

WYROK**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2026 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 marca 2026 roku przez Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu (ul. Chlebowa 4/8, 61-003 Poznań)

przy udziale uczestników postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- Porr S.A. (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa),

- Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” sp. z o.o. (ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 1,3,4 lit. a, lit. b, lit. c i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania poprzez:
 - znaczne zmniejszenie łącznego limitu kar umownych,
 - likwidację kryterium oceny ofert w postaci wysokości kary umownej,
 - zmniejszenie wysokości progu zmiany materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,
 - wprowadzenie precyzyjnego określenia wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej,
 - wprowadzenie jednoznacznych postanowień umownych co do początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu (ul. Chlebowa 4/8, 61-003 Poznań) w wysokości $\frac{3}{4}$ oraz Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w wysokości $\frac{1}{4}$ i
4. 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 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków),
- 4.1. zasądza od Zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu (ul. Chlebowa 4/8, 61-003 Poznań) na rzecz Odwołującego Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwotę 15000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu zwrotu wysokości $\frac{3}{4}$ wpisu od odwołania, kwotę 2700 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu $\frac{3}{4}$ wysokości 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 1058/26**UZASADNIENIE**

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbiórka istniejącego i budowa nowego jazu na rzece Obrze w km 93+400 w m. Perzyny.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 26 lutego 2026 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 40/2026 134570-2026.

Odwołujący Strabag sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc poprzez sformułowanie w postanowieniu § 12 ust 3 wzoru umowy łącznego limitu kar umownych

na poziomie 30% wynagrodzenia całościowego brutto, który odbiega znacząco od standardów rynkowych i jest rażąco wygórowany. Ponadto stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy,

- art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt. 1) -3) ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 1,2 i 5 wzoru umowy zbyt wygórowanych kar umownych tj.:

a.za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, która zgodnie z punktacją w ramach kryterium oceny ofert zaczyna się od wartości 0,2 % wartości wynagrodzenia brutto za każdy jeden dzień zwłoki, która jest wartością minimalną i może być podwyższona do 1% wartości wynagrodzenia brutto za każdy jeden dzień zwłoki (zgodnie z deklaracją w ofercie);

b.za zwłokę w przekazaniu dokumentacji określonej w § 6 ust. 17 Umowy - w wysokości 0,2 % wynagrodzenia całościowego brutto każdy dzień zwłoki;

c.za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszej Umowy oraz w okresie gwarancji i rękojmi -w wysokości 0,2 % wynagrodzenia całościowego brutto za każdy dzień zwłoki;

- co w ocenie Odwołującego jest karą nadmierną i nieproporcjonalną, stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego względem wykonawcy.

- art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 240 i 241 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert w roz. 15 pkt 15.3.3 SWZ punktowania wysokości kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w skali od 0,2 % do 1% wynagrodzenia całościowego brutto za jeden dzień zwłoki, podczas gdy kryterium to jest nadmierne, nieproporcjonalne i niezwiązane z oceną jakości prac Wykonawcy, w żaden sposób nie przekłada się na jakość czy wydajność realizacji zamówienia, lecz wymusza poddanie się przez Wykonawców represyjnym karom, które w swoim zamiarze stanowią wyłącznie element odstraszenia Wykonawców i aparat represji na etapie realizacji umowy,

- art. 439 ust. 1, 2,3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 3 ust. 14- 29 wzoru umowy w sposób oderwany od realiów rynkowych i uniemożliwiających waloryzację odpowiadającą realnej zmianie cen i materiałów w zakresie w jakim Zamawiający:

a.wyznacza zbyt wysoki próg zmiany materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie 15% (§ 3 ust 14 pkt 5, ust 18) - uprawniający do waloryzacji, bez jednoznacznego powiązania tych zmian ze wskazanym w § 3 ust 20 wskaźnikiem cen produkcji budowlano- montażowej, ogłaszanym w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

b.nie wskazuje sposobu określenia wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia w stosunku do okresów, w których taka zmiana wynagrodzenia może wystąpić;

c.nieprecyzyjnie określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (§ 3 ust 14 pkt 5, ust 21) podczas gdy jest to wymagane przepisami ustawy

d.zobowiązuje Wykonawcę do wykazania wpływu zmian na zmianę wynagrodzenia (§ 3 ust 18, ust 25), podczas gdy poziom zmiany cen jest ustalany w odniesieniu do wskaźnika GUS (tzw. waloryzacja wskaźnikowa) a nie metodą porównawczą poszczególnych cen i kosztów składających się na przedmiot zamówienia (tzw. waloryzacja koszykowa) przy czym połączenie tych dwóch różnych metod przy braku niezbędnych danych uniemożliwia dokonanie waloryzacji i jest sprzeczne z przepisami ustawy.

w ocenie Odwołującego powoduje ponadto, że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne. Powyższy sposób ukształtowania waloryzacji, zdaniem Odwołującego, stanowi jednocześnie obejście przepisów ustawy i nadużycie uprawnień Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany SWZ, w tym warunków umowy w sposób określony poniżej, jednocześnie podkreślając, że zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień wzoru umowy stanowi wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poprzez:

-ad. 1) zmianę łącznego limitu kar umownych określonego w § 12 ust. 3 umowy, tak aby limit nie przekraczał 10 % wynagrodzenia brutto tj.: by łączna wysokość kar umownych jakich mogą dochodzić strony wynosiła 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 oraz odpowiednią zmianę limitu na 10 % w § 12 ust. 1 pkt 1 i 5 wzoru umowy;

- ad. 2) zmniejszenie wysokości kar i limitów kar umownych w § 12 ust. 1 wzoru umowy, tj.:
 - w Pkt 1: za zwłokę w wykonywaniu przedmiotu niniejszej Umowy - w wysokości wskazanej w ofercie (nie mniejszej niż 0,05 % i nie więcej niż 0,5% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1, za każdy dzień zwłoki), nie więcej niż 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1;
 - w Pkt 2: za brak przedłożenia wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego dokumentacji określonej w § 6 ust. 17 Umowy - w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1, za każdy dzień zwłoki,
 - w Pkt 5: za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszej Umowy oraz w okresie gwarancji i rękojmi
 - w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1, za każdy dzień zwłoki, liczone od dnia wyznaczonego na usunięcie wad, nie więcej niż 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1;
- d. 3) w ramach zastosowanego kryterium oceny ofert w pkt 15.1.3. SWZ w postaci wysokość kary umownej - 16%:
 - 1) odstąpienia od tego kryterium na rzecz wydłużenia okresu gwarancji jak w pkt 15.1.2 (z 24% na 40 %) i pozostawienia kryterium ceny i gwarancji jako dwóch jedynych kryteriów oceny ofert lub wyznaczenie innego kryterium oceny ofert zgodnie z wymogiem przepisu art. 240 i 241 ustawy Pzp;
 - ewentualnie (w razie pozostawienia tego kryterium)
 - 2) zmianę w zakresie kryterium oceny ofert wskazanego w pkt 15.3.3 SWZ w ten sposób, że punktacja zostanie dostosowana do następujących warunków brzegowych:
 - maksymalna wysokość kary umownej wynosi 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.
 - minimalna, wymagana wysokość kary umownej wynosi 0,05% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki;
- ad. 4) zmianę w zakresie § 3 Wynagrodzenie i waloryzacja:
 - 1)ust. 14 pkt. 5)

W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy czym poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na powyżej 2 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert.
 - 2)ust. 18

W sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 2% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie wynagrodzenia za zakres Przedmiotu Umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.
 - 3)ust. 19

W sytuacji spadku ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 12% Zamawiający jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemną informację o zmianie Umowy w zakresie wynagrodzenia za zakres Przedmiotu Umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku. Informacja powinna zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.
 - 4)ust. 21

Wniosek, o którym mowa w ust 18 i 19 można złożyć nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia), a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert; możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż co 6 miesięcy.
 - 5)ust. 25

Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 14 pkt 1) - 4) niniejszego paragrafu na zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 oraz ust. 2 Umowy, należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego.
 - 6)oraz dodanie ustępu 30 do §3 projektu umowy i urealnienie klauzuli poprzez nadanie tym postanowieniom następującego brzmienia:

„Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja ogółem publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzicznej Bazie Wiedzy pod linkiem: lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS. Wskaźnik waloryzacji Ww. (n) przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez

przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca, za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg wskazanego w odwołaniu wzoru (...). (...) Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 6 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji o którym mowa w § 3 ust. 26 Umowy. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji. W sytuacji, gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład, którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.

Jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zwaloryzowane zgodnie z art. 439 ust. 1-3 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy i odpowiednio Podwykonawca dalszemu Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania umowy wraz z aneksami przekracza 6 miesięcy. Waloryzacja będzie się odbywać na analogicznych zasadach jak waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy z zastrzeżeniem, że wskaźniki waloryzacji wynagrodzenia będą kalkulowane w odniesieniu do dnia zawarcia umowy pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą, lub Podwykonawcą, a dalszym Podwykonawcą;"

2. dokonania zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach odwołania we wszystkich dokumentach zamówienia, tj. w Ogłoszeniu, SWZ, i warunkach umownych, a także w innych dokumentach zamówienia.

Do Zamawiającego dnia 03.03.2026 r. wpłynęły pytania: Wykonawcy Strabag sp. z o.o., które dotyczyły:

1) zmiany waloryzacji - zgodnie z § 3 ust. 14 pkt 5 Umowy, waloryzacja może zostać zastosowana jedynie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 15%. Jednocześnie § 3 ust. 26 przewiduje maksymalną wartość pojedynczej zmiany na poziomie 3%. Wykonawca Strabag sp. z o.o. wskazał, że:

- w okresie ostatnich lat dynamika wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej pozostaje na poziomie ok. 4% r/r (dane GUS),
- przy takiej charakterystyce rynku próg 15% praktycznie uniemożliwia skorzystanie z waloryzacji, nawet w przypadku długotrwałej realizacji robót (36 miesięcy),
- nadmiernie wysoki próg oraz bardzo niski limit 3% nie realizują funkcji ochronnej przewidzianej w art. 439 Pzp, który nakazuje kształtowanie waloryzacji jako „realnej i adekwatnej do zmienności cen”.

W związku z tym Wykonawca wystąpił o zmianę progu waloryzacyjnego z 15% do 4% oraz o zmianę limitu jednostkowej zmiany wynagrodzenia z 3% do 10%. W jego ocenie zapewni to zarówno zgodność z art. 439 Pzp, jak i równowagę ekonomiczną stron w trakcie realizacji Umowy. Zamawiający nie uwzględnił żądania oferenta i nie dokonał w tym zakresie zmian postanowień wzoru Umowy.

2) Zmiany § 3 ust. 14 pkt 5 Umowy, którego brzmienie dotyczy zmiany „ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”, natomiast nie wskazuje żadnego konkretnego wskaźnika GUS, który miałby stanowić podstawę obliczeń.

To powoduje w ocenie oferenta istotną niejednoznaczność co do:

- sposobu ustalenia zmiany kosztów,
- doboru właściwego wskaźnika,
- porównywalności danych rynkowych,
- minimalizacji uznaniowości po stronie Zamawiającego.

W związku z tym Strabag sp. z o.o. wniósł o doprecyzowanie:

-jaki konkretnie wskaźnik GUS będzie podstawą waloryzacji?

-czy przyjęty zostanie wskaźnik miesięczny, kwartalny czy roczny?

-czy punktem odniesienia będzie miesiąc zawarcia Umowy, miesiąc składania ofert, czy inny okres bazowy?

W odpowiedzi na ww. pytanie Zamawiający wskazał, że podstawa waloryzacji została określona w § 3 ust. 20 wzoru Umowy. Podstawę waloryzacji będzie stanowił wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS publikowany w „Monitorze Polskim”. Stosowany będzie wskaźnik kwartalny. Punktem odniesienia pozostaje miesiąc składania ofert, zgodnie z dotychczasowym brzmieniem § 3 ust. 14 pkt 5 wzoru Umowy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Za uzasadniony został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1) - 3) ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. z art. 240 i 241 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert w rozdz. 15 pkt 15.3.3 SWZ punktowania wysokości kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w skali od 0,2% do 1% wynagrodzenia całościowego brutto za jeden dzień zwłoki, podczas gdy kryterium to jest nadmierne, nieproporcjonalne i niezwiązane z oceną jakości prac Wykonawcy, w żaden sposób nie przekłada się na jakość, czy wydajność realizacji zamówienia, lecz wymusza poddanie się przez Wykonawców represyjnym karom, które w swoim zamiarze stanowią wyłącznie element odstraszenia Wykonawców i aparat represji na etapie realizacji umowy.

Zgodnie z art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych ocena ofert następuje na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w dokumentach zamówienia. Art. 240 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, by kryteria oceny ofert oraz ich wagi były określone w sposób jednoznaczny, zrozumiały i pozwalający na porównanie ofert.

Zgodnie z art. 242 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta najkorzystniejsza jest wybierana na podstawie ceny lub kosztu oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które mogą dotyczyć w szczególności jakości, aspektów społecznych, środowiskowych, funkcjonalnych, serwisu, terminów itp. Kryteria jakościowe nie są zamkniętym katalogiem - istotne jest, aby odnosiły się do przedmiotu zamówienia i służyły wyborowi oferty o najkorzystniejszym bilansie ceny i jakości.

Art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza zasady: zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Kryteria nie mogą w sposób nieuzasadniony faworyzować lub dyskryminować wykonawców, ani być oderwane od przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z art. 242 ustawy Prawo zamówień publicznych, kryteriami oceny ofert, obok ceny, mogą być takie kryteria, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia, jego estetyki, jakości, aspektów społecznych, środowiskowych, funkcjonalnych, a więc mających na celu pozyskanie lepszego przedmiotu zamówienia.

Kara umowna nie stanowi elementu przedmiotu zamówienia. Jeśli zatem ustawodawca wprowadził wymaganie, aby oferta została wybrana na podstawie ceny lub kosztu oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, to kara umowna nie powinna stanowić kryterium oceny ofert. Z pewnością nie dotyczy jakości, aspektów społecznych, środowiskowych, funkcjonalnych, serwisu, terminów, na które wskazuje wyżej zacytowany artykuł.

Kara umowna stanowi substytut odszkodowania. Odszkodowanie nie odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia – jego lepszych parametrów technicznych, uwzględnienia warunków środowiskowych, czy społecznych. Kryterium w formie wysokości kary umownej nie ma więc wpływu na ulepszenie przedmiotu zamówienia. Nie zmieni się również termin realizacji zamówienia. W przypadku tego kryterium (kary umownej), wykonawcy licytują pomiędzy sobą wyłącznie stopień wysokości ukarania samego siebie (termin wykonania zamówienia pozostaje wciąż ten sam). Kara umowna uruchomiona zostanie w przypadku przekroczenia terminu realizacji zamówienia bez względu na jej wysokość, jaka zostanie wylicytowana przez wykonawców. Nie wpłynie to zatem ani na terminowość realizacji zamówienia, ani nie poszerzy, nie zwiększy jakości przedmiotu zamówienia. Wysokość kary umownej odnosi się zatem do sytuacji samego wykonawcy, jego możliwości finansowych, czy ekonomicznych, dodatkowo także odporności na presję finansową, indywidualnych umiejętności spekulacyjnych, co nie jest uprawnione w przypadku doboru kryterium oceny ofert.

Kryterium oceny ofert (poza kryterium ceny) miało za zadanie premiować jakość, ulepszenie samego przedmiotu zamówienia (estetykę, trwałość, wytrzymałość produktu, czy inne szczególne, pozytywne właściwości przedmiotu zamówienia).

Dodatkowo, jak słusznie zauważył Odwołujący: „Ustalenie takiego kryterium tylko z pozoru daje dodatkowe zabezpieczenie terminowego wykonania robót, być może w ocenie Zamawiającego będzie mobilizowało bardziej wykonawcę, lecz w praktyce nie ma żadnego przełożenia na jakość czy prawidłowość wykonania prac a jedynie będzie to martwy element strategii w walce o zdobycie maksymalnej liczby punktów. Wykonawcy niejednokrotnie oferują najwyższe możliwe wartości oceniane w ramach kryteriów, w celu uzyskania przewagi punktowej nad konkurencją. Część wykonawców doliczy zwiększone ryzyko do ofert powodując sztuczne podbicie cen, część być może wyliczy ryzyko kosztem robót co spowoduje, że oferty będą zawierały rażąco niską cenę. Ustalenie takiego kryterium sprzyja zakazanym często praktykom, co w efekcie utrudnia wykonawcom uczciwą konkurencję rozumianą jako konkurowanie elementami faktycznie odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, umożliwiającymi jego lepsze jakościowo wykonanie”.

Oczywistym jest, że ustawa nie zabrania literalnie zastosowania takiego konkretnie kryterium oceny ofert. Jednakże wprowadza wyznacznik w postaci odniesienia do samego przedmiotu zamówienia, co w przypadku licytowania wysokości kary umownej nie ma zastosowania (o czym powyżej). Ustawa wprowadza zakaz odniesienia kryterium oceny ofert do właściwości wykonawcy, a tego dotyczy kryterium wysokości kary umownej (o czym powyżej). Dodatkowe kryterium oceny ofert miało za zadanie odejście od aspektu finansowego na rzecz jakości samej usługi czy dostawy, tymczasem Zamawiający - ustanawiając takie kryterium - do aspektu finansowego powrócił (i to w formie odniesienia do możliwości finansowych wykonawcy, w formie licytowania wyższej wysokości kary).

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, tak ustalone kryterium determinuje, że kara umowna staje się pewnego

rodzaju wiążącym elementem umownym. W sytuacji ziszczenia się przesłanki do jej naliczenia wątpliwe jest skorzystanie np. z dyspozycji art. 484 § 2 k.c., a więc miarkowania kar umownych.

Z uwagi na powyższe, zarzut podlegał uwzględnieniu.

Za zasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1, 2, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 3 ust. 14- 29 wzoru umowy w sposób oderwany od realiów rynkowych i uniemożliwiających waloryzację odpowiadającą realnej zmianie cen i materiałów.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wyznaczył zbyt wysoki próg zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie 15% uprawniający do waloryzacji.

Odwołujący wskazał, że wartość przewidziana w Projektowanych postanowieniach umownych została dobrana przez Zamawiającego w sposób, który zapewnia Zamawiającemu brak udziału w ryzyku wzrostu cen oraz jest niewystarczający dla zapewnienia celu przywrócenia równowagi ekonomicznej Stron. Określony przez Zamawiającego poziom zmiany uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15 punktów procentowych zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej publikowanego przez GUS, został więc ustalony na poziomie, który z dużym prawdopodobieństwem nie zostanie spełniony, co sprawia, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w sytuacji znacznych zmian cen materiałów i usług.

Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji, która uzasadniałaby przyjęcie takiego poziomu.

Zupełnie nieprzekonujące jest twierdzenie Zamawiającego, że mechanizm waloryzacyjny uruchamiany na poziomie wzrostu (bądź spadku) cen przewidzianego w projekcie umowy na poziomie 15% został skonstruowany nie tylko w odniesieniu do Odwołującego, ale również w odniesieniu do samego Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, aby w ogóle występowały przypadki deflacji i to w tak wysokim stopniu. Zatem argumentacja Zamawiającego jest bezpodstawna, bezzasadna. Okoliczności, na które wskazuje Zamawiający nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości, co jednoznacznie wskazuje na całkowitą nierównowagę stron umowy i iluzoryczny charakter klauzuli. Okoliczność, że ustawa nie wskazuje konkretnej wysokości progu procentowego również nie oznacza, że Zamawiający uprawniony jest do ustanawiania klauzuli waloryzacyjnej o charakterze iluzorycznym. Zamawiający, jak wskazano powyżej, nie przedstawił żadnego argumentu, uzasadnienia dla tak wysokiego progu, stąd zarzut należało uznać za zasadny.

Zamawiający w argumentacji podniesionej w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że budownictwo hydrotechniczne cechuje się większą stabilnością w porównaniu do budownictwa kubaturowego. Skoro zatem w przypadku budownictwa hydrotechnicznego ceny są mniej zmienne, to prawdopodobieństwo, że w przypadku budownictwa hydrotechnicznego ceny wzrosną aż o taką wysokość, jest niższe niż w innych działach budownictwa. Powyższe potwierdza, że przyjęta klauzula waloryzacyjna na poziomie 15% (która dla każdego działu budownictwa jest bardzo wysoka) jest iluzoryczna.

Oczywistym jest, że ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera dyspozycję co do ustanowienia w umowach o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnej oraz określa elementy, jakie powinny znaleźć się w ramach tej instytucji.

Oczywistym jest, że nie zawiera stwierdzenia, jaka wysokość klauzuli waloryzacyjnej może zostać uznana za prawidłową/nieprawidłową. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający jest uprawniony do określenia klauzuli waloryzacyjnej na poziomie iluzorycznym. Argumentacja przedstawiona przez obie strony postępowania odwoławczego wskazuje właśnie na taki charakter klauzuli waloryzacyjnej w niniejszej sprawie (o czym powyżej). Stąd zarzut został uznany za zasadny.

Uwzględnieniu podlegał zarzut dotyczący braku wskazania przez Zamawiającego sposobu określenia wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia w stosunku do okresów, w których taka zmiana wynagrodzenia może wystąpić.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił precyzyjnie wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. Dla przykładu Odwołujący przedstawił publikowany wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej z podziałem na asortymenty: „ogółem”, „budowa budynków”, „budowa obiektów i inżynierii lądowej i wodnej”, „roboty budowlane specjalistyczne”. Postanowienia umowne nie wskazują precyzyjnie, w odniesieniu do jakiego asortymentu wskaźnika będą posługiwały się w przyszłości Strony, oceniając zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co więcej, w postanowieniu Zamawiający wskazał także, że jako podstawa zmiany może również służyć wykaz rodzajów materiałów lub kosztów, także nie precyzując, które to materiały lub koszty mają być podstawą takiego wykazu oraz w jaki sposób miałyby być badana zmiana cen materiałów lub kosztów podanych w takim wykazie.

Zamawiający nie tylko nie odniósł się do powyższej kwestii w odpowiedzi na odwołanie, ale dopiero w trakcie rozprawy z udziałem stron, po zajęciu stanowiska przez Odwołującego, rozpoczął precyzowanie postanowień umowy. Takie działanie Zamawiającego potwierdza, że postanowienia umowne nie są klarowne i wymagają doprecyzowania. Doprecyzowanie powinno nastąpić w formie pisemnej wobec wszystkich wykonawców. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie doprecyzowania postanowień umowy w tym zakresie.

Uwzględnieniu podlegał zarzut nieprecyzyjnego określenia przez Zamawiającego początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia (§ 3 ust. 14 pkt 5, ust. 21 projektu Umowy), podczas gdy jest to wymagane przepisami ustawy. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nieprecyzyjnie określił początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (§ 3 ust. 14 pkt 5, ust. 21 projektu Umowy), podczas gdy jest to wymagane przepisami ustawy. Odwołujący wskazał, że w projekcie Umowy Zamawiający wskazuje w § 3 ust. 14 pkt 5, że Strony są uprawnione do żądania zmiany wynagrodzenia w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Jednocześnie w dalszej części tego postanowienia określono, że początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi dzień zaistnienia przesłanki w postaci zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o ponad 15%. Niezależnie od tego, § 3 ust. 21 projektu Umowy wskazuje, że początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień zawarcia Umowy. W efekcie projekt Umowy odwołuje się równocześnie do trzech różnych dat: dnia złożenia ofert, dnia zawarcia Umowy, dnia zaistnienia zmiany cen o ponad 15%.

Takie rozwiązanie jest niespójne, wewnętrznie sprzeczne oraz niepozwalające na ustalenie jednego, jednoznacznego punktu odniesienia, od którego należałoby mierzyć zmianę cen materiałów lub kosztów.

Jak wskazał Odwołujący, postanowienia te są niezgodne z art. 439 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający wskaże termin wcześniejszy. Przepis ten jednoznacznie wiąże początek waloryzacji z momentem, w którym znany był poziom cen przyjętych do kalkulacji oferty.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie Wykonawcy (o czym powyżej), jednak jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający nie dokonał zmian projektu Umowy w taki sposób, aby zawierała jasne, jednoznaczne, niesprzeczne postanowienia w tym zakresie, stąd zarzut został uznany za uzasadniony. Wszelkie niejasności w brzmieniu umowy powinny zostać usunięte.

Oddaleni podlegał zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do wykazania wpływu zmian dotyczących waloryzacji na zmianę wynagrodzenia, podczas gdy poziom cen jest ustalany w odniesieniu do wskaźnika GUS.

Nie sposób uznać, że wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia umowne naruszają art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 439 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o zmianie cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co odnosi się do konkretnego zamówienia, którego dotyczy klauzula waloryzacyjna. Zamawiający uprawniony jest do wymagania od wykonawcy, aby wykazał wpływ zmian cen na realizację tego konkretnego zamówienia. Nie jest nieuprawnionym, ale zasadnym, żądanie Zamawiającego wykazania przez wykonawcę, że faktycznie w ramach realizacji tego konkretnego zamówienia rzeczywiście zmuszony został do poniesienia wyższych kosztów. Żądanie wykazania wpływu zmian dotyczących waloryzacji na zmianę wynagrodzenia mieści się całkowicie w dyspozycji art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za uzasadniony został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353¹ k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. poprzez sformułowanie w postanowieniu § 12 ust 3 wzoru Umowy łącznego limitu kar umownych na poziomie 30% wynagrodzenia całościowego brutto, który odbiega znacząco od standardów rynkowych i jest rażąco wygórowany, stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że w § 12 wzoru Umowy Zamawiający przewiduje kary umowne, w tym karę za odstąpienie od umowy wskutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy na poziomie 10% całkowitego wynagrodzenia brutto. Jednocześnie Zamawiający wskazuje łączny limit kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto. Paradoksalnie oznacza to, że Wykonawcy bardziej opłaca się od umowy odstąpić niż ją kontynuować ją z narażeniem się na naliczenie kar 3 razy większych niż kara za odstąpienie od umowy. Odstąpienie jest formą terminacji zamówienia, w praktyce naraża więcej problemów Zamawiającemu niż Wykonawcy i naraża na niewykonanie obiektu, problemy z znalezieniem wykonawcy zastępczego, który dokończy zadanie, znaczącym przełożeniem się czasu realizacji zadania, utratą finansowania itd. To w interesie często Zamawiającego jest utrzymanie wykonawcy na placu budowy, mimo że w pewnych nieprzewidzianych okolicznościach inwestycja dla tego drugiego staje się całkowicie nieopłacalna. Wykonawca mając nad sobą widmo grożących mu kar umownych z limitem aż 30% wynagrodzenia brutto z pewnością nie będzie kontynuował umowy, lecz doprowadzi do jej rozwiązania narażając się wówczas na znacznie mniejszą sankcję. Przewidziany limit wg Odwołującego jest nierynkowy, stanowi o przerzuceniu w ogromnym stopniu ryzyk na Wykonawcę, a także sprzeciwia się sensowi ustanawiania limitu, wynikającemu z art. 463 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tych względów, limit zastosowany przez Zamawiającego powinien ulec istotnemu obniżeniu.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to nie więcej niż 10-20% wynagrodzenia wykonawcy, przy czym jednocześnie podkreśla się, że limit ten powinien pozostawać na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny, a nie represyjny i odstrasżający. W sytuacji kiedy de facto odstąpienie staje się korzystniejsze niż dalsza realizacja umowy i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie, to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem. Limit kar na tak wysokim poziomie zachęca wręcz do rozwiązywania umów, co jest sprzeczne z celem każdego zamówienia i jest działaniem niezwykle niebezpiecznym dla obu stron.

Zamawiający wyjaśnił, że regulacja ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje wskazywanie w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych (art. 436 pkt 3 Prawo zamówień publicznych), których mogą dochodzić strony. Nie reguluje ona jednak limitów kary umownej.

W ocenie Izby, rację ma Zamawiający, że art. art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy inne wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego nie wskazują literalnie, że nie jest możliwe przyjęcie łącznego limitu kar umownych na poziomie 30% wynagrodzenia brutto. Jednak przyjęcie tak wysokiego progu powinno zostać uzasadnione i wykazane przez Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający stwierdził jedynie, że Odwołujący niewłaściwie porównuje inwestycję hydrotechniczną z robotami kubaturowymi lub portowymi. Zamawiający dodał, że limit 30% wynika ze skali ryzyka budowy i likwidacji jazu oraz jest standardowym limitem stosowanym w kontraktach hydrotechnicznych Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej, w szczególności RZGW Poznań, Wrocław, Gdańsk, Szczecin.

Zamawiający nie wykazał tych okoliczności. Powołał się w powyższej argumentacji na powszechność zastosowania tak wysokiego progu, co oznacza, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie mamy tu do czynienia z wyjątkowym, nadzwyczajnym zamówieniem, czy ryzykiem (jak wskazywał w argumentacji Zamawiający – o czym powyżej). Przeczy to argumentacji Zamawiającego o zasadności przyjęcia tak wysokiego progu z uwagi na nadzwyczajny charakter zamówienia, czy ryzyko (w przeciwieństwie do standardowego zamówienia).

Ponadto, skoro Zamawiający oczekuje jak najszybszego zrealizowania zamówienia (na co powołał się w argumentacji w trakcie rozprawy z udziałem stron), to nie jest uzasadnione pomijanie przez Zamawiającego argumentacji podnoszonej przez Odwołującego, odnoszącej się do przyjęcia przez Zamawiającego tak wysokiego progu, zgodnie z którą: „Paradoksalnie oznacza to, że Wykonawcy bardziej opłaca się od umowy odstąpić niż ją kontynuować ją z narażeniem się na naliczenie kar 3 razy większych niż kara za odstąpienie. Odstąpienie jest formą terminacji zamówienia, w praktyce nastrocza więcej problemów Zamawiającemu niż Wykonawcy i naraża na niewykonanie obiektu, problemy z znalezieniem wykonawcy zastępczego, który dokończy zadanie, znaczącym przełożeniem się czasu realizacji zadania, utratą finansowania itd.” W konsekwencji zarzut został uznany za zasadny.

Za niezasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1) -3) ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 wzoru Umowy zbyt wygórowanych kar umownych, tj.:

- a. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, która zgodnie z punktacją w ramach kryterium oceny ofert zaczyna się od wartości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto za każdy jeden dzień zwłoki, która jest wartością minimalną i może być podwyższona do 1% wartości wynagrodzenia brutto za każdy jeden dzień zwłoki (zgodnie z deklaracją w ofercie);
- b. za zwłokę w przekazaniu dokumentacji określonej w § 6 ust. 17 Umowy - w wysokości 0,2% wynagrodzenia całościowego brutto każdy dzień zwłoki;
- c. za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych stanowiących przedmiot niniejszej Umowy oraz w okresie gwarancji i rękojmi - w wysokości 0,2% wynagrodzenia całościowego brutto za każdy dzień zwłoki;

- co w opinii Odwołującego jest karą nadmierną i nieproporcjonalną, stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego względem wykonawcy.

Odwołujący poza kwestionowaniem samej wysokości kary umownej, nie przedstawił przekonującej argumentacji. Okoliczność, że Odwołujący oczekuje obniżenia kary umownej do 0,05% nie przesądza o niezgodności postanowienia z prawem, ani o naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Propozycja Odwołującego obniżenia kar umownych do 0,05% wskazuje na oczekiwanie Odwołującego przyjęcia kar umownych na poziomie iluzorycznym. Odwołujący pomija, że Zamawiający ma prawo określić efektywny mechanizm prewencyjny w celu uzyskania prawidłowo

i terminowo wykonanego zadania przez Wykonawcę. Jak zauważył Zamawiający: „Zastosowane zapisy są proporcjonalne w realiach tej inwestycji. Brak dokumentacji, o której mowa w § 6 ust. 17 Umowy, uniemożliwia przeprowadzenie odbioru końcowego jazu, a tym samym uniemożliwia Zamawiającemu podjęcie eksploatacji obiektu hydrotechnicznego. Zwłoka w przekazaniu dokumentacji skutkuje opóźnieniem uruchomienia obiektu piętrzącego i generuje istotne ryzyka hydrologiczne, środowiskowe i organizacyjne. Kara 0,2% za dzień zwłoki jest zatem proporcjonalna, rynkowa i adekwatna do skutków naruszenia. Obniżenie jej do poziomu 0,05% - jak żąda Odwołujący - doprowadziłoby do braku efektywności mechanizmów prewencyjnych i naraziłoby Zamawiającego na niewspółmierne ryzyko kontraktowe.” Powyższa argumentacja wskazuje na zasadność przyjętych kar umownych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z 09 grudnia 2021 r. (sygn. akt: III CZP 26/21), w której Sąd Najwyższy dokonał analizy umowy o roboty budowlane, w których strony przewidziały karę umowną 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Sąd Najwyższy przyjął takie zastrzeżenie jako ważne i skuteczne, nie kwestionując co do zasady samego poziomu procentowego. Skoro zatem Sąd Najwyższy nie uznał kar umownych o takiej wysokości za nieprawidłowe, to brak jest podstaw do przyjęcia innego stanowiska. Stąd zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....