: „Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia i opisując przedmiot zamówienia ma prawo ustalenia wymagań, które w najlepszym stopniu spełniają jego oczekiwania.” (tak wyrok KIO z dnia 14.06.2021 r., sygn. KIO 1125/21).

Ponadto Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zapis § 3 ust. 2 umowy nie daje Zamawiającemu „możliwości jednostronnego kreowania od nowa zobowiązań wykonawcy” - skutki rzeczowe i finansowe „etapowania” będzie określał aneks do umowy, nadto „etapowanie” pozostaje bez wpływu na termin końcowy realizacji zamówienia, chyba że w drodze aneksu dojdzie do zmiany umowy w tym zakresie. Umowa zawiera warunki wypłaty wynagrodzenia, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z „etapowania”, skutki rzeczowe i finansowe określi aneks zawarty przez strony. Umowa zawiera warunki wypłaty wynagrodzenia, a w przypadku skorzystania przez zamawiającego z „etapowania”, skutki rzeczowe i finansowe określi aneks zawarty przez strony, o czym jednoznacznie stanowi zapis § 3 ust.2 umowy.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Zamawiający uzasadniał, iż bezspornym winno być, że zabezpieczenie, o którym mowa w art. 449 ustawy Pzp, dotyczy jedynie zabezpieczenia wykonania umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Z tak określonym zakresem zabezpieczenia skorelowana została maksymalna wysokość zabezpieczenia, która stanowi procentowo określony ułamek ceny całkowitej podanej w ofercie, albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania Zamawiającego wynikającego z umowy. Wskazana przez ustawodawcę wartość, od której wyliczane jest zabezpieczenie potwierdza tezę, że w zabezpieczenie o którym mowa zabezpiecza jedynie stosunek zobowiązaniowy łączący bezpośrednio Zamawiającego z Wykonawcą, a nie służy zabezpieczeniu innych ryzyk, które mogą powstać przy okazji istniejącego stosunku zobowiązaniowego. Uprawnionym jest w świetle obowiązującego prawa żądanie, aby Wykonawca posiadał polisę ubezpieczającą go od odpowiedzialności cywilnej za wypadki. Podobnie nie narusza prawa żądanie zabezpieczenia ryzyka pozostającego w związku z ewentualnym powstaniem stosunków zobowiązaniowych pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą. Mając na uwadze solidarną odpowiedzialność Zamawiającego za zobowiązania Wykonawcy wynikające z umowy, której Zamawiający nie jest stroną - nie sposób przyjąć, że racjonalny ustawodawca wykluczył mocą zapisu art. 449 ustawy Pzp w związku z art. 452 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zabezpieczenia swoich interesów wynikających z niewykonania lub wadliwego wykonania umów łączących Wykonawcę z podwykonawcą.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania Zamawiający podał, że Odwołujący dokonał dowolnej wykładni § 16 ust. 1 pkt 1 projektu umowy. Zarówno doktryna prawa jak i orzecznictwo jednoznacznie odróżniają instytucję kary umownej powiązanej zawsze z zasadą zawinienia od innych klauzul typu gwarancyjnego, które dla swej skuteczności nie muszą być powiązane z winą. Odwołujący dokonał interpretacji pozostającej w oderwaniu od stanowiska doktryny prawnej i orzecznictwa pomijając, że zasadą jest to, że kara umowna musi być powiązana z zawinieniem stron, od której kara jest dochodzona. Zarzut co do możliwości sformułowania skutecznego prawnie roszczenia w oparciu o § 16 ust. 1 pkt 1 projektu umowy bez jednoczesnego ustalenia winy Wykonawcy jest chybiony. W treści analizowanego przepisu, ani też w żadnym innym postanowieniu umownym Zamawiający nie konstruował odpowiedzialności Wykonawców na zasadzie gwarancyjnej. W treści § 26 projektu umowy Zamawiający jednoznacznie wskazał, że w sprawach nieuregulowanych umową zastosowanie mają przepisy k.c. Gdyby wolą Zamawiającego było dochodzenie należności na zasadzie gwarancyjnej musiałby to jednoznacznie zapisać w treści projektu umowy - czego nie uczynił. Na potrzeby niniejszej sprawy Zamawiający przedstawił znane mu poglądy doktryny jak i orzecznictwo, z którego wynika, że kara umowna zawsze musi być wiązana z winą. Ponadto Zamawiający wskazał,

że formułując zarzut pkt 4 Odwołujący oparł się wyłącznie na naruszeniu przepisów kodeksu cywilnego, już z tego względu zarzut należy uznać za niedopuszczalny. Zamawiający wskazał, iż twierdzenia Odwołującego pozostają chybione, szczególnie że odstąpienie przez wykonawcę od umowy jest książkowym przykładem sytuacji, które narażają Zamawiającego na szkodę, zaś kara nie została zastrzeżona jako klauzula o charakterze gwarancyjnym (na podstawie art. 473 k.c.), co oznacza iż sankcja odnosi się do przypadków odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn zawinionych przez niego, a dodatkowo niezależnych od Zamawiającego. Zamawiający dodał, że zgodnie z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, ustawodawca jedynie zastrzegł, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Teoretycznie rzecz rozważając, w świetle analizowanego przepisu nie jest zakazane sformułowanie odpowiedzialności Wykonawcy za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności ani Wykonawca ani też Zamawiający. Wtedy jednak należałoby użyć konstrukcji prawnej klauzuli gwarancyjnej, a nie kary umownej.

W przedmiocie zarzutu, o którym mowa w punkcie 5. petitum odwołania Zamawiający podał, iż kary umowne przewidziane w § 16 ust. 1 lit. I umowy nie zostały zastrzeżone z naruszeniem treści art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w świetle ww. przepisu ustawodawca dopuszcza zastrzeżenie kar związanych z zachowaniem wykonawcy, które choćby pośrednio wiążą się z wykonaniem przedmiotu umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Harmonogram rzeczowo - finansowy to kluczowy dokument, albowiem stosownie do treści § 3 ust. 3 Istotnych postanowień umowy - „Przedmiot umowy ma być wykonywany zgodnie z Harmonogramem.” Dokument ten ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego wykonania Umowy, albowiem obrazuje wymagane w danym okresie czasu postępy w realizacji robót, do których zobowiązał się Wykonawca - stanowi podstawę dla ustalenia, że Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot umowy w terminie wskazanym w umowie. Stanowi także podstawę dla rozliczeń częściowych stron. Przedmiot umowy obejmuje nie tylko wykonanie robót budowlanych w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale także szeregu prac i czynności towarzyszących, np. czynności odbioru i związane z nimi sporządzenie protokołu jak i dokumentacji powykonawczej, czy też czynności przekazania placu robót. Nieuprawnionym jest stanowisko Odwołującego zmierzające do tego, że przedmiot umowy jest wykonany w sposób prawidłowy także wtedy gdy roboty budowlane w ścisłym tego słowa znaczeniu zostaną wykonane, a jednocześnie nastąpi to bez sporządzania harmonogramu.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 6. petitum odwołania Zamawiający wskazał, iż w istocie Odwołujący wnosi o markowanie wysokości kary umownej przez KIO. Zamawiający wniósł o przeprowadzenie analizy wyroku SN z dnia 25 maja 2007 r. sygn. akt: I CSK 484/06. Zamawiający przywołał również wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r. sygn. akt:

KIO 51/19, dotyczący limitu kar umownych na poziomie 30% zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Zamawiający wskazał, że bezspornym winno być, że Zamawiający w sposób precyzyjny określił w przyszłym zobowiązaniu kontraktowym zasady nakładania kar umownych, określając zarówno ich wysokość, jak i zobowiązania, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie prowadziło do obciążenia wykonawcy. Nie powinno budzić wątpliwości Odwołującego, że Zamawiający w treści paragrafu 16 ust.7 projektu umowy ustalił łączną maksymalną wysokość kar umownych a więc wypełnił dyspozycję 436 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie ograniczył stron w kształtowaniu łącznej maksymalnej wysokości kar, przez co stosownie do treści art. 8 ust. 1 ustawy Pzp pozostawił tą kwestię do uregulowania w oparciu o art. 353¹ kc, na zasadzie swobody umów. Przywołując orzeczenie KIO 2219/17, Wykonawca nawet nie próbował w treści Odwołania uprawdopodobnić z jakiego powodu ad hoc uznał limit kar za rażąco wygórowany, co tym bardziej czyni jego zarzut bezpodstawnym.

Z ostrożności Zamawiający wskazał, iż przyjęta maksymalna wysokość kar nie jest rażąco wygórowana, w szczególności nie czyni ekonomicznie nieuzasadnionym realizację kontraktu, i w takiej właśnie wysokości w przedmiotowym postępowaniu realizuje cele kary umownej, do których nie należy tylko naprawienie wyrządzonej Zamawiającemu szkody.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał przesłanek określonych art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zaprzeczył, że na skutek uchyleń Zamawiającego odwołujący się Wykonawca nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty oraz pozbawiony został możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że wszystkie zakwestionowane przez Odwołującego zapisy dokumentacji przetargowej dotyczą jedynie wzoru umowy. Bezsprzeczne winno być, że wzór umowy przedstawiony w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie reguluje ani zasad przygotowania oferty ani też nie zawiera zapisów warunkujących możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem regulacji zawartej we wzorze umowy jest stosunek zobowiązaniowy powstały po przeprowadzeniu procedury udzielenia zamówienia publicznego. Skutkiem powyższego, brak jest podstaw do przyjęcia, że poprzez takie a nie inne sformułowanie zapisów umownych doszło do naruszenia interesu Odwołującego w zakresie przez niego wskazanym w treści odwołania. Ponadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie tyle, że nie podał obowiązkowi wykazania istnienia adekwatnego związku przyczynowego, co w istocie pominął przedmiotowe zagadnienie.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż w przypadku odwołań wnoszonych na etapie specyfikacji warunków zamówienia każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Wystarczające jest także wskazanie, że naruszenie określonych przepisów prowadzi do powstania po stronie wykonawcy hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem. Tym samym pomiędzy objętą odwołaniem czynnością zamawiającego (ukształtowanie postanowień projektu umowy) stanowiącą w opinii wykonawcy naruszenie przepisów ustawy Pzp, a utrudnieniem w dostępie do zamówienia publicznego, czy też koniecznością złożenia oferty w warunkach niezgodnych z przepisami prawa, istnieje adekwatny związek przyczynowy, który został przez Odwołującego w tej sprawie wykazany. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wzór umowy nie reguluje zasad przygotowania oferty ani nie zawiera zapisów warunkujących możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. W ocenie Izby nie sposób pominąć, iż częścią specyfikacji warunków zamówienia są projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy. Tym samym naturalnym jest, iż rzetelny wykonawca zainteresowany danym zamówieniem, dokonuje całościowej analizy postanowień SWZ, w tym projektu umowy, po to by złożona przez niego oferta była prawidłowo skalkulowana i uwzględniała ryzyka wynikające z projektu umowy. Nie może budzić wątpliwości, że postanowienia umowy zawierają szereg zasad i warunków wpływających na realizację zamówienia publicznego, kształtując w ten sposób otoczenie dla nabywanego przez zamawiającego świadczenia, które winno zostać wycenione w złożonej Zamawiającemu ofercie. Ponadto przyjęcie poglądu Zamawiającego za słuszny prowadziłoby w istocie do ograniczenia prawa wykonawców w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w przypadku postanowień dotyczących SWZ, w tym projektu umowy.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego odpowiednio w dniu 5 i 6 sierpnia 2021 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach, w tym odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Odwołującego z dnia 17 września 2021 r., a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 września 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV SWZ, przedmiotem zamówienia jest: Zadanie 55204 Powidz „Przebudowa wojskowej bocznicy kolejowej nr 714”.

Zakres przedmiotu zamówienia określają: 1. wzór umowy, stanowiący część II SWZ; 2. opis przedmiotu zamówienia, stanowiący część III SWZ. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych we wzorze umowy.

Stosownie do treści § 3 ust. 2 projektu umowy, niezależnie od przypadku wskazanego w ust. 1 zdanie drugie niniejszego paragrafu, Zamawiający zastrzega sobie prawo do etapowania robót budowlanych, w tym przyspieszenia lub spowolnienia realizacji rzeczowo - finansowej. Wszelkie wyniki z tego następstwa rzeczowe i finansowe będzie określał aneks do niniejszej umowy. Przedmiotem aneksu będzie uregulowanie przez strony skutków jednostronnie wprowadzonej przez WZI zmiany w zakresie etapowania robót.

Zgodnie z §10 ust. 4 wzoru umowy, tytułem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem Wykonawcy, wywołanych nie rozliczeniem się przez niego z podwykonawcami w dacie końcowego odbioru robót za zrealizowane przez nich prace, powodującymi w myśl art. 647¹ § 5 KC obowiązek zapłaty przez Zamawiającego wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom, Wykonawca złoży w dniu zawarcia niniejszej umowy, bezwarunkowe zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego wobec Wykonawcy, w jednej z wybranych form:

- a) gwarancji bankowej,
- b) gwarancji ubezpieczeniowej,
- c) poręczenia udzielonego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Przedsiębiorczości,
- d) poręczenia bankowego lub poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej,
- e) weksla z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej,
- f) zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego,

w kwocie odpowiadającej wartości umownej powierzonych prac podwykonawcom, z którego w przypadku ziszczenia się przesłanki, Zamawiający na pierwsze żądanie uzyska zaspokojenie swych roszczeń do kwoty nie rozliczonych przez Wykonawcę należności podwykonawców wraz z należnymi odsetkami za zwłokę. Dokument

zabezpieczenia podlega zwrotowi wystawcy w przypadku jego nie wykorzystania, nie wcześniej jednak niż z upływem 6 miesięcy od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy.

5. W przypadku zawarcia umowy podwykonawczej w trakcie realizacji zadania, Wykonawca zobowiązuje się złożyć zabezpieczenie, o którym mowa w ust. 4 najpóźniej w dniu podpisania umowy podwykonawczej.

6. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wybranej uprzednio formy zabezpieczenia, na inne z katalogu określonego w ust. 4, na pisemny wniosek Wykonawcy.

7. Ustalenia powyższych ust. 2 - 6, stosuje się odpowiednio w przypadku zgłoszonej Zamawiającemu już po zawarciu niniejszej umowy przez Wykonawcę woli powierzenia całości lub części prac objętych niniejszą umową podwykonawcom oraz w przypadku powierzenia prac kolejnym podwykonawcom podwykonawcy.

Zgodnie z § 16 ust. 1 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- lit. j za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego - w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1;
- lit. l za nieopracowanie lub niezgodnienie Harmonogramu lub Harmonogramu

Skróconego, o którym mowa w § 3 ust. 3 lub jego zmiany, o której mowa w § 3 ust. 5 -

w wysokości 2% wartości wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, a z tytułu zwłoki w jego dostarczeniu lub dostarczeniu zmienionego harmonogramu - karę umowną w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu.

Zgodnie z § 16 ust. 7 projektu umowy: Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 50% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w par. 6 ust. 1 umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania oświadczył, że cofa zarzut zawarty w punkcie 3. i 7. petitum odwołania. Wobec powyższego Izba uznała, że postępowania odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. Ww. zarzuty nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, 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. i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353¹ k.c., 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. W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Wskazać również należy, iż ustawodawca w art. 433 ustawy Pzp zawarł katalog klauzul abuzywnych w umowach o zamówienie publiczne. I tak zgodnie z tym przepisem, 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; 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Z kolei w art. 436 ustawy Pzp, określono obligatoryjne postanowienia umów obejmujące w szczególności: 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną; 2) warunki zapłaty wynagrodzenia; 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony; 4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12

miesiące: a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych tym przepisem.

Jednocześnie stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Za niezasadny Izba uznała zarzut, o którym mowa w punkcie 1. petitum odwołania dotyczący naruszenia art. 16, art. 99 ust. 1 i 4, art. 436 pkt 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego uprawnienia do etapowania robót budowlanych, w tym przyspieszenia lub spowolnienia realizacji rzeczowo - finansowej w warunkach określonych w § 3 ust. 2 projektu umowy.

Zdaniem Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający wykazał, iż projektowane postanowienie umowne, o którym mowa w § 3 ust. 2 projektu umowy jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. W ww. postanowieniu umownym Zamawiający zastrzegł sobie prawo do etapowania robót budowlanych, w tym przyspieszenia lub spowolnienia realizacji rzeczowo - finansowej. Jak wyjaśnił Zamawiający zastrzeżenie możliwości „etapowania robót” wynika ze specyfiki działalności jednostki i realizowanych przez nią zadań służących potrzebom obronności i bezpieczeństwa kraju. Z uwagi na możliwość wystąpienia niemożliwych do przewidzenia na etapie postępowania okoliczności, które mogą zaistnieć w związku z charakterem działalności jednostki i realizowanych przez nią zadań, zastrzeżenie powyższe zaspokaja potrzeby związane z koniecznością uwzględnienia przez Zamawiającego zobowiązań nałożonych na niego przez jednostki nadrzędne MON, w związku z koniecznością zaspokojenia potrzeb obronności i bezpieczeństwa Państwa. Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą wykazał, iż na terenie jednostki równolegle prowadzone są inwestycje zarówno strony polskiej, armii amerykańskiej, jak i inwestycje NATO, tym samym istnieje potrzeba skorelowania realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego z innymi zadaniami prowadzonymi na terenie jednostki oraz wywiązania się przez stronę polską z nałożonych zobowiązań sojusznicy, co z kolei czyni postanowienie § 3 ust. 2 uzasadnionym.

Kolejno wskazać należy, iż Odwołujący nie dokonał pełnej analizy omawianego postanowienia umownego. W szczególności Odwołujący pominął, iż zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy „Wszelkie wyniki z tego następstwa rzeczowe i finansowe będzie określał aneks do niniejszej umowy. Przedmiotem aneksu będzie uregulowanie przez strony skutków jednostronnie wprowadzonej przez WZI zmiany w zakresie etapowania robót”. Jak wyjaśnił Zamawiający uprawnienie „etapowania robót” na etapie sporządzenia oferty jest dla Odwołującego obojętne, jako że wszelkie wynikające z jego zastosowania następstwa rzeczowe i finansowe będzie określał aneks do umowy. Wskazać również trzeba, że Odwołujący nie dokonał analizy ww. postanowienia umownego w kontekście innych postanowień umownych, w szczególności zapewniających wykonawcy możliwość ochrony interesu, w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z instytucji przewidzianej § 3 ust. 2 projektu umowy. Zauważyć należy, iż Zamawiający w postanowieniach umowy przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku wstrzymania robót przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (§ 23 ust. 2 pkt 1) oraz skoordynowania robót z innymi inwestycjami realizowanymi na terenie kompleksu (§ 23 ust. 2 pkt 5). W ocenie Izby nie wyłącza możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach określonych w punkcie 1 i 5 ust. 2 § 23 wzoru umowy zastrzeżenie, iż termin wykonania umowy może ulec zmianie o okres nie dłuższy niż okres wstrzymania robót oraz że zmiana terminu nastąpi proporcjonalnie do okresu występowania przeszkody. Co więcej w § 23 ust. 2 pkt 6 lit. b projektu umowy, Zamawiający zastrzegł możliwość m.in. zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu innych przyczyn związanych z realizacją przedmiotu umowy, a niezależnych od stron m.in. w sytuacji wstrzymania realizacji robót budowlanych przez Zamawiającego z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Wziąwszy pod uwagę powyższe zdaniem Izby Zamawiający wykazał zasadność projektowanego postanowienia umownego, które w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie stanowi przejawu nadużycia przez Zamawiającego swojej pozycji, przez co przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut określony w punkcie 2. petitum odwołania polegający na naruszeniu art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 452 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 449 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione żądanie wniesienia przez wykonawcę dodatkowego zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy, wywołanych nie rozliczeniem się przez niego z podwykonawcami w dacie końcowego odbioru robót za zrealizowane przez nich prace - w warunkach § 10

ust. 4-7 projektu umowy.

Zgodnie z art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy (art. 452 ust. 2 ustawy Pzp). Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 2, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia (art. 452 ust. 3 ustawy Pzp).

Odnosząc się do ww. zarzutu na wstępie wskazać należy, iż Zamawiający nie przedstawił rzeczowych argumentów uzasadniających wprowadzenie do wzoru umowy postanowień dotyczących dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia na pokrycie ewentualnych ryzyk związanych z uchybieniami wykonawcy w zakresie obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. W istocie swoje stanowisko Zamawiający oparł na założeniu, iż mając na uwadze solidarną odpowiedzialność Zamawiającego za zobowiązania wykonawcy wynikające z umowy, której Zamawiający nie jest stroną, nie sposób przyjąć, że racjonalny ustawodawca wykluczył mocą art. 449 w zw. art. 452 ust. 1 ustawy Pzp możliwość zabezpieczenia swoich interesów wynikających z niewykonania lub wadliwego wykonania umów łączących wykonawcę z podwykonawcą.

Kolejno Izba wskazuje, iż Zamawiający oczekiwał od wykonawców wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 449 ustawy Pzp, co potwierdza treść § 20 projektu umowy, a przewidziane w § 10 ust. 4 - 7 projektu umowy zabezpieczenie miało służyć pokryciu ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy wywołanych nierozliczeniem się przez wykonawcę z podwykonawcami. Dalej nie można pominąć, iż Zamawiający przewidział w projekcie umowy kary umowne za każdorazowy brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, do czego zresztą obliguje Zamawiającego art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy Pzp, mający na celu zdyscyplinowanie wykonawców do terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy miała również na względzie, iż Zamawiający postanowieniami SWZ nie zawarł obowiązku wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia (rozdział III pkt 8 SWZ). Powyższe oznacza, iż wykonawcy mogą w sposób swobodny korzystać z podwykonawców przy realizacji niniejszego zamówienia. Jednocześnie zgodnie z wymogami Zamawiającego dodatkowe zabezpieczenie winno zostać ustanowione na kwotę odpowiadającą wartości umownej powierzonych prac podwykonawcom. Zauważyć jednak należy, że zarówno wartość, jak i ilość wszystkich umów podwykonawczych może nie być znana w sposób pewny już na etapie kalkulacji ceny oferty. Nie można zatem wykluczyć, że wartość dodatkowego zabezpieczenia służącego wyłącznie zabezpieczeniu ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy z powodu nierozliczenia się z podwykonawcami, będzie przekraczała wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy określoną w art. 452 ust. 2 ustawy Pzp, które z kolei ma celu pokrycie wszelkich roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Co więcej, projektowana konstrukcja postanowień umowy uniemożliwia wykonawcom na etapie sporządzania oferty wycenę wszystkich kosztów związanych z ustanowieniem dodatkowego zabezpieczenia, jak również może powodować znaczne obciążenie finansowe dla wykonawcy, przekładające się na utrudnienie w dostępie do zamówienia publicznego.

Następnie nie można pominąć, iż zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c., inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (głównym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę. W myśl § 5 art. 647¹ k.c., przepisy § 1-4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy. Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne (art. 647¹ § 6 k.c.). W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014 r. V ACa 746/13 „Przepis art. 647[1] KC ma charakter regulacji bezwzględnie obowiązującej, gdyż zgodnie z § 6 tego przepisu odmienne postanowienia umów, o których w nim mowa, są nieważne. Powyższe oznacza, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek innej regulacji kwestii przepisem tym regulowanych. Stąd wszelkie postanowienia umowne wprowadzające odmienne zasady od wyrażonych w art. 647[1] § 5 KC czy to wyłączające odpowiedzialność solidarną inwestora,

czy też ją modyfikujące, ograniczające są nieważne." Skoro zatem inwestor (zamawiający) odpowiada solidarnie za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych, to za niedopuszczalne należy uznać zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia zamawiającemu zabezpieczenia do pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane.

Ponadto wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp w art. 465 regulują kwestię, w której wykonawca uchyla się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Zamawiający, w takiej sytuacji dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Dodatkowo należy zauważyć, że wynagrodzenie wypłacane podwykonawcy przez zamawiającego obejmuje tylko należność główną, bez odsetek (arg. z art. 465 ust. 3 ustawy Pzp). W rezultacie dokonania bezpośredniej zapłaty zamawiający dokona potrącenia kwoty wypłaconej bezpośrednio podwykonawcy z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy. W sytuacji, gdy zamawiający będzie zmuszony wielokrotnie dokonywać bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat opiewać będzie na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostało prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Podsumowując powyższe wskazać należy, iż przewidziane przez Zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia na pokrycie ewentualnych ryzyk związanych z uchybieniami wykonawcy w zakresie obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom o wartości równej zakresowi wartości umów podwykonawczych narusza art. 449 ust. 2, art. 452 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z KC w zw. z art. 8 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu usunięcie postanowień § 10 ust. 4 - 7 projektu umowy.

Za zasadny Izba uznała zarzut zawarty w punkcie 4. petitum odwołania polegający na naruszeniu art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy w okolicznościach, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności w warunkach § 16 ust. 1 pkt j projektu umowy.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. W myśl art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Istotą sporu w zakresie ww. zarzutu była ocena prawidłowości zastrzeżenia na rzecz Zamawiającego zapłaty kary umownej w sytuacji przewidzianej w § 16 ust. 1 lit. j projektu umowy za okoliczności niezawinione przez wykonawcę (przyczyny niezależne od Zamawiającego).

W ocenie Izby analiza stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie prowadzi do wniosku, iż nie było sporu między Stronami postępowania odwoławczego, iż instytucja kary umownej powiązana jest z zasadą zawinienia strony, od której kara jest dochodzona. Ponadto Zamawiający przyznał, że przewidziana w § 16 ust. 1 lit. j projektu umowy kara nie została zastrzeżona jako klauzula o charakterze gwarancyjnym. Rację miał jednak Odwołujący, iż projektowane postanowienie umowne przewidywało możliwość obciążenia wykonawcy karą umowną za okoliczności przez wykonawcę niezawinione. Skoro zatem poza sporem było to, że karą umowną można obciążyć dłużnika za działania przez niego zawinione, a projektowane postanowienie umowne nie odzwierciedla stanowiska Zamawiającego, to zdaniem Izby brzmienie § 16 ust. 1 lit. j projektu umowy należało zmienić w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych.

Wobec powyższego Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut i nakazała Zamawiającemu zmianę § 16 ust. 1 lit. j projektu umowy w taki sposób, aby przewidywał obciążenie wykonawcy karą umowną za okoliczności, za które odpowiada wykonawca.

Za niezasadny Izba uznała zarzut, o którym mowa w punkcie 5. petitum odwołania polegający na naruszeniu art. 433 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem w warunkach określonych w § 16 ust. 1 pkt I projektu umowy.

Stosownie do treści art. 433 pkt 2 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W § 16 ust. 1 lit. I projektu umowy Zamawiający przewidział, że obciąży wykonawcę karę umowną w przypadku nieopracowania lub nieuzgodnienia harmonogramu lub harmonogramu skróconego lub jego zmiany oraz w sytuacji zwłoki w jego dostarczeniu lub dostarczeniu zmienionego harmonogramu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby zastrzeżone kary umowne nie były co najmniej pośrednio związane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy harmonogram rzeczowo - finansowy stanowił kluczowy dokument dla wykonania przedmiotu umowy, co potwierdza w szczególności brzmienie § 3 ust. 2 i 3 projektu umowy. Jak wynika z ww. postanowień umowy, dokument ten ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy, ponieważ ma obrazować wymagane w danym okresie postępy w realizacji robót, do których zobowiązał się wykonawca. Co więcej, w ust. 3 paragrafu 3 Zamawiający wskazał, że nieprzedłożenie przez wykonawcę na 7 dni przed datą zawarcia umowy harmonogramu będzie traktowane jako uchylanie się od zawarcia umowy. Dalej wskazać należy, iż ww. dokument stanowi także podstawę dla rozliczeń częściowych stron. Ponadto jak argumentował Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą, przedmiotowy dokument ma także istotne znaczenie dla skoordynowania prac objętych przedmiotowym zamówieniem z pozostałymi inwestycjami prowadzonymi na terenie garnizonu, w tym prowadzonymi przez NATO oraz armię amerykańską. Jednocześnie jak wyjaśnił Zamawiający, przedmiot umowy obejmuje nie tylko wykonanie robót budowlanych w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale także szereg prac i czynności towarzyszących, np. czynności odbioru i związane z nimi sporządzenie protokołu jak i dokumentacji powykonawczej, czy też czynności przekazania placu robót. Tym samym nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego jakoby zwłoka w sporządzeniu harmonogramu czy też jego aktualizacji pozostawała w oderwaniu od przedmiotu umowy lub jej prawidłowego wykonania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zastrzeżone w § 16 ust. 1 lit. I projektu umowy kary umowne nie naruszały art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut zawarty w punkcie 6. petitum odwołania polegający na naruszeniu art. 353¹ k.c., art. 483 k.c. § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych (50 % wartości wynagrodzenia) w sposób rażąco wygórowany - w warunkach określonych w § 16 ust. 7 projektu umowy.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, obligatoryjnym elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca w powyższym przepisie nie określił górnej granicy wysokości kar umownych.

Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, że podniesiony zarzut nie został uzasadniony. Odwołujący w istocie w zakresie przedmiotowego zarzutu poprzestał na stwierdzeniu, że ustanowiony przez Zamawiającego łączny limit kar umownych na poziomie 50% wynagrodzenia jest rażąco wygórowany.

Odwołujący się Wykonawca nie wyjaśnił dlaczego oczekuje obniżenia limitu kar umownych do poziomu 20%. Wykonawca nie dokonał przy tym żadnej analizy przedmiotowego kontraktu, tylko niejako automatycznie uznał przewidziany przez Zamawiającego limit kar umownych za rażąco zawyżony. Wskazać również należy, iż brak jest po stronie wykonawcy przeszkód w odpowiednim skalkulowaniu ceny oferty, w sytuacji gdy zamawiający wskazuje w postanowieniach umowy łączną maksymalną wysokość kar umownych.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie został przez Izbę uwzględniony.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W niniejszej sprawie Odwołujący zawarł 5 zarzutów (bez zarzutów wycofanych). Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. oraz 4. petitum odwołania i oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 2/5 i Odwołującego w części 3/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 27 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (20 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 16 320 zł (27 200 zł x 3/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 280 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: