

Sygn. akt: KIO 4194/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Teatr Muzyczny w Poznaniu, ul. Niezłomnych 1e, 61-894 Poznań,**
przy udziale uczestnika po stronie odwołującego, tj. wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk,**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr I, II, IV, V, VI i VII,
 2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**
 3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4194/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Teatr Muzyczny w Poznaniu, ul. Niezłomnych 1e, 61-894 Poznań, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej pn. „Budowa nowej siedziby Teatru Muzycznego w Poznaniu”, numer referencyjny: TM.ZP/252-01/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.10.2024 r., nr 212/2024 660552-2024.

W dniu 12.11.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Dekpol Budownictwo sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I.art. 16 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 651 KC przez wprowadzenie do treści SWZ (pkt 3.7 Opisu przedmiotu zamówienia) oraz wzoru umowy (§ 3 ust. 7) postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym wynikający z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek Zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na złożenie oferty, które skutkują przerzuceniem na wykonawców odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w tym ryzyk związanych z nieprawidłowym i niepełnym opisem przedmiotu zamówienia, poprzez zobowiązanie wykonawców do „dogłębnego przestudiowania i przeanalizowania dokumentów składających się na Umowę”, a także uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich ryzyk zidentyfikowanych w toku wizji lokalnej oraz w związku z wykonanymi badaniami wibroakustycznymi, pod rygorem braku możliwości powoływania się przez wykonawców w toku realizacji inwestycji na okoliczności, które możliwe były do zidentyfikowania wskutek przeprowadzonej wizji lub ww. badań (np. dodatkowe koszty lub czas), co na etapie wykonania zamówienia może nawet uniemożliwić stosowanie art. 651 KC,

II.art. 16 pkt 3 w zw. z art. 5 i 353¹ KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez ustanowienie w § 20 ust. 3 lit. d wzoru umowy obowiązku usunięcia przez wykonawcę wad istotnych stwierdzonych podczas czynności odbiorowych przekazywanych opracowań w terminie ściśle określonym 14 dni, bez możliwości ustalenia terminu na usunięcie tych wad w sposób adekwatny do czasochłonności usunięcia poszczególnych wad, co stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego do formułowania postanowień umowy oraz przekracza granice swobody umów,

III.art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 5 i 353¹ KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez określenie w:

- a) § 22 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy w wysokości 15% całkowitego

wynagrodzenia netto,

b) § 22 ust. 6 wzoru umowy maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie 25% całkowitego wynagrodzenia netto,

c) § 23 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy prawa Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy osiągnięty zostanie limit kar umownych wynoszący 15% wynagrodzenia netto,

a tym samym określenie kar i ich maksymalnego limitu w sposób rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz potencjalnej szkody, którą może ponieść Zamawiający, naruszające równowagę stron umowy i stanowiące nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego oraz przekroczenie zasady swobody umów,

IV. art. 16 pkt 3 w zw. z art. 431 i art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w z art. 472, art. 5 i 353¹ KC stosowanymi na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie uwzględnienia w § 28 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy okoliczności określonych w § 5 ust. 11 pkt 5 wzoru umowy jako dających podstawę do zmiany wynagrodzenia wykonawcy, co prowadzi do przerzucenia na wykonawców ryzyka finansowego z tytułu wystąpienia przyczyn, o których mowa w § 5 ust. 11 pkt 5, a które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania ofert, i stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażące uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego,

V. art. 16 pkt 3 i art. 433 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC przez wprowadzenie do wzoru umowy (§ 25 ust. 2 pkt 3 i ust. 3) postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym wynikający z art. 433 pkt 3 PZP zakaz przerzucania na wykonawców odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca – w ramach wykonania prac projektowych wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia – sporządził opracowania i modyfikacje utworów podmiotów trzecich (Atelier Loegler Architekci Sp. z o.o.), podczas gdy w takiej sytuacji (gdy opracowania i modyfikacje mają być dokonane na zlecenie Zamawiającego), to Zamawiający ma obowiązek zapewnić wykonawcom prawną możliwość wykonania zamówienia, w tym ponieść wszelkie ryzyko naruszenia, na skutek wykonania prac stanowiących przedmiot zamówienia, praw autorskich autorów dokumentacji projektowej załączonej do SWZ - co jednocześnie narusza równowagę stron umowy i stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego oraz przekroczenie zasady swobody umów,

VI. art. 16 pkt 1 oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganych od wykonawcy prac projektowych, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, co prowadzi do naruszenia wynikającego z art. 99 ust. 1 PZP obowiązku Zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na złożenie oferty, a także prowadzi do nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez brak możliwości złożenia porównywalnych ofert,

VII. art. 138 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustanowienie zbyt krótkiego terminu składania ofert, podczas, gdy charakter zamówienia i poziom skomplikowania przygotowania ofert uzasadnia zastosowanie dłuższego terminu, co narusza zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący podniósł, co następuje.

„13. Zamawiający w § 22 ust. 6 Umowy wskazał, że *„Suma wszystkich kar umownych, których na podstawie Umowy może żądać Zamawiający (z wyłączeniem kary o jakiej mowa w § 22 ust. 1 pkt. 4 Umowy), nie może przekroczyć po ich kumulacji 15% wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy. Suma wszystkich kar umownych jakich może żądać Zamawiający na podstawie Umowy nie może przekroczyć po ich kumulacji 25% wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy”*.

14. Ponadto Zamawiający w:

a. § 22 ust. 1 pkt 4 Umowy przewidział, iż Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej *„z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 15% Wynagrodzenia netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy”*;

b. w § 23 ust. 2 pkt 7 Umowy przewidział, że *„może odstąpić od Umowy (...) gdy na Wykonawcę nałożony zostanie limit kar umownych o jakim mowa w Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. ust. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. Umowy wynoszący 15% wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. ust. Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania. Umowy”*.

15. Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, iż przepisy PZP nie wskazują na jakim poziomie ma być ustalony limit kar umownych oraz wysokość poszczególnych kar umownych. Niemniej jednak Odwołujący podnosi, że odrębne określanie limitu kar umownych za naruszenia postanowień umowy, w tym zwłokę wykonawcy (czyli za jej nienależyte wykonanie) oraz za naruszenia postanowień umowy i odstąpienie od umowy (czyli jej niewykonanie), a także określenie kary

umownej za odstąpienie od umowy na poziomie 15% wynagrodzenia netto jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem określania odszkodowania w postaci kar umownych i celem określania limitu kar, jakich mogą dochodzić strony umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe stanowi o nadużyciu prawa przez Zamawiającego, a samą wysokość limitu kar umownych (określonego na poziomie 25%), jak i wysokość kary za odstąpienie od umowy czyni rażąco wygórowaną i naruszającą zasadę proporcjonalności, wyrażoną w art. 16 pkt 3 PZP.

16. Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, kary umowne, jako surogat odszkodowania, a zatem również maksymalna wysokość kar, których mogą dochodzić strony umowy, nie mogą być określane w oderwaniu od zasady proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP), tj. nieadekwatnie do wielkości zamówienia czy też potencjalnej szkody, jaką może ponieść zamawiający w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Kary umowne, jak i ich maksymalna wysokość w szczególności nie mogą prowadzić do zarobkowania przez Zamawiającego na karach umownych.

17. Ponadto kary umowne nie mogą służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Dlatego też określenie poziomu limitu możliwych do dochodzenia kar nie jest swobodnym uprawnieniem zamawiającego. W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy. Ukształtowanie kar na zbyt wysokim, nieadekwatnym poziomie stanowi jednoznacznie nadużycie pozycji Zamawiającego jako autora wzoru umowy oraz narusza zasadę swobody umów.

18. Odwołujący podkreśla, że uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku nałożenia na wykonawcę kar do limitu 15% oraz wpisana w limit 25% możliwość naliczenia dodatkowych 10% za odstąpienie od umowy w sposób rażąco narusza równowagę stron umowy i świadczy o nadużyciu pozycji dominującej przez Zamawiającego. W takim przypadku wykonawca zostanie podwójnie ukarany w łącznie rażącej wysokości (raz za nienależyte wykonanie umowy, drugi za jej niewykonanie - w następstwie odstąpienia od umowy po nałożeniu kar do limitu 15%), a naliczone kary zostaną bezprawnie zdublowane. (...) 19. Odwołujący podnosi, że limit 25% kar oraz kara w wysokości 15% wynagrodzenia netto za odstąpienie od umowy są rażąco wygórowane. Przypomnieć należy, że kwota którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (w poprzednim postępowaniu obejmującym ten sam przedmiot zamówienia i tak istotnie niższa od cen złożonych ofert) wynosiła 280 000, 00 zł. Przy proporcjonalnym do tej kwoty obliczeniu wysokości kary umownej za odstąpienie okazuje się, że kara ta może wynieść potencjalnie 42 000 000,00, a limit kar umownych aż 70 000 000,00. Bez względu na wartości kar (jakkolwiek uzależnione będą od wartości wynagrodzenia, to powyższe obliczenia pokazują jednak rząd wielkości) pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że kara za odstąpienie od umowy i limit kar określony w wysokości 25% zostały ustalone na poziomie rażąco wygórowanym, czyniąc prawo do korzystania z naliczania kar aż do określonego na tak wygórowanym poziomie limitu (25% wynagrodzenia) sprzecznym nie tylko z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, ale też z zasadami współżycia społecznego.

20. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż Zamawiający zabezpieczył swoje interesy zastrzegając w § 22 ust. 4 Umowy prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości poniesionej szkody, co również uzasadnia określenie jednego limitu kar umownych do 15% wartości wynagrodzenia netto oraz obniżenie kary umownej za odstąpienie od Umowy do 10%.

21. Dodatkowo zauważyć należy, że interes Zamawiającego związany z uprawnieniem do odstąpienia od umowy w sytuacji znacznej zwłoki w realizacji zamówienia zabezpieczony jest nie tylko przepisami kodeksu cywilnego (art. 635 KC), ale również postanowieniem § 23 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy, w którym Zamawiający zastrzegł prawo do odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy wystąpi zawinione przez Wykonawcę przekroczenie któregośkolwiek z terminów określonych w § 5 ust. 1 pkt 1, pkt 6-7 i ust. 2 pkt 1-5 wzoru umowy o więcej niż 60 dni kalendarzowych. Postanowienia te zabezpieczają Zamawiającego przed konsekwencjami nadmiernych, zawinionych przez wykonawcę opóźnień w realizacji zamówienia, umożliwiając podjęcie działań w celu minimalizacji strat, bez konieczności zastrzegania prawa do odstąpienia od umowy po przekroczeniu limitu kar w wysokości 15% i podwyższenia w takim przypadku limitu kar do 25%.

22. Ponadto, zastrzeżenie limitu kar na tak wysokim poziomie przy jednoczesnym zastrzeżeniu kar umownych, do których zapłaty zobowiązany byłby Zamawiający narusza obowiązek wynikający z art. 436 pkt 3 PZP (przepis ten zobowiązuje zamawiającego do określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony) oraz zasadę równowagi stron umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

a. zmiany § 22 ust. 1 pkt 4 Umowy i nadanie mu brzmienia:

(...) z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 10% Wynagrodzenia netto

ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy

b. usunięcia w § 22 ust. 6 Umowy następujących postanowień:

Suma wszystkich kar umownych, których na podstawie Umowy może żądać Zamawiający (z wyłączeniem kary o jakiej mowa w § 22 ust. 1 pkt. 4 Umowy), nie może przekroczyć po ich kumulacji 15 % wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy.

~~Suma wszystkich kar umownych jakich może żądać Zamawiający na podstawie Umowy nie może przekroczyć po ich kumulacji 25% wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust.1 Umowy.~~

c. usunięcia pkt 7 z § 23 ust. 2 Umowy."

Wykonawca Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 25.11.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, jednocześnie informując o dokonanych zmianach w dokumentach zamówienia.

W trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nr I, II, IV, V, VI i VII. W tym zakresie postępowanie odwoławcze zostało zatem umorzone na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr III, który podlegał rozpoznaniu, Strony na rozprawie podtrzymały swoje stanowiska (Przystępujący nie stawiał się).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Zgodnie z 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.

Zgodnie z 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.

Zgodnie z § 22 ust. 1 pkt 4 projektu umowy: Zamawiający ma prawo do naliczenia, a Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego następujących kar umownych: z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy – w wysokości 15% Wynagrodzenia netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy.

Zgodnie z § 22 ust. 6 projektu umowy: Suma wszystkich kar umownych, których na podstawie Umowy może żądać Zamawiający (z wyłączeniem kary o jakiej mowa w § 22 ust. 1 pkt. 4 Umowy), nie może przekroczyć po ich kumulacji 15 % wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy. Suma wszystkich kar umownych jakich może żądać Zamawiający na podstawie Umowy nie może przekroczyć po ich kumulacji 25% wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust.1 Umowy.

Zgodnie z § 23 ust. 2 pkt 2 i 7 projektu umowy: Bez wpływu na uprawnienia, o których mowa ust. 1 powyżej, Zamawiający może odstąpić od Umowy:

7) gdy na Wykonawcę nałożony zostanie limit kar umownych o jakim mowa w § 22 ust. 6 Umowy wynoszący 15% wynagrodzenia ryczałtowego netto ustalonego w § 11 ust. 1 Umowy.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował o dokonaniu zmiany w § 22 ust. 6 projektu umowy w zdaniu drugim poprzez obniżenie limitu wszystkich kar umownych, jakich może żądać na podstawie umowy, do 20%.

Z ww. postanowień projektu umowy wynika zatem, że:

- limit kar umownych, z wyłączeniem kary za odstąpienie, wynosi 15% wynagrodzenia netto (§ 22 ust. 6 zdanie pierwsze projektu umowy),
- kara za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, również wynosi 15% wynagrodzenia netto (§ 22 ust. 1 pkt 4 projektu umowy),
- możliwość odstąpienia od umowy przez Zamawiającego występuje także wtedy, gdy suma kar nałożonych na wykonawcę osiągnie 15% wynagrodzenia netto (§ 23 ust. 2 pkt 7 projektu umowy),
- limit wszystkich kar, nawet z uwzględnieniem kary za odstąpienie, wynosi 20% (§ 22 ust. 6 zdanie drugie projektu umowy po zmianie).

Oznacza to, że w przypadku ziszczenia się jednocześnie dwóch zdarzeń: kumulacji różnych kar umownych do limitu

15% oraz odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, za co również przewidziana jest kara 15%, teoretycznie Zamawiający mógłby nałożyć karę łączną w wysokości 30%, ale w rzeczywistości ta kara łączna nie będzie mogła przekroczyć 20% (przed zmianą projektu umowy – 25%). Innymi słowy: do łącznej wartości kar za różne przewinienia w wysokości 15%, za samo odstąpienie od umowy Zamawiający będzie mógł „doliczyć” jedynie 5%, żeby nie przekroczyć limitu wskazanego w zdaniu drugim § 22 ust. 6 projektu umowy po zmianie - w wysokości 20%.

Przechodząc do analizy ww. postanowień umownych, przede wszystkim należy zauważyć, że zapłata kary umownej stanowi automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Kara umowna co do zasady zastępuje zatem odszkodowanie, a ponadto pełni rolę motywacyjną i represyjną. Izba podziela przy tym stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym wysokość kar umownych powinna być dostosowana do specyfiki danego zamówienia. Należy jednak zauważyć, że jak wynika z dowodu złożonego na rozprawie, w unieważnionym poprzednio postępowaniu kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia podstawowego (bez opcji) wynosiła 344 400 000 zł brutto, czyli 280 000 000 zł netto, a ceny dwóch złożonych ofert wynosiły 390 332 636,61 zł brutto (ok. 317 mln zł netto) i 462 289 968,76 zł brutto (ok. 376 mln zł netto) za zamówienie podstawowe, zatem z pewnością wartość tego zamówienia nie jest mała. W dodatku z uwagi na konieczność zamontowania infrastruktury scenicznej oraz zapewnienia odpowiedniej akustyki obiektu jest to również zamówienie specjalistyczne, nie zaś typowe, powtarzalne zamówienie na roboty budowlane, jakich wykonuje się wiele na rynku. Tym samym nie można stwierdzić, aby wysokość kar umownych była w tym wypadku oderwana od specyfiki zamówienia.

Izba przy tym rozumie, że kara umowna w wysokości 20% (górny limit po zmianie § 22 ust. 6 projektu umowy) oznacza konieczność zapłacenia przez wykonawcę kary w wysokości co najmniej 56 mln zł (odnosząc to do kwoty netto przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w unieważnionym postępowaniu), co jest kwotą niebagatelną, ale jest to jednocześnie kwota wynikająca z takiej a nie innej wartości zamówienia. Zamawiający ponosi duże ryzyka związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem tego zamówienia i muszą być one zabezpieczone w postaci m.in. odpowiednich kar umownych. Przy czym kara za odstąpienie w wysokości 15% wynagrodzenia netto, czy limit wszystkich kar w wysokości 20% nie jest niespotykany czy wyjątkowo wysoki na rynku zamówień i w tym wypadku z uwagi na specyfikę zamówienia nie jest też nieadekwatny. Na marginesie należy też dodać, że wyższy limit w tym zakresie nie był przez Odwołującego i innych wykonawców kwestionowany w poprzednio unieważnionym postępowaniu.

Izba stwierdziła także, że zasadnym jest, aby w przypadku konieczności nałożenia na wykonawcę kar umownych w łącznej wysokości 15% za zwłokę i różnego rodzaju inne uchybienia (np. niezachowanie warunków bhp lub przeciwpożarowych, skierowanie do wykonania Umowy osoby zatrudnionej niezgodnie z przepisami, brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom) Zamawiający miał także możliwość odstąpienia od umowy i nałożenia w związku z tym dodatkowo 5% kary za odstąpienie (do limitu 20%). Działania lub zaniechania wykonawcy, które skutkują naliczeniem kar umownych w łącznej wysokości 15% wynagrodzenia netto, mogą bowiem wskazywać na to, że wykonawca generalnie nie radzi sobie z realizacją inwestycji i dalsze pozwolenie mu na jej kontynuowanie stwarzałoby ryzyko kolejnych problemów na budowie. Zwłaszcza, że po osiągnięciu limitu 15% kar, bez żadnych dodatkowych sankcji (poza dochodzeniem odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli wielkość szkody przekraczałaby wysokość kar) Zamawiający nie miałby już żadnego instrumentu motywującego wykonawcę do należytego wykonywania zamówienia. Dlatego sankcja w postaci możliwości odstąpienia od umowy przewidziana w § 23 ust. 2 pkt 7 projektu umowy jest, zdaniem Izby, zasadna. Należy przy tym podkreślić, że nie jest ona nakładana automatycznie, gdyż Zamawiający wskazał, że: *„W przypadkach określonych w pkt 1-7) powyżej, Zamawiający może odstąpić od Umowy pod warunkiem uprzedniego pisemnego wezwania Wykonawcy do wykonania naruszonego obowiązku Wykonawcy i wyznaczenia mu dodatkowego terminu, nie krótszego niż 7 dni roboczych, ze wskazaniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu, Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia do Umowy”*.

Trudno też uznać, aby wyznaczając ww. wysokości kar Zamawiający miał na nich zarabiać. Odwołujący nie wykazał, aby niemożliwe było poniesienie przez Zamawiającego szkody odpowiadającej wysokości tych kar i okoliczności sprawy również nie wskazują na takie zagrożenie. Ponadto wskazanie w projekcie umowy, że Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych lub limitów określonych w § 22 ust. 1 i ust. 6, nie wyłącza innych możliwości zabezpieczenia interesów Zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonywania umowy, choćby ze względu na czasochłonność procedury uzyskiwania odszkodowania na drodze sądowej.

Biorąc zatem pod uwagę wartość i specyfikę niniejszego zamówienia, wysokość kar nieodbiegającą co do zasady od standardów rynkowych, brak automatyzmu w odstąpieniu od umowy w przypadku § 23 ust. 2 pkt 7 oraz funkcję kary umownej: nie tylko kompensacyjną i represyjną, ale przede wszystkim motywującą, Izba stwierdziła, że zarzut nr III nie jest zasadny. W szczególności Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kc,

skoro łączna maksymalna wysokość kar umownych nie została ustalona w sposób sprzeczny z właściwością stosunku prawnego, z zasadami współżycia społecznego oraz ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy, zwłaszcza gdy i tak uwzględnił on szereg żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca