

Sygn. akt: KIO 2965/20

**WYROK**  
**z dnia 1 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin**,

przy udziale wykonawcy: **TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** na

rzecz zamawiającego: **Gmina Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Lublin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz budowa obiektu biurowego na potrzeby Urzędu Miasta Lublin wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Leszczyńskiego 20 w Lublinie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 214-523303.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 647 k.c., poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, przy czym takie uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 k.c., inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.

2. art. 14 Pzp i art. 139 ust 2 Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> 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. ze względu na:

- 1) zastrzeżenie w § 19 ust. 9 pkt 13, 14, 16, 17 i 18 wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców;
- 2) zastrzeżenie w § 19 ust. 9 pkt 15 wzoru umowy kary umownej rażąco wygórowanej związanej z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców;
- 3) zastrzeżenie w § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy kar umownych związanych z uchybieniami w terminowym przekazywaniu dokumentacji potrzebnej do dokonania odbioru końcowego, która w istocie dubluje się z karą umowną wskazaną w § 19 ust. 9 pkt 5 wzoru umowy tj. karą za niedotrzymanie terminu końcowego. Zgodnie z § 16 ust. 9 i 10 Zamawiający może wstrzymać czynności odbioru końcowego w przypadku nieprzekazania dokumentacji i tym samym wykonawca nie dotrzyma terminu

końcowego. W takiej sytuacji zgodnie z zapisami umowy, wykonawca zostanie obciążony trzema niezależnymi karami, które wynikają w istocie z jednej przyczyny i skutkują niedotrzymaniem terminu końcowego;

4) zaniechanie wprowadzenia w § 19 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 19 ust. 9 pkt 12, tj. kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia. Brak limitu kar umownych może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem wykonawcy, gdyż Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

3. art. 7 Pzp, art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 Pzp, poprzez wadliwe sformułowanie w pkt 13.3.2 i 13.3.3 SIWZ kryterium oceny ofert - Doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu. Nieprawidłowość w tym zakresie polega na nadmiernej ilości poprzednich zadań, w których brał udział kierownik/dyrektor kontraktu - dla uzyskania maksymalnej ilości punktów. Zgodnie z pkt 13.3.3 SIWZ, wykonawca musi dysponować kierownikiem/dyrektorem kontraktu, który kierował kontraktem inwestycyjnym (odebrany tj. zakończony podpisaniem protokołu odbioru końcowego) realizowanym w formule „projektuj i buduj”, przy czym dla uzyskania maksymalnej ilości punktów konieczne jest legitymowanie się trzema kontraktami w ostatnich 10 latach przed terminem składania ofert, a pełnienie funkcji musi być nieprzerwane, tj. od początku do końca realizacji kontraktu. W ocenie Odwołującego, konieczność legitymowania się doświadczeniem w realizacji 3 kontraktów w charakterze kierownika/dyrektora kontraktu jako warunek uzyskania maksymalnej ilości punktów jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. przyznanie punktów związanych z zapewnieniem jakości wykonania zamówienia. Wystarczającym i proporcjonalnym wymogiem byłoby przyznanie maksymalnej ilości punktów za legitymowanie się doświadczeniem w realizacji 2 kontraktów. Założenie realizacji 3 kontraktów jako kierownik/dyrektor kontraktu w formule „projektuj i buduj”, z ograniczeniem do budynków użyteczności publicznej o określonej kubaturze oznacza, biorąc pod uwagę czas trwania takiego kontraktu od początku do końca (ofertowanie, projektowanie, uzyskanie pozwoleń, realizacja, rozliczenie) wynoszący około 3-3,5 lat, że osoba, która miałaby spełniać to kryterium punktowe, od 10 lat nie wykonywałaby innych funkcji lub zadań niż opisane w kryterium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 8 do SIWZ wzór umowy- w sposób opisany poniżej:

Ad. Zarzut nr 1

- Zmiany § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego w przypadku braku wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego czy też wyeliminowanie uznaniowości Zamawiającego w dokonaniu odbioru końcowego i dostosowanie zapisu do art. 647 k.c. nakładającego obowiązek dokonania odbioru końcowego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

*14. Jeżeli w trakcie czynności odbiorowych odbioru końcowego zostaną stwierdzone w przedmiocie umowy wady nieistotne nadające się do usunięcia, Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy ich bezpłatnego usunięcia w odpowiednim terminie. Zamawiający w takim wypadku dokona odbioru końcowego podpisując protokół odbioru końcowego robót z uwagami dotyczącymi stwierdzonych wad oraz wyznaczonym terminem ich usunięcia. Odbiór robót mających na celu potwierdzenie usunięcia stwierdzonych w przedmiocie umowy wad nastąpi po ich wykonaniu i zostanie potwierdzony stosownym protokołem usunięcia wad.*

*15. Jeżeli w trakcie czynności odbiorowych odbioru końcowego zostaną stwierdzone w przedmiocie umowy wady istotne nadające się do usunięcia Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy ich bezpłatnego usunięcia w odpowiednim terminie. Zamawiający w takim wypadku może odmówić dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad istotnych. Po usunięciu wad istotnych Wykonawca ponownie zgłosi ponownie gotowość do odbioru końcowego. Odbiór robót nastąpi w terminie 7 dni od daty pisemnego zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia usuwania wad istotnych i ponownego zgłoszenia do odbioru końcowego.*

Ad. Zarzut nr 2

- Zmiany § 19 pkt 13, 14, 16, 17 i 18 wzoru umowy w zakresie kar umownych związanych z nieprawidłowościami dotyczącymi podwykonawców - Odwołujący zaproponował redukcję kar do wysokości odpowiadającej skali uchybień z uwzględnieniem, że kara umowna za niedotrzymanie terminu końcowego wynosi 3.000 zł za dzień, tj. np. kwoty od 1.000-2.000 zł. W zakresie kary związanej z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców Odwołujący zaproponował, aby kara była ustalona nie kwotowo, ale jako % od kwoty niezapłaconego na rzecz podwykonawcy wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Odwołujący zaproponował wykreślenie kar wskazanych w § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy związanych z uchybieniami w terminowym przekazywaniu dokumentacji potrzebnej do dokonania odbioru końcowego. Dodatkowo Odwołujący zaproponował wprowadzenie limitu kar umownych.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

- § 19 ust. 9 pkt 7 – skreślony, oraz odpowiednia modyfikacja § 16 ust. 9, tj. wykreślenie sformułowania „co będzie skutkowało naliczeniem kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 9 pkt 7”
- § 19 ust. 9 pkt 8 – skreślony, oraz odpowiednia modyfikacja § 16 ust. 10, tj. wykreślenie sformułowania „co będzie skutkowało naliczeniem kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 9 pkt 8”
- § 19 ust. 9 pkt 13 - „za wprowadzenie Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy na teren budowy i powierzenie mu do wykonania robót objętych zakresem niniejszej umowy bez zaakceptowania umowy o podwykonawstwo przez Zamawiającego, w wysokości 2.000 zł (słownie dwa tysiące złotych), za każdy stwierdzony przypadek”,
- § 19 ust. 9 pkt 14 - „za wykonywanie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę, którego umowa została zaakceptowana, robót innych niż zadeklarowane do podwykonawstwa w zawartej umowie o podwykonawstwo lub w przypadku realizowania części lub całości robót przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę innego niż Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, którego umowa została zaakceptowana przez Zamawiającego w wysokości 2.000 zł (słownie: dwa tysiące złotych), za każdy stwierdzony przypadek”,
- § 19 ust. 9 pkt 15 - „w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom w wysokości 0,1% wartości niezapłaconego w terminie wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy za każdy dzień opóźnienia w zapłacie”,
- § 19 ust. 19 pkt 16 - „w przypadku nieprzedłożenia Zamawiającemu do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu umowy jej zmiany w wysokości 1.000 zł (słownie jeden tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia projektu umowy lub jej zmiany”,
- § 19 ust. 9 pkt 17 - „w przypadku nieprzedłożenia Zamawiającemu, w terminie określony w § 7 ust. 8 i/lub 11, poświadczonej „za zgodność z oryginałem” kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości 1.000 zł (słownie: tysiąc złotych), za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia kopii umowy lub jej zmiany”
- § 19 ust. 9 pkt 18 - „w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 7 ust. 5, w wysokości 1.000 zł (słownie: tysiąc złotych), za każdy przypadek braku zmiany”,
- dodanie w § 19 po dotychczasowej treści nowego ustępu oznaczonego numerem 15 o następującej treści: „§19 ust. 15 Łącznie kary umowne przewidziane w niniejszej umowie, do których zapłaty zobowiązany będzie Wykonawca lub Zamawiający nie przekroczą 10% wartości brutto wynagrodzenia wskazanego w § 9 ust. 1 umowy.”

Ad. Zarzut nr 3

- Zmiany w pkt 13.3.3 SIWZ w ten sposób, aby punkty za doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu były przyznawane za wykazanie maksymalnie dwóch kontraktów. Z uwagi na okoliczność, że dysponowanie kierownikiem/dyrektorem kontraktu jest zgodnie z pkt 5.5.2.3 SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu, zmiana może polegać bądź na wykreśleniu pkt 5.5.2.3, tj. dysponowanie kierownikiem/dyrektorem kontraktu nie byłoby warunkiem udziału w postępowaniu, ale w razie dysponowania taką osobą przyznawane byłby punkty za realizację jednego lub dwóch kontraktów lub też pozostawienie pkt 5.5.2.3 SIWZ przy jednoczesnym punktowaniu realizacji dwóch lub więcej kontraktów (punktowanie realizacji jednego kontraktu byłoby bezcelowe gdyż każdy z wykonawców otrzymałby punkty skoro jest to warunek udziału w postępowaniu).

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ powinna być następująca:

Wariant I

5.5.2.3 - skreślony

13.3.2 - w odniesieniu do osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika/dyrektora kontraktu Zamawiający przyzna punktację w następujący sposób:

- za wykazanie jednego kontraktu kierowanego przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma - 50 pkt x waga kryterium
- za wykazanie dwóch i więcej kontraktów kierowanych przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma - 100 pkt x waga kryterium

Wariant II

13.3.3 - w odniesieniu do osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika/dyrektora kontraktu Zamawiający przyzna punktację w następujący sposób:

- za wykazanie dwóch i więcej kontraktów kierowanych przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma - 100 pkt x waga kryterium.

Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SIWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i k.c. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.), gdyż w sposób niezgodny z k.c. wprowadza odbiór bezusterkowy oraz w sposób sprzeczny z k.c. zastrzega rażąco wygórowane kary umowne. Ponadto, Zamawiający formułując kryteria punktowe oceny ofert zastrzegł nadmierne i ograniczające kryteria, które w realiach rynkowych uniemożliwiają uzyskanie maksymalnej ilości punktów.

Zarzut nr 1

Zamawiający, wbrew obowiązkowi dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 k.c. we wzorze umowy, wprowadził możliwość odmowy dokonania

odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad, przy czym od arbitralnej decyzji Zamawiającego zależy uznanie, czy wady umożliwiają bądź nie umożliwiają dokonania odbioru końcowego. Postanowienia umowy stwarzają ryzyko odbiorów bezusterkowych, które są sprzeczne z art. 647 k.c.

Zgodnie z art. 647 k.c., jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie, poprzez odmowę dokonania odbioru, inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego, w których Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 k.c. inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił świadczenia, w pozostałych wypadkach, tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (patrz: wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12).

Powyższe oznacza, że treść § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy narusza art. 647 k.c., gdyż pozostawia Zamawiającemu dowolność w uznaniu czy wady stwierdzone w trakcie odbioru końcowego umożliwiają bądź uniemożliwiają dokonanie odbioru końcowego. W ocenie Odwołującego, uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w



taki sposób, aby dostosować je do treści art. 647 k.c., tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

#### Zarzut nr 2

W § 19 ust. 9 pkt 7-8, pkt 13-18 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł kary umowne, związane z:

- 1) uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców, które są rażąco wygórowane,
- 2) uchybieniami w zapłacie na rzecz podwykonawców, które są rażąco wygórowane i oderwane od skali uchybień w zakresie zapłaty wynagrodzenia,
- 3) przekazaniem dokumentów potrzebnych do dokonania odbioru końcowego, które dublują się z karą nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, jak również nie przewidział żadnego limitu kar umownych.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej, jako rażąco wygórowanej, Odwołujący przywołał pogląd zaprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17. Odwołujący zwrócił uwagę, że kary umowne przewidziane w § 19 ust. 9 pkt 13-18 wzoru umowy są związane z art. 143b - art. 143d Pzp, statuującymi m.in. obowiązek terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, obowiązek przedkładania zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo oraz poświadczonych za zgodność z oryginałem umów o podwykonawstwo a także nakazujących wprowadzenie w umowę o realizację zamówienia publicznego sankcji za uchybienie tym obowiązkom. Przepisy te zostały wprowadzone na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473). Jak dowiedzieć się można z uzasadnienia do powyższej ustawy, postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Projektodawca wskazał, że: *„W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzenia przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania (...) Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwić zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców.”* Dodatkowo odwołać należy się do poglądów

doktryny, zgodnie z którymi: „Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w jakikolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz funkcję prewencyjną, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019).

Intencją unormowań zawartych w art. 143b - art. 143d Pzp jest więc przede wszystkim zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności a jednocześnie wykonawca będzie zobowiązany do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, czemu ma służyć obowiązek przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynikający z art. 143a Pzp. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizację tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego, ale - interesy podwykonawców.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżone ww. kary mają charakter wygórowany i poprzez ich wysokość nie mają charakteru prewencyjnego, ale charakter represyjny, a w razie ich naliczenia prowadziłyby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, który w przypadku uchybienia w obowiązkach wykonawcy dotyczących zgłaszania podwykonawcy nie ponosi szkody - szkodą nie są kwoty zapłacone podwykonawcom w ramach solidarnej odpowiedzialności, gdyż wykonawca jest zobowiązany do zwrotu zamawiającemu takich kwot zgodnie z art. 376 § 2 k.c.

Odwołujący wskazał, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary dotyczące uchybień w zakresie podwykonawców są najwyższymi karami przewidzianymi w umowie i przekraczają swoją wysokością kary za niedotrzymanie terminu końcowego realizacji zamówienia, co jest poważniejszym uchybieniem i rodzi poważniejsze konsekwencje niż uchybienia dot. podwykonawców.

W § 19 ust. 9 pkt 15 wzoru umowy Zamawiający przewidział obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Kara ta jest zastrzeżona w stałej wysokości 10.000 zł i jest niezależna od tego, jaka kwota nie została zapłacona rzecz podwykonawcy ani od tego, jaka była wielkość opóźnienia w zapłacie. Oznacza to, że może dojść do sytuacji, gdy wykonawca opóźni się z zapłatą wynagrodzenia o 1 dzień jakiegokolwiek kwoty, a pomimo tego zostanie obciążony

kara, która przekracza wartość niezapłaconego wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego, kara w tym punkcie powinna być powiązana z wysokością niezapłaconego wynagrodzenia jako procent wartości wynagrodzenia niezapłaconego na rzecz podwykonawcy i być naliczana za każdy dzień barku zapłaty w ustalonym terminie. Taka konstrukcja kary będzie motywować wykonawcę do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, a w przypadku zaistnienia opóźnienia do jak najszybszej zapłaty zaległości. Przy karze zaproponowanej przez Zamawiającego, po tym jak wykonawca nie dokona zapłaty w terminie, w zasadzie przestaje być zmotywowany do uregulowania wynagrodzenia podwykonawcy, gdyż niezależnie od tego, czy opóźnienie wynosi 1 dzień, czy 100 dni kara pozostanie taka sama.

W § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy Zamawiający przewidział kary związane z nieterminowym przekazaniem dokumentacji potrzebnej do dokonania odbioru końcowego. Jednocześnie w § 3 ust. 7 pkt 64 i 65 - nałożył na wykonawcę obowiązek przekazania określonej dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia odbioru. W § 16 ust. 9 i 10 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość przerwania czynności odbiorowych z powodu nie przekazania w/w dokumentacji.

W ocenie Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający przerwie czynności odbiorowe w większości przypadków spowoduje to, że odbiór końcowy się przesunie i tym samym termin końcowy nie zostanie dotrzymany, a w efekcie tego zostaną naliczone kary umowne za niedotrzymanie terminu końcowego. Wykonawca dwa razy zostanie ukarany za to samo - raz karą umowną za nieprzekazanie dokumentów w terminie i przerwanie czynności odbiorowych a drugi raz - za niedotrzymanie terminu końcowego.

W ocenie Odwołującego, brak ustalenia limitu kar umownych stanowi naruszenie przepisów Pzp. W tym zakresie powołał się na orzeczenia KIO: wyrok z dnia 18 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20, wyrok KIO z dnia 21 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1270/20, wyrok KIO z dnia 22 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO 2228/19, KIO 2249/19, wyrok KIO z dnia 4 września 2018 r. sygn. akt: KIO 1601/18.

Odwołujący stwierdził, że brak limitu kar umownych stanowi naruszenie zasady proporcjonalności i skutkuje zbyt jednostronnymi zapisami umowy, zwłaszcza biorąc pod uwagę ilość przypadków, w których Zamawiający może nałożyć kary na wykonawcę (ponad 30 przypadków). Zwrócił uwagę, że w nowym Pzp, które ma obowiązywać od 1.01.2021 r. ustawodawca wprost w art. 436 pkt 3 nakazał aby w umowach o zamówienie publiczne ustalić łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Odwołujący ma świadomość, że analogicznego przepisu nie ma w aktualnie obowiązującej ustawie Pzp, nie mniej jednak obowiązek ustanowienia takiego limitu można wyprowadzić z zasady proporcjonalności zawartej w art. 7 Pzp. W uzasadnieniu projektu ustawy nowego Pzp wskazano, że: *Zmiany w obszarze przepisów dotyczących umów w sprawie zamówień*

*publicznych (dalej „umowa”) mają zasadniczo trzy cele:*

*Ograniczenie negatywnego zjawiska wskazanego w Koncepcji prawa zamówień publicznych, tj. zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających.*

*Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (no. 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). (...) W art. 436 projektu ustawy wskazuje się postanowienia, które obligatoryjnie powinna zawierać każda umowa, takie jak kwestie terminu jej wykonania oraz warunków płatności czy limitowanie kar umownych” (s. 82-83 uzasadnienia projektu ustawy nowego Pzp).*

Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołującego, że na gruncie już obowiązujących przepisów ustawodawca uznał, że zapisy umów są kształtowane przez zamawiających w sposób nieproporcjonalny i jednostronny. W celu eliminacji tego zjawiska ustawodawca uznał, że koniecznym jest, aby umowy w zamówieniach publicznych zawierały limit kar umownych. Z uwagi na to, że w obecnym Pzp obowiązuje zasada proporcjonalności, to już na bazie obowiązującego art. 7 Pzp można stwierdzić, że brak limitu kar umownych narusza zasadę proporcjonalności, a umowa bez takiego limitu jest zbyt jednostronna.

Zarzut nr 3

Doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu przy kierowaniu realizacją 3 obiektów, jako kryterium niezbędne do uzyskania maksymalnej ilości punktów jest nieproporcjonalne dla efektu jakościowego, jak również jest kryterium nadmiernie ograniczającym konkurencję.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp kryteriami oceny ofert mogą być: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Na bazie tego przepisu Zamawiający sformułował kryterium punktowe, gdzie warunek przyznania punktów jest następujący:

*„13.3.2 W powyższym kryterium oceniany będzie kierownik/dyrektor kontraktu skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego odpowiedzialny za kierowanie kontraktem, posiadający doświadczenie w kierowaniu:*

*- nieprzerwanie przez cały okres trwania kontraktu co najmniej jednym kontraktem inwestycyjnym (odebrany tj. zakończony podpisaniem protokołu odbioru końcowego) realizowanym w formule „projektuj i buduj”, którego wartość wynosiła minimum 15 000 000,00 PLN brutto dotyczącym budowy kubaturowego obiektu budowlanego: budynku użyteczności publicznej, o kubaturze co najmniej 30 000,00 m<sup>3</sup>, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.”*

Dla uzyskania maksymalnej ilości punktów konieczne jest, aby osoba z personelu

wykonawcy legitymowała się doświadczeniem w realizacji trzech takich kontraktów. Zdaniem Odwołującego, jest to kryterium nadmiernie ograniczające konkurencję. Odwołujący ma świadomość, że realizowanie kontraktu w formule „projektuj i buduj” odbiega swoją specyfiką od realizacji kontraktu w formule „buduj”. Przemawia to za tym, aby doświadczenie w realizacji takich kontraktów było czy to warunkiem udziału w postępowaniu, czy to kryterium oceny ofert. Nie mniej jednak, przy ocenie, czy postawione w SIWZ kryterium oceny ofert nie ogranicza nadmiernie konkurencji, trzeba wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

- kontraktów w formule „projektuj i buduj” realizuje się znacznie mniej niż kontraktów w formule „buduj”, co powoduje ograniczenie ilości osób, które mogą się legitymować doświadczeniem w realizacji tego typu kontraktów. Odwołujący wskazał, że w tej formule znacznie częściej niż budynki użyteczności publicznej w sektorze zamówień publicznych realizowane są kontrakty drogowe, a w sektorze prywatnym - kontrakty na budowę obiektów przemysłowych;

- okres realizacji kontraktu w formule „projektuj i buduj” jest znacznie dłuższy niż w formule „buduj”, np. w przypadku niniejszej umowy jest to przedłużenie realizacji o około 1,5 roku. Zgodnie z zapisami umowy, etap opracowywania projektów budowlanych ma trwać 12 miesięcy, opracowanie projektów wykonawczych ma trwać 4 miesiące, a realizacja kontraktu zajmuje zatem około 2,5-3 lat. Zestawiając to z wymogiem, że okresem odniesienia dla wykazania się doświadczeniem jest 10 lat, to w tym okresie możliwe jest w zasadzie zrealizowanie maksymalnie 3 kontraktów w tej formule;

- Zamawiający wymaga, aby doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika/dyrektora kontraktu było „nieprzerwane”, tj. musi on pełnić funkcję od początku do końca realizacji kontraktu. Zatem z doświadczenia eliminowane są te kontrakty, w trakcie których doszło do zmiany kierownika/dyrektora kontraktu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że kierownik/dyrektor kontraktu angażuje się zwykle w dany projekt już na etapie przetargu i przygotowywania oferty oraz jest zaangażowany jeszcze przez jakiś czas po zakończeniu realizacji na etapie usuwania wad odbiorowych oraz dokonywania rozliczenia kontraktu czy to z inwestorem, czy to z podwykonawcami, co powoduje, że do czasu realizacji kontraktu wynoszącego, jak wskazano powyżej 2,5-3 lat, doliczyć należy jeszcze kilka miesięcy zaangażowania na etapie pozyskania kontraktu oraz na etapie jego rozliczenia;

- sformułowany przez Zamawiającego wymóg zakłada w istocie, że dana osoba od 10 lat realizowała kontrakty wyłącznie w formule „projektuj i buduj” nie realizując w tym czasie żadnych innych kontraktów. Co więcej zakłada, że osoba kierownika/dyrektora kontraktu będzie miała prawie 100% skuteczność w pozyskiwaniu nowych kontraktów i po zakończeniu jednego płynnie będzie przechodzić do realizacji nowego kontraktu.

Powyższe okoliczności wskazują, że legitymowanie się doświadczeniem w realizacji 3 kontraktów w formule zaprojektuj i buduj na przestrzeni ostatnich 10 lat powoduje, znaczące

ograniczenie konkurencji.

Wykonawca TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Odwołującego. Poparł w całości stanowisko przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. stwierdzenie, że odwołanie nie podlega rozpatrzeniu na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. zawiera nieusuwalny brak formalny w postaci braku potwierdzenia reprezentacji jednej z osób, które podpisały oświadczenie o udzieleniu pełnomocnictwa z dnia 25 stycznia 2019 r. oraz brak podpisu pełnomocnika pod treścią odwołania;
2. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, ze względu na brak podstaw faktycznych i prawnych podnoszonych zarzutów;
3. orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego;
4. dopuszczenie następujących dowodów:
  - 1) kopii umowy Nr 66/1R/16 z dn. 04.05.2016 r, na przebudowę i rozbudowę stadionu lekkoatletycznego wraz z zapleczem przy al, Józefa Piłsudskiego 22 w Lublinie;
  - 2) kopii umowa Nr 19/1R/16 z dn. 29.03.2016 r. na zmianę zagospodarowania Placu Litewskiego w Lublinie;
  - 3) kopii umowy Nr 53/1R/18 z dn. 14.05.2018 r. na budowę budynku wielofunkcyjnego przy ul. Berylowej w Lublinie, w skład którego wchodzi przedszkole, dom kultury, szkoła podstawowa z salą gimnastyczną ;
  - 4) kopii umowy Nr 29/tR/19 z dn. 1 1.03.2019 r, na rewitalizację przyrodniczą Parku Ludowego w Lublinie znajdującego się w obszarze Zintegrowanego Centrum Komunikacyjnego dla LOF
  - 5) kopii umowy Nr 4/1R/18 z dn. 30.01.2018 r, na przebudowę istniejącego deptaka renowację istniejącego ciągu pieszego na ul. Krakowskie Przedmieście na odcinku od ul. Kapucyńskiej do ul. Lubartowskiej wraz z Placem Króla Władysława Łokietka w Lublinie
  - 6) zał. Nr 6 do SIWZ kopii wzoru umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo kosztorysowej oraz rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej Nr 52 w Lublinie przy ul. Władysława Jagiełły 11 wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w formule „projektuj i buduj”

- na potwierdzenie zasadności ustanowienia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wartości kar umownych w oparciu o analizę treści dotychczas stosowanych wzorów umów oraz realizowanych umów.

Zamawiający podniósł, że w oparciu o przesłany mu egzemplarz odwołania wraz z załącznikami, stwierdził brak podpisu pełnomocnika pod treścią odwołania. Ponadto, przedłożony dokument pełnomocnictwa nie pozwala na ustalenie, kto złożył podpis jako druga osoba umocowana do złożenia oświadczenia w imieniu Odwołującego. Pieczęć jest nieczytelna, podobnie jak podpis. Zatem, nie można zidentyfikować imienia ani nazwiska osoby, więc nie jest możliwe skonfrontowanie danych osobowych tej osoby z wypisem KRS Odwołującego, zgodnie z treścią którego, ustanowiony został obowiązek współdziałania dwu osób łącznie przy składaniu oświadczeń woli w imieniu spółki. Stąd należy przyjąć, że Odwołujący nie wniósł odwołania, ponieważ nie wykazał prawidłowości ustanowienia pełnomocnika, zgodnie z reprezentacją, wynikającą z odpisu KRS, dołączonego do odwołania. Zatem zgodnie z treścią art. 187 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie nie podlega rozpoznaniu ze względu na nieusuwalne braki formalne, uniemożliwiające rozpatrzenie odwołania.

W odniesieniu do treści odwołania, Zamawiający podniósł, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 647 k.c.:

Zdaniem Zamawiającego, treść postanowień wzoru umowy potwierdza dbałość Zamawiającego o niedopuszczenie do sytuacji zaniechania odbioru przedmiotu zamówienia. W myśl § 16 ust. 14 i 15 zasadą jest dokonanie odbioru. Zamawiający ograniczył swoje prawo do wstrzymania odbioru jedynie w przypadku wystąpienia tak istotnych wad, że niemożliwym staje się dalsze prowadzenie odbioru, innymi słowy - do sytuacji, w której stan przedmiotu zamówienia właściwie niweczy uprzednie zgłoszenie przedmiotu umowy do odbioru. Zamawiający podkreślił, że proponowane przez Odwołującego zapisy są mniej korzystne dla wykonawcy i niezgodne z powyższą intencją Zamawiającego. Odczytanie zapisów umowy, jako ustanawiających prawo Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru w przypadku zaistnienia każdej wady, jest nieuprawnione w świetle brzmienia zapisów wzoru umowy.

Zamawiający wskazał, że w art. 647 k.c. nie ma mowy o obowiązku dokonania przez Zamawiającego odbioru przedmiotu umowy, który nie został wykonany w stopniu umożliwiającym jego odbiór, tj. wyłączającym normalne jego wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbierający mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie. Jeżeli takie okoliczności zostaną stwierdzone, a waga stwierdzonych wad (braków lub

nieprawidłowości) stanowiła będzie o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniem zamówienia, Zamawiający zasadnie będzie miał prawo przerwać czynności odbioru przedmiotu umowy.

W treści art. 647 k.c. nie ma też mowy o wadach istotnych bądź nieistotnych. Wynika z niego obowiązek dokonania odbioru, ale wykonanego przedmiotu umowy. W § 16 ust. 14 wzoru umowy mowa jest o wadach w przedmiocie umowy nadających się do usunięcia, których stwierdzenie umożliwia dokonanie odbioru końcowego i podpisanie protokołu odbioru końcowego, zatem o wadach nieistotnych, które nie czynią przedmiotu robót niezdatnym do umówionego użytku lub nie sprzeciwiają się wyraźnie umowie (wyrok SA w Szczecinie, I ACa 1099/15). W § 16 ust 15 wzoru umowy mowa jest o wadach nadających się do usunięcia, których stwierdzenie uniemożliwia dokonanie odbioru końcowego robót i podpisanie protokołu odbioru końcowego, zatem o wadach istotnych w przedmiocie zamówienia, powodujących, że jest on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub na tyle istotnych, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania (wyrok SN, II CSK 476/12), tj. o wadach tego rodzaju, że uniemożliwiają czynienie właściwego użytku z przedmiotu zamówienia, wyłączających normalne jego wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbierających mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając wartość przedmiotu zamówienia (wyrok SA w Warszawie z 27.06.20108 r., V ACa 1302/17).

W zakresie zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w z art. 483 k.c. i art. 473 S 1 k.c.:

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał, aby kary ustanowione we wzorze umowy były wygórowane. Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii*, przygotowując SIWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona — przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia umowy wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto, przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach



uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Przede wszystkim zamawiający ma prawo korzystnie dla siebie kształtować treść przyszłego zobowiązania z uwagi na pozycję, jaką ustawowo zajmuje w procesie udzielania i realizowania zamówień publicznych. Tak też KIO w wyroku z dnia 29 listopada 2019 r sygn. akt KIO 2311/19.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przewidziana w tym przepisie kara umowna jest swego rodzaju odszkodowaniem służącym naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nawet z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

W niniejszej sprawie postanowienia umowy dotyczące ustanowienia kar umownych dotyczą wyłącznie okoliczności zwłoki w wykonaniu zobowiązania, która odnosi się wyłącznie do okoliczności za które odpowiada wykonawca, zatem jest on w stanie mieć wpływ na ostateczną wartość kar umownych oraz może skalkulować ryzyko związane z podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W takim stanie faktycznym, w którym wykonawca odpowiada wyłącznie za okoliczności leżące po jego stronie ustanowienie górnego limitu kar umownych powodowałoby bezzasadne ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy za własne niedochowanie należytej staranności. Ponadto nie dyscyplinowałoby wykonawcy do przerywania zwłoki, a prowokowałoby do ostatecznego zaniechania spełnienia świadczenia.

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że kara umowna przysługuje także w takim przypadku, gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z powodu nienależytego wykonania umowy mimo, że przepis mówi o prawie do kary „bez względu na wysokość poniesionej szkody” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 lutego 2015 r., I ACa 967/14). Nadto, strony w umowie mogą przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy uznać także możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy. W okolicznościach tej sprawy postanowienia o karach umownych są ustanowione w sposób pozwalający

Odwołującemu na kontrolowanie kosztów udzielonego zamówienia. Zamawiający wskazał na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt I CSK 31/12, LEX nr 1293724, oraz wskazał że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownym, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353[1] k.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1706/13). Zamawiający podkreślił, że ustanawiając we wzorze umowy zasady naliczania kar umownych nie skorzystał ze swego prawa do ustanowienia kar za opóźnienie, a jedynie za zwłokę, co całkowicie potwierdza zgodność przyjętej konstrukcji z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego. W związku z tym zarzuty odwołania, a w ślad za nimi - żądanie „Ad II.2 powyżej, aby kary z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom liczone były „za każdy dzień opóźnienia” jest sprzeczne z treścią wzoru umowy oraz z zasadami przyjętymi przez Zamawiającego, jest również niekorzystne dla Odwołującego i obarczone większym ryzykiem w stosunku do zapisów określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że żaden z przepisów Kodeksu cywilnego o karach umownych, a w szczególności przepisy wskazane w petitum odwołania, nie ustala wysokości kar umownych ani nie wskazuje poziomu kar umownych, powyżej którego karę umowną można by uznać za rażąco wygórowaną. Wskazywane przez przepisy Kodeksu cywilnego, tj. art. 353, 647, 473, 483 i 484 §1 nie odnoszą się do wysokości kary umownej. Jedynie art. 484 § 2 k.c. stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, to dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Na gruncie ustawy Pzp, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy. Kompetencja do ustalenia, czy kara jest rażąco wygórowana, należy do sądu powszechnego, na etapie realizacji umowy. „Rażąco wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Dlatego wskazanie jako naruszonego przez Zamawiającego przepisu art. 484 § 2 k.c. należy uznać za chybione na tym etapie, gdy umowa nie jest jeszcze realizowana.

Zamawiający przytoczył stanowisko zawarte w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, w którym Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, a brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastycznienie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

W związku z powyższym zarzuty dotyczące postanowień umownych wskazanych powyżej są całkowicie bezpodstawne. Odwołujący nie uzasadnił naruszenia przepisów art. 14 Pzp oraz art. 139 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w zakresie dotyczącym postanowień § 19 ust. 9 pkt 13, 14, 16, 17, 18 oraz § 19 ust. 9 pkt 15, a także § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy stanowisko Odwołującego jest błędne.

Zamawiający podniósł, że w umowie zostały określone oddzielne terminy na poszczególne etapy realizacji zamówienia i dochowanie każdego z nich zależy od wykonawcy. Terminom tym zostały przyporządkowane obowiązki wykonawcy w zależności od etapu realizacji umowy oraz w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego na poszczególne dokumenty na danym etapie realizacji inwestycji. Zatem, w przypadku niedochowania każdego z terminów lub niedopełnienia określonego w umowie obowiązku, Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną. Natomiast naliczenie kary umownej za nieterminowe oddanie dokumentacji nie musi oznaczać automatycznie niedochowania terminu końcowego. Wystąpienie takiej „kumulacji” zależy wyłącznie od działania bądź zaniechania wykonawcy. Ewentualna konieczność naliczenia dwu kar umownych powstanie w wyniku rozdzielenia poszczególnych podstaw prawnych, a nie w wyniku ich zdublowania. Naliczanie kar umownych oddzielnie za zwłokę w wykonaniu poszczególnych świadczeń ma na celu umożliwienie monitorowania przez Zamawiającego postępów w realizacji inwestycji oraz dyscyplinowanie wykonawcy. W wyroku SN z 17.12.2008 r., I CSK 240/08, Legalis wskazano, że do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zalicza się określenie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej (tak wyrok SA w Łodzi z 210.2015 r., I ACa 383/15. Legalis).

W zakresie dotyczącym postanowień § 19 ust. 9 pkt 13, 14, 15, 16, 17, 18 wzoru umowy Zamawiający podniósł, że ustalenie wysokości zastrzeżonych kar umownych zostało poprzedzone analizą porównawczą w oparciu o przyjęty poziom analogicznych kar umownych zastrzeżonych przez Zamawiającego w kilku innych poprzednio prowadzonych postępowaniach przetargowych zakończonych zawarciem umów w sprawie zamówienia

publicznego (i zrealizowanych bądź będących na ukończeniu) oraz w jednym z obecnie procedowanych (przełom lat 2016 — 2020).

W zakresie rażąco wygórowanych kar umownych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców tj. postanowień § 19 ust. 9 pkt 13 -14 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) - kara umowna w wysokości 10 000,00 zł, stanowi 0,0129% wartości szacunkowej brutto robót budowlanych przedmiotu zamówienia. Zamawiający przedstawił zestawienie porównawcze analogicznych kar umownych w innych prowadzonych postępowaniach.

W zakresie rażąco wygórowanych kar umownych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców w zakresie odnoszącym się do postanowień § 19 ust. 9 pkt 16, 17 i 18 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) - kara umowna w wysokości 5 000,00 zł stanowi 0,006% wartości szacunkowej brutto robót budowlanych przedmiotu zamówienia. Zamawiający przedstawił zestawienie porównawcze analogicznych kar umownych w innych prowadzonych postępowaniach.

W zakresie rażąco wygórowanej kary umownej związanej z brakiem zapłaty lub nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców w zakresie odnoszącym się do § 19 ust. 9 pkt 15 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) - kara umowna w wysokości 10 000,00 zł stanowi 0,0129 % wartości szacunkowej brutto robót budowlanych przedmiotu zamówienia. Zamawiający przedstawił zestawienie porównawcze analogicznych kar umownych w innych prowadzonych postępowaniach.

Zdaniem Zamawiającego, analiza porównawcza wysokości kar umownych j.w. potwierdza, że ustalonych przez Zamawiającego w § 19 ust. 9 pkt 13 — 18 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) kar umownych nie można uznać za rażąco wygórowane, biorąc pod uwagę wartość szacunkową przedmiotu zamówienia, a przy tym kształtują się one nawet na dużo niższym poziomie niż analogiczne kary umowne w powołanych dla przykładu umowach w sprawie zamówienia publicznego czy w prowadzonym równolegle postępowaniu przetargowym. Zamawiający podkreślił także, że Odwołujący składał oferty w niektórych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, był wykonawcą robót budowlanych oraz składał zapytania w prowadzonym równolegle postępowaniu przetargowym, a więc należy przyjąć, że jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie tego zamówienia publicznego.

W zakresie dotyczącym postanowień § 19 ust. 9 pkt 7 i 8, § 19 ust. 9 pkt 7 wzoru umowy przewiduje się karę w przypadku nieprzekazania Zamawiającemu w określonych w umowie terminach kompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru, o której mowa w § 3 ust. 7 pkt 64 i 65 i w § 16 ust. 91 w wysokości 2 000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych) jednorazowo.

Postanowienie §3 ust. 7 pkt 64 wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek bieżącego opracowywania, kompletowania i najpóźniej 7 dni roboczych przed zgłoszeniem zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego przekazania Zamawiającemu, wszelkiej dokumentacji niezbędnej do odbioru zrealizowanych robót, zgodnej z wymogami obowiązujących w tej materii przepisów prawa zawierającej w szczególności rysunki zamienne i obliczenia, wyniki oraz protokoły pomiarów, prób, testów, rozruchów, regulacji i badań, protokoły dotyczące przyłączy i instalacji podlegających przekazaniu odpowiednim służbom eksploatującym, protokoły odbiorów, świadectwa jakości, deklarację zgodności materiałów, atesty, aprobaty, certyfikaty, instrukcję bezpieczeństwa pożarowego, świadectwa charakterystyki energetycznej i inne dokumenty niezbędne do dokonania odbioru końcowego i użytkowania obiektu oraz jego późniejszej eksploatacji (w tym dokumenty niezbędne do zawarcia przez Zamawiającego umów na dostawę mediów), a w przypadku wystąpienia wad, umożliwiające zaspokojenie roszczeń przysługujących Zamawiającemu albo innym uprawnionym podmiotom.

Postanowienie §3 ust. 7 pkt 65 wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek przygotowania i przekazania Zamawiającemu najpóźniej 7 dni roboczych przed zgłoszeniem zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego, kompletnej dokumentacji powykonawczej obejmującej także inwentaryzację geodezyjną w postaci opracowania powykonawczego sporządzonego przez uprawnionego geodetę i inwentaryzację organizacji ruchu, zajęcia terenu (w tym pasa drogowego), przy czym dokumentacja ta musi zawierać dane umożliwiające wniesienie zmian na mapę zasadniczą, do ewidencji gruntów i budynków (wykaz zmian gruntowych) oraz ewidencji sieci uzbrojenia terenu.

Postanowienie §16 ust. 9 wzoru umowy zobowiązuje wykonawcę by najpóźniej na 7 dni roboczych przed zgłoszeniem zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego robót, wykonawca przekazał Zamawiającemu dokumentację niezbędną do odbioru, o której mowa w § 3 ust. 7 pkt 64 i 65 i wszystkie dokumenty wymagane zgodnie z obowiązującymi w tej materii przepisami prawa, pozwalające na ocenę prawidłowości wykonania przedmiotu umowy, a w szczególności: dziennik budowy (do wglądu), rysunki zamienne i obliczenia, wyniki oraz protokoły wykonanych pomiarów, prób, testów, rozruchów, regulacji i badań wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, protokoły odbiorów, świadectwa jakości, deklarację zgodności materiałów, atesty, aprobaty, certyfikaty, operat geodezyjny zawierający geodezyjną inwentaryzację powykonawczą, „Instrukcję użytkowania i eksploatacji obiektu”, instrukcję bezpieczeństwa pożarowego, świadectwa charakterystyki energetycznej i inne dokumenty konieczne do dokonania odbioru końcowego i użytkowania obiektu oraz jego późniejszej eksploatacji, a w przypadku ujawnienia wad przedmiotu umowy, umożliwiające zaspokojenie roszczeń przysługujących Zamawiającemu albo innym uprawnionym podmiotom. Wykonawca zobowiązany jest również do przekazania inspektorowi nadzoru dziennika

budowy po dokonaniu wpisu o zakończeniu robót i gotowości do odbioru końcowego. Nieprzekazanie Zamawiającemu dokumentacji niezbędnej do odbioru, o której mowa w zadaniu pierwszym, wstrzymuje podjęcie przez niego czynności odbiorowych, co będzie skutkowało naliczeniem kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 9 pkt 7.

Postanowienia § 3 ust. 7 pkt 64 i 65 oraz § 16 ust. 9 wzoru umowy zawierają zatem definicję i określają zakres dokumentacji niezbędnej do odbioru.

Kara przewidziana w § 19 ust. 9 pkt 7 jest karą jednorazową, mającą na celu dyscyplinowanie wykonawcy w zakresie przygotowania dokumentacji niezbędnej do odbioru, o której mowa w § 3 ust. 7 pkt 64 i 65, by możliwe było jego sprawne przeprowadzenie. Chodzi tu nie tylko o odbiór końcowy robót budowlanych od wykonawcy, ale o odbiór inwestycji szeroko rozumiany, zatem także przez wszelkie służby i organy czy podmioty uczestniczące w procesie inwestycyjnym, w także przyszłego użytkownika. Postanowienie to zostało wprowadzone do umowy z uwagi na notoryczne nieprawidłowości po stronie wykonawców i opóźnienia wynikające z tego faktu w czynnościach Zamawiającego w postępowaniach z organami straży pożarnej, sanepidu, służb geodezyjnych, drogowych i administracji budowlanej oraz przyszłych użytkowników, w tym także w czynnościach odbioru końcowego od wykonawcy robót.

Zamawiający wskazał, że ustalił we wzorze umowy termin cząstkowy na przekazanie jednego z elementów przedmiotu zamówienia, tj. dokumentacji niezbędnej do odbioru, który przypada na 7 dni roboczych przed zgłoszeniem zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego rozumiany jako termin wybudowania zaprojektowanego obiektu wraz z całą towarzyszącą infrastrukturą, tj. wykonanie robót budowlanych i tożsamy z terminem wykonania przedmiotu umowy, o których mowa w §5 wzoru umowy.

Postanowienie § 19 ust. 9 pkt 8 wzoru umowy przewiduje karę w przypadku braku możliwości rozpoczęcia przez Zamawiającego czynności odbiorowych lub przerwania czynności odbiorowych z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, w szczególności poprzez:

- a) nieprzekazanie bądź przekazanie niekompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru, (zdefiniowanej postanowieniami § 3 ust. 7 pkt 64 i 65 oraz § 16 ust. 9 wzoru umowy)
- b) brak oświadczeń kierownictwa budowy bądź innych dokumentów poleconych do przygotowania przez komisję odbiorową i przewidzianych obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki lub przerwy.

Zgodnie z § 16 ust. 10 wzoru umowy, w dniu przekazania Zamawiającemu dziennika budowy z wpisem o zakończeniu robót i gotowości do odbioru końcowego, Zamawiający rozpocznie czynności odbiorowe, o ile wykonawca przekaże mu kompletną dokumentację

niezbędną do odbioru, o której mowa w ust. 9. Czynności odbiorowe mogą zostać przerwane z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, w szczególności poprzez:

- a) przekazanie niekompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru,
- b) brak oświadczeń kierownictwa budowy bądź innych dokumentów poleconych do przygotowania przez komisję odbiorową i przewidzianych obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, co skutkować będzie naliczeniem kary umownej, o której mowa w § 19 ust. 9 pkt 8.

Jest to zatem kara nakładana na wykonawcę w przypadku braku możliwości rozpoczęcia przez Zamawiającego czynności odbiorowych z powodu wystąpienia sytuacji wynikających nie tylko z powodu braku dokumentacji niezbędnej do odbioru, zarówno tej, o której mowa w § 3 ust. 7 pkt 64 i 65, jak i tej, o której mowa w § 16 ust. 9, ale także z innych powodów (np. nie udostępnienia obiektu podlegającego odbiorowi, nieobecność przedstawicieli wykonawcy, wystąpienie zdarzeń losowych zawinionych bądź niezawinionych przez wykonawcę, awarii, prowadzenia robót na obiekcie pomimo wpisu do dziennika o zakończeniu prac itp.) oraz przerwania czynności odbiorowych z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, w szczególności poprzez nieprzekazanie bądź przekazanie niekompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru.

Zatem, sytuacje opisane w § 19 ust. 9 pkt 7 oraz pkt 8 wzoru umowy są odmienne.

Postanowienie § 19 ust. 9 pkt 5 wzoru umowy przewiduje kolejną odmienną od powyższych sytuację. Wzór umowy przewiduje tu karę za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wybudowania zaprojektowanego obiektu wraz z infrastrukturą towarzyszącą w stosunku do terminu określonego w § 5 pkt. 6 tj. do dnia 30.09.2023 r. w wysokości 3 000,00 zł (słownie: trzy tysiące złotych), za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem, że łączna kwota kary za zwłokę nie może przekroczyć 10 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 2 pkt 5 - 6.

Ponieważ wykonanie kompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru stanowi istotny element przedmiotu umowy, bez którego przygotowanie i podjęcie czynności odbiorowych przez Zamawiającego oraz służby straży pożarnej, sanepidu, nadzoru budowlanego i inne uczestniczące w szeroko rozumianym odbiorze inwestycji jest niemożliwe, zatem jej nieprzekazanie w oznaczonym w umowie terminie (7 dni roboczych przed zgłoszeniem zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego) stanowi znaczne utrudnienie w czynnościach Zamawiającego albo nawet uniemożliwia ich podjęcie — stąd jednorazowa kara dyscyplinująca określona w § 19 ust 9 pkt 7 wzoru umowy. Jeśli w tym siedmiodniowym terminie kompletna dokumentacja niezbędna do odbioru zostanie przekazana, nie będzie problemu z dochowaniem terminu umownego wykonania przedmiotu umowy, wykonawca zostanie ukarany tylko karą jednorazową. Jednakże w przypadku, gdy wykonawca zakończy roboty budowlane w umownym terminie (30.09.2023 r. - §5 pkt 6 wzoru umowy) i dokona

wpisu do dziennika budowy, a nie wykona i nie przekaże w tym terminie Zamawiającemu istotnego elementu przedmiotu umowy, tj. kompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru, to wówczas będziemy mieli do czynienia z niewykonaniem bądź nieterminowym wykonaniem przedmiotu umowy, a tym samym powstanie podstawa do naliczenia kary umownej za niedotrzymanie terminu umownego wykonania przedmiotu umowy, o której mowa w § 19 ust 9 pkt 5 wzoru umowy, zatem jest to kara za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia w określonej wysokości za każdy dzień zwłoki licząc od terminu określonego w §5 pkt 6 wzoru umowy tj. 30.09.2023r., odmienna od kary dyscyplinującej określonej w § 19 ust 9 pkt 7 wzoru umowy.

Ponadto, wstrzymanie przez Zamawiającego czynności odbiorowych, o którym mowa w § 16 ust 9 i ust. 10, nie wpływa na niedotrzymanie terminu końcowego przez wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest tak realizować swoje obowiązki by wykonać wszystkie zobowiązania wynikające z umowy w określonych w umowie terminach. Ewentualne wstrzymanie czynności przez Zamawiającego może być wyłącznie wynikiem zaniedbań wykonawcy, za które przewidziano kary umowne. Każda z kar określonych w § 19 ust 9 pkt 5, pkt 7 i pkt 8 dotyczy innej sytuacji.

W zakresie zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 7 Pzp, art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 Pzp:

Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wymaga aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował minimum 1 osobą kierownika/dyrektora kontraktu, posiadającą doświadczenie polegające na kierowaniu nieprzerwanie przez cały okres trwania kontraktu co najmniej jednym kontraktem inwestycyjnym (odebrany tj. zakończony podpisaniem protokołu odbioru końcowego) realizowanym w formule „projektuj i buduj”, którego wartość wynosiła minimum 15 000 000,00 PLN brutto dotyczącym budowy kubaturowego obiektu budowlanego: budynku użyteczności publicznej, o kubaturze co najmniej 30 000100 m<sup>3</sup>, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

Natomiast w kryteriach oceny ofert Zamawiający przyznaje punkty za większe doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu skierowanego do realizacji zamówienia. Kryterium to ma wagę 15 % - im bardziej doświadczona osoba, tym więcej punktów przyznaje Zamawiający. Za wykazanie dwóch kontraktów kierowanych przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma — 50 pkt x waga kryterium, za wykazanie trzech i więcej kontraktów kierowanych przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma — 100 pkt x waga kryterium. Tak określone kryterium nie jest wadliwe, gdyż preferuje większe doświadczenie, co stanowi gwarancję sprawnej realizacji inwestycji i dobrego wykonania umowy. Wykonawca nie musi uzyskać w tym kryterium maksymalnej ilości punktów, podobnie jak ma to miejsce przy kryterium ceny czy okresu gwarancji. Zamawiający wybierze ofertę, która uzyska największą liczbę punktów.



Wyższe punktowanie 3 kontraktów, zdaniem Zamawiającego, nie jest nadmierne w zestawieniu ze skalą problemów, jakie występują przy inwestycjach realizowanych w formule „projektuj i buduj”, a także w zestawieniu z charakterem i lokalizacją inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia - niewielka działka, utrudniona organizacja placu budowy, brak powierzchni na magazyn materiałów, wąskie ulice dojazdowe, bliskie sąsiedztwo budynków, w szczególności mieszkalnych, konieczność uzgodnień z użytkownikiem i dysponentami mediów, publiczny charakter inwestycji, presja prasy i opinii publicznej oraz związana z tym sprawozdawczość, ciągły kontakt z Zamawiającym.

Zamawiający wyjaśnił, że w okresie ostatnich 10 lat realizował kontrakty w formule „projektuj i buduj”, stąd posiada doświadczenie i wiedzę, że doświadczony kierownik/dyrektor kontraktu ma bardzo duże znaczenie przy realizacji inwestycji oraz zakończeniu jej z sukcesem oraz sprawnym dokumentowaniem i rozliczeniem. Udział takiej osoby w sukcesie inwestycyjnym Zamawiający oszacował na poziomie 15%, stąd taka waga kryterium. Takie ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert oraz określenie punktacji nie narusza zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Z uwagi na istotę poszczególnych kryteriów przydzielona została im stosowna waga w zależności od udziału w kosztach i sukcesie inwestycji.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że działa w interesie publicznym, zatem w pełni uzasadnione jest zabezpieczenie interesu Zamawiającego poprzez preferowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy najbardziej doświadczonego i przyznawania mu dodatkowych punktów za jego większe doświadczenie.

Zamawiający wyjaśnił, że analizował sytuację rynkową i rozszerzył okres, w którym kierownik/dyrektor kontraktu mógł nabyć preferowane większą punktacją doświadczenie do 10 lat, mając świadomość, że kontrakty „projektuj buduj” trwają dłużej niż sama realizacja robót budowlanych. Przy założeniu, że jeden kontrakt będzie trwał około 3 lat oraz przy założeniu, że do 10-cio letniego terminu należy zaliczyć także doświadczenie w nadzorowaniu kontraktu rozpoczętego wcześniej niż ten okres, a zakończonego w terminie mieszczącym się w okresie 10 lat. W ciągu tych 10 lat można było nadzorować jeden po drugim co najmniej 4 kontrakty, a zakładając, że możliwe jest jednoczesne nadzorowanie kilku kontraktów, liczba ta może być większa. Stąd zarzut wadliwego skonstruowania kryterium i punktacji wydaje się niezasadny.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca TORPOL S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba nie uwzględniła zarzutów formalnych podniesionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymanych na posiedzeniu.

W ocenie Izby, przesłanie Zamawiającemu dokumentu odwołania w formie elektronicznej, prawidłowo podpisanego podpisem elektronicznym, spełnia wymogi przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Izba zważyła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie elektronicznej, tj. jako plik podpisany elektronicznie oraz w tej samej formie został on przekazany Zamawiającemu. Nie budził wątpliwości fakt, że Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania w terminie do jego wniesienia, które zostało przesłane Zamawiającemu na adres e-mail wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Podpis elektroniczny złożony na odwołaniu i pełnomocnictwie jest tożsamy z podpisem uwidocznionym na kopii przekazanych Zamawiającemu dokumentów, co Zamawiający mógł m.in. zweryfikować poprzez wgląd do akt odwoławczych. Izba stwierdziła, że na dokumencie pełnomocnictwa złożonym do Prezesa KIO treść wymaganych danych jest uwidoczniona.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo — kosztorysowej oraz budowa obiektu biurowego na potrzeby Urzędu Miasta Lublin wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Leszczyńskiego 20 w Lublinie.

Zakres zamówienia obejmuje: wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo — kosztorysowej oraz budowę obiektu biurowego na potrzeby Urzędu Miasta Lublin wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Leszczyńskiego 20 w Lublinie, składającą się z 4 etapów:

- Wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo „kosztorysowej na budowę obiektu biurowego na potrzeby Urzędu Miasta Lublin przy ul. Leszczyńskiego 20 w Lublinie,
- Przygotowanie dokumentacji środowiskowej, w tym raportu oddziaływania na środowisko oraz przeprowadzenie procedur środowiskowych,
- Pełnienie kompleksowych nadzorów autorskich,

- Pełnienie nadzoru autorskiego na etapie wykonania robót budowlanych - wybudowanie zaprojektowanego obiektu wraz z całą towarzyszącą infrastrukturą.

Szczegółowy zakres robót objętych przedmiotem zamówienia określony został w programie funkcjonalno — użytkowym oraz wytycznych funkcjonalnych — załącznik Nr 1 do SIWZ.

W okolicznościach tej sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 139 Pzp w zw. z art. 647 k.c., poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad przy czym takie uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych.

Treść §16 ust. 14 jest następująca: *„Jeżeli w trakcie czynności odbiorowych odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady w przedmiocie umowy nadające się do usunięcia, Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy ich bezpłatnego usunięcia w odpowiednim terminie. Jeśli Zamawiający uzna, że pomimo stwierdzenia tych wad, możliwe jest dokonanie odbioru końcowego, dokona tego odbioru podpisując protokół odbioru końcowego robót z uwagami dotyczącymi stwierdzonych wad oraz wyznaczonym terminem ich usunięcia. Odbiór robót mających na celu usunięcie stwierdzonych w przedmiocie umowy wad nastąpi po ich wykonaniu i zostanie potwierdzony stosownym protokołem.”*

Treść §16 ust. 14 wzoru umowy jest następująca: *„Jeśli w trakcie czynności odbiorowych odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady w przedmiocie umowy, które w ocenie Zamawiającego uniemożliwiają dokonanie odbioru końcowego robót i podpisanie protokołu odbioru końcowego, Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy ich bezpłatnego usunięcia w terminie nie dłuższym niż 14 dni, który będzie jednocześnie nowym terminem odbioru końcowego. Odbiór robót mających na celu usunięcie stwierdzonych w przedmiocie umowy wad oraz podpisanie protokołu odbioru końcowego robót, nastąpi w ciągu 7 dni od pisemnego zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia usuwania wad i ponownego zgłoszenia do odbioru końcowego.”*

Zgodnie z art. 647 k.c., który określa istotę umowy o roboty budowlane, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Biorąc pod uwagę treść § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający wbrew art. 647 k.c. wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad, przy czym od arbitralnej decyzji Zamawiającego

zależałoby uznanie czy wady umożliwiają bądź nie umożliwiają dokonanie odbioru końcowego oraz że postanowienia te „stwarzają ryzyko odbiorów bezusterkowych, które są sprzeczne z art. 647 k.c.”

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, że zgodnie z art. 647 k.c., jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego (inwestora) w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót, który stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę, uprawniające go do otrzymania wynagrodzenia. Nie budzi wątpliwości Izby także fakt, że często na etapie odbioru końcowego dochodzi do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą w kwestii stwierdzonych wad w wykonanych robotach w związku z czym następuje odmowa dokonania odbioru robót przez inwestora. W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtował się pogląd, że w świetle art. 647 k.c. inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie, a jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, tj. wówczas gdy wykonawca nie spełnił swojego świadczenia. Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia może być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie nadaje się do użytkowania. W przypadku natomiast, gdy wady są nieistotne mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania, co powoduje, że inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego oraz wyznaczyć wykonawcy termin do usunięcia ujawnionych wad. (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12).

W postanowieniach § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy Zamawiający określił sytuacje, które mogą wystąpić w trakcie odbioru końcowego robót, co oznacza, że Zamawiający przyjął jako zasadę odbiór robót. W § 16 ust. 14 Zamawiający opisał procedurę odbioru, gdy w trakcie odbioru końcowego ujawnią się wady robót, które Zamawiający oceni jako nieuniemożliwiające odbioru, tj. nieistotne. Natomiast w § 16 ust. 15 zostało określone prawo Zamawiającego do wstrzymania odbioru w przypadku wystąpienia wad istotnych, tj. takich, gdy niemożliwe jest dokonanie odbioru obiektu z uwagi na stan przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że żądania Odwołującego w zakresie tego zarzutu są mniej korzystne dla wykonawcy niż regulacje przewidziane przez Zamawiającego we wzorze umowy.

W art. 647 k.c. nie ma mowy o obowiązku dokonania przez Zamawiającego odbioru przedmiotu umowy, który nie został wykonany w stopniu umożliwiającym jego odbiór tj. wyłączający normalne jego wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbierający mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie. Jeżeli takie okoliczności zostaną

stwierdzone, a waga stwierdzonych wad stanowiła będzie o niewykonaniu lub będzie nienależytym wykonaniem zamówienia, Zamawiający zasadnie będzie miał prawo przerwać czynności odbioru. Wady istotne i nieistotne nie posiadają definicji legalnej, która ułatwiałaby zakwalifikowanie wad do ww. kategorii. Tymczasem w § 16 ust. 14 wzoru umowy mowa jest o wadach w przedmiocie umowy nadających się do usunięcia, których stwierdzenie umożliwia dokonanie odbioru końcowego i podpisanie protokołu odbioru końcowego, a zatem o wadach nieistotnych, które nie czynią przedmiotu robót niezdatnym do umówionego użytku lub nie sprzeciwiają się wyraźnie umowie (wyrok SA w Szczecinie, I ACa 1099/15). W § 16 ust 15 wzoru umowy mowa jest o wadach nadających się do usunięcia, których stwierdzenie uniemożliwia dokonanie odbioru końcowego robót i podpisanie protokołu odbioru końcowego, zatem o wadach istotnych w przedmiocie zamówienia powodujących, że jest on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub na tyle istotnych, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania (wyr. SN, II CSK 476/12), tj. o wadach tego rodzaju, że uniemożliwiają czynienie właściwego użytku z przedmiotu zamówienia, wyłączających normalne jego wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbierających mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając wartość przedmiotu zamówienia (wyrok SA w Warszawie z 27.06.20108 r., V ACa 1302/17).

Wobec powyższego, treść postanowień § 16 ust. 14 i 15 wzoru umowy umożliwia dokonanie oceny w sposób obiektywny, a zatem nie przyznaje Zamawiającemu dowolności w uznaniu czy dane wady stwierdzone w trakcie końcowego odbioru robót umożliwiają bądź uniemożliwiają dokonanie odbioru końcowego, a tym bardziej nie formułują we wzorze umowy zasady tzw. „odbioru bezusterkowego”. Nie stwierdzono tym samym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 647 k.c. oraz w związku z tym zarzutem – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 14 Pzp i art. 139 ust 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> 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 § 19 ust. 9 pkt 13, 14, 16, 17 i 18 wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych związanych z uchybieniami dotyczącymi zgłaszania podwykonawców;
- zastrzeżenie w § 19 ust. 9 pkt 15 wzoru umowy kary umownej rażąco wygórowanej związanej z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców;
- zastrzeżenie w § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy kar umownych związanych z uchybieniami w terminowym przekazywaniu dokumentacji potrzebnej do dokonania odbioru końcowego, która w istocie dubluje się z karą umowną wskazaną w § 19 ust. 9 pkt 5 wzoru umowy tj. karą za niedotrzymanie terminu końcowego;
- zaniechanie wprowadzenia w § 19 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych

z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 19 ust. 9 pkt 12, tj. kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący wnioskując o obniżenie kar umownych w § 19 ust. 9 pkt 13, 14 i 15 do wysokości 2.000 zł za każdy stwierdzony przypadek nie przedstawił żadnego uzasadnienia, dlatego proponowana kwota jest adekwatna w przeciwieństwie do kwoty określonej przez Zamawiającego. Podobnie nie przedstawił też żadnego uzasadnienia dla kwoty kary umownej proponowanej w § 19 ust. 19 pkt 16, 17 i 18 w wysokości 1 000 zł.

Zauważyć należy, że kary umowne przewidziane w § 19 ust. 9 pkt 13-18 wzoru umowy są związane z obowiązkami wynikającymi z art. 143b - art. 143d Pzp, które to przepisy zostały wprowadzone na mocy ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473). Zgodnie z art. 143d ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający ma obowiązek wprowadzić do umowy postanowienia dotyczące wysokości kar umownych, z tytułu:

- a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
- b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
- c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
- d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Powyższe postanowienia wzoru umowy wypełniają dyspozycję ww. przepisu ustawy Pzp i jako takie mają na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Jak wskazuje się w doktrynie: *„Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w jakikolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz funkcję prewencyjną, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019). Wysokość kar musi zapewniać mobilizowanie i dyscyplinowanie wykonawcy do spełnienia zobowiązań spoczywających na nim w przypadku udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, zwłaszcza gdy odpowiedzialność wykonawcy z tego tytułu jest

uzależniona od okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nadużył swojego uprawnienia do konstruowania zapisów umownych i do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. Odwołujący, podnosząc, że zastrzeżone kary mają charakter wygórowany i represyjny, a w razie ich naliczenia prowadziłyby do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, wskazywał, że zastrzeżone kary dotyczące uchybień w zakresie podwykonawców są najwyższymi karami przewidzianymi w umowie i przekraczają swoją wysokością kary za przekroczenie terminu zakończenia wykonywania przedmiotu zamówienia, którego niedotrzymanie jest poważniejszym uchybieniem i rodzi poważniejsze konsekwencje niż uchybienia dotyczące podwykonawców.

W ocenie Izby, nie można jednak przyjąć automatycznie, tj. w oderwaniu od analizy wysokości określonych kar w okolicznościach danej sprawy – w kontekście charakteru, wartości oraz warunków realizacji konkretnego zamówienia publicznego, że dana wysokość kar umownych jest wygórowana. Ustalenie kary umownej na wysokim poziomie nie stanowi bowiem samo w sobie o tym, że kara jest rażąco wygórowana. Należy wziąć przy tym pod uwagę rozmiar, koszt i wagę przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że kompetencja do ustalenia, czy kara umowna jest rażąco wygórowana, należy do sądu powszechnego na etapie realizacji umowy. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, wskazał, że najbardziej ogólnym kryterium oceny, czy kara umowna jest rażąco wygórowana jest *„stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego i dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Sąd zwrócił również uwagę, że dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela.”*

Zgodnie z art 353<sup>1</sup> k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający kształtuje warunki realizacji zamówienia, w tym warunki umowy z wykonawcą, przygotowując SIWZ, przy czym przed terminem składania ofert wykonawca może składać propozycje co do brzmienia postanowień umownych, które zamawiający

zgodnie z własnymi interesami może uwzględnić. Zamawiający ma prawo korzystnie dla siebie kształtować treść przyszłego zobowiązania z uwagi na pozycję, jaką ustawowo zajmuje w procesie udzielania i realizowania zamówień publicznych, a wykonawca nie ma obowiązku przystąpienia do danego stosunku umownego (składania oferty) jeśli nie odpowiadają mu postanowienia umowy lub warunki realizacji zamówienia. Ponadto, przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje cenę za realizację zamówienia, w której może i powinien uwzględnić i skalkulować warunki wykonania zamówienia narzucone przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt I CSK 31/12, wskazał także, że przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy Pzp. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. [...] Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownymi, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353 [1] k.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 sygn. akt KIO 1706/13).

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przewidziana w tym przepisie kara umowna jest swego rodzaju odszkodowaniem służącym naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że kara umowna przysługuje także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z powodu nienależytego wykonania umowy mimo, że przepis mówi o prawie do kary „bez względu na wysokość poniesionej szkody” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 lutego 2015 r., I ACa 967/14). W oparciu o przepis art. 473 § 1 k.c. strony w umowie mogą przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Zatem w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że Zamawiający ustanowił kary umowne w sposób pozwalający Odwołującemu na kontrolowanie kosztów zamówienia. Postanowienia wzoru umowy dotyczące ustanowienia kar umownych dotyczą w okoliczności zwłoki w wykonaniu zobowiązania, tj. okoliczności za które odpowiada wykonawca. Tym samym to wykonawca ma bezpośrednio wpływ na ostateczną wartość kar umownych, jak również jest w stanie skalkulować ryzyko związane z podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie Zamawiający ustanawiając we wzorze umowy kary umowne nie



skorzystał ze swego prawa do ustanowienia kar za opóźnienie a jedynie za zwłokę, co potwierdza zgodność tej konstrukcji z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższymi zarzutami i żądania odwołania, aby kary z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom liczone były „za każdy dzień opóźnienia” nie uwzględnia zasad przyjętych przez Zamawiającego oraz byłoby niekorzystne dla wykonawcy w porównaniu z obecnym brzmieniem tych postanowień.

W umowie zostały określone oddzielne terminy na poszczególne etapy realizacji zamówienia i dochowanie każdego z nich zależy od wykonawcy. W przypadku niedochowania każdego z terminów lub nie dopełnienia określonego w umowie obowiązku, Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną. Natomiast naliczenie kary umownej za nieterminowe oddanie dokumentacji nie musi oznaczać automatycznie niedochowania terminu końcowego, Wystąpienie takiej „kumulacji” zależy wyłącznie od wykonawcy. Naliczanie kar umownych oddzielnie za zwłokę w wykonaniu poszczególnych świadczeń ma na celu dyscyplinowanie wykonawcy, zwłaszcza biorąc pod uwagę wielkość i wagę inwestycji, będącej przedmiotem zamówienia. Zauważyć też należy, że zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Jak Zamawiający wyjaśnił, w odniesieniu do postanowień § 19 ust. 9 pkt 13 – 18 wzoru umowy, ustalenie kar umownych oparł na ostatnio realizowanych umowach. Zamawiający wskazał, że w zakresie odnoszącym się do postanowień § 19 ust. 9 pkt 13 -14 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) kara umowna w wysokości 10 000,00 zł stanowi 0,0129 % wartości szacunkowej brutto robót budowlanych przedmiotowego postępowania, w zakresie postanowień § 19 ust. 9 pkt 16, 17 i 18 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) kara umowna w wysokości 5 000,00 zł stanowi 0,006 % wartości szacunkowej brutto robót budowlanych przedmiotowego postępowania. W zakresie § 19 ust. 9 pkt 15 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) kara umowna w wysokości 10 000,00 zł stanowi 0,0129 % wartości szacunkowej brutto robót budowlanych przedmiotowego postępowania. Powyższe potwierdza, że ustalonych przez Zamawiającego w § 19 ust. 9 pkt, 13 — 18 wzoru umowy (zał. Nr 8 do SIWZ) kar umownych nie można uznać za rażąco wygórowane biorąc pod uwagę wartość szacunkową przedmiotu zamówienia, a biorąc pod uwagę inne realizowane przez Zamawiającego kontrakty - kształtują się one nawet na dużo niższym poziomie.

Izba dopuściła dowody przedłożone przez Zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- kopię umowy Nr 66/1R/16 z dn. 04.05.2016 r, na przebudowę i rozbudowę stadionu lekkoatletycznego wraz z zapleczem przy al, Józefa Piłsudskiego 22 w Lublinie;

- kopię umowy Nr 19/1R/16 z dn. 29.03.2016 r. na zmianę zagospodarowania Placu Litewskiego w Lublinie;
- kopię umowy Nr 53/1R/18 z dn. 14.05.2018 r. na budowę budynku wielofunkcyjnego przy ul. Berylowej w Lublinie, w skład którego wchodzi przedszkole, dom kultury, szkoła podstawowa z salą gimnastyczną;
- kopię umowy Nr 29/1R/19 z dn. 1 1.03.2019 r, na rewitalizację przyrodniczą Parku Ludowego w Lublinie znajdującego się w obszarze Zintegrowanego Centrum Komunikacyjnego dla LOF;
- kopię umowy Nr 4/1R/18 z dn. 30.01.2018 r, na przebudowę istniejącego deptaka renowację istniejącego ciągu pieszego na ul. Krakowskie Przedmieście na odcinku od ul. Kapucyńskiej do ul. Lubartowskiej wraz z Placem Króla Władysława Łokietka w Lublinie;
- zał. Nr 6 do SIWZ kopii wzoru umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo kosztorysowej oraz rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej Nr 52 w Lublinie przy ul. Władysława Jagiełły 11 wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w formule „projektuj i buduj”,

na okoliczność zasadności ustanowienia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wartości kar umownych w oparciu o analizę treści dotychczas stosowanych wzorów umów oraz realizowanych umów. Odwołujący nie kwestionował powyższych dowodów i nie przedstawił argumentacji przeciwnej stwierdzonym w nich okolicznościom.

W § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 wzoru umowy Zamawiający przewidział kary związane z nieterminowym przekazaniem dokumentacji potrzebnej do dokonania odbioru końcowego w wysokości odpowiednio 2 000 zł jednorazowo i 1 000 zł za każdy dzień zwłoki lub przerwy. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nieterminowe przekazanie dokumentacji Zamawiającemu nie musi łączyć się z niedotrzymaniem terminu końcowego realizacji umowy i naliczeniem z tego tytułu kary umownej. W odniesieniu do postanowień § 19 ust. 9 pkt 7 i 8 Odwołujący wnosił o wykreślenie tych postanowień, jednak nie przedstawił uzasadnienia do takiego żądania. Jak wynika z regulacji kary przewidzianej w § 19 ust. 9 pkt 7 jest to kara jednorazowa mająca na celu dyscyplinowanie wykonawcy w zakresie przygotowania dokumentacji niezbędnej do dokonania odbioru, a jak wyjaśnił Zamawiający, postanowienie to zostało wprowadzone do umowy z uwagi na notoryczne nieprawidłowości po stronie wykonawców i opóźnienia wynikające z tego faktu w czynnościach Zamawiającego w postępowaniach z organami straży pożarnej, sanepidu, służb geodezyjnych, drogowych i administracji budowlanej oraz przyszłych użytkowników, w tym także w czynnościach odbioru końcowego od wykonawcy robót. Kara przewidziana natomiast w § 19 ust. 9 pkt 8 dotyczy przypadku braku możliwości rozpoczęcia przez Zamawiającego czynności odbiorowych z powodu braku dokumentacji niezbędnej do odbioru, o której mowa m.in. w § 3

ust. 7 pkt 64 i 65 oraz w § 16 ust. 9, a także przerwania czynności odbiorowych z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, w szczególności poprzez nieprzekazanie bądź przekazanie niekompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wykonanie kompletnej dokumentacji niezbędnej do odbioru stanowi istotny element przedmiotu umowy, bez którego przygotowanie i podjęcie czynności odbiorowych przez Zamawiającego oraz odpowiednie służby uczestniczące w szeroko rozumianym odbiorze inwestycji, jest niemożliwe, zatem jej nieprzekazanie w oznaczonym w umowie terminie stanowi znaczne utrudnienie w czynnościach Zamawiającego albo nawet uniemożliwia ich podjęcie, co w pełni uzasadnia regulacje dotyczące ww. kar umownych.

W odniesieniu do braku określenia we wzorze umowy limitu kar umownych, Izba nie stwierdziła naruszenia zasady proporcjonalności i jednostronności postanowień umownych określających naliczanie kar umownych. Izba podziela stanowisko uwzględnione w nowelizacji ustawy Pzp, aby w umowach o zamówienie publiczne była ustalona łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Zauważyć jednak należy, że w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mają takiego obowiązku, zatem uzasadnienie do wprowadzenia takiego postanowienia powinno wynikać z argumentacji i wniosków dowodowych przedstawionych przez Odwołującego, jako stronę, która wywodzi skutki prawne z określonych twierdzeń. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający w § 19 ust. 9 pkt 5 przewidział górny limit kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wybudowania zaprojektowanego obiektu wraz z infrastrukturą towarzyszącą w stosunku do terminu określonego w § 5 pkt. 6, w wysokości 10 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 9 ust. 2 pkt 5 — 6 wzoru umowy. Dodatkowo należy podkreślić, że w takim stanie faktycznym, w którym wykonawca odpowiada wyłącznie za okoliczności leżące po jego stronie (zwłoka) ustanowienie górnego limitu kar umownych powodowałoby bezzasadne ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy za własne niedochowanie należytej staranności.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał zatem, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ukształtował zbyt jednostronnie postanowienia umowy, zbyt restrykcyjnie i nieproporcjonalnie do rodzaju i wartości zamówienia publicznego, przerzucając w sposób nieuprawniony większość ryzyk na wykonawcę oraz np. nie uwzględniając okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi itp. Izba zważyła, że w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw do automatycznego uznania, że brak określenia przez Zamawiającego limitu kar umownych narusza zasadę proporcjonalności a umowa bez takiego limitu jest zbyt jednostronna, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 Pzp, art. 91

ust. 1 i ust. 2 pkt 5 Pzp, poprzez wadliwe sformułowanie w pkt 13.3.2 i 13.3.3 SIWZ kryterium oceny ofert - Doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu – w zakresie ustalenia nadmiernej ilość zadań, w których brał udział kierownik/dyrektor kontraktu - dla uzyskania maksymalnej ilości punktów.

W treści SIWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu: „5.5.2.3 dysponowanie minimum 1 osobą kierownika/dyrektora kontraktu posiadającą doświadczenie polegające na kierowaniu nieprzerwanie przez cały okres trwania kontraktu co najmniej jednym kontraktem inwestycyjnym (odebrany tj. zakończonym podpisaniem protokołu odbioru końcowego ) realizowanym w formule „projektuj buduj”, którego wartość wynosiła minimum 15 000 000,00 PLN brutto dotyczącym budowy kubaturowego obiektu budowlanego: budynku użyteczności publicznej, o kubaturze co najmniej 30 000100 m<sup>3</sup> , w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.”

Ponadto, Zamawiający ustalił w pkt 13.3 SIWZ kryterium pozacenowe z wagą 15% Doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu skierowanego do realizacji zamówienia: „13.3 Doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu skierowanego do realizacji zamówienia — 15 %.

13.3.1 Ocena w powyższym kryterium zostanie dokonana na podstawie wykazu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o doświadczeniu tych osób - załącznik nr 6 do SIWZ. W punktacji zostaną uwzględnione tylko te osoby które zostały wskazane jednocześnie w powyższym wykazie oraz w wykazie (załącznik nr 3) wymaganym w pkt. 6.1.1.2 SIWZ spełniające wymagania określone w pkt 5.5.23 SIWZ. W przypadku wskazania w wykazie więcej niż 1 osoby do pełnienia funkcji kierownika/dyrektora kontraktu Zamawiający do oceny przyjmie pierwszą osobę w wykazie spełniającą warunki udziału w postępowaniu.

13.3.2 W powyższym kryterium oceniany będzie kierownik/dyrektor kontraktu skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego odpowiedzialny za kierowanie kontraktem, posiadający doświadczenie w kierowaniu:

\_ nieprzerwanie przez cały okres trwania kontraktu co najmniej jednym kontraktem inwestycyjnym (odebrany tj. zakończonym podpisaniem protokołu odbioru końcowego ) realizowanym w formule „projektuj i buduj”\* którego wartość wynosiła minimum 15 000 000,00 PLN brutto dotyczącym budowy kubaturowego obiektu budowlanego: budynku użyteczności publicznej, o kubaturze co najmniej 30 000,00 m<sup>3</sup> , w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

13.3.3 W odniesieniu do osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika/dyrektora kontraktu Zamawiający przyzna punktację w następujący sposób:

- za wykazanie dwóch kontraktów kierowanych przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma — 50 pkt x waga kryterium,
- za wykazanie trzech i więcej kontraktów kierowanych przez kierownika/dyrektora kontraktu wykonawca otrzyma — 100 pkt x waga kryterium,

13.4 Łączna ilość punktów otrzymanych przez wykonawcę będzie sumą punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach.

13.5 Zamawiający wybierze ofertę, która uzyska największą liczbę punktów.”

Zgodnie zatem z postanowieniem pkt 13.3.3 SIWZ, wykonawca musi dysponować kierownikiem/dyrektorem kontraktu, który kierował kontraktem inwestycyjnym (odebrany tj. zakończony podpisaniem protokołu odbioru końcowego) realizowanym w formule „projektuj i buduj”, przy czym dla uzyskania maksymalnej ilości punktów konieczne jest legitymowanie się trzema kontraktami w ostatnich 10 latach przed terminem składania ofert a pełnienie funkcji musi być nieprzerwane tj. od początku do końca realizacji kontraktu.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp kryteriami oceny ofert mogą być: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

W ocenie Izby, wymóg legitymowania się doświadczeniem w realizacji 3 kontraktów w charakterze kierownika/dyrektora kontraktu dla uzyskania maksymalnej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert nie jest warunkiem nadmiernym lub nieproporcjonalnym w kontekście zapewnienia najwyższej jakości wykonania przedmiotowego zamówienia.

Istotą tego pozacenowego kryterium jest wyłonienie wykonawcy, który w sposób najwyższy będzie spełniał wymagania Zamawiającego ukierunkowane na zapewnienie dobrej jakości realizacji zamówienia. Powyższe kryterium powoduje dodatkowe punktowanie wykonawców, którzy w sposób najwyższy spełniają wymagania określone w ramach warunku udziału w postępowaniu. Kryterium to dotyczy bowiem większego doświadczenia w wykonaniu tożsamyh kontraktów, jak opisane w warunkach udziału w postępowaniu, których spełnienie umożliwia udział wykonawcy w ubieganiu się o udzielenie tego zamówienia.

Zauważyć należy, że Zamawiający wprowadził odpowiednią gradację punktacji przyznawanej w ramach omawianego kryterium, punktując także doświadczenie kierownika/dyrektora kontraktu w realizacji dwóch referencyjnych kontraktów. Wykonawca nie jest zatem pozbawiony dodatkowych punktów, gdy nie dysponuje osobą z najwyższym doświadczeniem, a jedynie z doświadczeniem w realizacji dwóch kontraktów. Określone w ten sposób kryterium preferuje większe doświadczenie w stosunku do minimalnego (określonego w ramach warunku udziału), co czyni to kryterium proporcjonalnym oraz

proceeds to the achievement of the criterion in the form of a guarantee of the highest possible quality of contract performance.

The above criterion should be related to the character and degree of complexity of the subject of the contract, in particular, that it covers an investment realized in the form of "design and build", which will be localized, as clarified by the Tenderer, on a small plot, in the immediate vicinity of buildings, including residential ones, which constitutes a difficulty for the organization of the construction site, due to the lack of space for the storage of materials, the narrow access roads, the need for agreements with the user and the media, the public character of the investment and related transparency, etc. The appellant also admitted in the appeal, that he is aware, that the realization of the contract in the form of "design and build" differs in its specificity from the realization of the contract in the form of build, and this speaks in favor of the fact, that the experience in the realization of such contracts should be a condition for participation in the procedure or the criterion for the evaluation of offers.

The appellant, pointing to the difficulties in finding a person who meets the criterion of experience for the contract manager/director, did not show at the same time, that in the last 10 years it is not possible to obtain the experience in supervising at least 3 contracts meeting the requirements of the Tenderer, in particular - one after the other or also simultaneously, and the lack of such experience does not make the criterion excessive or disproportionate in the subject matter of the procedure. What is important, it is not possible to exclude the availability on the market of persons meeting the set criterion of 10 years, i.e. those who have in the last 10 years performed 3 contracts as contract manager/director in the form of design and build, covering public utility buildings of a certain volume, since the appellant did not show such circumstances.

Moreover, the Authority considered, that in connection with the above allegation the appellant proposed a point score in the framework of this criterion for the demonstration of two and more contracts managed by the contract manager/director - a point score of 100 points x weight of the criterion (both in Variant I and II), which is a proposal even exclusively in the light of the argumentation of the appellant, appears to violate the principle of fair competition and equal treatment of contractors and the principle of proportionality, treating two and more contracts equally.

Summing up, the way of shaping the criterion in the subject matter of the procedure and the determination of the way of evaluation of offers in the framework of this criterion does not violate the principle of fair competition and equal treatment of contractors and proportionality and transparency of the procedure. The Tenderer, as a subject acting in the public interest, is authorized and obliged simultaneously, to ensure this interest, by preferring in the procedure for the award of the contract the contractor with the most experience and the awarding of additional

punktów za jego większe doświadczenie, które przełoży się na sprawną i prawidłową realizację kontraktu. Należy mieć na uwadze przy tym, że Zamawiający ustanowił powyższe kryterium z uwzględnieniem swojego doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji wykonywanych w okresie ostatnich 10 lat.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....