Sygn. akt: KIO 2583/25 Warszawa, 05 sierpnia 2025 roku

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aneta Mlącka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2025 roku przez Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Politechnika Wrocławska (Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław)

przy udziale uczestników postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa),
- Duna Polska S.A. (ul. Opolska 110, 31-323 Kraków),
- Fintech Construction sp. z o.o. (ul. Poleczki 32, 02-822 Warszawa)

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem I.6 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. umarza postepowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem I.2 tiret 1, I.2 tiret 2, I.3, I.8 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem I.4 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany § 6 ust. 3 Wzoru Umowy w zakresie postanowień dotyczących zmiany wartości wynagrodzenia brutto, w przypadku zmiany podatku od towarów i usług VAT, uwzględniającej dyspozycję art. 437 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności poprzez dopuszczenie także możliwości podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy brutto w przypadku gdy podwyższeniu ulegnie stawka podatku VAT,
4. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
5. kosztami postępowania obciąża:

- Zamawiającego Politechnika Wrocławska (Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) w części 1/10,
- Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w części 9/10,

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków), kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 853 zł 30 gr (osiemset pięćdziesiąt trzy złote trzydzieści groszy) z tytułu dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę,

5.2. zasądza od Zamawiającego Politechnika Wrocławska (Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) na rzecz Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwotę 2000 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego w postaci 1/10 wpisu od odwołania,

5.3. zasądza od Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) na rzecz Zamawiającego Politechnika Wrocławska (Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) kwotę 3240 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście czterdzieści złotych zero groszy) z tytułu zwrotu 9/10 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 767 zł 97 gr (siedemset sześćdziesiąt siedem złotych dziewięćdziesiąt siedem groszy) z tytułu zwrotu 9/10 kosztów dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę,

5.4. zasądza od Zamawiającego Politechnika Wrocławska (Wybrzeże St. Wyspiańskiego 27, 50-370 Wrocław) na rzecz Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwotę 360 zł 00 gr (słownie: trzysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) z tytułu zwrotu 1/10 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

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 2583/25

UZASADNIENIE

Zamawiający Politechnika Wrocławska prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego - robota budowlana w trybie „zaprojektuj i wybuduj dla zadania pn. „Budowa I etapu budynku usługowego nauki - kampusu Politechniki Wrocławskiej pod potrzeby Centrum Zaufanych Systemów Informacyjnych i Telekomunikacyjnych wraz z wykonaniem

elementów infrastruktury technicznej i zagospodarowania terenu przy ul. Na Grobli we Wrocławiu."
Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr wydania: Dz.U. S: 110/2025 pod numerem 374048-2025.
Odwołujący STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1.1. naruszenie art. 436 pkt. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP, art. 8 ust. 1 PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w związku z art. 353^1 KC i art. 647 KC w zw. z art. 483 KC i art. 484 § 2 KCpoprzez wskazanie w § 20 ust. 6 Wzoru umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych, jakich zapłaty może żądać Zamawiający od Wykonawcy, tj. na poziomie 35% wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 Wzoru umowy (czyli wynagrodzenia za wykonanie całego przedmiotu umowy), co stanowi również ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn „nieleżących wyłącznie po stronie Zamawiającego" (w § 20 ust. 1 pkt 7) Wzoru umowy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest nieproporcjonalne oraz prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego;
1.2. naruszenie art. 436 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP i art. 8 PZP w zw. z art. 353^1 KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 483 ust. 1 KC i art. 473 § 1 KC i art. 433 pkt 1), 2) i 3) PZPpoprzez sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego poprzez:
1.2. tiret 1 wprowadzenie w § 20 ust. 1 pkt 1) i w § 20 ust. 1 pkt 2) Wzoru umowy rażąco wysokich kar umownych, jakich zapłaty może żądać Zamawiający od wykonawcy, tj. kar umownych za zwłokę w wykonaniu ETAPU I umowy (opracowanie projektu budowlanego) i ETAPU II umowy (opracowanie projektów wykonawczych) - na poziomie odstającym od realiów rynkowych - w zakresie:
a)wysokości ww. kar za każdy dzień zwłoki; oraz
b) w jakim limit tych kar ustanowiony przez Zamawiającego odnosi się do wartości wynagrodzenia za wykonanie całego przedmiotu umowy, a przez to jest rażąco wygórowany, tj. każda z kar może osiągnąć wysokość 30 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Wzoru umowy, w sytuacji gdy sam Zamawiający określił, że wynagrodzenie za ETAP I umowy nie może przekroczyć 0,90 % wynagrodzenia całkowitego, a za ETAP II - nie może przekroczyć 1,80 % wynagrodzenia całkowitego;
1.2. tiret 2 wprowadzenie do Wzoru umowy w § 20 ust. 1 pkt 4) rażąco wygórowanego limitu przedmiotowej kary umownej, tj. na poziomie 30 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Wzoru umowy, w sytuacji gdy ewentualne przewinienia, za które ta kara może być naliczona wykonawcy (z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania), są naruszeniami o mniejszym gatunkowo ciężarze, niż kara umowna za odstąpienie od umowy (niewykonanie zobowiązania), którą Zamawiający określił na poziomie 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Wzoru umowy; a ponadto - limit takiej kary powinien odnosić się do tej samej wartości jaką Zamawiający ustanowił do wyliczenia kary za każdy dzień zwłoki, tj. „wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 lit. c za każdy dzień zwłoki";
1.2.tiret 3 wprowadzenie do Wzoru umowy w § 20 ust. 1 pkt 7) kary umownej należnej Zamawiającemu od wykonawcy z tytułu odstąpienia od umowy „z przyczyn nieleżących wyłącznie po stronie Zamawiającego" jako kary umownej zastrzeżonej wbrew ogólnym zasadom rozkładu ryzyk kontraktowych przewidzianych w Kodeksie cywilnym (w tym m. in. art. 483 § 1 KC) i Prawie zamówień publicznych (w tym art. 433 pkt 1, 2) i 3) PZP), a co za tym idzie - kary umownej prowadzącej wyłącznie do wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, w sytuacji gdy kara ta ma być naliczana wykonawcy, z przyczyn za które odpowiada Zamawiający;
1.2. tiret 4 wprowadzenie w § 20 ust. 1 pkt 17) Wzoru umowy kary umownej w wysokości rażąco wygórowanej, tj. za zwłokę w przedłożeniu dokumentu potwierdzającego wydłużenie obowiązywania zabezpieczeń należytego wykonania umowy - na poziomie odstającym od realiów rynkowych - w zakresie wysokości ww. kary za każdy dzień zwłoki, jak również w zakresie, w jakim limit tej kary umownej odnosi się do 30 % wartości całkowitego wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 Wzoru umowy, co jest wartością rażąco wygórowaną wobec faktu, że przedmiotowa kara umowna stanowi tzw. podwójne karanie wykonawcy wobec faktu, że w przypadku nie przedłożenia Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego wydłużenie obowiązywania zabezpieczeń należytego wykonania umowy, Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wszelkich płatności na rzecz wykonawcy do momentu ustanowienia zabezpieczenia (zgodnie z § 10 ust. 10 i 11 Wzoru umowy);
1.3. naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 3 PZP, art. 437 ust.1 pkt. 4) PZP oraz art. 353^1 KC w. zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 487 § 2 KC oraz art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 99 ust. 1 PZP i art. 103 ust. 2 PZPpoprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę Stron, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim wprowadzono we Wzorze umowy w § 6 ust. 1 in fine ograniczenie

uprawnienia Wykonawcy do żądania zwiększenia wynagrodzenia, gdy *„koszty lub dodatkowe koszty wynikły z przyjętych przez Wykonawcę w tej dokumentacji rozwiązań",* w sytuacji gdy przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania projektowe mogą wynikać z wytycznych Zamawiającego, przekazanych po podpisaniu umowy, a także mogły być niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę nawet przy zachowaniu należytej staranności, co w takim przypadku oznacza wyłączenie prawa Wykonawcy do zapłaty należnego mu wynagrodzenia;

1.4. naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 3 PZP, art. 437 ust.1 pkt. 4) PZP, art. 436 pkt 4) lit. b PZP oraz art. 353^1 KC w. zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 487 § 2 KC oraz art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP i art. 106e ust. 1 pkt 11), 12), 14) i 15) ustawy o podatku od towarów i usług poprzez sformułowanie postanowień umownych w zakresie określania wartości wynagrodzenia netto i brutto należnego wykonawcy wbrew przepisom prawa powszechnie obowiązującego, tj. w zakresie w jakim w § 6 ust. 3 Wzoru umowy Zamawiający wskazał, że podwyższenia stawki podatku od towarów i usług w okresie realizacji niniejszej umowy nie stanowi podstawy do zwiększenia wynagrodzenia brutto, co w sytuacji zmiany kwoty podatku VAT, wprowadza w ocenie Odwołującego również konieczność wprowadzenia zmiany wynagrodzenia brutto umowy, tak aby Wykonawca mógł wprowadzić odpowiednią zmienioną kwotę na fakturze VAT; a ponadto przedmiotowe postanowienie jest sprzeczne z innymi postanowieniami umownymi, w tym § 6 ust. 1 Wzoru umowy w zakresie, w jakim wskazano, że „Kwota umowna brutto obejmuje również wszelkie obciążenia o charakterze publicznoprawnym związane z realizacją przedmiotu umowy, w szczególności podatek od towarów i usług w wysokości wynikającej z właściwych przepisów';

1.5. naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 16 pkt 1), 2) i 3) PZP, art. 437 ust. 1 pkt 4) PZP oraz art. 353^1 KC w. zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 487 § 2 KC oraz art. 647 KC, art. 498 § 1 KC i art. 203^1 §1 pkt 1) KPC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę Stron oraz zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak i zasady przejrzystości postepowania i proporcjonalności, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim wprowadzono we Wzorze umowy w § 7 ust. 13:

1. uprawnienie Zamawiającego do dokonania potrąceń z dowolnej należności Wykonawcy (tj. z różnych stosunków prawnych) wszelkich zobowiązań finansowych Wykonawcy wobec Zamawiającego wynikających nie tylko z niniejszej umowy; oraz
2. zakaz przedstawiania do potrącenia wierzytelności przysługujących Wykonawcy względem Zamawiającego wynikających z niniejszej umowy bez pisemnej zgody Zamawiającego;

a powyższe (wskazane w pkt (i) i (ii), oznaczają że Wykonawca w chwili składania oferty nie jest w stanie ustalić wszelkich ryzyk finansowych związanych z ewentualnymi obciążeniami (potrąceniami z wynagrodzenia należnego Wykonawcy), jakich może finalnie dokonać Zamawiający w związku z realizację przedmiotu tej umowy, a co za tym idzie - wykonawca nie jest w stanie ustalić wysokości ostatecznego wynagrodzenia należnego mu za wykonanie przedmiotu umowy; a ponadto postanowienia te stanowią naruszenie zakazu dokonywania potrąceń wierzytelności przewidzianego w art. 203 1 § 1 KPC z różnych stosunków prawnych oraz nieuprawnionego ograniczenie przepisów powszechnie obowiązującego prawa w zakresie, w jakim warunkują możliwość złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności od zgody Zamawiającego (co narusza przepis art. 498 § 1 KC);

1.6. naruszenie art. 453 ust. 1 PZP, art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 643 KC, art. 647 KC oraz art. 654 KC poprzez:

- przewidzenie w § 4 ust. 6 Wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do bezwarunkowego odbioru robót, a więc w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad, w tym wad nieistotnych; podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać Zamawiającemu jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych prac i robót, uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru robót;
- uwarunkowanie w § 10 ust. 3 Wzoru umowy zwrotu wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 70% zabezpieczenia od uznania przez Zamawiającego przedmiotu umowy za należycie wykonany; co w połączeniu z wymogiem uzyskania przez Wykonawcę bezusterkowego odbioru robót budowlanych (przewidzianego w § 4 ust. 6 Wzoru umowy), oznacza tym samym, uzależnienie zwrotu Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od usunięcia wszelkich wad lub usterek w obiekcie/przedmiocie Umowy, podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych obiektu/przedmiotu Umowy, uniemożliwiających użytkowanie obiektu/przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem;

1.7. naruszenie art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 643 KC i art. 647 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 3 ust. 12 lit. e) Wzoru Umowy oraz w § 3 ust. 14 pkt 7) Wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej w razie ujawnienia jakichkolwiek wad w dokumentacji projektowej, nawet nieistotnych (dokonywanie odbioru dokumentacji projektowej do czasu „ostatecznej akceptacji przez

Zamawiającego"), podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych dokumentacji (tj. nie uniemożliwiających korzystanie z dokumentacji projektowej zgodnie z jej przeznaczeniem). W przypadku zaś wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru dokumentacji, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać Zamawiającemu dowolności w tym zakresie;

1.8. naruszenie art. 16 pkt. 1), 2) i 3) PZP, art. 437 ust.1 pkt. 4) PZP oraz art. 353^1 KC w. zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 487 § 2 KC oraz art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1PZP poprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę Stron, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim we Wzorze umowy przewidziano kary umowne za niezłożenie oferty na roboty dodatkowe, nie zawarcie aneksu na roboty dodatkowe, jak i roboty zaniechane, tj. kar umownych, o których mowa w § 20 ust. 1 pkt 20), 21) i 22) Wzoru umowy; co stanowi nieuprawnione karanie Wykonawcy za brak dokonania czynności, które stanowią uprawnienie strony, a nie jej obowiązek przewidziany w art. 647 KC;

1.9 naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 353^1 KC i art. 5 KC w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 2) i 3) ustawy PZP poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 22 ust. 3 Wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez określenie zmiany kosztu realizacji uprawniającego do wystąpienia o zmianę wysokości wynagrodzenia na poziomie nienotowanym i niewystępującym w obecnych warunkach rynkowych. Zamawiający przewiduje waloryzację z użyciem zawyżonego wskaźnika co czyni że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany w treści SWZ, w tym Wzoru Umowy w sposób wskazany w odwołaniu.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa zrzuty opisane w treści odwołania pod numerami: I.2 tiret 1, I.2 tiret 2, I.3, I.8. Postępowanie odwoławcze zostało umorzone w tym zakresie na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonał zmiany treści dokumentacji postępowania – projektu umowy - w zakresie odnoszącym się do zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem I.6. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie, gdyż postępowanie w tym przedmiocie stało się bezprzedmiotowe. Odwołujący podzielił stanowisko Zamawiającego, przyznając w trakcie posiedzenia z udziałem stron, że na skutek zmian dokonanych przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy, postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu stało się bezprzedmiotowe. Izba uwzględniła wniosek obu stron. W konsekwencji, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu I.6 podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.1 został oddalony.

Zgodnie z § 20 ust. 6 Wzoru Umowy: „Wysokość wszystkich kar umownych nie może przekroczyć 35% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy."

Kwestionowane postanowienie umowne określone w § 20 ust. 6 Wzoru Umowy nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa. Wskazane przepisy prawa dotyczą ogólnych zasad konstruowania treści umów oraz odpowiedzialności z tytułu kar umownych. Natomiast żaden z przepisów prawa powołanych przez Odwołującego nie określa granic, w których powinna mieścić się żądana przez stronę umowy kara umowna (limitu wysokości kar umownych). Powoływany przez Odwołującego w odwołaniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego dotyczy możliwości żądania miarkowania wysokości kary umownej na etapie wykonania umowy. Nie odnosi się on natomiast do samego brzmienia postanowień umowy, określającej wysokość kary umownej, jaka może być żądana. Tożsama jak w niniejszym postępowaniu wysokość kary umownej była już kwestionowana w odwołaniu w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3098/21, którego stroną był niniejszy Zamawiający. W postępowaniu tym zarzut dotyczący wysokości kary umownej został oddalony. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w tym wyroku (sygn. akt KIO 3098/21), zgodnie z którym:

„Zdaniem Izby, podzielając w tym zakresie argumentację zamawiającego, co do zasady, zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych doznaje pewnych ograniczeń: np. zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Wynika z tego również uprawnienie zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Zgodnie z orzecznictwem KIO i przepisami ustawy Pzp można powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Oczywiście

uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać, ale uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy zgodnie z ustawy Pzp i przepisami innych ustaw winno być respektowane, a nie ograniczane i dostosowywane do polityki korporacyjnej wykonawców zamierzających złożyć oferty, czy uzyskać dla siebie korzyści kosztem uzasadnionych interesów zamawiającego. Takim przykładem może być właśnie obniżenie wysokości kar umownych do progu skutkującego utratą funkcji przewidzianych dla instytucji takiej kary. „Podkreślenia wymaga,
że obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty" (wyrok z dnia 20 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2399/15). Osiągnięciu celu realizacji zamówienia służy właśnie m.in. zastrzeżenie kar umownych w taki i sposób i na takim poziomie aby spełniły one swoje funkcje przyczyniając się do wykonania przez wykonawcę zamówienia w terminie i w sposób, do którego realizacji się zobowiązał. Celem realizacji zamówień publicznych jest wyłonienie rzetelnego wykonawcy, który zagwarantuje realizację zamówienia za najkorzystniejszą dla zamawiającego cenę, a nie dostosowanie umowy w sprawie zamówienia publicznego do jak najniższych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem zamówienia. Proponowane, przez odwołującego, obniżenie wysokości limitu kar może spowodować brak zabezpieczenia uzasadnionego interesu zamawiającego i może nie zdyscyplinować wykonawcy do realizacji umowy.
Tym samym zastrzeżonych przez zamawiającego kar umownych nie można uznać za rażąco wygórowane, a dotyczące nich postanowienia wzoru umowy nie naruszają zasady Prawa zamówień publicznych, w tym proporcjonalności i efektywności."
Bez znaczenia w kontekście powyższych rozważań pozostają dowody złożone przez Przystępującego w postaci umów w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, czy symulacji wartości przedstawionych przez Odwołującego. Wartości przewidziane w umowach w innych postępowaniach nie dotyczą niniejszej sprawy i nie stanowią dowodu na okoliczność, że Zamawiający naruszył przepisy prawa. Podobnie symulacje, na które wskazywał Odwołujący, nie potwierdzają, że formułując treść postanowień wzoru umowy, Zamawiający naruszył przepisy prawa.
Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.2 tiret 3 podlegał oddaleniu.
Zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 7 Wzoru Umowy: „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne. Kary naliczane będą z następujących tytułów:
Pkt 7) za odstąpienie od umowy z przyczyn nieleżących wyłącznie po stronie Zamawiającego – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1; niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w punkcie 1 – 6, 17, 19 niniejszego ustępu."
Powyższe postanowienie umowne nie może zostać uznane za niezgodne z art. 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, za klauzulę abuzywną uważane jest postanowienie umowy, które przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Kara umowna przewidziana w powyżej zacytowanym postanowieniu umowy dotyczy odstąpienia od umowy z przyczyn nieleżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, a więc nie może zostać uznana za sprzeczną z art. 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe postanowienie umowy nie narusza także art. 433 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie odnosi się w ogóle do kwestii opóźnienia wykonawcy, ani też zachowania niezwiązanego bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.
Powyższe postanowienie umowne nie odnosi się do sytuacji, w której wyłączną przyczyną odstąpienia od umowy są okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Ukształtowanie odpowiedzialności w taki sposób, że Zamawiający ma możliwość odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej także w przypadku, gdy odstąpienie od umowy następuje z przyczyn leżących po obu stronach umowy, nie jest sprzeczne ani z ustawą Prawo zamówień publicznych, ani z przepisami Kodeksu cywilnego. Zatem jest to dopuszczalne przez prawo ukształtowanie zasad odpowiedzialności wykonawcy, mieszczące się w granicach zasady swobody umów.
Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.2 tiret 4 podlegał oddaleniu.
Zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 17 Wzoru Umowy: „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne. Kary naliczane będą z następujących tytułów: za zwłokę w przedłożeniu odpowiedniego dokumentu potwierdzającego wydłużenie obowiązywania zabezpieczeń należytego wykonania umowy w terminie o którym mowa w § 10 ust. 12 niniejszej umowy – w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy, liczonego za każdy dzień zwłoki, nie więcej niż 30% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust 1 niniejszej umowy; niniejsza kara podlega sumowaniu z karą określoną w pkt 7 niniejszego ustępu."
Odwołujący nie wykazał, aby kara umowna była rażąco wygórowana.
Po pierwsze, powyższe postanowienie umowne dotyczy zwłoki w przedłożeniu dokumentu potwierdzającego wydłużenie zabezpieczeń należytego wykonania umowy. Zachowanie ciągłości takiego zabezpieczenia ma istotne znaczenie dla zagwarantowania, że zamówienie zostanie zrealizowane. Po drugie, jak wskazywał Zamawiający, odniesienie wysokości

kary umownej do całości wynagrodzenia wykonawcy (kara umowna obliczana jako określony procent całości wynagrodzenia wykonawcy) ma istotną funkcję mobilizującą wykonawcę do wykonania obowiązków, których niewykonanie skutkuje naliczeniem kary umownej. Odwołujący nie wykazał, aby kwestionowane postanowienie wzoru umowy naruszało którykolwiek z przepisów ustawy.
Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.4 został uwzględniony.
Zgodnie z § 6 ust. 3 Wzoru Umowy: „Podwyższenie stawki podatku od towarów i usług w okresie realizacji niniejszej umowy w drodze zmian w obowiązujących przepisach nie stanowi podstawy do zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy brutto, a odpowiedniej zmianie ulega kwota wynagrodzenia netto oraz kwota podatku VAT. Obniżenie stawki podatku od towarów i usług w okresie realizacji niniejszej umowy w drodze: zmian w obowiązujących przepisach, wydania decyzji określającej niższą obowiązującą stawkę podatku VAT, wydania przez odpowiedni organ zaświadczenia potwierdzającego, że dany sprzęt przeznaczony jest do placówki oświatowej lub zwolnienie z VAT nie stanowi podstawy do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto, a odpowiedniej zmianie ulega kwota wynagrodzenia brutto oraz kwota podatku VAT."
Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b tiret pierwszy ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Brzmienie tego przepisu („umowa zawiera") wskazuje, że jest to obligatoryjne postanowienie umowne, które powinna zawierać przygotowana przez zamawiającego umowa.
Klauzula przewidziana przez Zamawiającego w § 6 ust. 3 Wzoru Umowy abstrahuje od wpływu zmian stawki podatku od towarów i usług na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający z góry uznał, że nie będzie istniał wpływ zmiany podatku od towarów i usług na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Tymczasem powołany przepis ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, aby postanowienia umowne wprowadzały mechanizm zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany wysokości stawki podatku od towarów i usług, jeśli zmiany te będą wpływały na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ponieważ w przepisie tym mowa jest o wpływie zmiany stawki podatku na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (a nie np. kosztach zamówienia ponoszonych przez zamawiającego), w przypadku podwyższenia stawki podatku przepis ten pełni funkcję ochronną dla wykonawcy. Zatem klauzula przewidziana przez Zamawiającego we Wzorze Umowy nie spełnia wymagań powyżej zacytowanego przepisu, gdyż w ogóle nie przewiduje możliwości podwyższenia kwoty wynagrodzenia brutto wykonawcy w sytuacji spowodowanej zmianami podatkowymi, zwiększającymi wysokość stawki podatku od towarów i usług.
Klauzula przewidziana przez Zamawiającego we Wzorze Umowy nie uwzględnia wpływu zmian wysokości stawki podatku od towarów i usług (jego zwiększenia) na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, a to jest istotą naruszenia przepisu. Przepis wprost nakazuje, aby Zamawiający przewidział zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wystąpienia zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający tymczasem założył a priori, że takie zmiany podatkowe nie będą miały wpływu na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Jednakże brzmienie przepisu ustawy wskazuje, że ustawodawca założył, że zmiana stawki podatku od towarów i usług może wpływać na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę („jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę").
Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu jest „szczególna" sytuacja podatkowa, czy jakakolwiek inna Zamawiającego. Powyżej zacytowany przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia w żaden sposób sytuacji Zamawiającego, związanej choćby z podnoszoną przez Zamawiającego kwestią możliwości odliczenia przez Zamawiającego naliczonego podatku od towarów i usług od podatku należnego, czy też zakresu takiego odliczenia. Jak wskazano wyżej, celem przepisu jest m.in. ochrona wykonawców przed sytuacją, w której podwyższenie stawki podatku VAT może wpływać na podwyższenie kosztów wykonania zamówienia przez wykonawcę. W klauzuli umownej zawartej we Wzorze Umowy, zwiększenie stawki podatku VAT (które jest niezależne od stron umowy) nie spowoduje zwiększenia wartości brutto wynagrodzenia, ale w konsekwencji doprowadzi do zmniejszenia wartości netto wynagrodzenia wykonawcy. Jest to postanowienie nieprawidłowe, właśnie z tego względu, że zgodnie z jego treścią, wykonawcy zmniejszone zostałoby wynagrodzenie netto nawet w przypadku, gdy koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę wzrosną na skutek zwiększenia stawki podatku od towarów i usług. Zamawiający dopuścił natomiast korzystną dla siebie sytuację odwrotną, w której obniżenie stawki podatku od towarów i usług prowadziłoby do obniżenia kwoty wynagrodzenia wykonawcy brutto.
W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany w treści § 6 ust. 3 Wzoru Umowy.
Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.5. został oddalony.
Zgodnie z § 7 ust. 13 Wzoru Umowy, „Zamawiający zastrzega sobie prawo potrąceń z dowolnej należności Wykonawcy

wszelkich zobowiązań finansowych Wykonawcy wobec Zamawiającego wynikających nie tylko z niniejszej umowy. Wykonawca nie jest uprawniony do przedstawiania do potrącenia swych należności i zobowiązań w stosunku do Zamawiającego wynikających z niniejszej umowy bez pisemnej zgody Zamawiającego."
Zamawiający zastrzegł sobie zatem prawo dokonania potrąceń z dowolnej należności wykonawcy wszelkich zobowiązań finansowych wykonawcy wobec Zamawiającego wynikających nie tylko z umowy, którą wykonawca podpisze z Zamawiającym. Wykonawca nie jest uprawniony do przedstawiania do potrącenia swych należności i zobowiązań w stosunku do Zamawiającego wynikających z umowy bez pisemnej zgody Zamawiającego.
Zgodnie z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Kodeks cywilny, jeżeli przepisy nie stanowią inaczej.
Art. 498 Kodeksu cywilnego wprost dopuszcza możliwość dokonania potrącenia wierzytelności z różnych tytułów, a nie tylko z jednej umowy łączącej strony. Nawet więc w przypadku, gdyby Wzór Umowy nie zawierał spornego postanowienia § 7 ust. 13, to Zamawiający na podstawie art. 498 Kodeksu cywilnego i tak mógłby swoją wierzytelność potrącić z wierzytelnością wykonawcy – o ile spełnione byłyby określone w tym przepisie przesłanki potrącenia. Tak więc wprowadzenie tego postanowienia umownego z punktu widzenia ryzyka związanego z tym, że Zamawiający dokona potrącenia, jest zupełnie obojętne. Potrącenie mogłoby zostać dokonane nawet w przypadku, gdyby tego zapisu w umowie nie było. Wynika to z ogólnych zasad dokonywania potrąceń zawartych w Kodeksie cywilnym. Co do ryzyka – każdy z wykonawców wie, jakie umowy zawarł z tym Zamawiającym, a w związku z tym, jakie ewentualne wierzytelności Zamawiający mógłby potrącić z wierzytelnością wykonawcy.
Odwołujący w treści odwołania powołał się na sprzeczność postanowienia umowy z regulacją art. 203^1 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Jednakże przepis ten reguluje możliwość podniesienia zarzutu potrącenia w toczącym się procesie sądowym i wprowadza ograniczenia z tym związane. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie umowne nie jest sprzeczne z tym przepisem. Czym innym jest bowiem czynność prawna potrącenia, a czym innym czynność procesowa w postaci podniesienia zarzutu potrącenia. Zarzut potrącenia dotyczy czegoś, co już miało miejsce, natomiast samo złożenie oświadczenia o potrąceniu powoduje powstanie nowej sytuacji prawnej w postaci wzajemnego umorzenia wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej.
Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego o sygn. akt II CSK 191/13 – dopuszczalne jest umowne wyłącznie prawa potrącenia wierzytelności jednej ze stron stosunku obligacyjnego, jeżeli nie sprzeciwia się to właściwości tego stosunku ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Tym samym, zgodnie z tym wyrokiem, dopuszczalne jest zawarcie w umowie klauzuli, która ogranicza możliwość złożenia oświadczenia o potrąceniu przez jedną ze stron umowy – tak, jak dokonał tego Zamawiający we Wzorze Umowy.
Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.7. został oddalony.
Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zarówno prac projektowych, jak i robót budowlanych wykonywanych na podstawie tej dokumentacji przygotowanej przez wykonawcę. Tym samym, wykonanie prac projektowych jest pewnym etapem w wykonaniu całości zamówienia. Odbiór tych prac nie jest odbiorem końcowym, bo za odbiór o takim charakterze powinien zostać uznany odbiór całości robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę na podstawie wykonanej przez tego wykonawcę dokumentacji projektowej.
W związku z powyższym, skoro odbiór prac projektowych jest tylko jednym z etapów realizacji inwestycji, a nie jest to jedyny przedmiot umowy, nie ma do niego zastosowania linia orzecznicza Sądu Najwyższego, która stanowi, że Zamawiający może odmówić odbioru końcowego dzieła tylko w przypadku, gdy dzieło to ma wady istotne.
Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w sytuacji, gdy sam wykonawca ma opracować dokumentację projektową, na podstawie której będzie realizował roboty budowlane, to dopuszczenie do realizacji prac na podstawie dokumentacji, która ma wady, może spowodować negatywne konsekwencje dla inwestycji i dla Zamawiającego.
Zarzut opisany w odwołaniu pod numerem I.9 został oddalony.
Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości, czy naruszenia przepisów we Wzorze Umowy w zakresie postanowień dotyczących waloryzacji wysokości wynagrodzenia. Sposób dokonywania waloryzacji ma zostać określony zgodnie ze wzorem zawartym we Wzorze Umowy.
W początkowej części wzoru zawarty jest współczynnik wzrostu cen z kwartału następującego po podpisaniu umowy, natomiast w końcowej części tego wzoru zawarty jest współczynnik wzrostu cen z ostatniego dostępnego kwartału na dzień złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia. Z treści Wzoru Umowy nie wynika, aby współczynnik końcowy musiał być zawarty w interwale wynoszącym 6 miesięcy, a więc, że wzrost cen powodujący uprawnienie do żądania waloryzacji wynagrodzenia oceniany jest w 6 miesięcznym okresie i okresy te nie mogą być ze sobą łączone. Treść Wzoru Umowy wskazuje, jak podnosił Zamawiający, że współczynniki wzrostu cen uprawniające do waloryzacji wynagrodzenia obliczane mają być narastająco od początku realizacji umowy, a jedynie możliwość wystąpienia z wnioskiem o waloryzację możliwa jest po upływie każdych pełnych 6 miesięcy realizacji umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i Odwołującego, koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę. Izba dokonała podziału kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyniku, biorąc pod uwagę, że niemal wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu podlegały oddaleniu. Jedynie jeden z zarzutów został uwzględniony.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..