

WYROK
z dnia 20 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”),

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 petitum odwołania w związku z ich wycofaniem przez Odwołującego.
2. Uwzględnia częściowo zarzut nr 1 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie takiej zmiany górnego limitu kar umownych wskazanego w § 19 ust. 4 Wzoru Umowy (dalej: „Umowa”), w wyniku której nie zostanie przekroczony poziom 30 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy i w konsekwencji ustalenie limitu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia wskazanego w § 19 ust. 1 pkt 6) Umowy oraz wysokości kary umownej za odstąpienie od Umowy, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 9) Umowy w sposób uwzględniający określony limit sumy kar umownych.
3. Uwzględnia zarzut nr 2 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowienia zawartego w § 17 ust. 18 Umowy w taki sposób, aby możliwe było zidentyfikowanie przypadków, w których termin gwarancji rozpoczyna bieg na nowo, a w których termin ten ulega odpowiedniemu przedłużeniu.
4. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
5. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2, i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 620,00 zł (słownie: sześćset dwadzieścia złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę.
 - 5.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 690,00 zł (słownie: cztery tysiące sześćset dziesięćdziesiąt złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający” lub „UMK”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji pod nazwą: „Rozbudowa oraz remont budynków dydaktycznych przy ul. Świętojańskiej 20 w Bydgoszczy” (Numer referencyjny postępowania: AKDR.261.13.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 25 września 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00411954/01.

2 października 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Budimex”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm., dalej: „k.c.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy (Załącznik nr 3 do SWZ, dalej: „Umowa”) kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. w zw. z art. 581 § 1 i 2 k.c. poprzez wprowadzenie w ramach Umowy postanowienia uprawniającego do nielimitowanego przedłużania okresu gwarancji przedmiotu umowy niezależnie od elementu podlegającego naprawie oraz możliwości korzystania z przedmiotu umowy przez Zamawiającego, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;
- 3) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w przerzuceniu na wykonawców ryzyk realizacyjnych związanych z wystąpieniem sytuacji niezawinionych przez wykonawcę wpływających na założenia harmonogramu realizacji, zobowiązujących wykonawców do

uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, nawet nie mających oparcia w udostępnionym opisie przedmiotu zamówienia czy istniejących na dzień złożenia oferty normach i rozporządzeniach;

- 4) art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień warunkujących zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od przekazania nazbyt rozbudowanych dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, utrudniających prowadzenie robót i zapewnienie ich ciągłości, przy jednoczesnym braku precyzyjnego wskazania, iż chodzi o wykazanie uregulowania wynagrodzenia wymagalnego w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze, które to wykazanie musi nastąpić w odniesieniu do drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania tj. poprzez:

- 1) Usunięcie treści § 19 ust. 1 pkt 10) Umowy, tj. rezygnację z naliczania kary umownej za „każdy przypadek niedopełnienia obowiązku, do którego wykonawca był zobowiązany” ewentualnie nadanie mu następującego brzmienia: „każdy przypadek niedopełnienia obowiązku, do którego Wykonawca był zobowiązany Umową, w wysokości 0,05 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust 1 Umowy. Podstawą do naliczenia kary będzie pisemne oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego, w przypadku, gdy Wykonawca pomimo pisemnego wezwania do dopełnienia obowiązku wynikającego z zapisów Umowy, nie wykona zaleceń tego wezwania w wyznaczonym terminie”.
- 2) Nadanie treści § 19 ust. 1 pkt 2)- 6), 8)-9) i 11) Umowy następującego brzmienia:
 - „2) każdy przypadek nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany w wysokości 500,00 zł;
 - 3) każdy przypadek nieprzedłożenia poświadczony z zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 500,00 zł;
 - 4) każdy przypadek braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 500,00 zł;
 - 5) każdy przypadek przedłożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę umowy o podwykonawstwo niezgodnej z zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem umowy w wysokości 500,00 zł;
 - 6) zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia w wysokości 0,1 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego w § 5 ust. 1 pkt 3) Umowy do dnia protokolarnego odbioru końcowego; kara umowna za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia nie może przekroczyć 10 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
 - 8) zwłokę w usunięciu wszelkich wad stwierdzonych przy odbiorze, w okresie gwarancji lub w okresie rękojmi w wysokości 0,02 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia odbioru usunięcia wady; kara umowna za zwłokę w usunięciu danej wady nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
 - 9) odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 15% wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
 - 11) każdy przypadek nieprzedłożenia przez Wykonawcę w terminie określonym w § 10 ust. 1 lub 3 Umowy potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii polisy ubezpieczeniowej w wysokości 0,1% wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy.
- 3) Nadanie treści § 19 ust. 4 Umowy następującego brzmienia: „Łączna suma kar, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, nie może przekroczyć 15 % wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 15 ust. 1 Umowy”.
- 4) Nadanie § 17 ust. 18 Umowy przykładowo następującej treści: „Jeżeli Wykonawca usunął zidentyfikowaną wadę poprzez przeprowadzenie istotnych napraw lub dostarczenie zamiast rzeczy wadliwej rzeczy wolnej od wad, co uniemożliwiło korzystanie z danego elementu, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili usunięcia wad. W innych przypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas w ciągu, którego wskutek wady przedmiotu zamówienia objętego gwarancją Zamawiający nie mógł z tego przedmiotu zamówienia korzystać”.
- 5) Nadanie § 5 ust. 8 Umowy następującego brzmienia: „Jeżeli na skutek zaistnienia okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę, w tym takich okoliczności, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu, miałyby nastąpić zmiany Harmonogramu, Wykonawca powinien powiadomić o tym Zamawiającego. Wszelkie propozycje Wykonawcy wprowadzenia zmian Harmonogramu muszą być należycie uzasadnione i zaakceptowane przez Zamawiającego. Zmiany powyższe, w zakresie w jakim wynikają z wystąpienia okoliczności, których Wykonawca nie mógł przewidzieć na etapie składania ofert w oparciu o dokumentację udostępnioną przez Zamawiającego, mogą stanowić podstawę do zwiększenia Wynagrodzenia, o którym mowa w § 15 ust. 1 Umowy oraz zmianę terminu wykonania przedmiotu zamówienia określonego w ust. 1 pkt 3) niniejszego paragrafu”.
- 6) Nadanie § 16 ust. 5 Umowy następującego brzmienia: „W przypadku wykonania części przedmiotu zamówienia objętego daną fakturą/rachunkiem za pomocą podwykonawców lub dalszych podwykonawców do faktury/rachunku (począwszy od drugiej/ drugiego) Wykonawca załącza:
 - 1) zestawienie tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców ze wskazaniem zawartych umów dotyczących robót/dostaw/usług oraz wynagrodzeń wynikających z tych umów,
 - 2) oświadczenie tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców o uregulowaniu wymagalnych wynagrodzeń za wykonanie umów wskazanych w zestawieniu,
 - 3) potwierdzone za zgodność z oryginałem kserokopie faktur/rachunków wystawionych przez tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców;
 - 4) dowody zapłaty wymagalnych wynagrodzeń za wykonanie umów wskazanych w zestawieniu.

Wykonawca jest zobowiązany do zawierania umów podwykonawczych w sposób umożliwiający rozliczenie robót wykonanych przez podwykonawców (dalszych podwykonawców) odrębnie dla każdego etapu”.
Uzasadniając zarzuty odwołania tytułem uwag ogólnych Budimex wskazał, że biorąc pod uwagę fakt, iż zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że UMK jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Odwołujący podkreślił, że treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej UMK uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby

realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (zob. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r. o sygn. akt IV Ca 508/05). Budimex wskazał, że postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2014 r. o sygn. akt KIO 2949/13). Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, swobodę umów ograniczają m.in.: zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ k.c.) i tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. Budimex podniósł, że o naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Odwołujący wskazał, że tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. akt IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinno również podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również wykonawcy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2011 r. o sygn. akt KIO 1910/11 i KIO 1918/11).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kar umownych i ustalonego limitu ich wysokości Budimex podniósł, że w przypadku kary umownej zdefiniowanej w § 19 ust. 1 pkt 10) Umowy, UMK posłużył się, jako podstawą jej naliczenia, niedookreśloną kategorią „każdy przypadek niedopełnienia obowiązku, do którego Wykonawca był zobowiązany Umową”, co stoi w rażącej sprzeczności z treścią art. 473 § 1 k.c. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią tego przepisu „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”. Co za tym idzie, jeśli strony zdecydowałyby się na rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, o którym mowa w art. 473 § 1 k.c., to zgodnie z jego treścią, co potwierdza też stanowisko Sądu Najwyższego, muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne – niż wynikające z ustawy – okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r. o sygn. akt I CSK 748/12), w przeciwnym razie taka kara umowna nie jest skutecznie zastrzeżona. Budimex podniósł, że konieczność wskazania konkretnego katalogu przyczyn sankcjonowania dłużnika dla skuteczności rozszerzenia jego odpowiedzialności ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby bowiem w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala tak treść art. 473 k.c. (w przepisie bowiem mowa wprost o „oznaczonych okolicznościach”), jak i ogólne zasady dotyczące chociażby swobody umów i zakazu nadużywania prawa podmiotowego. Odwołujący zaznaczył, że za niezasadnością i nagannością wprowadzania do umowy tego typu postanowień jasno wypowiada się również Krajowa Izba Odwoławcza, podkreślając, że niejednoznaczne określanie podstaw naliczania kar umownych wypacza sens umowy, wymagając koncentracji wykonawcy na okolicznościach nie będących jej podstawowym celem, obligując do niepotrzebnego dokumentowania pobocznych zdarzeń i kalkulacji nieznanego ryzyka wynikającego z możliwej dowolności interpretacyjnej przyjmowanej przez zamawiających w toku realizacji umowy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2574/18). Budimex podkreślił, że w przedmiotowym przypadku, niezasadność takiego postanowienia jest tym większa jeśli uwzględnić wysokość projektowanej kary umownej określonej na poziomie 0,5% łącznego wynagrodzenia umownego brutto. Powyższe oznacza, że z tytułu niedookreślonych zdarzeń, które UMK w sposób dowolny na etapie realizacji zamówienia zakwalifikować może jako „niedopełnienie obowiązku”, wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność mogącą oscylować, uwzględniając przewidywaną wartość zamówienia, w granicach 75 000,00 zł. Zdaniem Odwołującego tak określony pułap wysokości kary umownej, za niedookreślenie uchybienie ze strony wykonawcy, wydaje się nadmiernym, generując ryzyko sankcjonowania znaczną karą umowną za nieznane przewinienie realizacyjne. Determinuje to konieczność wkalkulowania tego rodzaju ryzyka bezpośrednio w cenę ofertową. Budimex wskazał, że wobec zupełnej dowolności interpretacyjnej sformułowania „niedopełnienia obowiązków” tego rodzaju kalkulacja siłą rzeczy musiałaby mieć jednak charakter spekulacyjny, generując całkowitą nieporównywalność złożonych ofert i niwecząc rzeczywisty cel postępowania, w ramach którego Zamawiający dążyć powinien do wyboru oferty, co do której płaci dokładnie za to, co ma być przedmiotem świadczenia.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że kary umowne określone w § 19 Umowy mają charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u UMK, tylko zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Budimex podkreślił, że w piśmie z dnia 28 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2574/18 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie”. W ocenie Budimex rażąco wygórowany charakter kar umownych zdefiniowanych w § 19 Umowy potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę przez UMK. Odwołujący podniósł, że praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny zostać uwzględnione podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań oraz zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na wykonawców.

Odnosząc się do kar umownych zdefiniowanych w § 19 ust. 1 pkt 2) – 5) Umowy Odwołujący wskazał, że wspólnym mianownikiem tych kar umownych jest powiązanie podstawy ich naliczenia z ewentualnymi nieprawidłowościami występującymi na linii wykonawca – podwykonawca, w tym związanymi z treścią zawieranych

umów podwykonawczych. Za wszelkie tego rodzaju przewinienia Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 0,5 % całkowitego wynagrodzenia umownego za każdy jednostkowy przypadek. Budimex podkreślił, że rażąco wygórowany charakter wskazanych kar umownych wynika już z samej konstrukcji wyliczenia wartości danej kary umownej, która dotycząc ewentualnych uchybień związanych z treścią umów podwykonawczych i ich zgłaszaniem UMK, odnosi się jednocześnie do wynagrodzenia należnego wykonawcy. Budimex zauważył, że prowadzi to do sytuacji, w której przykładowo za brak dostosowania treści umowy o podwykonawstwo o bagatelnej wartości w zakresie terminu zapłaty (§ 19 ust. 1 pkt 4) Umowy, wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność zupełnie niewspółmierną do rangi tego przewinienia – kara umowna obliczana byłaby bowiem w takiej sytuacji nie od wartości umowy podwykonawczej, której dotyczy przewinienie, a od wartości całego wynagrodzenia wykonawcy (wynosząc przy symulacji rachunkowej przeprowadzonej przez Odwołującego około 75 000,00 zł za każdy taki przypadek). Zdaniem Budimex rażąco wygórowany charakter tych kar potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, w których to zamawiający za tego typu przewinienia przewidywali kary umowne bądź w zryczałtowanej wysokości bądź odnoszące się do wartości danej umowy podwykonawczej.

W zakresie kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 6) Umowy Odwołujący podkreślił, że jakkolwiek nie neguje, iż terminowość wykonania inwestycji stanowi jeden z podstawowych aspektów jej realizacji i zasadnie zabezpieczona jest karą umowną na rzecz Zamawiającego, to nie sposób uznać aby wysokość kary proponowana obecnie z tego tytułu miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców. Zdaniem Budimex pułapy kar proponowane przez UMK zupełnie abstrahują przy tym od realiów rynkowych, w ramach których publiczni zamawiający przy inwestycjach o zbliżonej skali i wartości za zwłokę w realizacji zamówienia standardowo przyjmują karę umowną na poziomie około 0,05 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Odnosnie kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad określonej w § 19 ust. 1 pkt 8) Umowy Odwołujący podtrzymał argumentację zaprezentowaną w przedmiocie kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 6) Umowy. Dodatkowo Budimex zaakcentował konieczność jeszcze dalej idącej modyfikacji postanowień umownych w tym zakresie, gdyż dotyczą one przewinienia o relatywnie mniejszej wadze niż uchybienie terminowi realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy, publiczni zamawiający standardowo przewidują kary niższe niż dotyczące zwłoki w terminowym wykonaniu umowy kontraktu, przewidując kary umowne na poziomie nawet około 0,02 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Nadto w ramach postanowienia § 19 ust. 1 pkt 9) Umowy UMK przewidział karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 40 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący podniósł, że nie neguje, iż odstąpienie od umowy jako element niweczący cel podpisanej umowy stanowi sytuację niekorzystną dla Zamawiającego, która wymaga zabezpieczenia jego interesów, o tyle finansowe konsekwencje nałożone z tego tytułu na wykonawców nie mogą być nadmierne, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że przyczyny i konsekwencje odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego generują standardowo po stronie wykonawców zdecydowanie dalej idące konsekwencje, wykraczające ponad samo naliczenie kary umownej. Budimex podkreślił, że standardowo za tego rodzaju przewinienie, publiczni zamawiający przewidują karę umowną oscylującą w granicach 10 % wynagrodzenia należnego wykonawcy, co wskazuje na „rynkowe” uznawanie takiego poziomu sankcji za adekwatny i proporcjonalny.

Odnosząc się do kary umownej uregulowanej w § 19 ust. 1 pkt 11) Umowy Odwołujący zaznaczył, że UMK za każdy przypadek nieprzedstawienia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii polisy ubezpieczeniowej przewidział karę umowną w wysokości 0,5 % wynagrodzenia całkowitego (a więc około 75 000,00 zł). W ocenie Budimex podstawa naliczenia omawianej kary umownej bez wątpliwości dotyczy więc „pobocznych” zobowiązań umownych, nie wpływających na podstawowe obowiązki wykonawcy i nie zabezpieczających nadrzędnego celu realizacji zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że rażąco wygórowany charakter omawianej kary umownej potwierdza analiza innych analogicznych postępowań.

Niezależnie od powyższego, Budimex podniósł, że UMK w ramach § 19 ust. 4 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie 100 %, wprowadzając dodatkowy limit dla kar umownych z tytułu zwłoki w realizacji zamówienia na poziomie 30 %. Odwołujący zaznaczył, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, iż wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25 września 2019 r. o sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40 % należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie przyjmuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r. o sygn. akt V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku – przy uwzględnieniu postulatów podnoszonych przez Odwołującego – winna wynosić 15 %.

Budimex zwrócił uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy (np. limit kar umownych na poziomie 10 % przy tożsamer wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy). Zdaniem Odwołującego, wprowadzenie łącznego limitu kar na poziomie 100 %, stanowi w istocie obejście regulacji art. 436 pkt 3) ustawy Pzp, w żaden sposób nie ograniczając odpowiedzialności nałożonej na wykonawcę, co stanowiło wszak uzasadnienie dla nowelizacji ustawy Pzp w tym zakresie, dążącej do pewnego wypośrodkowania interesów każdej ze stron umowy realizowanej w reżimie zamówień publicznych. Budimex podniósł, że w przedmiotowym przypadku, ustalenie łącznego limitu kar na poziomie 100 % przy jednoczesnym zastrzeżeniu możliwości dochodzenia odszkodowania przewyższającego ten limit stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez UMK, determinując, że wykonawcy dostrzegając jakiegokolwiek problemy podczas realizacji, mogą zdecydować o zejściu z placu budowy, które relatywnie może się „bardziej” opłacać niż kontynuowanie naliczania kar mogących konsumować całość ich wynagrodzenia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 petitum odwołania Budimex wskazał, że mając na względzie brzmienie § 17 ust. 18 Umowy, zgodnie z założeniem Zamawiającego rozpoczęcie na nowo biegu terminu gwarancji następowałoby niejako automatycznie bez badania okoliczności dotyczących charakteru wady, zastosowanego sposobu naprawy i możliwości

korzystania z danego elementu przez UMK, co w konsekwencji powodowałoby dla wykonawców nadmierną i niewspółmierną dolegliwość. W ocenie Budimex zgłoszenie jakiegokolwiek, najbardziej nawet błażej wady, w świetle tak ukształtowanego postanowienia odnawiałoby bowiem termin obowiązywania gwarancji, doprowadzając do jego wydłużania w sposób zupełnie dowolny i nieograniczony. Odwołujący podniósł, że Zamawiający przewidział co prawda w zdaniu drugim postanowienia § 17 ust. 18 Umowy zbiór „innych przypadków”, które powodowałyby jedynie wydłużenie okresu gwarancji, niemniej wobec braku zdefiniowania „wad” i sposobu ich naprawy, które w jego założeniu determinować mają rozpoczęcie biegu gwarancji na nowo (do których to UMK nawiązuje w zdaniu pierwszym wspomnianego wyżej postanowienia), przewidziana przez Zamawiającego alternatywa jest w istocie pustym zbiorem, nie gwarantującym wykonawcom pewności co do podjęcia określonych działań. Budimex zaznaczył, że z uwagi na podobieństwo zobowiązań wynikających z gwarancji przy sprzedaży oraz z gwarancji jakości obiektu, których udzielanie jest dopuszczalne przede wszystkim w świetle zasady swobody umów, oraz z uwagi na brak odrębnych regulacji gwarancji jakości obiektu uzasadnione jest stosowanie do niej per analogiam przepisów o gwarancji przy sprzedaży, o ile jest to możliwe w świetle treści gwarancji jakości obiektu. Odwołujący podniósł, że postanowienie wprowadzone przez UMK jest sprzeczne z istotą stosunku gwarancji i jako takie pozostaje niedopuszczalne na gruncie art. 581 k.c., który to przepis – zgodnie z orzecznictwem – ma charakter bezwzględnie obowiązujący (tak np. wyrok Sądu Rejonowego w Toruniu z dnia 25 kwietnia 2019 r. o sygn. akt V GC 2040/18). Ustawodawca wyraźnie bowiem wyróżnia sytuację istotnych napraw i wymiany elementu na nowy od usuwania, wyłącznie z tą grupą przypadków wiążąc możliwość rozpoczęcia na nowo biegu terminu gwarancji. W przypadkach nieistotnych napraw wyłącznym uprawnieniem, które winno przysługiwać Zamawiającego jest z kolei ewentualne wydłużenie tego terminu i to tylko w sytuacji, w której z elementu poddawanego naprawie Zamawiający nie mógł korzystać. W ocenie Odwołującego zasadnym jest zmodyfikowanie postanowienia zawartego w § 17 ust. 18 Umowy, zgodnie z wytycznymi wynikającymi z treści art. 581 § 1 i 2 k.c. Jakkolwiek omawiana regulacja kodeksowa ma za zadanie ochronę kupującego, będąc dla niego uregulowaniem niezwykle korzystnym, to korzyści płynące ze wskazanej instytucji nie mogą uprzywilejowywać w sposób nieuzasadniony jednej ze stron, w sposób uniemożliwiający de facto drugiej stronie jakiegokolwiek oszacowanie kosztów związanych z obowiązkami gwarancyjnymi. W przedmiotowym przypadku jeśli okres gwarancyjny miałby rozpoczynać się względem danego elementu na nowo każdorazowo w sytuacji wystąpienia jakiegokolwiek wady i jej usuwania (co sugeruje pierwsze zdanie z § 17 ust. 18 Umowy), bez względu na to na czym polegała jej naprawa i czy w jakimkolwiek sposób ingerowała w możliwość korzystania z danego elementu przez UMK, to rzeczony okres gwarancyjny mógłby w istocie trwać w nieskończoność, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert.

Uzasadniając zarzut nr 3 petitum odwołania Budimex podniósł, że jak wynika z treści postanowienia § 5 ust. 8 Umowy, zgodnie z założeniami UMK, wykonawcy mieliby ponosić odpowiedzialność (finansową i terminową) za sytuację przez siebie niezawinione mogące mieć swoje źródło tak w okolicznościach niemożliwych do przewidzenia przez żadną ze stron, jak i w okolicznościach obciążających przykładowo Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w takiej sytuacji, w której wykonawcy mieliby ponosić wyłączną odpowiedzialność za sytuacje niemożliwe do przewidzenia, rozkład obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa. Trudno bowiem znaleźć uzasadnienie dla zasadności obciążania kosztami niezawinionych czy niemożliwych do przewidzenia sytuacji wpływających na harmonogram wykonywanych prac wyłącznie wykonawcy, który nie byłby źródłem zaistniałej sytuacji. Co więcej – w ocenie Budimex – obciążanie konsekwencjami takiego działania wykonawcy, w sytuacji, w której jego źródłem byłoby okoliczności leżące po stronie Zamawiającego (co również mieściłoby się w zakresie dyspozycji § 5 ust. 8 Umowy) kwalifikowałoby wręcz projektowane przez Zamawiającego postanowienie umowne jako klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że w konsekwencji, tak ukształtowane postanowienie umowne nie pozwalają wykonawcom na jakiegokolwiek oszacowanie ryzyk ofertowych związanych z ewentualnymi zmianami założeń harmonogramu realizacyjnego. Z uwagi na to, że każdy z wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może na zupełnie odmiennym poziomie, oferty bazujące na tak ukształtowanych postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne. Jest to z kolei sytuacja, nie tylko godząca w interesy wykonawców, ale i samego zamawiającego, który dbać powinien o prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Skoro natomiast wykonawcy zmuszani są do kalkulacji w ramach oferty ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów realizacyjnych, co zmusi UMK do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 petitum odwołania Budimex zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści § 16 ust. 5 Umowy posługuje się pojęciami odbiegającymi od wymagań ustawowych, nie precyzując zakresu płatności na rzecz podwykonawców, których uregulowanie winno być wykazane. UMK posługuje się bowiem sformułowaniem „wynagrodzenia” sugerującym odniesienie się do wszelkich „należności”, a więc włączeniem w ten zakres definicyjny również niewymagalnych płatności. Nadto Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie precyzuje, że zdefiniowane przez niego wymagania warunkujące uregulowanie płatności częściowych na rzecz wykonawcy mają dotyczyć drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty, tak jak wskazuje na to treść art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Zdaniem Budimex, mając na uwadze brzmienie wyżej wymienionego przepisu, UMK nie ma prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2014 r. o sygn. akt KIO/UZP 139/14, KIO/UZP 148/14, KIO/UZP 150/14 niepubl.). Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że zakres żądanych dowodów płatności na rzecz podwykonawców ma charakter zbyt rozbudowany, determinując, że, formalne kwestie obsługi kontraktowej paraliżować mogą płynną realizację zamówienia, wymagając zaangażowania znacznej ilości osób obsługujących kontrakt pod kątem formalnym. O ile, art. 447 ustawy Pzp, nie definiuje pojęcia dowodów płatności, pozostawiając Zamawiającemu w ich określaniu względną swobodę, o tyle jak każde postanowienie umowne i działanie Zamawiającego, podlegają one ocenie pod kątem proporcjonalności. W ocenie Odwołującego, „mnożenie” dokumentów, które miałyby być przedkładane przez wykonawców w tym zakresie, cech niezbędności i proporcjonalności nie posiadają, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że pewną praktyką rynkową jest ograniczanie się i koncentrowanie na jednym rodzaju dokumentu, który stanowiłby postawę płatności.

W złożonej pismem z dnia 15 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron 16 października 2023 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 3 i nr 4 petitum odwołania, natomiast podtrzymuje odwołanie w pozostałym zakresie tj. odnośnie zarzutów nr 1 i nr 2 petitum

odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poniżej Izba zacytuje wybrane postawienia Umowy, kwestionowane przez Odwołującego, a także postanowienia, na które skład orzekający powołuje się w dalszej części uzasadnienia niniejszego wyroku, w brzmieniu obowiązującym na dzień orzekania.

Zgodnie z § 3 Umowy (Obowiązki Wykonawcy):

„Do obowiązków Wykonawcy w szczególności należy:

- 1)uzyskanie, w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wszelkich uzgodnień pozwoleń, zezwoleń, decyzji i zgód niezbędnych dla wykonania Umowy w zakresie w jakim obowiązki te obciążają Wykonawcę zgodnie z dokumentacją projektową i STWiOR;
- 2)opracowanie „Planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia na budowie” przed dniem przekazania terenu budowy;
- 3)terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Umową, Specyfikacją Warunków Zamówienia, ofertą Wykonawcy, zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną, oraz innymi, obowiązującymi przepisami prawa i warunkami bezpieczeństwa;
- 4)pokrycie kosztów związanych z urządzeniem i organizacją zaplecza dla potrzeb budowy;
- 5)użytkowanie przekazanego przez Zamawiającego terenu prowadzonych robót zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności zabezpieczenie terenu przed osobami postronnymi oraz dbanie o stan techniczny i prawidłowość oznakowania przez cały czas trwania realizacji Umowy;
- 6)ochrona mienia zgromadzonego na terenie budowy przed zniszczeniem, kradzieżą lub utratą z innych przyczyn, począwszy od dnia protokolarnego przejęcia terenu prowadzenia robót;
- 7)zabezpieczenie środowiska na terenie prowadzenia robót i terenach przyległych przed niekorzystnym wpływem wykonywanych robót, w szczególności dla ograniczenia szkód i uciążliwości wynikłych z hałasu, zanieczyszczeń i innych niepożądanych działań;
- 8)utrzymanie terenu prowadzenia robót w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem dróg komunikacyjnych i przeciwpożarowych;
- 9)zapewnienie bezpiecznego korzystania z terenu przylegającego do terenu prowadzenia robót, tak by realizacja przedmiotu zamówienia w żadnym stopniu nie utrudniała funkcjonowania budynku przy ul. Świętojańskiej 20 w Bydgoszczy;
- 10)przejęcie odpowiedzialności za szkody wynikłe na terenie prowadzenia robót, w szczególności za:
 - a)szkody i następstwa nieszczęśliwych wypadków dotyczących pracowników Wykonawcy oraz osób trzecich przebywających na terenie prowadzonych robót,
 - b)szkody wynikające ze zniszczeń oraz innych zdarzeń w odniesieniu do robót, obiektów, materiałów, sprzętu i innego mienia ruchomego związanego z prowadzeniem robót podczas realizacji przedmiotu zamówienia;
- 11)prawidłowa koordynacja robót wszystkich branż;
- 12)staranne planowanie i uzgadnianie realizacji uciążliwych robót z wyznaczonym przedstawicielem Zamawiającego;
- 13)zapewnienie kierownictwa, siły roboczej, materiałów, sprzętu i innych urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia;
- 14)nadzór i przestrzeganie przepisów bhp oraz przepisów przeciwpożarowych;
- 15)niezwłoczne powiadamianie Zamawiającego o wszelkich okolicznościach ujawnionych w toku robót, które mogą mieć wpływ na terminową i zgodną z dokumentacją projektową oraz wiedzą techniczną realizację przedmiotu zamówienia;
- 16)bieżące informowanie Zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych w terminie 14 dni roboczych od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania;
- 17)uczestniczenie we wszystkich Radach Budowy zwoływanych przez Zamawiającego, dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia;
- 18)prowadzenie systematycznych prac porządkowych w czasie realizacji robót;
- 19)zabezpieczenie zdemontowanych materiałów i urządzeń w sposób niezagrażający życiu i zdrowiu pracowników i osób trzecich;
- 20)zapewnienie sukcesywnego wywozu odpadów i śmieci na swój koszt;
- 21)wnioskowanie o zatwierdzenie materiałów, urządzeń i wyposażenia;
- 22)utrzymanie w należytej sprawności oznakowania i zabezpieczenia terenu prowadzenia robót, a także w trakcie prowadzenia robót – zabezpieczenie i uniemożliwienie dostępu na teren prac osobom postronnym;
- 23)prowadzenie robót budowlanych ze szczególną ostrożnością, zachowaniem przepisów BHP oraz przepisów przeciwpożarowych, poszanowaniem mienia, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz obowiązującymi wymaganiami prawa budowlanego;
- 24)zorganizowania robót budowlanych w sposób nienarażający osób trzecich na niebezpieczeństwa i uciążliwości wynikające z prowadzonych robót, z jednoczesnym zastosowaniem szczególnych środków ostrożności;
- 25)niezwłoczne informowanie Zamawiającego o problemach technicznych lub okolicznościach, które mogą wpłynąć na jakość robót lub termin zakończenia robót;
- 26)wykonania robót tymczasowych, które mogą być potrzebne do wykonania robót podstawowych;
- 27)współpraca w trakcie realizacji robót budowlanych z przedstawicielami Zamawiającego;

- 28)uwzględnianie wytycznych Zamawiającego;
- 29)przerwanie robót budowlanych na żądanie Zamawiającego oraz zabezpieczenia wykonanych robót przed ich zniszczeniem;
- 30) tymczasowa przebudowa urządzeń obcych, w uzgodnieniu z Zamawiającym;
- 31)przedkładanie Zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;
- 32)przedkładanie Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;
- 33)uporządkowanie terenu prowadzenia robót każdego dnia po zakończeniu robót;
- 34)uporządkowanie terenu prowadzenia robót po wykonanych robotach w terminie nie późniejszym niż termin odbioru końcowego;
- 35)uporządkowanie terenu prowadzenia robót oraz terenów przyległych, zajętych lub użytkowanych przez Wykonawcę, łącznie z przywróceniem stanu pierwotnego terenów zielonych i naprawą ciągów komunikacyjnych;
- 36)przygotowanie dokumentów do odbioru końcowego;
- 37)zgłoszenie przedmiotu zamówienia do odbiorów, uczestnictwa w czynnościach odbioru, zapewnienia usunięcia stwierdzonych wad;
- 38)serwisowanie wszelkich urządzeń, wyposażenia lub sprzętu wraz z instalacjami do czasu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia;
- 39)uzyskanie wszystkich odbiorów i uzgodnień koniecznych do użytkowania obiektu;
- 40)dokonanie walidacji potwierdzających jakość wykonania instalacji, urządzeń i wytworzonych w trakcie budowy procesów produkcyjnych (np. proces dezynfekcji, mycia i sterylizacji). W szczególności należy zwalidować klasę czystości pomieszczeń, o ile wykonane były w podwyższonej klasie czystości, układów wentylacji, układów zasilania, sieci komputerowych, ppoż. itp.;
- 41)opracowanie wszelkich wymaganych prawem niezbędnych do prawidłowej eksploatacji i użytkowania przedmiotu zamówienia instrukcji, w tym: instrukcji bezpieczeństwa pożarowego (IBP), scenariusza pożarowego – scenariusz rozwoju zdarzeń w czasie pożaru, instrukcji eksploatacji i użytkowania obiektu;
- 42)wykonanie wszelkich opracowań, specyfikacji, ekspertyz i analiz oraz związanych z nimi uzgodnień wynikających z przepisów prawa lub wymaganych przez właściwe organy administracji lub też wymaganych w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia nawet w przypadku braku prawnego obowiązku ich sporządzenia;
- 43)wykonanie – przez 24 miesiące od daty odbioru końcowego – serwisu, wymaganych dokumentacją techniczną przeglądów technicznych i konserwacji urządzeń, wyposażenia lub sprzętu wraz z instalacjami, o których mowa w dokumentacji projektowej, dostarczonych i wbudowanych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wraz z wymianą niezbędnych elementów eksploatacyjnych, w terminach wskazanych lub wymaganych przez producenta urządzenia, wyposażenia lub sprzętu, jak też na każdy wniosek Zamawiającego w przypadku, gdy wniosek taki jest skutkiem niezrealizowania obowiązku przez Wykonawcę;
- 44)opracowanie i przekazania Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej wraz z dokumentami pozwalającymi na ocenę prawidłowego wykonania robót;
- 45)usuwanie usterek i wad stwierdzonych w czasie realizacji robót, podczas odbioru końcowego oraz ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji”.
- W myśl § 15 ust. 1 Umowy (Wynagrodzenie): „Za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie: zł netto plus należny podatek VAT w wysokości zł, co stanowi kwotę brutto zł (słownie:).”
- Stosownie do brzmienia § 17 ust. 18 Umowy (Odpowiedzialność za wady): „W przypadku usunięcia przez Wykonawcę wady lub wykonania wadliwej części robót budowlanych na nowo, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili wykonania tych robót budowlanych lub usunięcia wad. W innych przypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas w ciągu, którego wskutek wady przedmiotu zamówienia objętego gwarancją Zamawiający nie mógł z tego przedmiotu zamówienia korzystać”.
- Zgodnie z § 19 Umowy (Kary umowne):
- „1. Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych za:
- 1)każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w wysokości 500,00 zł;
- 2)każdy przypadek nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany w wysokości 0,5% wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 3)każdy przypadek nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 4)każdy przypadek braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 5)każdy przypadek przedłożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę umowy o podwykonawstwo niezgodnej z zaakceptowanym przez Zamawiającego projektem umowy w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 6)zwlókę w wykonaniu przedmiotu zamówienia w wysokości 0,2 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego w § 5 ust. 1 pkt 3) Umowy do dnia protokolarnego odbioru końcowego; kara umowna za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia nie może przekroczyć 30 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 7)zwlókę w dostarczeniu Zamawiającemu do akceptacji harmonogramu rzeczowo – finansowego – w wysokości 500,00 zł za każdy dzień zwłoki;
- 8)zwlókę w usunięciu każdej wady stwierdzonej przy odbiorze, w okresie gwarancji lub w okresie rękojmi w wysokości 0,2 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wady do dnia odbioru usunięcia wady; kara umowna za zwłokę w usunięciu danej wady nie może przekroczyć 10 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 9)odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 40 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;
- 10)każdy przypadek niedopełnienia obowiązku, do którego Wykonawca był zobowiązany Umową, w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy. Postawą do naliczenia kary będzie pisemne oświadczenie inspektora

nadzoru inwestorskiego, w przypadku, gdy Wykonawca pomimo pisemnego wezwania do dopełnienia obowiązku wynikającego z zapisów Umowy, nie wykona zaleceń tego wezwania w wyznaczonym terminie;

11)każdy przypadek nieprzedłożenia przez Wykonawcę w terminie określonym w § 10 ust. 1 lub 3 Umowy potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii polisy ubezpieczeniowej w wysokości 0,5 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy;

12)każdy przypadek niedopełnienia obowiązku w zakresie zatrudnienia pracowników wykonujących czynności, o których mowa w § 2 ust. 1 Umowy na podstawie umowy o pracę;

a)za nieprzedłożenie oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 2 Umowy lub kopii umów o pracę,

b)za przedłożenie kopii umów o pracę w liczbie mniejszej niż wynikająca z oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 2 Umowy,

w wysokości kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (obowiązujących w chwili stwierdzenia przez Zamawiającego niedopełnienia przez Wykonawcę wymogu zatrudniania pracowników wykonujących czynności, o których mowa w § 2 ust. 1 Umowy, na podstawie umowy o pracę).

2.Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

3.Zamawiający może według własnego uznania, na podstawie noty księgowej, żądać zapłaty kar umownych, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu albo potrącić je z należnego wynagrodzenia Wykonawcy.

4.Łączna suma kar, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, nie może przekroczyć 100 % wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 15 ust. 1 Umowy".

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 i nr 4 petitum odwołania w związku z ich wycofaniem przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”. Z kolei stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania (...)”. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał Odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że Odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już zarzutów nr 3 i nr 4 petitum odwołania, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem Odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie częściowo w zakresie zarzut nr 1 petitum odwołania oraz odnośnie zarzutu nr 2 petitum odwołania. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z 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.

Stosownie do 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 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

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

Art. 5 k.c. stanowi: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnione nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Stosownie do 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 współzycia społecznego”.

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”.

Art. 483 k.c. stanowi:

„§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej”.

Zgodnie z art. 484 § 1 k.c.:

„§ 1. 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.

§ 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”.

Stosownie do art. 581 k.c.:

„§ 1. Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.

§ 2. W innych wypadkach termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego skutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej korzystać”.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania określonych przepisami ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp „Odwołanie zawiera: (...) 7) wskazanie

czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności; (...)"

Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w wyżej wymienionym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20).

Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22). Tym samym rozszerzenie na etapie rozprawy przez Odwołującego zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne powoduje de facto podniesienie nowych zarzutów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1027/22).

Nadto skład orzekający wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień SWZ, w tym umowy o udzielenie zamówienia publicznego, powinien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Dlatego też tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym – ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. (por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 26 sierpnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 1987/21 oraz z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20).

Przechodząc do rozpoznawania zarzutu nr 1 petitum odwołania Izba stwierdziła, że podlegał on częściowemu uwzględnieniu. W ocenie składu orzekającego argumentacja Budimex dotycząca ustalenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100 % wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy okazała się zasadna. Należy zauważyć, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 436 pkt 3) ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna określać „łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony” tj. zawierać postanowienia dotyczące limitu wszelkich kar umownych, które zostały określone w umowie. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w doktrynie „Określanie limitu kar umownych służy przede wszystkim umożliwieniu oszacowania wykonawcom ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy oraz równoważeniu interesów stron umowy (...) W uzasadnieniu projektu PZP wskazano m.in., że „Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego” (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 82)” (tak: M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023). Należy zgodzić się z UMK, że definitywnie ustawodawca nie zdecydował się na ustalenie górnego limitu sumy kar umownych, pozostawiając tę kwestię zamawiającemu, jednak – w ocenie Izby – nie oznacza to, iż Zamawiający ma nieograniczoną swobodę w określaniu łącznej maksymalnej wysokości kar umownych. Podkreślenia bowiem wymaga, że kary umowne, jak i określenie ich limitu, nie mogą służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, lecz powinny spełniać przede wszystkim funkcję odszkodowawczą i dyscyplinującą. Ponadto nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. o sygn. akt: I CSK 484/06). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażane jest stanowisko, zgodnie z którym nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawiają wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2574/18). W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie nieproporcjonalnym w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia, ewentualnego ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Kary umowne i ich limit powinny przyczyniać się do prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z zobowiązaniem wykonawcy, a więc służyć osiągnięciu celu udzielenia zamówienia. Powinny być odczuwalne, ale nie rażąco wygórowane czy zastrzegane na poziomie, który mógłby powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 3451/22; M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023). Podobne stanowisko zostało również wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”), który wskazał, że „Ustalając

górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surrogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy (...); Oznacza to, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, które przewiduje w umowie zamawiający, musi zostać już określona w projektowanych postanowieniach umowy, tak aby przystępujący do postępowania wykonawcy mogli ocenić zakres, skalę i podstawę do wycenienia ryzyka (...)” (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 1175-1176). W konsekwencji zatem obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym wprowadzonych kar umownych, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2020 r. o sygn. akt KIO 2652/20). Izba podziela w całości pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 22 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2327/23, w którym stwierdzono: „(...) ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100 % wynagrodzenia netto wykonawcy należy w ocenie Izby uznać za nadużycie przez zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz działanie sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (art. 353¹ KC) (...); (...) należy zauważyć, że ułatwienie Zamawiającemu dochodzenia odszkodowania nie powinno skutkować tym, że wykonawca będzie obowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w wysokości zbliżonej do wynagrodzenia za realizację umowy w sytuacji, gdy szkoda Zamawiającemu będzie znacznie mniejsza. Oczywiście Zamawiający powinien być uprawniony do uzyskania pełnego pokrycia szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jednakże temu służy instytucja uregulowana w art. 484 § 1 zd. 2 KC (tzw. kara zaliczalna). Na podstawie tego przepisu możliwe jest dokonanie w umowie zastrzeżenia, zgodnie z którym wierzyciel uprawniony jest do dochodzenia, obok kary umownej, odszkodowania uzupełniającego do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody (...)”. Skład orzekający w tej sprawie przyjmuje przywołane stanowisko za własne i wskazuje, że w niniejszym Postępowaniu, UMK również skorzystał z uprawnienia do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych (§ 19 ust. 2 Umowy).

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne Izba stwierdziła, że obecne brzmienie postanowienia § 19 ust. 4 Umowy narusza równowagę stron Umowy i wymusza na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji pozwala na przyjęcie, że narusza ono zasadę proporcjonalności określoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, o których stanowi przepis art. 353¹ k.c. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem wyrażanym w doktrynie na tle art. 353¹ k.c. szczególnie istotne znaczenie dla wyznaczenia granic swobody kontraktowej mają te zasady współzycia społecznego, które nawiązują do koncepcji tzw. słuszności kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy, przestrzegania zasad lojalnego, opartego na zaufaniu postępowania wobec kontrahenta także w fazie kształtowania treści umowy czy naruszenia pozycji osoby znajdującej się w słabszej pozycji kontraktowej (zob. m.in.: K. Osajda [w:] K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz., Warszawa 2023 oraz M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰, Warszawa 2020). Ustalenie przez UMK łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100 % wynagrodzenia umownego niewątpliwie może powodować, iż w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert bądź też wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co spowoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. Podanie limitu sumy kar umownych co do zasady powinno pomagać wykonawcom oszacować ryzyka, jednak im są wyższe, tym bardziej windują ceny. Zamawiający muszą zatem liczyć się z tym, że ustanowienie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych na zbyt wysokim poziomie znajdzie odzwierciedlenie w cenach ofertowych. Dodatkowo należy podkreślić, że Zamawiający poprzez zastrzeżenie wielu różnych kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zamówienia bądź niedopełnienia szeregu obowiązków przez wykonawcę, których łączną maksymalną wysokość określono na poziomie 100 % wynagrodzenia umownego, de facto zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia. Jednocześnie trudno sobie wyobrazić, aby wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 40 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy (stan na dzień orzekania), w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż UMK całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. Nie można bowiem wykluczyć, że dla wykonawcy korzystniejsze będzie wycofanie się w ogóle z realizacji robót, niż ich dalsza realizacja w obliczu nieustająco narastającej wysokości naliczonych kar umownych z tytułu nienależytej realizacji przedsięwzięcia lub niedopełnienia innych obowiązków umownych. Mając na względzie przywołane okoliczności oraz bierne stanowisko Zamawiającego w zakresie przedmiotowego zarzutu, który ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż przepisy ustawy Pzp nie określają górnego limitu kar umownych pozostawiając zamawiającym pełną swobodę w tym zakresie, Izba doszła do przekonania, że zasadne jest określenie realnego limitu sumy kar umownych, który pozwoli wykonawcom zainteresowanym udziałem w Postępowaniu na prawidłowe skalkulowanie ryzyk w cenach ofert. W związku z powyższym skład orzekający nakazał Zamawiającemu dokonanie takiej zmiany górnego limitu kar umownych, w wyniku której nie zostanie przekroczony poziom 30 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy. Izba kierowała się w tej kwestii zasadami doświadczenia życiowego i uznała, że tak ustalony limit w sposób należyty zabezpieczy interesy obu stron umowy. Izba wzięła pod uwagę, że „w praktyce udzielania zamówień publicznych wartość ta wynosi na ogół od 10 % wynagrodzenia netto – 30 % wynagrodzenia brutto wykonawcy. Wskazuje się, że określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji (tak np. w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, wyd. II Warszawa 2023, kom. do art. 436 ustawy Pzp)” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2327/23). Izba dostrzegła również, że w trakcie prac nad projektem zmian do nowego

Prawa zamówień publicznych proponowano, aby łączna wysokość kar umownych nie mogła przekroczyć 20 % wartości netto umowy, jednak ostatecznie ustawodawca nie zdecydował się na ustalenie górnego limitu kar umownych. W związku z tym, że zarzut dotyczący łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony znalazł swoje potwierdzenie Izba postanowiła nakazać UMK zmianę postanowień Umowy poprzez obniżenie określonej wartości, jednakże w sposób nie do końca zgodny z treścią żądania zawartego w odwołaniu. Zauważenia bowiem wymaga, że Budimex domagał się ustalenia limitu kar umownych, o którym mowa w § 19 ust. 4 Umowy w konkretnej wysokości tj. 15 % wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 15 ust. 1 Umowy. Należy jednak zaznaczyć, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 554 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści, stąd skład orzekający – biorąc pod uwagę brak możliwości orzeczenia zgodnie z żądaniem odwołania – wskazał przyczynę konieczności wprowadzenia zmiany w zakresie górnego limitu sumy kar umownych oraz wytyczne w tym zakresie. Izba pozostawiła w tej kwestii swobodę Zamawiającemu wskazując wyłącznie, że określony limit nie może przekroczyć poziomu 30 % wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 15 ust. 1 Umowy. Po stronie UMK będzie więc leżała modyfikacja zapisu zgodnie z przedstawionymi wytycznymi. W związku z powyższym Izba w konsekwencji nakazała UMK ustalenie limitu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia wskazanego w § 19 ust. 1 pkt 6) Umowy oraz wysokości kary umownej za odstąpienie od Umowy, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 9) Umowy w sposób uwzględniający określony limit sumy kar umownych. Należy bowiem zauważyć, że na dzień orzekania, wartości te wynoszą odpowiednio 30 % i 40 % wynagrodzenia określonego w § 15 ust. 1 Umowy. Na obecną chwilę widoczne jest zatem w szczególności, iż wysokość kary umownej za odstąpienie od Umowy przekracza wskazany przez Izbę maksymalny możliwy poziom limitu sumy kar umownych, co jednak nie może się ostać. W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że wysokość kary umownej za odstąpienie powinna być ustalana w powiązaniu z łączną maksymalną wysokością kar umownych, jakich strony mogą dochodzić na podstawie umowy tj. na poziomie, który nie przekroczy określonego limitu sum kar umownych.

Odnosząc się z kolei do wartości kwestionowanych jednostkowych kar umownych, które stanowią odrębny zakres zarzutu nr 1 petitum odwołania, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone kary umowne są rażąco wygórowane, nieadekwatne i nieproporcjonalne do rodzaju oraz wartości przedmiotowego zamówienia. Budimex twierdził, że kary umowne określone w § 19 ust. 1 pkt 2)-6), 8) i 10)-11) Umowy są zbyt restrykcyjne i nie powinny funkcjonować w okolicznościach niniejszej sprawy, jednak nawet nie próbował wyjaśnić z jakich powodów uznaje wysokości wskazane w treści odwołania za adekwatne ani tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Odwołujący nie sprostował obowiązкови wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w przywołanym powyżej przepisie Budimex zobowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, gdyż nie zgadzał się z brzmieniem zapisów Umowy zaproponowanych przez Zamawiającego, i to jego rolą było wykazać, że postanowienia Umowy ukształtowane przez UMK naruszają przepisy ustawy Pzp oraz k.c. W myśl przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są bowiem obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontrydiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21). Należy podkreślić, że uzasadnienie zarzutu w zakresie jednostkowych kar umownych, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 2)-6), 8) i 10)-11) Umowy – pomimo że dość obszerne w swej treści – jest jednak pozbawione wieloaspektowej oceny. Odwołujący posługuje się wyłącznie ogólnymi sformułowaniami, które prowadzą do stwierdzenia, że rażąco wygórowany charakter kwestionowanych kar umownych potwierdzają inne postępowania prowadzone przez publicznych zamawiających. Izba podziela stanowisko wyrażone przez UMK, iż Budimex całkowicie dowolnie powołuje się w odwołaniu na postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których kary umowne za podobne lub „tożsame” przewinienia były niższe tj. przywołał wysokości kar umownych z takich postępowań, które mu odpowiadały, całkowicie abstrahując od celu, jaki dany zamawiający zamierzał osiągnąć projektując wysokość konkretnej kary umownej oraz jego dotychczasowe doświadczenia w realizacji inwestycji budowlanych. Istotnym jest również, że Odwołujący nie wskazał wartości tych zamówień, co uniemożliwia obiektywne porównanie wartości zastrzeganych kar umownych w kontekście konkretnych uchybień. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest stwierdzenie, że Budimex nie wykazał, iż jednostkowe kary umowne mają charakter rażąco wygórowanych tj. że istnieje nad wyraz istotna i dostrzegalna dla każdego obserwatora dysproporcja pomiędzy poniesioną szkodą a wysokością poszczególnych kar umownych. Skład orzekający uznał, że do uwzględnienia przedmiotowego zakresu zarzutu nr 1 petitum odwołania nie było wystarczające odwołanie się wrywkowo do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i nieoparte żadną argumentacją twierdzenie, że kwestionowane kary umowne są rażąco wygórowane.

Uzupełniając Izba wskazuje, że w przypadku kary umownej zdefiniowanej w § 19 ust. 1 pkt 10) Umowy Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym i prawnym zarzutu podniósł, iż Zamawiający posłużył się, jako podstawą naliczenia tej kary umownej, niedookreśloną kategorią „każdy przypadek niedopełnienia obowiązku, do którego Wykonawca był zobowiązany Umową”, co stoi w rażącej sprzeczności z treścią art. 473 § 1 k.c. Tym samym – w ocenie Budimex – niejednoznaczne określenie podstaw naliczania rzeczowej kary umownej wypacza sens umowy. Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że wysokość projektowanej kary umownej jest rażąco wygórowana, jednak nie wskazał przy tym żadnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby, że rzeczywiście obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne. Tymczasem w treści żądań odwołania Budimex wniósł o rezygnację z naliczania kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 10) Umowy ewentualnie obniżenie jej wysokości. Powyższe obrazuje pewną niekonsekwencję w zakresie postawionego zarzutu. Nie można bowiem przyjąć, że uzasadnienie faktyczne i prawne wskazanego zarzutu jest skorelowane z postawionymi żądaniem. Zatem już tylko ze względu na powyższe odwołanie w tej części nie zasługiwało na uwzględnienie. Niezależnie od powyższego należy jednak zauważyć, że twierdzenia Odwołującego, iż UMK posłużył się niedookreśloną kategorią przyczyn sankcjonowania wykonawców są chybione. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że – jak słusznie wskazał UMK w odpowiedzi na odwołanie – obowiązki wykonawcy zostały wyraźnie i szczegółowo określone w § 3 Umowy, a więc nie można podzielić stanowiska Budimex, iż Zamawiający definiując karę umowną, o której mowa w § 19 ust. 1 pkt 10) Umowy dopuścił do zupełnej dowolności interpretacyjnej sformułowania „każdy przypadek niedopełnienia obowiązku, do którego Wykonawca był zobowiązany Umową”. Co również istotne – jak wynika z brzmienia postanowienia § 19 ust. 1 pkt 10) Umowy – warunkiem nałożenia tej kary umownej będzie wezwanie wykonawcy do dopełnienia obowiązku umownego i niezadośćuczynienie temu obowiązкови przez wykonawcę. Podsumowując należy wskazać, że Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy jako profesjonalisty należytej

staranności i zrozumienia postanowień umownych. W ocenie Izby obowiązki wykonawcy zostały w Umowie wyczerpująco opisane, a zatem nie powinny sprawiać profesjonalnemu wykonawcy trudności w ich interpretacji.

Podobnie odnośnie zarzutu w zakresie kar umownych dotyczących relacji „wykonawca – podwykonawca”, o których mowa w § 19 ust. 1 pkt 2)-5) Umowy Odwołujący kwestionuje prawidłowość tych postanowień z uwagi na to, że kary umowne określone przez UMK obliczane będą nie od wartości umowy podwykonawczej, ale od wartości całego wynagrodzenia. Budimex stwierdził przy tym, że rażąco wygórowany charakter tych kar potwierdza analiza innych analogicznych postępowań, w których to zamawiający za tego typu przewinienia przewidywali kary umowne bądź w zryczałtowanej wysokości (200 zł, 500 zł, 2 000 i 5 000 zł – za każdy przypadek naruszenia) bądź odnoszące się do wartości danej umowy podwykonawczej. Tymczasem w treści żądań odwołania Budimex wskazał całkowicie dowolnie i nie do końca spójnie z uzasadnieniem faktycznym zarzutu na wartość 500 zł za każde naruszenie.

Analogicznie w zakresie pozostałych jednostkowych kar umownych wskazanych w § 19 ust. 1 pkt 6), 8) i 11) Umowy Odwołujący oparł się wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach, iż przywołane kary umowne mają charakter rażąco wygórowany, nie przedstawiając jednocześnie jakiegokolwiek dowodu dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Ponadto w przeważającej części zasadna okazała się argumentacja Budimex odnosząca się do zarzutu nr 2 petitum odwołania. Izba zauważa, że obecne brzmienie postanowienia § 17 ust. 18 Umowy narusza równowagę stron umowy i wymusza na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej. W kwestionowanym postanowieniu Umowy UMK założyło bowiem, że rozpoczęcie na nowo biegu terminu następowałoby niejako automatycznie bez badania okoliczności takich jak: charakter wady, zastosowany sposób naprawy i możliwość korzystania przez Zamawiającego z danego elementu, co w konsekwencji powodowałoby dla wykonawców nadmierną i niewspółmierną dolegliwość. Trafnie podniósł Budimex w uzasadnieniu odwołania, iż – w świetle tak ukształtowanego postanowienia – zgłoszenie jakiejkolwiek, nawet najbardziej błahszej wady, odnawiałoby bowiem termin obowiązywania gwarancji, doprowadzając do jego wydłużania w sposób zupełnie dowolny i nieograniczony. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Odwołującego, zgodnie z którym przewidziany w zdaniu drugim § 17 ust. 18 Umowy zbiór „innych przypadków”, które miałyby powodować jedynie wydłużenie okresu gwarancji – wobec braku sprecyzowania w zdaniu pierwszym skarżonego postanowienia przypadków, w których termin gwarancji będzie rozpoczynać bieg na nowo – w istocie stanowi pusty zbiór, który nie gwarantuje wykonawcom pewności co do podjęcia określonych działań. W tym miejscu należy zauważyć, że Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 lipca 2008 r. o sygn. akt III CZP 62/08, wyraził pogląd, zgodnie z którym okoliczność, iż ustawodawca nie przewidział gwarancji w innych typach umów zwłaszcza przy umowie o roboty budowlane oraz umowie o dzieło nie stoi na przeszkodzie udzieleniu gwarancji przez wykonawców robót lub przyjmujących zamówienia, na ogólnej zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.). W ocenie Sądu Najwyższego w takim przypadku przepisy gwarancji w umowach sprzedaży należy stosować w drodze analogii. Skład orzekający w tej sprawie dostrzegł, że w doktrynie i orzecznictwie sądów powszechnych istnieje spór w zakresie charakteru przepisu art. 581 k.c. (imperatywny i semiimperatywny), jednak – zdaniem Izby – nie przesądza to o bezzasadności postawionego zarzutu. Podkreślenia wymaga, że – jak słusznie podniósł Odwołujący podczas rozprawy – Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie de facto potwierdził, że jego intencją jest, aby przy jakiegokolwiek wadzie termin gwarancji biegł na nowo. UMK stwierdził, że podziela pogląd o semiimperatywności art. 581 k.c. ukształtował treść gwarancji w sposób odmienny niż przewidziany w tymże przepisie. Izba wskazuje, że UMK pominął jednak, iż obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności określona w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie Izby obecne brzmienie § 17 ust. 18 Umowy stanowi nadużycie przez Zamawiającego prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.). Sformułowane postanowienie de facto uniemożliwia bowiem drugiej stronie jakiejkolwiek oszacowanie kosztów związanych z obowiązkami gwarancyjnymi. Izba za trafną uznała argumentację wyrażoną w odwołaniu, iż w niniejszym przypadku jeśli okres gwarancyjny miałby rozpoczynać się względem danego elementu na nowo każdorazowo w sytuacji wystąpienia jakiejkolwiek wady i jej usuwania (co sugeruje zdanie pierwsze § 17 ust. 18 Umowy), bez względu na to na czym polegała jej naprawa i czy w jakikolwiek sposób ingerowała w możliwość korzystania z danego elementu przez Zamawiającego, to rzeczony okres gwarancyjny mógłby w istocie trwać w nieskończoność, powodując konsekwencje niewspółmierne do zidentyfikowanych wad, kreując tym samym zobowiązanie niemożliwe do oszacowania na obecnym etapie, prowadzące do nieporównywalności złożonych ofert. Mając na uwadze powyższe skład orzekający uznał za zasadne nakazanie UMK dokonania zmiany postanowienia § 17 ust. 18 Umowy. Izba kierując się dyspozycją przepisu art. 554 ust. 6 ustawy Pzp nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji kwestionowanego postanowienia umownego w taki sposób, aby możliwe było zidentyfikowanie przypadków, w których termin gwarancji rozpoczyna bieg na nowo, a w których termin ten ulega odpowiedniemu przedłużeniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego oraz Odwołującego po 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Budimex w wysokości 10 000,00 zł oraz koszty poniesione przez UMK tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 620,00 zł.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 690,00 zł. Kwota ta stanowi różnicę pomiędzy kwotą należną od UMK na rzecz Budimex w wysokości 5 000,00 zł, na którą składają się koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/2 wysokości wpisu od odwołania oraz kwotą, którą powinien był zwrócić Odwołujący na rzecz Zamawiającego w wysokości 310,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę (w wysokości 1/2).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....