

Sygn. akt: KIO 1601/18

**WYROK**  
**z dnia 4 września 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Norbert Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez **wykonawcę K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KD INVEST GROUP K. W. z siedzibą w Piastach**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Muzeum Warszawy**

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** dokonanie zmian w treści załącznika nr 2 do SIWZ (IPU):

- 1.1. modyfikację § 3 ust. 6 i 8 IPU, poprzez uwzględnienie w ich treści, że w przypadku wad nieistotnych Zamawiający nie będzie mógł odmówić odbioru końcowego tylko wyznaczy termin na ich usunięcie, a w przypadku usunięcia wad przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie przyjmuje się, iż datą zakończenia czynności wchodzących w zakres przedmiotu umowy będzie data powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru końcowego;
- 1.2. modyfikację § 3 ust. 13 IPU i nadanie mu następującego brzmienia: „Po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad lub usterek stwierdzonych podczas odbioru i upływie okresu rękojmi, rozpoczyna swój bieg termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu Umowy.”;
- 1.3. modyfikację § 5 ust. 2 IPU i nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku opóźnienia względem terminów oznaczonych w § 3 ust. 1 Umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w Harmonogramie, z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Zamawiający może żądać zapłaty kary umownej w wysokości do 0,5% wartości wynagrodzenia wskazanego w § 4 ust. 1 Umowy za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.”;
- 1.4. modyfikację § 5 ust. 9 IPU i nadanie mu następującego brzmienia:

„W przypadku nieusunięcia usterek lub wad przedmiotu Umowy w terminach określonych w § 8, z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości do 1 000,00 złotych za każdy dzień opóźnienia.”;

- 1.5. wprowadzenie w § 5 IPU postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający określi górny limit kar umownych związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, które są określone w § 5 ust. 2 - 10 IPU, w wysokości odpowiadającej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia;
- 1.6. usunięcie z § 7 ust. 3 IPU zastrzeżenia: „W przypadku, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie.”
- 1.7. usunięcie z § 7 ust. 7 pkt 2): „Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej i odebranej przez Zamawiającego bez zastrzeżeń części Umowy.”

**2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;**

**3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Muzeum Warszawy i**

- 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KD INVEST GROUP K. W. z siedzibą w Piastach;**
- 3.2. Zasądza od **zamawiającego Muzeum Warszawy** na rzecz **wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KD INVEST GROUP K. W. z siedzibą w Piastach** kwotę **18 711 zł 70 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset jedenaście złotych siedemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Warszawy- prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostosowanie i wyposażenie powierzchni udostępnianych zwiedzającym - dostawa i montaż elementów wystawy” realizowane w ramach programu Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014 - 2020. Działanie 5.3 Dziedzictwo Kulturowe „Poprawa dostępności do zasobów kultury poprzez ich rozwój i efektywne wykorzystanie”, znak postępowania MW/ZP/39/PN/2018. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 lipca 2018 r. za numerem 2018/S 145-331428. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).*

W dniu 10 sierpnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KD INVEST GROUP K. W. z siedzibą w Piastach – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1a i art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp - poprzez sformułowanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy (rozdział 5 ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ oraz punkt III.1.3 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu) oraz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (rozdział 5 ust. 1 pkt. 2 lit. c) SIWZ oraz punkt III.1.3 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a tym samym naruszający uczciwą konkurencję w postępowaniu poprzez ustalenie wymogów, aby:

a) wykonawca dysponował osobą posiadającą doświadczenie zawodowe obejmujące dostawy wyposażenia wewnątrz oraz wyposażenia ekspozycyjnego w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury, co ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom dysponującym personelem posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień zgodnych z treścią warunku co do przedmiotu oraz wartości, a jedynie realizowanym w innych przestrzeniach lub na rzecz klientów prowadzących działalność innego rodzaju;

b) wykonawca posiadał doświadczenie w wykonaniu minimum jednej dostawy z montażem elementów mobilnych systemów wystawienniczych, złożonych z ekranów szklanych i pełnych w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury, co ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień zgodnych z treścią warunku co do przedmiotu oraz wartości, a jedynie realizowanym w innych przestrzeniach lub na rzecz klientów prowadzących działalność innego rodzaju;

c) wykonawca posiadał doświadczenie w wykonaniu minimum jednej dostawy z montażem elementów indywidualnego (nietypowego) wyposażenia wnętrz w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury, co ogranicza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień zgodnych z treścią warunku co do przedmiotu oraz wartości, a jedynie realizowanym w innych przestrzeniach lub na rzecz klientów prowadzących działalność innego rodzaju;

2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp - poprzez sformułowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niekompletny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i wykonanie zamówienia, w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez:

a) brak przedstawienia sposobu wykonania montażu ścian mobilnych do obudów gips-kartonowych istniejących ścian, przy jednoczesnym wymogu zachowania gwarancji na wcześniej wykonane i odebrane prace i wskazanym w dokumentacji powykonawczej wykonawcy robót budowlanych w obiekcie tj. firmy F. Renewal Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna, która to dokumentacja wprowadza zakaz otworowania w ścianach wykonanych przez tą firmę;

b) brak w SIWZ dokumentacji powykonawczej remontu obiektu w zakresie instalacji elektrycznej, co uniemożliwia ocenę sposobu wykonania prac związanych z ingerencją w ściany bez ryzyka uszkodzenia dotychczas ułożonych instalacji i sieci;

3. art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”) poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, przejawiający się w szczególności poprzez:

a) zaniechanie wprowadzenia w istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) (dalej zwanych: „IPU”) terminu, w jakim projektanci sprawujący nadzór autorski działający na

zlecenie Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 4 i 5 IPU, będą zobowiązani udzielić Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii w ramach nadzoru autorskiego;

b) zaniechanie wprowadzenia w IPU terminu, w jakim Zamawiający będzie zobowiązany udzielić Wykonawcy zaleceń, o których mowa w § 2 ust. 2 i 9 IPU;

c) wprowadzenie w § 2 ust. 11 IPU wymagania, aby Wykonawca wykonał zamówienie w taki sposób, aby Zamawiający nie utracił gwarancji na wcześniej wykonane i odebrane prace, bez precyzyjnego określenia w SIWZ sposobów wykonania przedmiotu zamówienia, które umożliwiałyby zachowanie takiego wymagania;

d) wprowadzenie w § 2 ust. 18 IPU wymagania, aby Wykonawca na etapie realizacji zamówienia przedłożył Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową o sumie gwarancyjnej równej 2.000.000,00 złotych, co jest wymogiem niezgodnym z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, w tym art. 150 ust. 2 ustawy pzp, ustalającym górną granicę zabezpieczenia należytego wykonania umowy na 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania;

e) wprowadzenie w § 3 ust. 2 IPU wymogu sporządzenia przez Wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego zawierającego szczegółowy harmonogram czynności podejmowanych w związku z wykonaniem przedmiotu umowy ze wskazaniem źródła finansowania każdego elementu przedmiotu Umowy, bez przedstawienia przez Zamawiającego oczekiwanego wzoru takiego harmonogramu, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji oraz źródła finansowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia;

f) zaniechanie wprowadzenia w § 3 ust. 6 IPU zasady, że za datę zakończenia czynności wchodzących w zakres przedmiotu umowy przyjmować będzie się datę powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru końcowego także w przypadku, gdy w toku odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, nie krótszym jednak niż 14 dni;

g) wprowadzenie w § 3 ust. 8 pkt 1 IPU w razie stwierdzenia przy odbiorze końcowym wad nadających się do usunięcia uprawnienia Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego do czasu usunięcia wad, co stanowi naruszenie art. 643 k.c.;

h) wprowadzenie w § 3 ust. 13 IPU zasady, zgodnie z którą termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia ma biec od protokolarnego potwierdzenia usterek stwierdzonych podczas odbioru pogwarancyjnego, co jest niezgodne z art. 151 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie w jakim zwrot 70% wartości zabezpieczenia powinien nastąpić nie później niż

do 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane, przez co należy rozumieć dokonanie odbioru końcowego, oraz art. 151 ust. 2 i 3 ustawy pzp w zakresie, w jakim zwrot 30% kwoty zabezpieczenia powinien nastąpić nie później niż do 15. dnia po upływie okresu rękojmi za wady, a ta w SIWZ nie została wydłużona i wynosi 24 miesiące;

i) wprowadzenie w § 4 ust. 4 i 7 IPU wymogu, aby w uregulowanych w nich sytuacjach Wykonawca sporządzał kosztorysy wykonane metodą kalkulacji szczegółowej, która to metoda nie znajduje zastosowania przy kalkulacji cen dostaw objętych przedmiotem zamówienia i nie jest poparta uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego;

j) wprowadzenie w § 5 ust. 2 IPU kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie względem terminów oznaczonych w § 3 ust. 1 Umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie, a nie za zwłokę, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego;

- obejmuje odpowiedzialność także za opóźnienie względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie (harmonogram rzeczowo - finansowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 ipu), co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych w przypadku każdego naruszenia, każdego ze szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie, nawet w przypadku gdy nie będzie to miało istotnego wpływu na realizację zamówienia, w szczególności nawet w razie dochowania końcowego terminu wykonania zamówienia określonego w § 3 ust. 1;

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie (harmonogram rzeczowo - finansowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 IPU), którego wzór nie został przez Zamawiającego przedstawiony, co powoduje że Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez Zamawiającego zapłaty kary umownej, a po stronie Zamawiającego pozostawia arbitralność w nakładaniu sankcji na podstawie tego zapisu IPU;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 2% wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c. a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem

Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

k) wprowadzenie w § 5 ust. 3 IPU kary umownej, która:

- wprowadza odpowiedzialność Wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, pomimo iż ze względu na charakter przedmiotowego zamówienia (dostawy) Zamawiający nie jest obciążony solidarną odpowiedzialnością za wynagrodzenie podwykonawców (art. 647<sup>1</sup> k.c.), ani obowiązkiem bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 143c ust. 1 ustawy pzp);

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 1% wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

l) wprowadzenie w § 5 ust. 6 IPU kary umownej, która:

- wprowadza odpowiedzialność Wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku błędów w harmonogramie rzeczowo-finansowym lub projekcie warsztatowym, bez względu na charakter błędów oraz ich wpływ na realizację zamówienia;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 2.000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

m) wprowadzenie w § 5 ust 8 IPU kary umownej, która:

- wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej przez Wykonawcę w przypadku spowodowania uszkodzenia obiektu lub jego wyposażenia, bez względu na przyczyny uszkodzenia, winę lub brak winy Wykonawcy, a nawet usunięcie ewentualnego uszkodzenia przez Wykonawcę;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar w wysokości do 5.000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia

Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

n) wprowadzenie w § 5 ust 9 IPU kary umownej, która:

- wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku nieusunięcia usterek lub wad przedmiotu Umowy w terminach określonych w § 8 nie za zwłokę, lecz za opóźnienie, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar w wysokości do 1.000,00 złotych za każdy dzień opóźnienia; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

o) wprowadzenie w § 5 ust. 10 IPU kary umownej, która:

- wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej przez Wykonawcę w przypadku innego niż określone w § 5 ust. 2-9 IPU nienależytego wykonania Umowy, niezależnie od charakteru tego naruszenia, jego istotności i wpływu na realizację przedmiotu zamówienia, a także niezależnie od ewentualnego stopnia winy Wykonawcy lub braku winy Wykonawcy, co powoduje, że Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez Zamawiającego zapłaty kary umownej, a po stronie Zamawiającego pozostawia zupełną arbitralność w nakładaniu sankcji na podstawie tego zapisu IPU;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar w wysokości do 1% wysokości wynagrodzenia określonego w § 4 ust 1 umowy odrębnie za każdy przypadek nienależytego wykonywania umowy; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

p) wprowadzenie w § 5 ust. 11 IPU zasady, zgodnie z którą kary umowne określone w § 5 ust. 1 IPU i w § 5 ust 2-10 IPU podlegają kumulacji, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;



q) zaniechanie wprowadzenia w § 5 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

r) wprowadzenie w § 6 ust. 6 IPU obowiązku Wykonawcy do cotygodniowego składania raportów związanych z realizacją dostaw i prac bez przedstawienia przez Zamawiającego oczekiwanego wzoru takich raportów, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji;

s) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 4 IPU uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku braku realizacji zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu, pomimo pisemnego wezwania do realizacji jego postanowień, bez ograniczenia prawa odstąpienia na tej podstawie wyłącznie do naruszeń harmonogramu o charakterze istotnym, mogącym wpływać na realizację całości przedmiotu zamówienia w terminie końcowym, określonym w § 3 ust. 1 umowy;

t) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 5 IPU uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku dwukrotnej odmowy akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowego przez Zamawiającego, bez ograniczenia prawa odstąpienia na tej podstawie wyłącznie do naruszeń umowy o charakterze istotnym, mogącym wpływać na realizację całości przedmiotu zamówienia w terminie końcowym, określonym w § 3 ust. 1 umowy, a także pomimo braku ustalenia w SIWZ oczekiwanego wzoru takiego harmonogramu, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji oraz źródła finansowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, co powoduje, że Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy skutkować będzie możliwością odstąpienia przez Zamawiającego od umowy na tej podstawie, a po stronie Zamawiającego pozostawia arbitralność w nakładaniu sankcji na podstawie tego zapisu IPU;

u) wprowadzenie w § 7 ust. 3 IPU zastrzeżenia, zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na tej podstawie Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie, co stoi w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami art 494 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., które w takim przypadku dają Wykonawcy uprawnienie do żądania od Zamawiającego zwrotu wszystkich zrealizowanych na mocy umowy świadczeń lub zwrotu ich wartości;

v) wprowadzenie w § 7 ust. 7 pkt 2 IPU zastrzeżenia, zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej i odebranej przez Zamawiającego bez zastrzeżeń części umowy, co stoi w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami art. 494 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., które w takim przypadku dają Wykonawcy uprawnienie do żądania od Zamawiającego zwrotu wszystkich zrealizowanych na mocy umowy świadczeń lub zwrotu ich wartości;

w) wprowadzenie w § 8 ust. 5 i 6 IPU wymagań, aby Wykonawca był zobowiązany podjąć czynności zmierzające do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 8 godzin od dokonania zgłoszenia oraz do usunięcia wady w terminie 24 godzin od dokonania zgłoszenia, które to terminy nie uwzględniają istotności wad i ich wpływu na korzystanie z przedmiotu zamówienia, rynkowych standardów w zakresie realizacji świadczeń gwarancyjnych, a także okoliczności zależnych od Zamawiającego, takich jak umożliwienie Wykonawcy dostępu do przedmiotu zamówienia w czasie umożliwiającym wykonanie tych obowiązków;

x) zaniechanie wprowadzenia w § 10 ust. 2 pkt 1 IPU w wyszczególnieniu przyczyn uzasadniających możliwość wydłużenia terminu końcowego realizacji umowy okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający takich, jak;

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii przez projektantów sprawujących nadzór autorski (§ 1 ust. 4 i 5 IPU) tj. przekazanie Wykonawcy takich wyjaśnień, wytycznych i opinii później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej;

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy zaleceń Zamawiającego (§ 2 ust. 2 i 9 IPU) tj. przekazanie ich Wykonawcy później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej; pomimo, iż opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień, wytycznych i opinii projektantów sprawujących nadzór autorski lub konkretnych i wyczerpujących zaleceń Zamawiającego stanowi niewątpliwie leżące po stronie Zamawiającego naruszenie zasad współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zamówienia, które wynikają z art. 354 § 2 k.c. i art. 640 k.c.

4) art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy pzp oraz 7 ust. 1 ustawy pzp - poprzez sformułowanie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w uzasadnieniu skrócenia terminu składania ofert nie odpowiadającego faktom twierdzenia, iż skrócenie to stało się konieczne ze względu na to, że: „Zamawiający z winy wykonawcy odstąpił od umowy na dostosowanie i wyposażenie powierzchni udostępnianych zwiedzającym - dostawa

i montaż elementów wystawy" - w zakresie, w jakim może to uniemożliwiać lub utrudniać Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie lub jego realizację we współpracy z wykonawcą tamtej umowy - Tronus Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) doprowadzenia postanowień ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp i k.c., w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

a) Zmianę warunków udziału w postępowaniu w rozdziale 5 ust. 1 pkt. 2 lit. b SIWZ oraz w punkcie III.1.3 lit. b ogłoszenia o zamówieniu, tak aby nie ograniczało możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom dysponującym personelem posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień zgodnych z treścią warunku co do przedmiotu oraz wartości, tj. poprzez skreślenie frazy „w przestrzeni muzealnej tub przestrzeni instytucji kultury”,

b) Zmianę warunków udziału w postępowaniu w rozdziale 5 ust 1 pkt. 2 lit. c. SIWZ oraz w punkcie III.1.3 lit. c ogłoszenia tak aby nie ograniczało możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień zgodnych z treścią warunku co do przedmiotu oraz wartości (w zakresie dostawy z montażem elementów mobilnych systemów wystawienniczych, złożonych z ekranów szklanych i pełnych), tj, poprzez skreślenie frazy „w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury”,

c) Zmianę warunków udziału w postępowaniu w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2 lit. c. SIWZ oraz w punkcie III.1.3 lit. c ogłoszenia tak aby nie ograniczało możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień zgodnych z treścią warunku co do przedmiotu oraz wartości (w zakresie dostawy z montażem elementów indywidualnego (nietypowego) wyposażenia wnętrz), tj, poprzez skreślenie frazy „w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury”,

2) doprowadzenia postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp i k.c., w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

a) przedstawienie sposobu wykonania montażu ścian mobilnych do obudów gips-kartonowych istniejących ścian, takiego, który będzie pozwalał na spełnienie wymogu zachowania gwarancji na wcześniej wykonane i odebrane prace w obiekcie, w tym z uwzględnieniem wskazanego w dokumentacji powykonawczej wykonawcy robót budowlanych w obiekcie tj. F. Renewal

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna zakazu otworowania w ścianach;

b) uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o dokumentację powykonawczą remontu obiektu w zakresie instalacji elektrycznej, w celu umożliwienia oceny sposobu wykonania prac związanych z ingerencją w ściany bez ryzyka uszkodzenia dotychczas ułożonych instalacji i sieci;

3) doprowadzenie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie postanowień umownych do stanu zgodnego z przepisami ustawy pzp i k.c., w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

a) wprowadzenie w IPU terminu, w jakim projektanci sprawujący nadzór autorski działający na zlecenie Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 4 i 5 IPU, będą zobowiązani udzielić Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii w ramach nadzoru autorskiego, nie dłuższego niż 2 dni od dnia przekazania przez Wykonawcę wniosku o wydanie takich wyjaśnień, wytycznych, opinii czy zaleceń;

b) wprowadzenia w IPU terminu, w jakim Zamawiający będzie zobowiązany udzielić Wykonawcy zaleceń, o których mowa w § 2 ust. 2 i 9 IPU, nie dłuższego niż 2 dni od przekazania wniosku Wykonawcy o ich udzielenie;

c) usunięcie § 2 ust. 11 IPU;

d) usunięcie określonego w § 2 ust 18 IPU wymagania, aby Wykonawca na etapie realizacji zamówienia przedłożył Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową o sumie gwarancyjnej równej 2.000.000,00 złotych, oraz ustaleniu wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy pzp,

e) usunięcie § 3 ust. 2 IPU względnie nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ wzoru takiego harmonogramu, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji oraz źródła finansowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i zasady proporcjonalności określonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

f) wprowadzenia w § 3 ust 6 IPU zasady, że za datę zakończenia czynności wchodzących w zakres przedmiotu umowy przyjmować będzie się datę powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru końcowego także w przypadku, gdy w toku odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania

z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, nie krótszym jednak niż 14 dni;

g) usunięcie z § 3 ust. 8 pkt 1 IPU zapisu, że w razie stwierdzenia przy odbiorze końcowym wad nadających się do usunięcia Zamawiający jest uprawniony do odmowy odbioru końcowego do czasu usunięcia wad, chyba że wady te są istotne i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem;

h) usunięcie z § 3 ust. 13 IPU;

i) usunięcie z § 4 ust. 4 i 7 IPU wymogu, aby w uregulowanych w nich sytuacjach Wykonawca sporządzał kosztorysy wykonane metodą kalkulacji szczegółowej;

j) w § 5 ust. 2 IPU:

- zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”,

- wykreślenie frazy „oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w Harmonogramie”,

- zmianę stawki kar umownych na następującą: „w wysokości do 0,5% wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust 1 umowy za każde rozpoczęte 24 godziny zwłoki”;

k) usunięcie § 5 ust. 3 IPU;

l) usunięcia § 5 ust. 6 IPU;

m) usunięcie § 5 ust. 8 IPU względnie dodanie na końcu § 5 ust, 8 IPU zastrzeżenia o następującej treści: „chyba że uszkodzenie wynika z okoliczności, które nie leżą po stronie wykonawcy lub wykonawca dobrowolnie naprawi uszkodzenie w uzgodnionym przez strony terminie”;

n) w § 5 ust. 9 IPU:

- zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”,

- zmianę stawki kar umownych na 200 złotych za każdy dzień zwłoki;

o) usunięcia § 5 ust. 10 IPU;

p) usunięcia § 5 ust. 11 IPU względnie wprowadzenia w § 5 ust. 11 IPU zastrzeżenia, że nie podlegają kumulowaniu kary umowne określone w § 5 ust. 1 IPU na wypadek niewykonania zobowiązania z karami umownymi określonymi w § 5 IPU w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania;

q) wprowadzenia w § 5 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia, które są określone w § 5 ust. 2-10 IPU, w wysokości

odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia tj. w wysokości nie większej niż 15% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy;

r) usunięcia § 6 ust. 6 IPU względnie nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ wzoru takiego raportu, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji, z uwzględnieniem rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i zasady proporcjonalności określonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp;

s) usunięcia § 7 ust. 2 pkt 4 IPU;

t) usunięcia § 7 ust. 2 pkt 5 IPU;

u) usunięcia z § 7 ust. 3 IPU zastrzeżenia, zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na tej podstawie Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie;

v) usunięcia z § 7 ust. 7 pkt 2 IPU zastrzeżenia, zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej i odebranej przez Zamawiającego bez zastrzeżeń części umowy;

w) zmianę zapisów określonych w § 8 ust. 5 i 6 IPU w następujący sposób:

- ustalenie wymogu podjęcia czynności zmierzające do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 24 godzin od dokonania zgłoszenia, z tym zastrzeżeniem, że w biegu terminu nie będą uwzględniane soboty i dni ustawowo wolne od pracy,

- ustalenie wymogu usunięcia wady w terminie 7 dni od daty dokonania zgłoszenia;

x) wprowadzenia w § 10 ust. 2 pkt 1 IPU w wyszczególnieniu przyczyn uzasadniających możliwość wydłużenia terminu końcowego realizacji umowy dalszych okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający takich, jak:

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii przez projektantów sprawujących nadzór autorski (§ 1 ust. 4 i 5 IPU) tj. przekazanie Wykonawcy takich wyjaśnień, wytycznych i opinii później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej;

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy zaleceń Zamawiającego (§ 2 ust. 2 i 9 IPU) tj. przekazanie ich Wykonawcy później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej;

y) zmianę zapisów rozdziału 11 pkt 5 SIWZ oraz IV.1.1. ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę frazy: „Zamawiający z winy wykonawcy odstąpił od umowy na dostosowanie i wyposażenie powierzchni udostępnianych zwiedzającym - dostawa i montaż elementów wystawy, co jest okolicznością niemożliwą do przewidzenia” na następującą: „Realizacja umowy na dostosowanie i wyposażenie powierzchni udostępnianych zwiedzającym - dostawa i montaż elementów wystawy została przerwana w związku z odstąpieniem od umowy, co jest okolicznością niemożliwą do przewidzenia.”

Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz innych kosztów, zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia - Odwołujący, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i w zakresie żądania dokumentowania zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego w sposób naruszający przepisy ustawy został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszający przepisy opis przedmiotu zamówienia i inne zaskarżone elementy SIWZ Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. W zakresie postanowień SIWZ ujętych w istotnych postanowieniach umowy dodatkowo istnieje potencjalna szkoda związana z realizacją umowy na warunkach naruszających przepisy prawa cywilnego. Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania.

W dniu 30 sierpnia 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący oświadczył, że w związku z dokonanymi przez Zamawiającego modyfikacjami treści SIWZ wycofuje następujące zarzuty odwołania: zarzut nr 2 oraz zarzut nr 3 lit. d, e i r oraz odpowiadające im żądania. Dlatego też Izba prezentuje w uzasadnieniu stanowisko Odwołującego odnośnie pozostałych zarzutów odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu 1 odwołania - naruszenia przepisów w zakresie ukształtowania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył możliwości udziału w postępowaniu poprzez wymóg realizacji (zarówno w przypadku doświadczenia Wykonawcy

jak i personelu Wykonawcy) na rzecz konkretnych podmiotów, tj. muzeów czy innych instytucji kultury, gdyż tylko takie podmioty dysponują rodzajami przestrzeni wskazanymi w warunkach (tj. przestrzeni muzealnych oraz przestrzeni instytucji kultury), podczas gdy tożsame od strony przedmiotu, w tym stopnia skomplikowania, jak i wartości realizacje mogą być świadczone również na rzecz innych jednostek, np. na potrzeby targów, stoisk handlowych, show-roomów, stoisk wystawowych, scenografii (teatralnych, filmowych, telewizyjnych) - elementy mobilnych systemów wystawienniczych; oraz na rzecz biur, zakładów pracy, osób fizycznych - montaż indywidualnego (nietypowego) wyposażenia wnętrz. W ocenie Odwołującego nie istnieje żadna różnica w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w instytucjach kultury, w tym muzeach. Istotą posiadania doświadczenia w niemniejszym postępowaniu jest realizacja zadań porównywalnych do przedmiotu zamówienia, a nie realizacja przedmiotu zamówienia u identycznych Zamawiających. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 371/17. Zamawiający wymagając, aby doświadczenie odpowiednio Wykonawcy i jego personelu odnosiło się wyłącznie do przestrzeni muzealnych lub przestrzeni instytucji kulturalnych, czyli przestrzeni identycznych z przestrzeniami organizowanymi przez Zamawiającego, oderwał treść warunków od rzeczowej potrzeby, jaką jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tymczasem to, że wykonawca zrealizował dostawy zgodne przedmiotowo z treścią warunków, ale realizacja ta nastąpiła w przestrzeni innej niż przestrzeń instytucji kultury czy muzeum, nie oznacza, że Wykonawca nie posiada zdolności wystarczającej do ustalenia, że umożliwi on realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wobec tego w zaskarżonym zakresie warunki udziału w postępowaniu zostały ukształtowane w sposób dyskryminacyjny, naruszający przepisy ustawy pzp. Naruszenie to ma jednocześnie istotny wpływ na przebieg i wynik niniejszego postępowania, utrudniając Odwołującemu, jeśli nie uniemożliwiając, ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów naruszenia w zakresie ukształtowania istotnych postanowień umowy Odwołujący podniósł:

Zarzut 3 a) i b): § 1 ust. 4 i 5 IPU oraz § 2 ust. 2 i 9 IPU

Zamawiający w zakresie tych zapisów wprowadził obowiązek stosowania się przez Wykonawcę do wyjaśnień, wytycznych i opinii projektantów sprawujących nadzór autorski oraz do zaleceń Zamawiającego wydanych w toku realizacji umowy. Zamawiający nie określił jednak w SIWZ tego, w jakich terminach (licząc od dnia zgłoszenia przez Wykonawcę wniosku o wydanie takich stanowisk odpowiednio do projektantów sprawujących nadzór autorski lub Zamawiającego), będzie wykonywał swoje obowiązki poprzez zapewnienie przekazania



Wykonawcy stosowych zaleceń, wyjaśnień, wytycznych itp. Powoduje to powstanie po stronie wykonawców ryzyka związanego z opóźnieniem przekazywania wykonawcom takich stanowisk lub przekazywania takich stanowisk w sposób wymijający, niekompletny, nieprzedstawiający konkretnych propozycji rozwiązań, pozwalających wykonawcy na podjęcie realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w zgodzie z takimi stanowiskami. Odwołujący wskazał, że może to rodzić poważne konsekwencje dla możliwości realizacji przedmiotu zamówienia i powoduje poniesienie przez wykonawcę nieuzasadnionego ryzyka, które wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez Zamawiającego jego obowiązku współdziałania przy wykonaniu zamówienia, które to obowiązki wynikają wprost z przepisów prawa tj. art. 354 § 2 k.c. oraz art. 640 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp i art. 139 ust. 1 ustawy pzp (w zakresie projektantów sprawujących nadzór autorski Zamawiający ponosi także odpowiedzialność za ich działania i zaniechania, jak za własne, na mocy art. 474 k.c.). Ryzyko to jest szczególnie dotkliwe w zestawieniu z przyjętymi w SIWZ zapisami dot. kar umownych, które również naruszają przepisy pzp i k.c.. Powyższy stan godzi w ocenie Odwołującego w uczciwą konkurencję w postępowaniu, a także powoduje, iż warunki przyszłego zobowiązania zostały ukształtowane w IPU w sposób naruszający ww. przepisy prawa i zasady współżycia społecznego, w tym zasadę uczciwości kupieckiej, a także naruszają zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez obciążenie wykonawców ryzykiem naruszeń prawa lub zasad, które to naruszenie leży po stronie Zamawiającego. Konieczne w związku z tym jest wykonanie żądań odwołania związanych w szczególności z ustaleniem terminów, w jakich Zamawiający lub projektanci sprawujący nadzór autorski będą zobowiązani do wydania wyjaśnień, wytycznych, opinii czy zaleceń, a także aby obowiązek ich wydania był uznawany za wykonany wyłącznie wówczas, gdy przekazane Wykonawcy stanowiska będą kompletne, konkretne i będą pozwalały na realizację elementów przedmiotu zamówienia, których one dotyczą w zgodzie z wymaganiami wynikającymi z umowy i przepisów prawa.

Zarzut 3 c): § 2 ust. 11 IPU

Odwołujący podkreślił, że nie miał żadnego wpływu na ustalenie przez Zamawiającego z jego wcześniejszymi kontrahentami warunków gwarancji na wykonane wcześniej w przedmiotowym obiekcie prace. Tym samym wymóg wprowadzony w § 2 ust. 11 IPU usiłuje przerzucić na Wykonawców odpowiedzialność, w stosunku do której Wykonawca nie jest w stanie określić zakresu ryzyka i ich ewentualnych wartości. Jeżeli Zamawiający oczekuje zachowania gwarancji na te wcześniej wykonane i odebrane prace, to powinien ustalając treść SIWZ uzgodnić z podmiotami, które wykonywały tamte prace i udzieliły na nie gwarancję,

sposoby realizacji prac objętych niniejszym zamówieniem, które pozwalają na zachowanie gwarancji tamtych podmiotów. W obecnej chwili zapis § 2 ust. 11 IPU świadczy o próbie przerwania na wykonawców odpowiedzialności za ewentualne zaniechania po stronie Zamawiającego, które mogły zaistnieć na etapie kształtowania przez Zamawiającego warunków gwarancji z wcześniejszymi kontrahentami. Już udzielając zamówienia na wykonanie remontu obiektu w roku 2017 r. Zamawiający przewidywał (a przy zachowaniu należytej staranności przynajmniej mógł przewidywać), że w późniejszym okresie i w ramach odrębnych postępowań będzie poszukiwał wykonawców do realizacji prac wyposażeniowych, które są przedmiotem niniejszego zamówienia. Już udzielając zamówienia na remont obiektu Zamawiający mógł i powinien zadbać o uzgodnienie z wykonawcą tego remontu takich warunków realizacji, w tym warunków gwarancji, które pozwalałyby na jej zachowanie pomimo wykonania w późniejszym okresie przez innych wykonawców prac w zakresie aranżacji wnętrza, montażu mebli i wyposażenia. Podobnie kształtując opis przedmiotu w niniejszym postępowaniu Zamawiający mógł i powinien tak ustalić jego kształt, aby nie kolidował on z zachowaniem uprawnień z tytułu gwarancji wykonawcy remontu lub innych wcześniej wykonanych w obiekcie prac. Jeżeli Zamawiający zaniechał na etapie przygotowania i realizacji inwestycji zabezpieczenia swojego interesu w powyższym zakresie, to nie powinien usiłować przerzucić odpowiedzialności za te zaniechania na wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Tym bardziej, że kształtując treść przyszłego zobowiązania Zamawiający zaniechał sprecyzowania okoliczności, za które dokładnie mieliby wziąć odpowiedzialność Wykonawcy, poza okolicznościami za które odpowiadają oni na zasadzie art. 471 k.c. Dodatkowo ze względu na brak precyzyjnego określenia zakresu rozszerzanej w § 2 ust. 11 IPU odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy, postanowienia tego ustępu należy uznać w opinii Odwoływającego za naruszające zasadę dokładnego określenia okoliczności, za które dodatkowo może ponosić odpowiedzialność Wykonawca. Stanowi więc ono także naruszenie art. 473 § 1 k.c.

Zarzut 3 f) i g): § 3 ust. 6 IPU oraz § 3 ust 8 pkt 1 IPU

Zgodnie z art. 643 k.c. Zamawiający jest zobowiązany odebrać dzieło, które Wykonawca wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem. Zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem orzecznictwa dokonanie odbioru nie może być uzależnione od braku istnienia jakichkolwiek wad czy usterek w wykonanych pracach. Odmowa odbioru może być uzasadniona wyłącznie w przypadku, gdy dzieło dotknięte jest wadami istotnymi, czyli takimi, które powodują, że nie daje ono możliwości korzystania z niego zgodnie z przeznaczeniem. Ustalono w § 3 ust. 8 pkt 1 IPU prawo Zamawiającego, zgodnie z którym

jest on uprawniony do odmowy odbioru końcowego w sytuacji stwierdzenia w toku czynności odbiorowych jakichkolwiek wad nadających się do usunięcia, w tym wad nieistotnych, zaburza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów prawa i zasad współżycia społecznego, w tym zasady uczciwości kupieckiej. Wystarczającym mechanizmem ochrony interesów Zamawiającego w tym zakresie jest prawo żądania usunięcia wad stosownie do treści art. 638 § 1 k.c. w zw. z art. 556-576 k.c., względnie prawo do wykonania innych uprawnień z tytułu rękojmi za wady, takich, jak prawo do żądania obniżenia wynagrodzenia uregulowane w art. 560 § 1 k.c. Powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie, I ACa 1720/16, wyrok SN z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, wyrok SN z dnia 21 stycznia 2015 r., IV CSK 214/14, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, V ACa 876/13. Odwołujący podniósł, że skoro zgodnie z przepisami k.c. Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy czy wstrzymania odbioru końcowego w razie stwierdzenia nieistotnych wad wykonanego przedmiotu zamówienia, to należy także uznać, że sytuacja taka powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści § 3 ust. 6 IPU. Jak wynika bowiem z jednolitego stanowiska orzecznictwa jeśli nawet w toku czynności odbiorowych Zamawiający stwierdzi wady nieistotne, to za datę wykonania zobowiązania powinna być uznana data zgłoszenia gotowości przedmiotu zamówienia do odbioru. Możliwość uznania, że nawet w razie stwierdzenia wad nieistotnych Zamawiający za dzień wykonania zamówienia będzie mógł uznawać dzień, w którym przedmiot zamówienia będzie pozbawiony jakichkolwiek wad, w tym wad nieistotnych, stanowi naruszenie art. 643 k.c. i naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o dzieło. Tym bardziej godzi to w zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, że w połączeniu z zapisami m.in. § 5 ust. 2 umowy, grozi to Wykonawcy zapłatą kar umownych w kwotach rażąco przewyższających ew. dolegliwości, które mogłyby dla Zamawiającego wynikać z usuwania wad nieistotnych przez określony w umowie, rozsądny czas od odbioru końcowego. Wystarczającym zabezpieczeniem interesów Zamawiającego w tym zakresie są wszelkie uprawnienia z tytułu rękojmi za wady, które wynikają obecnie z art. 638 § 1 k.c. w zw. z art. 556-576 k.c. Wobec powyższego należy stwierdzić, że dotychczasowa treść § 3 ust. 6 IPU oraz § 3 ust. 8 pkt 1 IPU narusza przepisy ustawy pzp, co powoduje, że w ocenie Odwołującego zasadne są odnoszące się do nich zarzuty i żądania odwołania.

Zarzut 3 h): § 3 ust. 13 IPU

Odwołujący zaznaczył, że ustawa pzp nie pozwala na ukształtowanie terminów zwrotu zabezpieczenia, a także jego części ew. zatrzymanej na okres rękojmi za wady w sposób odmienny tj. dalej idący niż zapisy ustawowe. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający

oczekuje w SIWZ (rozdział 13 pkt 3) wydłużenia okresu gwarancji na przedmiot zamówienia w stosunku do terminów ustawowych (art. 577 § 4 k.c.). W związku z tym okres gwarancji przy realizacji przedmiotowego zamówienia, w zależności od treści oferty może wynosić od 60 do 72 miesięcy. Jednocześnie w SIWZ nie ma zapisów, które ustalałyby wydłużenie okresu rękojmi za wady przedmiotu zamówienia. W tym zakresie obowiązuje zatem ustawowy okres rękojmi wynoszący 2 lata (art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. 638 § 1 k.c.). Tym samym sprzeczne z przepisami ustawy zdaniem Odwołującego są wymagania ustalone w § 3 ust. 13 IPU, w ramach których Zamawiający usiłuje powiązać termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy z upływem okresu gwarancji, a nie z upływem okresu rękojmi za wady. Jednocześnie zapis § 3 ust. 13 IPU jest w tym zakresie sprzeczny z § 11 ust. 5 pkt 1 i 2 IPU, który określa prawidłowe terminy zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sposób zgodny z art. 151 ustawy pzp.

Zarzut 3 i): § 4 ust. 4 i 6 IPU

Dalej Odwołujący podniósł, że opisane w § 4 ust. 4 i 6 ipu wymogi, aby w uregulowanych w nich sytuacjach Wykonawca sporządzał kosztorysy wykonane metodą kalkulacji szczegółowej stanowią naruszenie przepisów ustawy pzp, w tym art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Uregulowana w tych przepisach metoda kalkulacji szczegółowej odnosi się do zamówień innego rodzaju, niż przedmiotowe zamówienie, tj. do zamówień na roboty budowlane. To powoduje, że nie jest możliwe, ani też celowe, spełnienie żądań Zamawiającego w tym zakresie. Co więcej, sposób ukształtowania w tym zakresie wymagań w § 4 ust. 4 i 6 IPU świadczy o braku proporcjonalności w ustaleniu tych wymagań, względem rzeczowej potrzeby Zamawiającego i charakteru przedmiotowego zamówienia. Świadczy o tym m.in. zapis § 4 ust. 7 IPU, który w przypadku zdarzenia o zbliżonym charakterze, czyli w razie ujawnienia się konieczności wykonania prac dodatkowych przewiduje wymóg sporządzenia przez Wykonawcę kosztorysu tych prac, ale bez wymogu aby taki kosztorys był sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej. Tym samym za zasadny w ocenie Odwołującego należy uznać przedmiotowy zarzut oraz związane z nim żądanie wprowadzenia zmiany zapisów SIWZ w zakresie § 4 ust. 4 i 6 IPU.

Zarzut 3 s): § 7 ust. 2 pkt 4 IPU

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastrzegł w tym przepisie uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku braku realizacji zaakceptowanego przez Zamawiającego

harmonogramu, pomimo pisemnego wezwania do realizacji jego postanowień. Jednocześnie prawo do odstąpienia od umowy w tym zakresie nie zostało ograniczone do naruszeń harmonogramu o charakterze istotnym, mogącym wpływać na realizację całości przedmiotu zamówienia w terminie końcowym, określonym w § 3 ust. 1 umowy. Powoduje to, że po stronie Wykonawców zapis § 7 ust. 2 pkt 4 IPU rodzi niepewność co do trwałości zobowiązania, które mogłoby zostać wygaszone także z błahych powodów. Z tym z kolei wiąże się także niepewność co do zakresu ewentualnej odpowiedzialności względem Wykonawcy z tytułu kar umownych zastrzeżonych w § 5 ust. 1 IPU. Tym samym należy uznać, że ten zapis IPU stanowi naruszenie przepisów pzp i k.c., które powinno zostać wyeliminowane poprzez wykonanie żądań niniejszego odwołania.

Zarzut 3 t): § 7 ust. 2 pkt 5 IPU

W tym przepisie Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz uprawnienie do odstąpienia od umowy w przypadku dwukrotnej odmowy akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowego przez Zamawiającego, bez ograniczenia prawa odstąpienia na tej podstawie wyłącznie do naruszeń umowy o charakterze istotnym, mogącym wpływać na realizację całości przedmiotu zamówienia w terminie końcowym, określonym w § 3 ust. 1 umowy, a także pomimo braku ustalenia w SIWZ oczekiwanego wzoru takiego harmonogramu, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji oraz źródła finansowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. To powoduje po stronie Wykonawców niepewność co do trwałości zobowiązania, które mogłoby zostać wygaszone także z błahych powodów lub z powodów zupełnie arbitralnych, związanych z ustalaniem wymagań co do treści i formy harmonogramu dopiero na etapie realizacji zamówienia. Z tym z kolei wiąże się także niepewność co do zakresu ewentualnej odpowiedzialności względem Wykonawcy z tytułu kar umownych zastrzeżonych w § 5 ust. 1 IPU. Przy obecnym kształcie SIWZ w tym zakresie Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy może skutkować odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy na tej podstawie. Tym samym należy uznać, że ten zapis IPU stanowi naruszenie przepisów pzp i k.c., które powinno zostać wyeliminowane poprzez wykonanie żądań niniejszego odwołania.

Zarzut 3 u), v): § 7 ust. 3 IPU oraz § 7 ust. 7 pkt 2 IPU

Wprowadzone przez Zamawiającego w tych zapisach IPU zastrzeżenia ograniczające uprawnienia Wykonawcy do uzyskania zapłaty za zrealizowane w ramach umowy świadczenia w sytuacji, gdy Zamawiający odstąpił od umowy, stanowią naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa cywilnego, w tym art. 494 § 1 k.c. w zw. z art 405 k.c. Przepisy te regulują, że w razie odstąpienia od umowy wzajemnej strony mają zwrócić sobie

wszystkie otrzymane w ramach realizacji umowy świadczenia, a jeżeli nie jest możliwy zwrot w naturze, obowiązek zwrotu świadczeń przeradza się w obowiązek zwrotu równowartości tych świadczeń. Decydująca w tym ostatnim wypadku jest faktyczna wartość świadczenia uzyskanego przez daną stronę. Wprowadzenie w tym zakresie zastrzeżeń, które mogłyby ograniczać prawo uzyskania przez Wykonawcę stosownej rekompensaty za zrealizowane świadczenia, które pozostałyby w dyspozycji Zamawiającego, stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów art. 494 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c.

Zarzut 3 w): § 8 ust. 5 i 6 IPU

Terminy ustalone w ww. zapisach IPU nie uwzględniają w istotności wad i ich wpływu na korzystanie z przedmiotu zamówienia, rynkowych standardów w zakresie realizacji świadczeń gwarancyjnych, związanych także z dostępnością urządzeń i materiałów niezbędnych do usunięcia danej wady. Nie uwzględniają one także ewentualnych okoliczności zależnych od Zamawiającego, takich jak umożliwienie Wykonawcy dostępu do przedmiotu zamówienia w czasie umożliwiających wykonanie tych obowiązków. Wobec tego należy uznać, że kształtują one zobowiązania Wykonawcy w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, dodatkowo narażając Wykonawcę na zapłatę rażąco wygórowanych kar umownych, określonych w § 5 ust. 9 IPU.

Zarzut 3 x): § 10 ust. 2 pkt 1 IPU

Zamawiający w § 10 ust. 2 pkt 1 IPU, stosownie do wymogów art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp ustalił klauzulę dotyczącą możliwości przesunięcia końcowego terminu wykonania zamówienia. Kształtując treść klauzuli Zamawiający zaniechał jednak wprowadzenia w wyszczególnieniu przyczyn uzasadniających możliwość wydłużenia terminu końcowego realizacji umowy okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający takich, jak:

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii przez projektantów sprawujących nadzór autorski (§ 1 ust. 4 i 5 IPU) tj. przekazanie Wykonawcy takich wyjaśnień, wytycznych i opinii później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub nie wyczerpującej;
- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy zaleceń Zamawiającego (§ 2 ust. 2 i 9 IPU) tj. przekazanie ich Wykonawcy później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej;

pomimo, iż opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień, wytycznych i opinii projektantów sprawujących nadzór autorski lub konkretnych

i wyczerpujących zaleceń Zamawiającego jest naruszeniem zasad współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zamówienia, które wynikają z art. 354 § 2 k.c. i art. 640 k.c.

Odwołujący wskazał, że dodatkowo tym stanowiskom Zamawiającego lub projektantów Zamawiający nadał istotne znaczenie. Mogą one stosownie do zapisów § 1 i 2 IPU kształtować sposób wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym przekazywanie Wykonawcy tych stanowisk w sposób nierzetelny lub opieszły ma niezwykle istotny wpływ na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w pierwotnie ustalonym terminie (§ 3 ust. 1 IPU). Zaniechanie wyraźnego przewidzenia możliwości dokonania zmian w razie opóźnienia w przekazywaniu takich stanowisk lub w razie przekazywania ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej (co należy traktować w sposób równoważny do opóźnienia w ich przekazaniu, gdyż uzyskanie opinii czy zaleceń nie nadających się do wdrożenia powoduje, że nie ustaje przeszkoda w wykonaniu zamówienia). Dodatkowo opóźnienie względnie przekazanie wytycznych, opinii czy zaleceń w stanie nienadającym się do wdrożenia przy realizacji zamówienia niewątpliwie należą do zdarzeń leżących po stronie Zamawiającego. Tym samym czas trwania przeszkód w tym zakresie powinien być uwzględniony przy zmianie terminu końcowego wykonania zamówienia na podstawie § 10 ust. 2 pkt 1 IPU.

W zakresie zarzutów dotyczących kar umownych Odwołujący podniósł, że Zamawiający stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp jest uprawniony do kształtowania istotnych postanowień przyszłej umowy o zamówienie publiczne. W tym zakresie Zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień umowy, ale jednocześnie musi postępować w tym zakresie w granicach wyznaczonych przepisami prawa. Swoboda umów, określona w art. 353<sup>1</sup> k.c. znajduje zastosowanie w zamówieniach publicznych na zasadzie odesłań określonych w art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy pzp. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, nie stanowi dowolności kształtowania postanowień umowy. Zamawiający jest przede wszystkim zobowiązany do zachowania wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. reguły, aby treść lub cel umowy nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Ponadto uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania w SIWZ warunków umowy doznaje ograniczenia wynikającego z ustalonego w art. 5 k.c. zakazu nadużywania prawa podmiotowego. Dodatkowym ograniczeniem w tym zakresie są zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w szczególności zasada uczciwej konkurencji oraz zasada proporcjonalności. Ta ostatnia zasada zobowiązuje Zamawiającego do stosowania w postępowaniu takich środków, które są adekwatne do realizacji danego celu i proporcjonalne do jego istoty, a więc jak najmniej dotkliwe dla wykonawców. To powoduje, że wprowadzane do SIWZ postanowienia o karach umownych nie powinny zaprzeczać charakterowi prawnemu

instytucji kary umownej, którego celem jest przede wszystkim zapewnienie naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę. Nie mogą one przyjmować sankcji oderwanej od wagi danego naruszenia obowiązków, ani też prowadzić do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Powołał się na wyrok SN z dnia 29 listopada 2013 r., ICSK 124/13, wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r., KIO 1519/15, wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2015 r., KIO 2546/15. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał też, że fakt, iż w razie rażącego wygórowania kar umownych Wykonawca może odwołać się do ochrony sądowej i żądać miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), nie oznacza, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania od początku ustalania treści stosunku prawnego w SIWZ kar umownych rażąco wygórowanych, w wysokości zaburzającej równowagę stron i ekwiwalentność świadczeń. Takie działanie należy traktować jako naruszenie natury stosunku prawnego i nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego do ustalenia w SIWZ istotnych postanowień umowy. Uznanie takich działań Zamawiającego za uprawnione prowadzić mogłoby w skrajnych przypadkach do tego, że aby uzyskać znaczną część wynagrodzenia Wykonawca zmuszony byłby dochodzić jego zapłaty przed sądem, zmuszony zdać się na uznanie sądu w zastosowaniu art. 484 § 2 k.c., co ze względu na praktykę postępowań sądowych odkładałoby uzyskanie zapłaty o wiele lat od realizacji zamówienia. Dlatego czynności Zamawiającego prowadzące do takich sytuacji nie mogą być uznane za wykonywanie prawa z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. W związku z powyższym postanowienia SIWZ, które w tym zakresie naruszają w sposób rażący zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego czy też prowadzą do zaprzeczenia ekwiwalentności świadczeń stron, nie mogą być uznane za zgodne z przepisami ustawy pzp i powinny zostać wyeliminowane. Podobnie naruszeniem przepisów pzp i k.c. jest wprowadzenie do SIWZ kar umownych, które nie precyzują rodzaju naruszenia, przy którego wystąpieniu Wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty kary. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby: wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1117/17, KIO 1128/17), wyrok z dnia 11 lipca 2014 r., KIO 1242/14). Powyższym wymaganiom uchybiają zapisy § 5 ust. 2, 3, 6, 8, 9,10 i 11 IPU. Nie można także nie zwrócić uwagi w ocenie Odwołującego, że pełna kompensacja ew. szkód, których mógłby doznać Zamawiający w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez Wykonawcę może nastąpić na ogólnych zasadach odpowiedzialności określonych w art. 471 k.c. (służy temu m.in. ustalone w § 5 ust. 13 IPU prawo żądania odszkodowania przewyższającego wysokość kar zastrzeżonych umownych). W takiej sytuacji Zamawiający ma zarówno możliwość żądania naprawienia szkody w pełnym zakresie, jak i możliwość zaspokojenia związanych z tym wierzytelności poprzez ich zaspokojenie



z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, względnie ich potrącenia z wierzytelnościami Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. To również przemawia za uznaniem, że kształtując postanowienia § 5 IPU w zakresie kar umownych Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów mającego lub co najmniej mogącego mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzut 3 j): § 5 ust. 2 IPU

Zamawiający w § 5 ust. 2 IPU ukształtował kary umowne, jako kary za opóźnienie odpowiednio w wykonaniu zamówienia względem terminów określonych w § 3 ust. 1 umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym (dalej: harmonogram), który z kolei jest zdefiniowany w § 3 ust. 2 IPU. Jest to nieuprawnione odejście od obowiązującej zgodnie art. 471 i nast. k.c. zasady, że dłużnik odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, chyba że są one następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Wystarczającą ochroną dla Zamawiającego w tym zakresie jest z pewnością wynikająca z art. 471 i nast. (i znajdująca pełne zastosowanie do kar umownych uregulowanych w art. 483 i 484 k.c.) zasada domniemania zawinienia, która powoduje, że aby uniknąć naliczenia kar umownych dłużnik (tu Wykonawca) musi udowodnić, że nie ponosi winy za naruszenie umowy, w tym przypadku za opóźnienie w wykonaniu zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że przyjmuje się co prawda, że zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi (np. za opóźnienie, a nie zwłokę w wykonaniu zobowiązania). Jednak jak wskazuje orzecznictwo: Jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok SN z dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12). Co więcej, w orzecznictwie podkreśla się, że swoboda umów w tym zakresie ograniczona jest zgodnie z art. 56 k.c. przez postanowienia ustaw, zasady współzycia społecznego oraz właściwości stosunku prawnego. Ponieważ jednak zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353<sup>1</sup> k.c. swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współzycia społecznego. Orzecznictwo stwierdza wyraźnie, że strony: „nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane

okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel" (wyrok SN z dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12). Powołał się na wyrok SN z 6 maja 1970 r., I CR 145/70). Uregulowanie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w § 5 ust. 2 IPU stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współżycia społecznego takim, jak rzetelność i uczciwość kupiecka (lub szerzej: rzetelność i uczciwość w stosunkach handlowych), pozwalając obciążać Wykonawcę odpowiedzialnością za niesprecyzowane w żaden sposób okoliczności, które nie są od niego zależne. Nawet za takie, które zależne są wyłącznie od Zamawiającego. W konsekwencji zapisy te naruszają także uczciwą konkurencję w postępowaniu, obciążając Wykonawcę koniecznością kalkulowania ryzyk, które nie są w żaden sposób sprecyzowane, ani też nie są zależne od Wykonawcy. To powoduje, że złożenie oferty na takich warunkach obarczone jest ryzykiem niemożliwym do skalkulowania i może powodować, że składane oferty będą ofertami nieporównywalnymi. Powołał się na wyrok z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15 oraz z dnia 31 października 2018 r., KIO 2163/17. Zapisy § 5 ust. 2 IPU uniemożliwiają także lub utrudniają znacząco Wykonawcom obronę swoich interesów w postępowaniu sądowym do czego byłby Wykonawca uprawniony, gdyby wzór umowy przewidywał odpowiedzialność z kar umownych za zwłokę, która byłaby domniemana, ale domniemanie to mogłoby zostać przez Wykonawcę wzruszone poprzez udowodnienie okoliczności egzoneracyjnych, w szczególności udowodnienie braku zawinienia Wykonawcy w powstaniu opóźnienia. To naraża Wykonawcę na poniesienie odpowiedzialności nawet w przypadku naliczenia kar umownych za opóźnienie zawinione przez samego Zamawiającego. Także w takim zakresie należy uznać, że zapisy te naruszają zasady uczciwej konkurencji, którymi powinien kierować się w postępowaniu Zamawiający. Co więcej, kary umowne określone w § 5 ust. 2 IPU są karami ustalonymi w wysokości, która jest rażąco wygórowana względem wartości przedmiotowego zamówienia. Kary umowne za opóźnienie w realizacji przedmiotowego zamówienia są bowiem ukształtowane w pełnym oderwaniu od oceny istotności ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie. Już 8-dniowe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia powoduje obowiązek zapłaty kar na poziomie większym, niż zastrzeżona w § 5 ust. 1 IPU kara umowna zastrzeżona na wypadek niewykonania zamówienia (!), podczas gdy dolegliwość jednej i drugiej sytuacji dla Zamawiającego jest zupełnie nieporównywalna. Powoduje to, że brak wykonania zamówienia choćby w najmniejszej części byłby karany w sposób mniej dotkliwy, niż relatywnie niewielkie opóźnienie w wykonaniu zamówienia. Dodatkowo naruszeniem właściwości zobowiązania i naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego jest niewątpliwie ukształtowanie możliwości żądania przez Zamawiającego zapłaty kary umownej nie tylko za niedochowanie końcowego terminu wykonania umowy (§ 3 ust. 1 IPU),

ale także za naruszenie szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Treść § 5 ust. 2 IPU w tym zakresie ustanawia odpowiedzialność za potencjalnie nieograniczony zestaw naruszeń umowy, który nie może być określony przez Wykonawcę na etapie składania oferty czy na dzień podpisania umowy. Katalog możliwych naruszeń umowy będzie bowiem uzależniony od wymagań Zamawiającego co do kształtu harmonogramu. Wymagania co do formy i zakresu informacji, jakie mają się znaleźć w harmonogramie nie są bowiem w żadnym zakresie przedstawione w SIWZ. To pozwala Zamawiającemu na arbitralne kształtowanie na etapie realizacji umowy zakresu wymagań, których niespełnienie grozi Wykonawcy zapłatą kar umownych. Dodatkowo kary te wg treści § 5 ust. 2 IPU w zw, z § 5 ust. 11 IPU mogą podlegać kumulowaniu, co powoduje, że Wykonawcy grozi zapłata kar umownych naliczanych za naruszenie terminów wynikających z harmonogramu dla każdej z pozycji rzeczowych, nawet jeśli dotyczyłyby pozycji odnoszących się do prac o charakterze zbliżonym czy wręcz tożsamym, a rozdzielonym np. jedynie ze względu na różne źródła finansowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (§ 3 ust. 2 IPU). Sposób ukształtowania w IPU tej kary umownej powoduje także zupełne oderwanie odpowiedzialności Wykonawcy od istotności takiego naruszenia, rozumianego jako wpływ na wykonanie całego zamówienia. Potencjalnie Zamawiający mógłby żądać zapłaty kar za liczne naruszenia terminów częściowych, pomimo ich czysto formalnego znaczenia i pomimo dochowania końcowego terminu wykonania zamówienia. Podobnie zapis § 5 ust. 2 IPU grozi Wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych nawet w razie braku winy wykonawcy w niedochowaniu terminów szczegółowych. Podsumowując Odwołujący zaznaczył, że zapis § 5 ust. 2 IPU w zakresie, w jakim wprowadza kary umowne za naruszenie szczegółowych terminów, jakie mają być ustalone w harmonogramie, Zamawiający wprowadza karę umowną, która może przysługiwać za niesprecyzowane dokładnie naruszenia umowy, co powoduje, że Wykonawca składając ofertę nie jest w stanie przewidzieć ew. zakresu swojej odpowiedzialności z tego tytułu, a w konsekwencji prowadzić to może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy. Dodatkowo ustalenie w § 5 ust. 2 IPU kar umownych za naruszenie terminów szczegółowych ustalonych w harmonogramie należy także uznać za działanie niezgodne z wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy pzp zasadą proporcjonalności. W sytuacji przewidzenia już w SIWZ kar umownych za naruszenie końcowego terminu wykonania umowy (§ 3 ust. 1 IPU), a także wobec możliwości dochodzenia przez Zamawiającego odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych (§ 5 ust. 13 IPU), nie można uznać aby interes Zamawiającego w tym zakresie nie był już należycie zabezpieczony. Kary umowne ustalone w § 5 ust. 2 IPU są ponadto ustalone na poziomie rażąco wygórowanym w stosunku do ewentualnych dolegliwości i konsekwencji, jakie może

ponosić Zamawiający w związku z niedochowaniem ustalanych w tym przepisie terminów. Biorąc pod uwagę wartość ofert złożonych w poprzednio przeprowadzonym przez Zamawiającego przetargu (od 1 780 930,53 zł do 2 423 000,00 zł) kary te mogą być naliczane na kwotę nawet ok. 48 460,00 złotych dziennie. Przy przekroczeniu tylko jednego z tych terminów o jedyne 8 dni, kara naliczona na tej podstawie może wynieść nawet ok. 387 680,00 złotych (!), co powoduje, że będzie ona przekraczać wartość kary umownej, którą Zamawiający zastrzegł w przypadku niewykonania zobowiązania, a która wynosi 15% wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy. Także w praktyce obrotu gospodarczego, w tym w ramach rynku zamówień publicznych, kary umowne związane z naruszeniem terminu wykonania zobowiązania nie są kształtowane na poziomie większym, niż 0,5% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki. Tymczasem kary umowne uregulowane w § 5 ust 2 IPU zostały przez Zamawiającego ustalone na poziomie 4 razy większym, niż stawki stosowane w praktyce przy zamówieniach tego rodzaju. To, że w razie rażącego wygórowania kar umownych Wykonawca może odwołać się do ochrony sądowej i żądać miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), nie oznacza, że Zamawiający jest uprawniony do ukształtowania w SIWZ kar umownych rażąco wygórowanych. Takie działanie należy traktować jako naruszenie natury stosunku prawnego i nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa podmiotowego do ustalenia w SIWZ istotnych postanowień umowy.

Zarzut 3 k): § 5 ust. 3 IPU

Przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem na dostawy. Umowa, która będzie zawarta w następstwie przetargu, nie będzie kwalifikowana jako umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 i nast. k.c. Wobec powyższego po stronie Zamawiającego nie powstaną żadne obowiązki wynikające z art. 647<sup>1</sup> k.c., w szczególności nie powstanie odpowiedzialność solidarna Zamawiającego z Wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego ew. zatrudnionym przy realizacji zamówienia podwykonawcom czy dalszym podwykonawcom. Podobnie do przedmiotowego postępowania i umowy zawartej w jego wyniku nie będą znajdować żadnego zastosowania przepisy art. 143a-143d ustawy pzp, w szczególności Zamawiający nie będzie miał obowiązku bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom realizującym roboty budowlane, dostawy i usługi na rzecz wykonawcy. W IPU Zamawiający nie wprowadził także żadnych zapisów, które wprowadzałyby po jego stronie uprawnienie do kontrolowania rozliczeń finansowych między wykonawcą a jego ewentualnymi podwykonawcami czy dalszymi podwykonawcami. IPU nie przewidują też żadnych szczegółowych zasad dotyczących zgłaszania Zamawiającemu takich podwykonawców czy dalszych podwykonawców, niezależnie od tego, jakiego rodzaju i w jakim

zakresie prace mieliby oni realizować w ramach powierzonego sobie podwykonawstwa. Wszelka odpowiedzialność za dokonywanie płatności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, stosownie do przepisów k.c., obciążą więc kontrahentów tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców. To powoduje, że po stronie Zamawiającego nie występuje żaden uzasadniony interes, który mógłby być chroniony poprzez zastrzeżenie kary umownej uregulowanej w § 5 ust. 3 IPU. Jednocześnie ustalona w § 5 ust 3 IPU wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana w stosunku do jakichkolwiek dolegliwości, których Zamawiający mógłby doznać w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w tym przepisie. W konsekwencji wprowadzenie kary umownej w kształcie ustalonym w § 5 ust. 3 IPU należy uznać za naruszające także wyrażoną w art 7 ust. 1 ustawy pzp zasadę proporcjonalności.

Zarzut 3 l): § 5 ust. 6 IPU

Zamawiający w zaskarżonym przepisie przewidział karę umowną za stwierdzenie błędów w harmonogramie lub projekcie warsztatowym. Zapis ten stanowi jednak naruszenie przepisów pzp i k.c., szczególnie groźne ze względu na to, że Zamawiający w SIWZ nie określił precyzyjnie zakresu wymagań dotyczących treści harmonogramu, co powoduje, że stosowanie przez niego zaskarżonej sankcji może odbywać się na arbitralnych, uznaniowych zasadach. Zaprzecza to zasadzie, aby kary umowne określały precyzyjnie rodzaj naruszenia umowy, za które może być zastosowana sankcja. Wykonawca znając treść SIWZ w jej obecnym brzmieniu nie ma możliwości ustalenia tego, za jakie dokładnie czynności może ponosić odpowiedzialność na zasadzie § 5 ust. 6 IPU, ani też nie jest w stanie oszacować przy składaniu oferty związanego z tym ryzyka. Dodatkowo wprowadzona w § 5 ust 6 IPU wysokość kary umownej w kwocie 2.000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek należy uznać za rażące wygórowanie kary, które narusza równość stron stosunku zobowiązaniowego. Tym bardziej, że kara dotyczy wyłącznie formalnych naruszeń, bez względu na charakter błędów w harmonogramie czy rysunkach warsztatowych, a także w oderwaniu od ich wpływu na realizację zamówienia.

Zarzut 3 m): § 5 ust. 8 IPU

Przedmiotowa kara umowna wprowadza odpowiedzialność Wykonawcy za uszkodzenia obiektu lub jego wyposażenia. Zapis § 5 ust. 8 IPU narusza jednak naturę instytucji kary umownej, jako surogatu odszkodowania, nakazując zapłatę kary umownej w oderwaniu od tego, czy Wykonawca był winny spowodowanemu uszkodzeniu, a także wartości ewentualnej szkody z tego tytułu. Przepis § 5 ust. 8 IPU przewiduje automatyzm stosowania sankcji, nie przewidując możliwości odstąpienia od karania Wykonawcy np. w razie samodzielnego, dobrowolnego naprawienia uszkodzenia. Co więcej, przyjęta w § 5 ust. 8 IPU

wysokość kary umownej należy uznać za rażąco wygórowaną. W praktyce przy prowadzeniu prac w zakresie montażu mebli i elementów wyposażenia ruchomego najczęściej zdarzające się uszkodzenia obiektu odnoszą się do zabrudzeń czy zarysowań ścian czy futryn, gdzie wartość szkody jest minimalna i nie ma żadnego porównania z wartością kary. Dodatkowo należy zauważyć, że wprowadzenie obowiązku zapłaty kary za każdy stwierdzony przypadek rodzić może po stronie Zamawiającego do nieuzasadnionego wzbogacenia względem Wykonawcy. Daje ono bowiem potencjalnie prawo do żądania zapłaty kary umownej za każde uszkodzenie, rozumiane np. jako każda rysę, każde wgniecenie, czy każde zadrapanie struktury obiektu lub elementów jego wyposażenia zamontowanych przez poprzednich wykonawców. Jednocześnie ustalona w § 5 ust. 3 IPU wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana w stosunku do jakichkolwiek dolegliwości, których Zamawiający mógłby doznać w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w tym przepisie. W konsekwencji wprowadzenie kary umownej w kształcie ustalonym w § 5 ust. 3 IPU należy uznać za naruszające także wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę proporcjonalności.

Zarzut 3 n): § 5 ust. 9 IPU

Zamawiający wprowadził karę umowną należną w przypadku nieusunięcia usterek lub wad przedmiotu Umowy w terminach określonych w § 8 IPU. Kara ta zgodnie z § 5 ust. 9 IPU ma być naliczana w wysokości 1.000,00 złotych za każdy dzień opóźnienia, a nie zwłoki. Jednak klauzula § 5 ust 9 IPU nie precyzuje za jakie dokładnie niezawinione przez Wykonawcę okoliczności powodujące opóźnienie w wykonaniu tych obowiązków ma ponosić odpowiedzialność Wykonawca. Powoduje to, że kara umowna jest w tym zakresie ustalona w sposób sprzeczny z art. 473 § 1 w zw. z art. 483 i 484 k.c. W pełnym zakresie pozostaje tutaj zasadne uzasadnienie dotyczące zarzutów związanych z karami umownymi określonymi w § 5 ust. 2 IPU. Podobnie, jak w przypadku kar określonych w § 5 ust. 2 IPU, kara ta jest także ustalona w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do ewentualnych dolegliwości, jakie ewentualna zwłoka w wykonaniu tych obowiązków mogłaby powodować po stronie Zamawiającego.

Zarzut 3 o): § 5 ust. 10 IPU

Kara umowna w prowadzona w § 5 ust. 10 IPU ma należeć się Zamawiającemu w przypadku innego niż określone w § 5 ust 2-9 przypadku nienależytego wykonania umowy. To powoduje, że odpowiedzialność z tytułu kar umownych może zachodzić w przypadku praktycznie każdego potencjalnego naruszenia umowy przez Wykonawcę, nawet naruszenia zapisów o charakterze czysto formalnym, nie mającym istotnego znaczenia. Odpowiedzialność tą Wykonawca ponosiłby niezależnie od tego, czy taki przypadek wynikałby

z okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. W ekstremalnym przypadku Wykonawca mógłby więc ponosić odpowiedzialność za okoliczności nie leżące po jego stronie, a może nawet wręcz za okoliczności zawinione przez samego Zamawiającego. Nie może być to uznane za zgodne z art. 473 § 1 k.c. choćby ze względu na to, że SIWZ nie precyzuje tego, za jakie dokładnie dodatkowe okoliczności, niezawinione przez Wykonawcę, Wykonawca miałby przyjąć na siebie odpowiedzialność na podstawie tak skonstruowanej klauzuli umownej. Powyższe może stanowić ponadto także naruszenie art. 362 k.c., wprowadzającego zasadę ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej w zakresie, w jakim poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody. Zapis § 5 ust. 10 IPU powoduje de facto ustalenie otwartego katalogu kar umownych, które mogłyby być naliczane przez Zamawiającego według zupełnie uznaniowych zasad. Takie uregulowanie § 5 ust. 10 IPU stanowi wobec tego naruszenie natury instytucji prawnej, jaką jest kara umowna. Kara umowna zgodnie z art. 483 k.c. może być zastrzeżona za określone przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Kara umowna stanowi bowiem wyjątek od ogólnych zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, które wynikają z art. 471 k.c. Ustalanie otwartego katalogu kar umownych sprzeciwia się więc istocie instytucji kary umownej, a w konsekwencji narusza także przepisy ustawy pzp, co znalazło odzwierciedlenie w ww. orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 r., KIO 1117/17, KIO 1128/17, wyrok z dnia 11 lipca 2014 r. KIO 1242/14). Co więcej, wprowadzenie takiego uregulowania, jak § 5 ust. 10 IPU, grozi także nieuprawnionym wzbogaceniem Zamawiającego kosztem Wykonawcy także ze względu na to, że przedmiotowa kara została ustalona w rażąco wygórowanej wysokości.

Zarzut 3 p): § 5 ust. 11 IPU

Podtrzymując w całości zarzuty dotyczące § 5 ust. 2, 3, 6, 8, 9 i 10 IPU, Odwołujący wskazuje ponadto, że § 5 ust. 11 IPU Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa wprowadził uprawnienie do kumulowania kar umownych z tytułu niewykonania zamówienia (§ 5 ust 1 IPU), z karami umownymi za liczne przypadki nienależytego wykonania zamówienia (§ 5 ust 2-10 IPU). Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa Zamawiający nie jest uprawniony do kumulowania kar umownych w takim zakresie: „nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie można bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają”

(uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/12, podobnie np. wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r. I CSK 315/10, wyrok SN z dnia 28 czerwca 2017 r., IV CSK 525/16). Powołał się na wyrok KIO z dnia 1 września 2009 r., KIO/UZP 1070/09.

Zarzut 3 q): zaniechanie wprowadzenia w § 5 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia

Celem zachowania elementarnej równości stron stosunku zobowiązaniowego, co jest fundamentalną wartością przy kształtowaniu postanowień umowy wzajemnej, jaką jest umowa o zamówienie publiczne, Zamawiający powinien kształtować zapisy IPU w sposób proporcjonalny tj. stosując środki adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu, niewykraczające ponad to co konieczne. W szczególności zaś środki takie, które nie naruszają zasady ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej. Tymczasem uwzględniając zapisy § 5 ust. 2-10 IPU (podtrzymując wszystkie odnoszące się do nich zarzuty) Odwołujący wskazał dodatkowo, że zaniechanie wprowadzenia co do tych kar górnego limitu wysokości łącznie naliczonych z tych podstaw kar powoduje, że Wykonawca wykonując zobowiązanie z naruszeniem wyszczególnionych przez Zamawiającego obowiązków umownych (nawet odnoszących się do nieistotnych, drugorzędnych bądź czysto formalnych naruszeń) może być obciążony karami umownymi przekraczającymi wartość kar umownych, jakie Zamawiający ustanowił z tytułu niewykonania zamówienia (§ 5 ust. 1 IPU - kara umowna do 15% wartości zamówienia określonej w § 4 ust. 1 umowy). Powoduje to rażącą dysproporcję między odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania, a sytuacją w której zobowiązanie zostałyby wykonane, ale ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego pewnych zapisów umowy np. z przekroczeniem terminu realizacji zamówienia o 8 dni. Zważywszy na to, że w sytuacji, w której Zamawiający w ogóle nie uzyskałby świadczenia zgodnego z umową (§ 5 ust. 1 IPU) Zamawiający żąda zapłaty kary umownej w wysokości 15% wartości zamówienia, w ocenie Odwołującego łączny poziom kar umownych naliczanych ewentualnie Wykonawcy z tytułu różnych przypadków nienależytego wykonania umowy także nie powinien być wyższy od kary zastrzeżonej za niewykonanie zamówienia choćby w najmniejszym zakresie. Brak wprowadzenia górnego limitu kar z tytułów oznaczonych w § 5 ust. 2-10 IPU powoduje także brak możliwości rzetelnej oceny ryzyk, z jakimi wykonawca może spotkać się w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Wpływa to negatywnie na możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji, stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Podobnie można uznać, aby pozostawienie dotychczasowej treści SIWZ pozwalającej na naliczanie kar umownych z tytułów wskazanych w § 5 ust. 2-10 IPU bez żadnego limitu było działaniem niezbędnym dla ochrony interesu Zamawiającego w sytuacji,



gdy interes Zamawiającego związany z niewykonaniem zobowiązania (§ 5 ust. 1 IPU) jest zabezpieczony przez żądanie kary umownej na poziomie do 15% wartości zamówienia. Wobec tego zaniechanie wprowadzenia na tym samym poziomie limitu kar umownych z podstaw określonych w § 5 ust. 2-10 IPU stanowi ponadto naruszenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu 4 odwołania - rozdziału 11 pkt 5 SIWZ oraz pkt IV.1.1 Ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący zakwestionował dopuszczalność użycia przez Zamawiającego w uzasadnieniu skrócenia terminu składania ofert stwierdzenia, iż skrócenie to jest konieczne ze względu na rzekome odstąpienie Zamawiającego od poprzedniej umowy dotyczącej przedmiotowego zamówienia z winy wykonawcy. Jak wynika z wiedzy Odwołującego, wspomniana w zaskarżonych zapisach SIWZ i ogłoszeniach od umowy tej skutecznie odstąpił jej wykonawca, a późniejsze oświadczenie Zamawiającego nie wywołało żadnych skutków prawnych. Nawet jeśli między Zamawiającym a Tronus Polska sp. z o.o. istnieje spór co do skuteczności oświadczeń o odstąpieniu od umowy, to Zamawiający nie może w czynności, jaką jest uzasadnienie skrócenia terminu składania ofert, usiłować przesądzać rozstrzygnięcia sporu prawnego, który ostatecznie może zostać rozstrzygnięty tylko przez Sąd. Postanowienie to narusza interes w uzyskaniu zamówienia Odwołującego w takim zakresie, w jakim Odwołujący rozważa ubieganie się o przedmiotowe zamówienie wspólnie z firmą, która była Wykonawcą tamtej umowy tj. Tronus Polska sp. z o.o., czy to poprzez wspólne ubieganie się o zamówienie, czy też przez udział tego podmiotu jako podwykonawcy, a także podmiotu, o którym mowa w art. 22a ustawy pzp. Wobec przewidzenia w przedmiotowym postępowaniu uprawnienia do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp, sformułowanie użyte przez Zamawiającego w rozdziale 11 pkt 5 SIWZ oraz pkt IV.1.1. Ogłoszenia może stanowić dla Zamawiającego przesłankę badania i oceny oferty ofert pod kątem ww. przesłanek odstąpienia, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Na mocy rozdziału 6 pkt 8 i 9 SIWZ badania tych okoliczności zostało rozszerzone także na podwykonawców, w tym podmioty, o których mowa w art. 22a ustawy pzp. Jest to groźne tym bardziej, że składając ofertę na formularzu (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt 1 Zamawiający żąda złożenia przez wykonawców oświadczenia o akceptacji wszystkich warunków wynikających z SIWZ, co Zamawiający w toku badania i oceny ofert może traktować, jako przyznanie zasadności twierdzenia Zamawiającego zawartego w rozdziale 11 pkt 5 SIWZ i pkt IV.1.1. Ogłoszenia. Świadczyłoby to także potencjalnie o nierównym traktowaniu wykonawców jeżeli zaskarżony zapis znajdowałby zastosowanie przy badaniu i ocenie ofert jedynie tych spośród wykonawców, którzy ubiegaliby się o zamówienie wspólnie z Tronus Polska sp. z o.o., bądź też chcieliby powierzyć temu

podmiotowi realizację części zamówienia np. równocześnie z powołaniem się na jego zdolności zgodnie z art. 22a ustawy pzp. Zarzut w tym zakresie Odwołujący podnosi z ostrożności procesowej. Odwołujący bowiem stoi na stanowisku, że przez czynność służącą innemu celowi (uzasadnienie skrócenia terminu) Zamawiający nie może w skuteczny sposób przesądzać okoliczności, które powinny być ustalane i dowodzone dopiero w toku badania i oceny ofert, a zwłaszcza okoliczności, w zakresie których to na Zamawiającym leży ciężar dowodu. Jeżeli jednak Izba uzna, że taki zapis może stanowić determinantę dla czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, to oznaczać będzie, że zaskarżony zapis SIWZ i ogłoszenia narusza przepisy ustawy pzp i dla zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu powinien zostać zmieniony zgodnie z żądaniem odwołania.

W dniu 21 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania oraz orzeczenie o kosztach. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w dniu 10 sierpnia 2018 r. zmodyfikował treść SIWZ, a mianowicie zawarty w rozdziale 5 ust. 1 pkt. 1 lit. c ppkt. i) SIWZ, dlatego też w ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego jest w tym zakresie bezprzedmiotowy. W ślad za zmianą warunku udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z dyspozycją art. 12a ust. 2 pkt. 1 ustawy pzp i wyznaczył nowy termin na składanie ofert na 27 sierpnia 2018 roku.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów dotyczących zmiany warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie wyraził zgody na dokonanie ich modyfikacji. W uzasadnieniu Zamawiający przywołał treść art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 listopada 1996 roku o muzeach (Dz. U. z 2018 r. poz. 720). Zamawiający wskazał, że muzea jako podmioty powołane do ochrony zbiorów dóbr kultury zobowiązane są do szczególnej dbałości o te dobra. Wszelkie kwestie związane z eksponowaniem i przechowywaniem zabytków w muzeach określają szczególne regulacje wydawane przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego w szczególności rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, przepisy powszechnie obowiązującego prawa, dobre praktyki wprowadzane przez Narodowy Instytut Dziedzictwa. Wykonawca, który nigdy nie zrealizował żadnego zamówienia dla muzeów czy instytucji kultury nie zna przedmiotowych uregulowań, co negatywnie wpływa na sposób wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu wymaga, aby wykonawca dysponował co najmniej jedną osobą posiadającą doświadczenie

polegające na pełnieniu funkcji kierownika lub zastępcy kierownika projektu co najmniej dwóch dostaw wraz z montażem wyposażenia wnętrz oraz wyposażenia ekspozycyjnego w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury o wartości 500 000,00 złotych każda. Kierownik projektu jest osobą, która odpowiada z ramienia wykonawcy za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, to on w ocenie Zamawiającego decyduje o sposobie wykonania zamówienia, kwestiach istotnych dla wykonywanych dostaw, ustala harmonogramy oraz kontaktuje się z Zamawiającym. W sytuacji, gdy kierownik projektu nie posiada żadnego doświadczenia w realizacji projektów dla muzeów czy szerzej dla instytucji kultury nie ma on również wiedzy o specyficznych dla tego segmentu zamawiających uregulowaniach prawnych w zakresie wykonania zamówień w sposób zapewniający bezpieczeństwo dla dóbr kultury, zgodnych z wytycznymi konserwatorskimi obowiązującymi w muzealnictwie. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2013 r., KIO 720/13, z dnia 14 grudnia 2012 r., KIO 2036/12, z dnia 12 kwietnia 2013 r., KIO 738/13, uchwałę z dnia 3 czerwca 2015 r., KIO/KD 30/15, z dnia 5 czerwca 2014 r., KIO 938/14, z dnia 14 marca 2017 r. KIO 371/17). Zamawiający podkreślił, że doświadczenie wykonawcy w dostawie indywidualnych elementów wyposażenia wnętrz do muzeów lub instytucji kultury, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale 5 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ppkt. ii specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest doświadczeniem szczególnym, zaś doświadczenie w dostawie wyposażenia dla jakichkolwiek podmiotów nie pozwala na wykazanie, że wykonawca ten daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W dostarczonych przez wykonawcę meblach Zamawiający planuje przechowywać obiekty będące muzealiami lub zabytkami. Dla właściwego ich przechowania materiały użyte do produkcji mebla powinny być bezpieczne dla eksponatów i spełniać wymogi konserwatorskie. Jeżeli wykonawca nigdy nie dostarczał mebli do muzeów nie posiada wiedzy w przedmiocie sposobu postępowania z taki obiektami oraz na temat materiałów bezpiecznych dla obiektów stanowiących muzealia lub zabytki. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał referencyjne produkty, które powinny zostać użyte do wykonania elementów przedmiotu zamówienie, jednakże jak to jednoznacznie wynika z treści dokumentacji projektowej dopuścił też zastosowanie rozwiązań równoważnych. W sytuacji, gdy wykonawca nie posiada wiedzy, jakie materiały są bezpieczne dla dóbr kultury może w sposób nawet nieumyślny narazić obiekty na zniszczenie, które będzie nieodwracalne. Na co Zamawiający, jako muzeum nie może wyrazić zgody. Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest proporcjonalny oraz wypełnia wszelkie dyrektywy określone w przepisach prawa, doktrynie i orzecznictwie. Należy w szczególności wskazać, że przedmiot zamówienia ma być realizowany na rzecz szczególnego typu zamawiającego, to jest muzeum,

do którego stosuje się nie tylko ustawę o muzeach czy ustawę o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej ale również szereg rozporządzeń Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w zakresie ochrony i bezpieczeństwa zbiorów stanowiących muzealia i dobra kultury, które w specyficzny sposób regulują kwestie związane z charakterystyka materiałów użytych do produkcji wyposażenia, czy sposobu zabezpieczania zbiorów. Należy również wskazać, iż zgodnie z kosztorysem inwestorskim szacunkowa wartość zamówienia stanowi kwotę 1 614 083,49 złotych brutto, zaś Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawcę jedynie jednej dostawy wyposażenia o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 złotych, co stanowi 1/5 szacunkowej wartości zamówienia.

W zakresie zarzutów dotyczących Istotnych Postanowień Umowy Zamawiający zaznaczył, że pismem z 14 sierpnia 2018 roku, wprowadził postanowienie § 6 ust. 8 IPU w zakresie wprowadzenia terminu na udzielnie wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii; zmodyfikował treść § 2 ust. 9 IPU w zakresie wprowadzenia terminu na udzielnie wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii.

Zamawiający nie wyraził zgody na wykreślenie § 2 ust. 11 IPU. Zamawiający wskazał, że jako jednostka sektora finansów publicznych nie może dopuścić do sytuacji, gdy z powodu nienależytego działania wykonawcy zniszczeniu ulegnie wcześniej wykonany i opłacony przedmiot umowy. Dlatego też zobowiązuje wykonawcę, który ingeruje w wykonane już przestrzenie, w przypadku utraty gwarancji do przejęcia jej w tym zakresie.

Zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację treści § 3 ust. 6 IPU. Zamawiający zaznaczył, że cywilnoprawny charakter umowy, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego to umowa o dzieło. Dlatego też w zakresie odbioru przedmiotu umowy należy dokonać analizy właściwych przepisów w szczególności art. 642 i art. 643 kodeksu cywilnego, analizując poglądy Sądu Najwyższego po uchyleniu art. 637 kodeksu cywilnego. Odnosząc się do odbioru dzieła Zamawiający wskazał na pogląd prezentowany przez Sad Najwyższy: „Oddaniem dzieła w rozumieniu art. 642 § 1 k.c., skutkującym nabyciem przez przyjmującego zamówienie uprawnienia do uzyskania wynagrodzenia jest wydanie całego dzieła zgodnego z treścią zobowiązania, a więc odpowiadającego przedmiotowemu zakresowi zobowiązania przyjmującego zamówienie. Wówczas dopiero zamawiający zobowiązany jest odebrać dzieło na podstawie art. 643 k.c., które kontrahent oddaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem, nabywając uprawnienie do uzyskania wynagrodzenia od zamawiającego. Wyjątkiem jest tylko sytuacja określona w art. 642 § 2 k.c., a mianowicie gdy dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone za każdą część z osobna. Wówczas tylko wynagrodzenie

należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych. W tej sytuacji o wydaniu (oddaniu) dzieła skutkującego wykonaniem umowy o dzieło przesądza tylko wykonaniem całego dzieła oznaczonego w umowie, a więc w takiej postaci, iż dzieło to spełnia cechy zamówienia. W przeciwnym razie nie można mówić o wykonaniu umowy o dzieło przez przyjmującego zamówienie, ponieważ nie doszło wówczas do oddania (wydania) dzieła zgodnego z zobowiązaniem. Nie powstaje zatem ani obowiązek zamawiającego odebrania części dzieła (art. 643 k.c.), ani nie powstaje uprawnienie przyjmującego zamówienie do uzyskania umówionego wynagrodzenia wobec braku oddania (wydania) dzieła zgodnego z zobowiązaniem.” (wyrok Sadu Najwyższego z 7 grudnia 2017 roku, sygnatura akt II CSK 77/17). „Wykładnia art. 643 k.c. uprawnia pogląd, że zamawiający nie ma obowiązku dokonywania odbioru dzieła wadliwego. Oddanie dzieła zależy od równoczesnej aprobaty świadczenia przez zamawiającego. Przy odbiorze dzieła i ustaleniu zgodności jego cech jakościowych z treścią zobowiązania miarodajna jest przede wszystkim ocena zamawiającego. Niepodobna założyć wymuszenia na zamawiającym dokonania odbioru dzieła z wadami. Inaczej mówiąc, na gruncie art. 643 k.c. przyjmuje się, że obowiązek odbioru dzieła wchodzi w rachubę jedynie wówczas gdy świadczenie wykonawcy odpowiada treści zobowiązania” (wyrok Sądu Najwyższego z 12 października 2017 roku sygnatura akt IV CSK 708/16). W związku z czym Zamawiający uzależnił odbiór dzieła od należytego jego wykonania, co jak wynika z orzecznictwa jest dopuszczalne na gruncie przepisów kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację § 3 ust. 8 pkt. 1 IPU, uzasadnienie decyzji podobnie jak wskazane powyżej.

Zamawiający poinformował, że postanowienia § 3 ust. 13 IPU stanowi dozwoloną przepisami prawa modyfikację odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Zgodnie z treścią art. 558 § 1 kodeksu cywilnego: „Strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Jeżeli kupującym jest konsument, ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest dopuszczalne tylko w przypadkach określonych w przepisach szczególnych.” Zamawiający wydłużył ustawowy okres rękojmi o czas niezbędny na usunięcie wad zgłoszonych w okresie gwarancji. Zgodnie z poglądem prezentowanym przez Sąd Najwyższy takie działanie jest zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa: „Przewidziany w art. 568 k.c. termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi może być przedłużony umową stron” (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 5 sierpnia 2005 r. II CK 28/05).

Zamawiający wskazał, że nie dokona modyfikacji treści § 4 ust. 4 i 7 IPU. Zaznaczył, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Zamawiający po podpisaniu umowy przekazuje ją do kontroli, gdzie weryfikowane są również pozycje harmonogramu rzeczowo — finansowego w stosunku do kosztorysu inwestorskiego, w przypadku zaś jakiegokolwiek zmiany w zakresie przedmiotu umowy Zamawiający zobowiązany jest szczegółowo wykazać jednostce wdrażającej projekty, zakres zmian oraz w przypadku zmiany wynagrodzenia również jej wysokość. Ponadto zwrócił uwagę na fakt, iż od postanowień harmonogramu rzeczowo — finansowego zależą terminy odbiorów i rozliczeń za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, co z punktu widzenia Zamawiającego jest bardzo ważne, ponieważ musi z dużym wyprzedzeniem planować płatności realizowane w ramach projektów, gdyż sam proces akceptacji faktury i wniosku o płatność przez jednostkę wdrażającą trwa około 21 dni od dnia założenia właściwych dokumentów. Istotnym z punktu widzenia Zamawiającego jest również fakt, iż cywilnoprawny charakter umowy wskazuje na to, iż jest to umowa o dzieło, zaś przepisy kodeksu cywilnego przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia za należyte wykonanie dzieła nawet przy zastosowaniu wynagrodzenia ryczałtowego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2015 roku, sygn. akt: KIO 243/15. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „Wyjątek od zasady niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego przewiduje art. 632 § 2 k.c. zawierający klauzulę rebus sic stantibus. Na podstawie tego przepisu przyjmujący zamówienie może wystąpić z żądaniem podwyższenia wynagrodzenia lub rozwiązania umowy, jeżeli, po pierwsze, po zawarciu umowy nastąpiła zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy; po drugie, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą w razie utrzymania wynagrodzenia ryczałtowego na uzgodnionym poziomie oraz, po trzecie, zachodzi związek przyczynowy między zmianą stosunków a groźbą rażącej straty po stronie przyjmującego zamówienie. Artykuł 632 § 2 k.c. stanowi *lex specialis* wobec art. 357<sup>1</sup> k.c. zawierającego tzw. dużą klauzulę rebus sic stantibus (wyrok SN z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11). Zamawiający w § 4 ust. 4 i 7 IPU przewidział dyrektywy dotyczące sposobu obliczania wynagrodzenia za dodatkowy lub zamienny zakres prac, co w ocenie Zamawiającego jest niezbędne, aby w przyszłości dokonać ewentualnych zmian w zakresie wynagrodzenia.

Zamawiający zaznaczył, że nie dokona modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym kar umownych. Jak już Zamawiający kilkakrotnie podkreślał, przedmiotowe zamówienie realizowane jest w ramach projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, zgodnie z umową o dofinansowanie Zamawiający zobowiązany jest w określonym terminie zrealizować zamówienie oraz je

rozliczyć. Zgodnie z zasadami obowiązującymi w dofinansowaniach, rozliczenie umowy stanowi opłacenie faktury. Opóźnienie wykonawcy w realizacji zamówienia bez względu na fakt czy było opóźnieniem kwalifikowanym czy zwykłym, może pociągnąć za sobą daleko idące dla Zamawiającego konsekwencje, to jest zwrot dofinansowania wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych. Ponieważ wyposażenie przestrzeni udostępnianych zwiedzającym stanowi jeden ze wskaźników określonych we wniosku o dofinansowanie Zamawiający, w przypadku jego niezrealizowania zmuszony będzie zwrócić całe dofinansowanie (nawet za prawidłowo wykonane i rozliczone działania w projekcie) wraz z odsetkami, co daje łączną kwotę około 3 254 062,80 złotych. Powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku — I Wydział Cywilny z dnia 18 maja 2017 roku, sygn. akt: I ACa 1049/16), wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - V Wydział Cywilny z dnia 17 maja 2016 r. sygn. akt: VI ACa 611/15. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wskazał, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne są ustalone w sposób uwzględniający charakter i negatywny zakres skutków błędów wykonawcy oraz ich wpływ na sytuację Zamawiającego, jako beneficjenta dofinansowania. Ponadto zwrócił uwagę na fakt, iż w postanowieniach dotyczących kar umownych Zamawiający dopuścił wyłącznie możliwość kumulowania kar umownych za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, nie wprowadził kumulacji kar umownych na wypadek niewykonania i nienależytego wykonania umowy.

Zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na modyfikację treści § 7 ust. 2 pkt. 4, 5 7 ust. 2 pkt, 5, § 7 ust. 3 oraz § 7 ust. 7 pkt. 2 IPU. Zamawiający zgodnie z postanowieniami IPU wymaga przedłożenia w terminie 7 dni harmonogramu rzeczowo-finansowego, który przesyłany jest do jednostki wdrażającej celem jego zweryfikowania. Dla Zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi podstawę do rozliczeń, ale także do wykonania analizy ryzyka na każdym etapie realizacji zamówienia. Dlatego też jest dla Zamawiającego dokumentem bardzo istotnym, który pozwala na bieżący nadzór nad prawidłowością oraz terminowością realizacji zamówienia. Zamawiający przewiduje możliwość odstąpienia od umowy w przypadku nienależyte przygotowanego harmonogramu, ponieważ ma on dla Zamawiającego duże znaczenie. Zamawiający nie wyraził również zgody na zmiany w zakresie § 7 ust. 7 pkt 2 IPU. Zgodnie z poglądem prezentowanym w orzecznictwie sądów powszechnych: „Nie budzi wątpliwości dopuszczalność uzgodnienia w umowie przesłanek i skutków wykonania prawa odstąpienia w przypadku opóźnienia z rozpoczęciem lub ukończeniem dzieła, co wynika z faktu, że przepis art. 635 k.c. ma charakter dyspozytywny.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 10 lipca 2017 roku, sygn. akt: V ACa 373/17). Zamawiający wskazał na dyspozycje art. 494 § 1 kodeksu cywilnego „Strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie

wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania” Zgodnie z poglądem doktryny: „Odstąpienie od umowy, przewidziane w przepisach art. 491 492 493 i 495 jest jednostronnym, skierowanym do adresata, oświadczeniem woli o charakterze prawo kształtującym (wyrok SN z 2 kwietnia 2008 r., III CSK 323/07). W następstwie jego złożenia, według wypowiedzianego w orzecznictwie poglądu, stosunek prawny wygasa (a wraz z nim stosunki akcesoryjne) od momentu zawarcia umowy — ex tunc. Słusznie jednak w doktrynie zauważa się, że brak jest podstaw dla utożsamiania skutków skorzystania z ustawowego i umownego prawa odstąpienia od umowy. W tym pierwszym przypadku przepis art. 395 k.c. nakazuje przyjąć, że umowę uważa się za niezawartą. O takim skutku przepis art. 494 się nie wypowiada, gdy na podstawie ustawy strona odstępuje od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Wskazuje się więc, że wówczas zobowiązanie zachowuje swoją prawną relewantność, a wierzycielowi przysługuje m.in. prawo do żądania naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem zobowiązania.

Zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację postanowień § 8 ust. 5 i 6 IPU. Zamawiający poinformował, że Muzeum Woli jest otwarte dla publiczności 6 dni w tygodniu w tym w soboty i niedziele oraz w święta. W związku z czym ograniczenie czasu reakcji wyłącznie do dni roboczych, powoduje, że Muzeum Woli może być w tym czasie niedostępne dla zwiedzających, co niesie za sobą szkody majątkowe dla Zamawiającego.

Zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację § 10 ust. 2 pkt. 1 IPU. Podniósł, że wskazane przez Wykonawcę przesłanki, w ocenie Zamawiającego obejmuje treść § 10 ust. 2 ust. 1 IPU, z literalnego brzmienia postanowienia jednoznacznie wynika, że katalog przypadków wskazanych w § 10 ust. 2 pkt. 1 IPU nie jest katalogiem zamkniętym, co powoduje, że w sytuacji, gdy zmiana terminu będzie miała obiektywne merytoryczne uzasadnienie w zaistniałym stanie faktycznym, Zamawiający będzie miał prawo do skorzystania z przestanki do zmiany treści postanowień umowy.

Zamawiający nie wyraził zgody na usunięcie postanowień rozdziału 11 ust. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacja zawarta w rozdziale 11 ust. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdza zaistnienie okoliczności faktycznych i prawnych. W związku z czym Zamawiający nie widzi podstaw do wykreślenia tej informacji.



**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób sformułowania treści SIWZ przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący wycofał część zarzutów (żądań) odwołania: zarzut nr 2 oraz zarzut nr 3 lit. d, e i r, dlatego też Izba nie rozpatrywała zarzutów w tym zakresie. Izba poddała pozostałe zarzuty zawarte w złożonym odwołaniu pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie oraz złożone dowody stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 ustawy pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił Odwołujący, co też Izba uczyniła w zakresie części żądań zawartych w odwołaniu.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, pytania i odpowiedzi do SIWZ oraz zmiany SIWZ, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Izba dopuściła również dowody przedstawione na rozprawie przez Odwołującego.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Zarzut 1 naruszenia art. 22 ust. 1a i art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp - poprzez sformułowanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy (rozdział 5 ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ oraz punkt III.1.3 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu) oraz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (rozdział 5 ust. 1 pkt. 2 lit. c) SIWZ oraz punkt III.1.3 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a tym samym naruszający uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 2 pkt 1 i 2 SIWZ: *1. Przedmiotem zamówienia jest dostosowanie i wyposażenie powierzchni udostępnianych zwiedzającym – dostawa i montaż elementów wystawy i przestrzeni uzupełniających udostępnianych zwiedzającym w Muzeum Woli przy ulicy Srebrnej 12 w Warszawie. Przedmiot zamówienia nie obejmuje oświetlenia obiektu. Zamawiający wyraża zgodę na zwiększenie masy ścian SP i EP o nie więcej niż 30% masy wskazanej w projekcie. 2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik numer 1 do SIWZ.*

Zamawiający w treści dokumentacji projektowej dopuścił zastosowanie równoważnych wyrobów i urządzeń, a także rozwiązania równoważne dla materiałów, sprzętu i innych towarów.

W Rozdziale 5 SIWZ Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu (przy uwzględnieniu dokonanych modyfikacji SIWZ): *1. O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: 2) zdolności technicznych lub zawodowych: a) wykonawca dysponuje osobami, które posiadają następujące właściwości: b) jedną osobą posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika lub zastępcy kierownika projektu w co najmniej dwóch dostaw wraz z montażem wyposażenia wewnątrz oraz wyposażenia ekspozycyjnego w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury o wartości 500 000 złotych każda; c) wykonawca w okresie 3 lat przed upływem terminu*

*składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał:*

- i. jedną dostawę wraz z montażem w przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury lub innej przestrzeni, elementów mobilnych systemów wystawienniczych, złożonych z ekranów szklanych i pełnych o wartość realizacji nie mniejszej niż 500 000,00 złotych brutto, oraz*
- ii. jedną dostawę wraz z montażem elementów indywidualnego (nietypowego) wyposażenia wewnątrz, w przestrzeni muzealnej lub instytucji kultury o wartość realizacji nie mniejszej niż 300 000,00 złotych brutto. UWAGA: Zamawiający uzna, iż wykonawca spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w lit. b pkt. i.-ii. jeżeli wykonawca wykaże, iż zrealizował wskazane powyżej dostawy w ramach dwóch odrębnych umów.*

*Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

*W myśl art. 22 ust. 1a ustawy pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

*Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy pzp).*

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania

wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17). Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie w zakresie postawionego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej obejmującego, zarówno w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy jak i doświadczenia personelu wykonawcy, dostawy dla przestrzeni muzealnej lub przestrzeni instytucji kultury nie zostało wykazane, że taka równowaga została zachwiana. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Odwołującym, który powinien przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący żądając wykreślenia z treści warunków udziału w postępowaniu realizacji na rzecz konkretnych podmiotów argumentował, że podobne zamówienia o zbliżonym stopniu skomplikowania mogą być wykonywane dla innych zamawiających niż muzeum czy instytucje kultury. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Izba mając na względzie specyfikę przedmiotowego zamówienia, jakim jest dostawa mebli niestandardowych, podlegających szczególnym rygorom, przeznaczonych do przechowywania eksponatów w odpowiednich warunkach uznała, że Zamawiający był uprawniony do takiego sformułowania minimalnych poziomów zdolności. Zamawiający dopuścił w dokumentacji projektowej możliwość zastosowania rozwiązań, wyrobów i materiałów równoważnych, dlatego też wiedza i doświadczenie zarówno samego wykonawcy jak i osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia ma niebagatelne znaczenie dla prawidłowości i zgodności z wymogami Zamawiającego dostarczanego wyposażenia wewnątrz. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż przedmiotowe zamówienie jest ściśle powiązane z miejscem jego wykonania. Ograniczenie warunku udziału w postępowaniu do przestrzeni muzealnych lub instytucji kultury znajduje uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego i odpowiada celowi, jakim jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia bez wyrządzenia choćby nieumyślnej szkody w zbiorach muzealnych. Co więcej, z dowodu przedstawionego przez Odwołującego złożonego w odniesieniu do zarzutu dotyczącego kar umownych, a przedstawiającego podobne zamówienia, o zbliżonej wartości dla obiektów muzealnych na przestrzeni ostatnich dwóch lat można wywieść, iż krąg wykonawców zdolnych wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego nie jest ograniczony. W tym świetle żądanie Odwołującego wydaje się być wyłącznie działaniem mającym na celu obniżenie warunku do posiadanego przez niego poziomu zdolności, a nie dążeniem do zachowania przez Zamawiającego w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Na marginesie Izba wskazuje na dyspozycję art. 22a ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu może polegać na zdolności technicznej lub zawodowej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, co

stanowi alternatywę dla wykonawców niespełniających postawionego warunku samodzielnie. Co więcej, art. 23 ustawy pzp umożliwia wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w zakresie rozdziału 5 pkt 2 lit. c) i. wskazać należy, że warunek ten został zmodyfikowany przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem Odwołującego w odpowiedzi na pytanie innego wykonawcy do treści SIWZ. Izba przyjęła argumentację Zamawiającego, że warunek ten dotyczy ścian mobilnych, które nie będą wykorzystywane do przechowywania dzieł, dlatego też Zamawiający obniżył warunek dopuszczając również wykonanie elementów mobilnych ścian wystawienniczych w innych przestrzeniach, co w ocenie Izby jest działaniem racjonalnym i logicznym.

Przechodząc do zarzutów dotyczących istotnych postanowień umowy (IPU) naruszenia art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, na wstępie zaznaczyć należy, że w reżimie zamówień publicznych Zamawiający kształtując prawa i obowiązki stron stosunku obligacyjnego znajduje się w uprzywilejowanej pozycji, które to uprzywilejowanie wynika chociażby z okoliczności, że przepisy ustawy pzp uniemożliwiają Zamawiającemu swobodny wybór kontrahenta. Tym samym Zamawiający uprawniony jest do takiego sformułowania warunków przyszłej umowy, które pozwoli jak najskuteczniej zabezpieczyć jego interesy. Swoboda Zamawiającego nie jest jednak nieograniczona. Rozważając zasadność zarzutów w odniesieniu do postanowień umowy należy mieć na względzie czy nie naruszają one przepisów prawa, w tym zasady proporcjonalności ale również czy nie stanowią wyłącznie próby wynegocjowania korzystniejszych dla wykonawcy warunków umownych niezajdujących uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Zarzut 3 a) zaniechanie wprowadzenia w istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) terminu, w jakim projektanci sprawujący nadzór autorski działający na zlecenie Zamawiającego, o których mowa w § 1 ust. 4 i 5 IPU, będą zobowiązani udzielić Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii w ramach nadzoru autorskiego.

Zarzut 3 b) zaniechanie wprowadzenia w IPU terminu, w jakim Zamawiający będzie zobowiązany udzielić Wykonawcy zaleceń, o których mowa w § 2 ust. 2 i 9 IPU.

Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W § 1 ust. 4 i 5 IPU wskazano: 4. Szczegółowy zakres przedmiotu Umowy stanowi dokumentacja projektowa wykonana przez COMPONO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie. 5. Wykonawca oświadcza, iż przyjmuje do wiadomości, iż projektanci wskazani w ust. 4 powyżej oraz inne osoby wskazane przez Zamawiającego, będą pełniły nadzór autorski w czasie realizacji przedmiotu Umowy. Zmiana osób wskazanych w zdaniu poprzedzającym nie stanowi zmiany Umowy. Zamawiającemu przysługuje prawo do wskazania innych osób, które będą pełniły nadzór autorski.

Modyfikacją treści SIWZ z dnia 14 sierpnia 2018 r. Zamawiający dodał postanowienie § 6 ust. 8 IPU, zgodnie z którym Strony zgodnie postanawiają, że w przypadku wniosków lub pytań Wykonawcy dotyczących sposobu realizacji przedmiotu Umowy, Zamawiający lub nadzór autorski udzieli odpowiedzi na pytania i wnioski Wykonawcy w terminie 7 dni od dnia ich doręczenia za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Ponadto ustalono, że w § 6 ust. 3 i 4 IPU wskazano: 3. Spotkania zespołu, o którym mowa w ust. 1 powyżej odbywać się będą w każdą/ każdy \_\_\_\_\_ od \_\_\_\_\_. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić udział co najmniej jednego koordynatora w spotkaniach zespołu. 4. Celem spotkań koordynacyjnych zespołu jest bieżący nadzór nad prawidłowością i terminowością wykonywania przedmiotu Umowy.

Zgodnie z § 2 ust. 2 IPU: Wykonawca zobowiązuje się do stosowania wszelkich zaleceń przekazanych przez Zamawiającego, w szczególności: 1) Kierownika Działu Organizacji Wystaw i Wydarzeń oraz innych osób wyznaczonych przez Zamawiającego; 2) inspektorów nadzoru inwestorskiego; jeżeli zostaną oni powołani.

W myśl § 2 ust. 9 IPU po modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 14 sierpnia 2018 r.: Wykonawca zobowiązuje się do uzgadniania z Zamawiającym wszelkich spraw dotyczących realizacji przedmiotu Umowy. Zamawiający przedstawi swoje stanowisko do zaproponowanych przez Wykonawcę rozwiązań w terminie 7 dni od dnia ich doręczenia za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Oceniając zasadność podniesionych zarzutów Izba miała na względzie modyfikację treści SIWZ dokonaną przez Zamawiającego, którą Zamawiający wprowadził terminy na przedstawianie stanowiska w zakresie realizacji umowy. Zdaniem Izby wprowadzone zmiany eliminują ryzyko opóźnień, na które powoływał się Odwołujący, a termin 7 dni kalendarzowych uwzględnia uzasadnione potrzeby Zamawiającego i jego organizację pracy. Nie zostały w tym zakresie naruszone przepisy prawa. Ponadto, jak Zamawiający zaznaczył na rozprawie w umowie zostały przewidziane spotkania koordynacyjne mające właśnie na celu uzgadnianie

i wyjaśnianie bieżących wątpliwości mających wpływ na wykonanie zamówienia. Argumentację dotyczącą obaw o brak współdziałania ze strony Zamawiającego należy uznać za nieuzasadnioną biorąc pod uwagę cel, jakim jest dla Zamawiającego prawidłowa realizacja zamówienia.

Zarzut 3 c) wprowadzenie w § 2 ust. 11 IPU wymagania, aby Wykonawca wykonał zamówienie w taki sposób, aby Zamawiający nie utracił gwarancji na wcześniej wykonane i odebrane prace, bez precyzyjnego określenia w SIWZ sposobów wykonania przedmiotu zamówienia, które umożliwiałyby zachowanie takiego wymagania.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W § 2 ust. 11 IPU Zamawiający wskazał: *Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot Umowy w taki sposób, aby Zamawiający nie utracił gwarancji na wcześniej wykonane i odebrane prace. Instrukcja użytkowanie obiektu stanowi załącznik do umowy.*

*Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.*

*Ponadto, dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi (art. 473 § 1 k.c.).*

W ocenie Izby poprzez wskazane powyżej postanowienie umowne Zamawiający nie naruszył ustawy pzp i kodeksu cywilnego. Takie określenie odpowiedzialności wykonawcy jest uprawione w świetle dyspozycji art. 473 § 1 k.c. Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego wskazał dokument, z którego wynikają warunki gwarancyjne, mianowicie Instrukcję użytkowania obiektu. Postanowienia takie stanowią zabezpieczenie przed utratą gwarancji spowodowaną działaniem wykonawcy w sytuacji, gdy przy realizacji przedmiotowego zamówienia konieczna jest ingerencja w strukturę obiektu, co jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym biorąc pod uwagę, iż Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych wydatkującą środki publiczne.

Zarzut 3 f) zaniechanie wprowadzenia w § 3 ust. 6 IPU zasady, że za datę zakończenia czynności wchodzących w zakres przedmiotu umowy przyjmować będzie się datę powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru końcowego także

w przypadku, gdy w toku odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne, nie uniemożliwiające korzystania z przedmiotu zamówienia, a następnie wady te zostaną przez Wykonawcę usunięte w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, nie krótszym jednak niż 14 dni.

Zarzut 3 g) wprowadzenie w § 3 ust. 8 pkt 1 IPU w razie stwierdzenia przy odbiorze końcowym wad nadających się do usunięcia uprawnia Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego do czasu usunięcia wad, co stanowi naruszenie art. 643 k.c.

Izba uznała, że zarzuty zasługują na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 3 ust. 6 IPU: *Za datę zakończenia czynności wchodzących w zakres przedmiotu Umowy przyjmuje się datę ostatecznego powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru końcowego, jeżeli czynności wchodzące w zakres przedmiotu Umowy zostaną odebrane przez Zamawiającego.*

W myśl § 3 ust. 8 IPU: *Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru końcowego do czasu usunięcia wad; przy czym jeżeli Wykonawca nie usunie wad w wyznaczonym terminie Zamawiający może powierzyć usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy albo żądać stosownego odszkodowania 2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia i: a. jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie; b. jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od Umowy lub żądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi.*

Zgodnie z § 3 ust. 9 i 10 IPU: *9. Strony postanawiają, że z czynności odbioru końcowego zostanie sporządzony protokół, zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych przy odbiorze wad. 10. Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad przedmiotu Umowy. Usunięcie wad zostanie potwierdzone w protokole odbioru końcowego.*

Zgodnie z art. 643 k.c. *Zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem.*

Na wstępie rozważań w zakresie podniesionego zarzutu rozstrzygnąć należało kiedy Zamawiający jest zobowiązany odebrać dzieło, a także czy Zamawiający może odmówić odbioru dzieła z wadami. Zaznaczenia wymaga, że zgodnie ze stanowiskiem dominującym



w judykaturze oddanie przez przyjmującego zamówienie dzieła z wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru dzieła, a tym samym wynagrodzenie nie staje się wymagalne (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: III CZP 8/15). W sytuacjach, w których dzieło wykazuje jedynie wadę nieistotną, jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, natomiast zamawiający powinien wówczas skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi (Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r. sygn. akt: V CSK 544/12: *Tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem. W świetle powyższego Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że postanowienia umowy naruszają przepisy kodeksu cywilnego w części w jakiej Zamawiający byłby uprawniony do odmowy odbioru końcowego nawet jeśli dzieło posiada wady nieistotne. Niemniej jednak postanowienia § 3 ust. 9 IPU stanowią o czynnościach odbioru końcowego i ustaleniu terminu na usunięcie wad. Mając na względzie powyższe Izba nakazała modyfikację postanowień § 3 ust. 6 i 8 IPU. Jednocześnie Izba nie będąc związana żądaniami odwołania orzekła inaczej niż w zgłoszonym żądaniu nie uwzględniając terminu 14 dni na usunięcie wad, uznając że termin ten każdorazowo winien być ustalany przez Strony w zależności od stopnia i charakteru wad nieistotnych, nadających się do usunięcia.*

Zarzut 3 h) wprowadzenie w § 3 ust. 13 IPU zasady, zgodnie z którą termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia ma biec od protokolarnego potwierdzenia usterek stwierdzonych podczas odbioru pogwarancyjnego, co jest niezgodne z art. 151 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie w jakim zwrot 70% wartości zabezpieczenia powinien nastąpić nie później niż do 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane, przez co należy rozumieć dokonanie odbioru końcowego, oraz art. 151 ust. 2 i 3 ustawy pzp w zakresie, w jakim zwrot 30% kwoty zabezpieczenia powinien nastąpić nie później niż do 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady, a ta w SIWZ nie została wydłużona i wynosi 24 miesiące.

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 3 ust. 13 IPU: *Po protokolarnym potwierdzeniu usunięcia wad lub usterek stwierdzonych podczas odbioru pogwarancyjnego i upływie okresu gwarancji lub rękojmi, rozpoczyna swój bieg termin na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu Umowy.*

Zgodnie z § 3 ust. 11 IPU: *Zamawiający wyznacza datę pogwarancyjnego odbioru przedmiotu Umowy przed upływem terminu gwarancji oraz datę odbioru przedmiotu Umowy przed upływem okresu rękojmi. Zamawiający powiadomi o tych terminach Wykonawcę za pośrednictwem poczty elektronicznej na co najmniej 5 dni roboczych przed planowanym terminem odbioru pogwarancyjnego.*

W myśl § 11 ust. 5 IPU: *Zamawiający zwraca zabezpieczenie należytego wykonania przedmiotu Umowy: 1) 70% w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane; 2) 30% nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady.*

Zgodnie z rozdziałem 13 pkt 3 SIWZ Zamawiający przewidział okres gwarancji, jako jedno z kryteriów oceny ofert: 3. *Punktacja w kryterium „Okres Gwarancji” zostanie wyliczona w następujący sposób (maksymalna liczba punktów: 20): Wykonawca, który zaoferuje termin gwarancji równy lub dłuższy niż 72 miesiące, otrzyma 20 punktów; Wykonawca, który zaoferuje termin gwarancji równy lub dłuższy niż 61 miesięcy a równy lub krótszy niż 72 miesiące, otrzyma 10 punktów; Wykonawca, który zaoferuje termin gwarancji 60 miesięcy lub krótszy, otrzyma 10 punktów.*

Zgodnie z art. 151 ustawy pzp 1. *Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. 2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. 3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.*

W myśl art. 558. § 1 k.c. *Strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. [...]*

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie w zakresie w jakim postanowienia IPU pozostają w sprzeczności z treścią art. 151 ustawy pzp. Izba nie neguje, co podnosił Zamawiający, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi może zostać rozszerzona umową stron. Jednakże § 3 ust. 13 IPU uzależnia bieg terminu na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy również od upływu okresu gwarancji, która zgodnie z postanowieniami SIWZ stanowi kryterium oceny ofert. Okres gwarancji nie został sztywno ustalony i jest

uzależniony od złożonych ofert i zadeklarowanego w nich okresu gwarancji. W związku z powyższym nie jest przesądzone na obecnym etapie czy okres gwarancji będzie równy okresowi rękojmi i w tym zakresie § 3 ust. 13 pozostaje w sprzeczności z dyspozycją art. 151 ustawy pzp, który to wiąże zabezpieczenie należytego wykonania umowy z instytucją rękojmi za wady. Co więcej, Zamawiający nie określił w sposób precyzyjny okresu rękojmi. Dopiero na rozprawie Zamawiający wskazał, że wynosi ona 24 mies. i została w umowie wydłużona o termin niezbędny na usunięcie wad zgłoszonych w okresie rękojmi. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał na rozszerzenie okresu rękojmi o termin niezbędny na usunięcie wad zgłoszonych w okresie gwarancji. Ponadto, w § 3 ust. 11 IPU Zamawiający rozdziela odbiory na po upływie okresu gwarancji i po upływie okresu rękojmi, co oznacza że terminy te nie będą tożsame. Postanowienia § 3 ust. 13 IPU pozostają zatem nieprecyzyjne, niezgodne z treścią art. 151 ustawy pzp oraz utrudniają wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia należyte przygotowanie i wycenę oferty, dlatego też Izba nakazała ich modyfikację w sposób wyrażony w sentencji orzeczenia.

Zarzut 3 i) wprowadzenie w § 4 ust. 4 i 7 IPU wymogu, aby w uregulowanych w nich sytuacjach Wykonawca sporządzał kosztorysy wykonane metodą kalkulacji szczegółowej, która to metoda nie znajduje zastosowania przy kalkulacji cen dostaw objętych przedmiotem zamówienia i nie jest poparta uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 4 ust. 1 -7 IPU: *1. Za prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości brutto \_\_\_\_\_ złotych (słownie brutto złotych: \_\_\_\_\_/100), które obejmuje wszelkie koszty wykonania przedmiotu Umowy. 2. Rozliczanie czynności objętych przedmiotem Umowy będzie się odbywało fakturami częściowymi w cyklu zgodnym z Harmonogramem za wykonane i odebrane zakresy dostaw i prac. 3. W przypadku konieczności zaniechania wykonania części zakresu przedmiotu Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie odpowiednio zmniejszeniu. 4. Podstawą określenia wynagrodzenia za zaniechany zakres dostaw lub prac będzie protokół konieczności podpisany przez przedstawiciela Wykonawcy i przedstawiciela Zamawiającego oraz kosztorys sporządzony przez Wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej, zawierający pozycje dla dostaw lub prac zaniechanych z Harmonogramu. Kosztorys przedłożony przez Wykonawcę po uprzednim jego sprawdzeniu i zatwierdzeniu przez przedstawiciela*

*Zamawiającego, będzie stanowił podstawę zmiany wynagrodzenia w formie aneksu do Umowy. 5. W przypadku wystąpienia dostaw lub prac zamiennych, Wynagrodzenie będzie podlegało zmianie. 6. Podstawą określenia wynagrodzenia za dostawy lub prace zamienne będzie protokół konieczności podpisany przez przedstawiciela Wykonawcy i przedstawiciela Zamawiającego oraz kosztorys sporządzony przez Wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej, zawierający pozycje dla dostaw lub prac zaniechanych z Harmonogramu. 7. W przypadku, gdy powstanie konieczności wykonania przez Wykonawcę prac nieujętych w dokumentacji projektowej (prace dodatkowe), niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu Umowy, Wykonawca sporządzi kosztorys i przedstawi go Zamawiającemu do akceptacji. W przypadku zmiany wynagrodzenia na podstawie zaakceptowanego kosztorysu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana w formie aneksu do Umowy.*

W ocenie Izby postanowienia IPU objęte zarzutem nie naruszają powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a żądanie Odwołującego ma jedynie na celu wynegocjowanie korzystniejszych dla niego warunków umowy. Po pierwsze zaznaczenia wymaga, że Zamawiający wskazał, iż sporządzenie kosztorysu dotyczyć będzie wyłącznie pozycji dla dostaw lub prac zaniechanych z harmonogramu. Po drugie, Zamawiający uzasadnił że wymaganie to wynika z obowiązku składania wyjaśnień w odniesieniu do prac zamiennych do Instytucji Wdrażającej o każdej zmianie w harmonogramie również dotyczącej elementów pozycji harmonogramu i ich wartości, jako że zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Zaskarżone postanowienia umowy mogą stanowić jedynie pewną uciążliwość dla wykonawcy ale nie powodują niemożliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, czy złożenia oferty.

Kolejną grupę zarzutów stanowią zarzuty dotyczące kar umownych. Wskazać należy, że kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną

przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

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).*

Zarzut 3 j) wprowadzenie w § 5 ust. 2 IPU kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie względem terminów oznaczonych w § 3 ust. 1 Umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie, a nie za zwłokę, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego;
- obejmuje odpowiedzialność także za opóźnienie względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie (harmonogram rzeczowo - finansowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 IPU), co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych w przypadku każdego naruszenia, każdego ze szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie, nawet w przypadku gdy nie będzie to miało istotnego wpływu na realizację zamówienia, w szczególności nawet w razie dochowania końcowego terminu wykonania zamówienia określonego w § 3 ust. 1;

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie względem szczegółowych terminów wskazanych w harmonogramie (harmonogram rzeczowo - finansowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 IPU), którego wzór nie został przez Zamawiającego przedstawiony, co powoduje że Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez Zamawiającego zapłaty kary umownej, a po stronie Zamawiającego pozostawia arbitralność w nakładaniu sankcji na podstawie tego zapisu IPU;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 2% wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c. a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut 3 n) wprowadzenie w § 5 ust. 9 IPU kary umownej, która:

- wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku nieusunięcia usterek lub wad przedmiotu Umowy w terminach określonych w § 8 nie za zwłokę, lecz za opóźnienie, co powoduje, że Wykonawca ponosić będzie ryzyko zapłaty kar umownych nawet w sytuacjach, w których opóźnienie nie będzie wynikiem okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, a nawet będzie wynikiem okoliczności, które będą leżeć po stronie Zamawiającego;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar w wysokości do 1.000,00 złotych za każdy dzień opóźnienia; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba uznała, że zarzuty zasługują na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

*Zgodnie z § 5 ust. 2 IPU: W przypadku opóźnienia względem terminów oznaczonych w § 3 ust. 1 Umowy oraz względem szczegółowych terminów wskazanych w Harmonogramie, Zamawiający może żądać zapłaty kary umownej w wysokości do 2% wartości wynagrodzenia wskazanego w § 4 ust. 1 Umowy za każde rozpoczęte 24 godziny opóźnienia.*

*W myśl § 3 ust. 1 IPU: Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot Umowy w terminach wskazanych w harmonogramie rzeczowo – finansowym, ale nie później niż do 15 listopada 2018 roku.*

Zgodnie z § 5 ust. 9 IPU: *W przypadku nieusunięcia usterek lub wad przedmiotu Umowy w terminach określonych w § 8, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości do 1 000,00 złotych za każdy dzień opóźnienia.*

Ustalono, że zgodnie z § 8 ust. 5-7 IPU: *5. Wykonawca zobowiązany jest podjąć czynności zmierzające do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 8 godzin od dokonania zgłoszenia. 6. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 24 godzin od dokonania zgłoszenia. W przypadku wad niedających się usunąć w terminie wskazanym w zdaniu poprzedzającym, Strony ustalą właściwy termin. Na czas usunięcia wad, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić sprzęt zastępczy o parametrach nie gorszych od właściwego elementu składającego się na Wystawę. 7. W przypadku, gdy Wykonawca nie usunie zgłoszonych wad, w terminie określonym w ust. 6 powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo do usunięcia lub zlecenia usunięcia wad podmiotom trzecim na koszt i ryzyko Wykonawcy bez ryzyka utraty gwarancji na całość przedmiotu Umowy.*

Izba uwzględniła zarzut w zakresie w jakim wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana i nakazała ustalenie jej na poziomie do 0,5 % za każde 24 godz. opóźnienia, a więc do poziomu urzeczywistniającego faktyczną rolę kar umownych. Odwołujący wykazał, że w podobnych postępowaniach kary umowne są ustalane na takim bądź niższym poziomie. Zamawiający wskazywał co prawda na możliwość miarkowania tej kary z uwagi na wyrażenie „do” jednak Izba wzięła pod uwagę, że ewentualne obniżenie kary pozostaje w wyłącznym uznaniu Zamawiającego przy jednoczesnym braku kryteriów takiego obniżenia. W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że postawione zarzuty nie potwierdziły się. W odniesieniu do kar umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę Izba uznała dopuszczalność takich postanowień, jako wynikających ze szczególnej i usprawiedliwionej okolicznościami sprawy potrzeby zrealizowania zamówienia w określonym, możliwie najkrótszym terminie z uwagi na możliwość utraty dofinansowania. Zamawiający wskazał, że terminowość jest istotna z uwagi na konieczność rozliczenia dofinansowania do końca 2018 r. Na dzień rozprawy Zamawiający nie otrzymał decyzji o możliwości przesunięcia tego terminu. Ponadto Izba nie uwzględniła żądania usunięcia kary umownej za niedotrzymanie terminów cząstkowych wynikających z harmonogramu. Harmonogram prac ustala sam Wykonawca, tym bardziej mogą to być terminy uwzględniające jego potrzeby i możliwość indywidualnego wykonania przedmiotu zamówienia. Terminowość realizacji zamówienia ma znaczenie z uwagi na konieczność rozliczania poszczególnych etapów z Instytucją Wdrażającą w zgodności z harmonogramem. Zaznaczenia również wymaga, że przepisy kodeksu cywilnego o karze umownej mają charakter dyspozytywny, wobec czego brak jest przeszkód w ukształtowaniu

odpowiedzialności dłużnika w sposób odmienny od przewidzianego w przepisie art. 473 § 1 k.c. Jednocześnie za zasadne Izba uznała wyłączenie spod zakresu takiej odpowiedzialności przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Zamawiający wskazał również na rozprawie, że w takich okolicznościach będzie wydłużał termin realizacji zamówienia.

Zarzut 3 k) wprowadzenie w § 5 ust. 3 IPU kary umownej, która:

- wprowadza odpowiedzialność Wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom, pomimo iż ze względu na charakter przedmiotowego zamówienia (dostawy) Zamawiający nie jest obciążony solidarną odpowiedzialnością za wynagrodzenie podwykonawców (art. 647<sup>1</sup> k.c.), ani obowiązkiem bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (art. 143c ust. 1 ustawy pzp);

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 1% wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut 3 l) wprowadzenie w § 5 ust. 6 IPU kary umownej, która:

- wprowadza odpowiedzialność Wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku błędów w harmonogramie rzeczowo-finansowym lub projekcie warsztatowym, bez względu na charakter błędów oraz ich wpływ na realizację zamówienia;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 2.000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut 3 m) wprowadzenie w § 5 ust 8 IPU kary umownej, która:

- wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej przez Wykonawcę w przypadku spowodowania uszkodzenia obiektu lub jego wyposażenia, bez względu na przyczyny uszkodzenia, winę lub brak winy Wykonawcy, a nawet usunięcie ewentualnego uszkodzenia przez Wykonawcę;



- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar w wysokości do 5.000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut 3 o) wprowadzenie w § 5 ust. 10 IPU kary umownej, która:

- wprowadza obowiązek zapłaty kary umownej przez Wykonawcę w przypadku innego niż określone w § 5 ust. 2-9 IPU nienależytego wykonania Umowy, niezależnie od charakteru tego naruszenia, jego istotności i wpływu na realizację przedmiotu zamówienia, a także niezależnie od ewentualnego stopnia winy Wykonawcy lub braku winy Wykonawcy, co powoduje, że Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez Zamawiającego zapłaty kary umownej, a po stronie Zamawiającego pozostawia zupełną arbitralność w nakładaniu sankcji na podstawie tego zapisu IPU;

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar w wysokości do 1% wysokości wynagrodzenia określonego w § 4 ust 1 umowy odrębnie za każdy przypadek nienależytego wykonywania umowy; co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, a ponadto jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 5 ust. 3 IPU: *Zamawiający może żądać zapłaty kary umownej w wysokości do 1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom.*

Zgodnie z § 5 ust. 6 IPU: *W przypadku błędów w Harmonogramie lub projekcie warsztatowym wynikającym z braku staranności lub braku kontroli jakości, w szczególności omyłki rachunkowe, niekompletność dokumentacji lub niezgodność z przepisami prawa Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2 000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek.*

Zgodnie z § 5 ust. 8 IPU: *W przypadku spowodowania uszkodzenia obiektu lub jego wyposażenia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości do 5 000,00 złotych za każdy stwierdzony przypadek.*

Zgodnie z § 5 ust. 10 IPU: *W przypadku innego niż określone w ust. 2 -9 nienależytego wykonania Umowy, Zamawiający może żądać zapłaty kary umownej w wysokości do 1 % wartości wynagrodzenia wskazanego w § 4 ust. 1 Umowy, odrębnie za każdy przypadek nienależytego wykonywania Umowy.*

Podobnie jak w odniesieniu do poprzedniego zarzutu Izba zaznacza, że przepisy kodeksu cywilnego o karze umownej mają charakter dyspozytywny, wobec czego brak jest przeszkód w ukształtowaniu odpowiedzialności dłużnika w sposób odmienny od przewidzianego w przepisie art. 473 § 1 k.c. Zamawiający nie naruszył w tym zakresie przepisów prawa, a Odwołujący nie udowodnił że wysokość kar jest wygórowana. Izba wzięła również pod uwagę, że kary wskazane w przywołanych postanowieniach umowy to kary maksymalne, a Zamawiający w zależności od stopnia naruszenia może dokonać miarkowania kary. Izba wzięła pod uwagę argumentację Zamawiającego dotyczącą konieczności ochrony obiektu muzeum i jego wyposażenia, a także istotność dokumentu harmonogramu stanowiącego podstawę do rozliczenia dofinansowania.

Zarzut 3 p) wprowadzenie w § 5 ust. 11 IPU zasady, zgodnie z którą kary umowne określone w § 5 ust. 1 IPU i w § 5 ust 2-10 IPU podlegają kumulacji, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c. a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 5 ust. 11 IPU: *Kary umowne określone w ust. 2-10 podlegają kumulacji.*

Odwołujący oparł zarzut na twierdzeniu, że Zamawiający przewidział kumulację kar umownych z tytułu niewykonania zamówienia i nienależytej realizacji zamówienia, które nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach umowy. W ustępie od 2 do 10 w paragrafie 5 IPU zostały określone przypadki naliczenia kar umownych za nienależytą realizację, dlatego też zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut 3 q) zaniechanie wprowadzenia w § 5 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.

Zarzut 3 s) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 4 IPU uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku braku realizacji zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu, pomimo pisemnego wezwania do realizacji jego postanowień, bez ograniczenia prawa odstąpienia na tej podstawie wyłącznie do naruszeń harmonogramu o charakterze istotnym, mogącym wpływać na realizację całości przedmiotu zamówienia w terminie końcowym, określonym w § 3 ust. 1 umowy.

Zarzut 3 t) wprowadzenie w § 7 ust. 2 pkt 5 IPU uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku dwukrotnej odmowy akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowego przez Zamawiającego, bez ograniczenia prawa odstąpienia na tej podstawie wyłącznie do naruszeń umowy o charakterze istotnym, mogącym wpływać na realizację całości przedmiotu zamówienia w terminie końcowym, określonym w § 3 ust. 1 umowy, a także pomimo braku ustalenia w SIWZ oczekiwanego wzoru takiego harmonogramu, ustalającego co najmniej układ i zakres żądanych informacji oraz źródła finansowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, co powoduje, że Wykonawca nie wie, jakie dokładnie naruszenie postanowień umowy skutkować będzie możliwością odstąpienia przez Zamawiającego od umowy na tej podstawie, a po stronie Zamawiającego pozostawia arbitralność w nakładaniu sankcji na podstawie tego zapisu IPU.

Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 4 IPU: *Zamawiający może odstąpić od umowy, gdy Wykonawca: nie realizuje zaakceptowanego przez Zamawiającego Harmonogramu, pomimo pisemnego wezwania do realizacji jego postanowień.*

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 5 IPU: *Zamawiający może odstąpić od umowy, gdy Zamawiający dwukrotnie odmówi akceptacji dla Harmonogramu.*

Zastrzeżenie prawa odstąpienia od umowy należy do uprawnień Zamawiającego ustalającego warunki przyszłej umowy. Zamawiający wskazał na istotność harmonogramu, według którego będzie dokonywał rozliczeń z Instytucją Wdrażającą. Jednocześnie trudno przyjąć, aby Zamawiający dążył do rozwiązania umowy i przekreślenia jej celu z powodów błahych i nieuzasadnionych. Izba zwraca również uwagę na modyfikację SIWZ i dołączenie przez Zamawiającego wzoru harmonogramu, co ograniczy możliwość odstąpienia od umowy wyłącznie do przypadków rażących naruszeń po stronie wykonawcy.

Zarzut 3 u) wprowadzenie w § 7 ust. 3 IPU zastrzeżenia, zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na tej podstawie Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie, co stoi w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami art 494 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., które w takim przypadku dają Wykonawcy uprawnienie do żądania od Zamawiającego zwrotu wszystkich zrealizowanych na mocy umowy świadczeń lub zwrotu ich wartości.

Zarzut 3 v) wprowadzenie w § 7 ust. 7 pkt 2 IPU zastrzeżenia, zgodnie z którym w razie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej i odebranej przez Zamawiającego bez zastrzeżeń części umowy, co stoi w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami art. 494 § 1 k.c. w zw. z art. 405 k.c., które w takim przypadku dają Wykonawcy uprawnienie do żądania od Zamawiającego zwrotu wszystkich zrealizowanych na mocy umowy świadczeń lub zwrotu ich wartości.

Izba uznała, że zarzuty zasługują na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 7 ust. 3 IPU: *Zamawiający może odstąpić od Umowy w razie wypełniania przez Wykonawcę postanowień Umowy w sposób niezgodny z jej postanowieniami, po uprzednim*

*pisemnym wezwaniu do jej prawidłowego wykonywania. W przypadku, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie.*

*W myśl § 7 ust. 7 pkt 2 IPU: W wypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego: Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej i odebranej przez Zamawiającego bez zastrzeżeń części Umowy.*

W ocenie Izby nie jest dopuszczalne uregulowanie zapisów umowy uniemożliwiających uzyskanie przez wykonawcę wynagrodzenia za spełnione świadczenie w przypadku odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 494 § 1 k.c. *Strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.* Izba uznała, że Zamawiający naruszył w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego, dlatego też nakazała wykreślenie postanowień umowy zgodnie z żądaniem Odwołującego, co również umożliwi ocenę ryzyka i wycenę oferty.

Zarzut w) wprowadzenie w § 8 ust. 5 i 6 IPU wymagań, aby Wykonawca był zobowiązany podjąć czynności zmierzające do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 8 godzin od dokonania zgłoszenia oraz do usunięcia wady w terminie 24 godzin od dokonania zgłoszenia, które to terminy nie uwzględniają istotności wad i ich wpływu na korzystanie z przedmiotu zamówienia, rynkowych standardów w zakresie realizacji świadczeń gwarancyjnych, a także okoliczności zależnych od Zamawiającego, takich jak umożliwienie Wykonawcy dostępu do przedmiotu zamówienia w czasie umożliwiających wykonanie tych obowiązków.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z § 8 ust. 5 i 6 IPU: *5. Wykonawca zobowiązany jest podjąć czynności zmierzające do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 8 godzin od dokonania zgłoszenia. 6. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 24 godzin od dokonania zgłoszenia. W przypadku wad niedających się usunąć w terminie wskazanym w zdaniu poprzedzającym, Strony ustalą właściwy termin. Na czas usunięcia wad, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić sprzęt zastępczy o parametrach nie gorszych od właściwego elementu składającego się na Wystawę.*

Odwołujący oparł zarzut na twierdzeniu, że terminy nie uwzględniają istotności wad. Sytuacja taka została jednak przewidziana. Jeśli wady nie da się usunąć w terminie 24 godzin to Strony określą właściwy termin. Izba nie doszukała się naruszenia przepisów w tym zakresie. Zamawiający ma uprawnienie w kształtowaniu warunków przyszłej umowy w sposób, który zabezpieczy jego uzasadnione interesy. Zamawiający wskazał, że musi zapewnić dostępność muzeum dla odwiedzających w jak najszerszym zakresie.

Zarzut 3 x) zaniechanie wprowadzenia w § 10 ust. 2 pkt 1 IPU w wyszczególnieniu przyczyn uzasadniających możliwość wydłużenia terminu końcowego realizacji umowy okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający takich, jak;

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy wyjaśnień, wytycznych i opinii przez projektantów sprawujących nadzór autorski (§ 1 ust. 4 i 5 IPU) tj. przekazanie Wykonawcy takich wyjaśnień, wytycznych i opinii później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej;

- opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy zaleceń Zamawiającego (§ 2 ust. 2 i 9 IPU) tj. przekazanie ich Wykonawcy później niż do 2 dni od dnia przekazania projektantom wniosku o ich wydanie lub przekazanie ich w postaci niekonkretnej lub niewyczerpującej; pomimo, iż opóźnienie w przekazaniu Wykonawcy konkretnych i wyczerpujących wyjaśnień, wytycznych i opinii projektantów sprawujących nadzór autorski lub konkretnych i wyczerpujących zaleceń Zamawiającego stanowi niewątpliwie leżące po stronie Zamawiającego naruszenie zasad współdziałania wierzyciela przy wykonaniu zamówienia, które wynikają z art. 354 § 2 k.c. i art. 640 k.c.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl § 10 ust. 2 pkt 1 IPU: *Strony mają prawo do przedłużenia terminu realizacji przedmiotu Umowy o okres trwania przyczyn, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia realizacji przedmiotu Umowy, w następujących sytuacjach: 1) jeżeli przyczyny, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia realizacji przedmiotu Umowy będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności będą następstwem nieterminowego przekazania terenu budowy, konieczności zmian dokumentacji projektowej w zakresie, w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia realizacji przedmiotu Umowy.*

W § 2 ust. 2 i 9 IPU stanowią: 2. Wykonawca zobowiązuje się do stosowania wszelkich zaleceń przekazanych przez Zamawiającego, w szczególności: 1) Kierownika Działu Organizacji Wystaw i Wydarzeń oraz innych osób wyznaczonych przez Zamawiającego; 2) inspektorów nadzoru inwestorskiego; jeżeli zostaną oni powołani. 9. Wykonawca zobowiązuje się do uzgadniania z Zamawiającym wszelkich spraw dotyczących realizacji przedmiotu Umowy.

Paragraf 1 ust. 4 i 5 IPU stanowią: 4. Szczegółowy zakres przedmiotu Umowy stanowi dokumentacja projektowa wykonana przez COMPONO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie. 5. Wykonawca oświadcza, iż przyjmuje do wiadomości, iż projektanci wskazani w ust. 4 powyżej oraz inne osoby wskazane przez Zamawiającego, będą pełniły nadzór autorski w czasie realizacji przedmiotu Umowy. Zmiana osób wskazanych w zdaniu poprzedzającym nie stanowi zmiany Umowy. Zamawiającemu przysługuje prawo do wskazania innych osób, które będą pełniły nadzór autorski.

Izba nie doszukała się w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy. Ponadto określono przesłanki wydłużenia terminu jako następujące z przyczyn dotyczących Zamawiającego, z użyciem określenia „w szczególności”. Odwołujący formułując przedmiotowe zarzuty dąży jedynie do wynegocjowania korzystnych dla niego postanowień umowy.

#### Zarzut 4

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 11 pkt 5 SIWZ: 5. Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 43 ust. 2b pkt. 2) Ustawy skrócił termin składania ofert do 15 dni. Projekt zakłada wyposażenie przestrzeni muzeum w elementy i zabudowy, w dużej części projektowane jako nietypowe. Zamawiający z winy wykonawcy odstąpił od umowy na dostosowanie i wyposażenie powierzchni udostępnianych zwiedzającym – dostawa i montaż elementów wystawy, co jest okolicznością niemożliwą do przewidzenia. Realizacja zadania, polegającego na wykonaniu i montażu elementów zabudowy ekspozycyjnej oraz wyposażenia wnętrz, wg indywidualnych projektów- wymaga odpowiedniego czasu realizacji, niezbędnego do osiągnięcia zakładanej w projekcie jakości i funkcjonalności elementów wyposażenia. Wykonanie systemów wystawienniczych, łączy się z zamawianiem i oczekiwaniem na realizację elementów stanowiących składowe całości. W ciągu produkcyjnym realizacji systemów, zamówienie pewnych podzespołów może nastąpić dopiero po wykonaniu elementów bazowych, co wydłuża znacznie całkowity czas procesu produkcji. Zabudowy stałe, projektowane

*w pomieszczeniach kawiarni, holu wejściowego, lobby, pomieszczeniu wielofunkcyjnym, edukacyjnym oraz szatni – projektowane są z materiałów (elementy lakierowane, fornirowane oraz wykończone konglomeratem akrylowym) których obróbka i wykończenie ze względu na technologię, wymaga dłuższego czasu realizacji. Mając na uwadze powyższe uzasadnione jest skrócenie okresu na składanie ofert na rzecz okresu realizacji. Wydłużenie czasu realizacji zadania może mieć w ocenie Zamawiającego wpływ na zwiększenie konkurencyjności i zwiększenie liczby potencjalnych wykonawców.*

W pkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ do SIWZ określono: *Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym z istotnymi postanowieniami umowy) oraz zdobyliśmy wszelkie informacje konieczne do przygotowania oferty i przyjmujemy warunki określone w SIWZ.*

W Rozdziale 6 pkt 8 i 9 SIWZ Zamawiający wskazał: *8. Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczeń lub dokumentów wskazanych w ust. 10 (w zakresie w jakim polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów) i 11 poniżej. 9. Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podwykonawcy wymienionych w ust. 11 poniżej, dotyczących podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a Ustawy.*

W Rozdziale 5 pkt 3 SIWZ Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy pzp. Zgodnie z Rozdziałem 6 pkt 11 SIWZ Zamawiający żąda dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia również z art. 24 ust. 5 ustawy pzp.

Zgodnie z Rozdziałem 6 pkt 5 i 6 SIWZ: *5. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty JEDZ dotyczące tych podmiotów. 6. Zamawiający żąda, aby wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składa JEDZ.*

Artykuł 43 ust. 2b pkt 2 ustawy pzp stanowi, że *Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 2, nie krótszy jednak niż 15 dni,*



*w następujących przypadkach: jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.*

Izba nie doszukała się naruszenia przepisów ustawy pzp w sposób wskazany przez Odwołującego. Zaznaczyć należy że to po stronie Zamawiającego leży uzasadnienie pilnej potrzeby i skrócenia terminu składania ofert. Jednocześnie postanowienia SIWZ nie stanowią w tym zakresie wymagań dotyczących Wykonawców, a zatem uzasadnienie to nie jest objęte oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym, na które powołuje się Odwołujący. Na tym etapie - odwołania od postanowień SIWZ, kwestie dotyczące ewentualnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, przyczyn odstąpienia od umowy, nie mogą być przedmiotem oceny Izby. Dlatego też Izba uznała dowody złożone w tym zakresie przez Odwołującego jako niemające znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie oraz koszty dojazdu w wysokości wynikającej z przedstawionych biletów kolejowych w wysokości uwzględniającej przejazd w obie strony.

**Przewodniczący:** .....