

WYROK

z dnia 10 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę **TRONUS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez sformułowanie treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także dyskryminacyjny i nieprzydatny dla potrzeb oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 pkt 1, a także art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1145 ze zm.) poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, na skutek nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TRONUS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **TRONUS POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż mebli biurowych do siedziby tymczasowej Centrali BGK.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 listopada 2019 roku wykonawca TRONUS POLSKA sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także dyskryminacyjny i nieprzydatny dla potrzeb oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia;
- 2) art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. oraz § 13 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: rozporządzenie) w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie w treści s.i.w.z. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wymogu posiadania przez towary (w zakresie określonym w opisie dokumentacji projektowej) certyfikatów potwierdzających zgodność z normami, świadectw jakości, deklaracji zgodności, atestów higienicznych i innych atestów, bez przewidzenia możliwości potwierdzenia posiadania przez oferowany towar takich cech przez inne, równorzędne środki dowodowe;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 pkt 1, a także art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ K.c. poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, na skutek nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a polegającego na nieokreśleniu w s.i.w.z. uprawnień wykonawców w przypadku niedotrzymania przez zamawiającego w całym okresie trwania umowy realizacji zamówienia w pełnym zakresie określonym w pkt I ppkt 2 OPZ (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) gwarantowanego, co powoduje, że:

a) nie zostały w sposób dostateczny określone warunki stanowiące podstawę skalkulowania ceny i złożenia oferty;

b) ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego narusza jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzi do nadużycia przez zamawiającego jego prawa podmiotowego;

4) art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ 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, przejawiający się w szczególności poprzez:

a) wprowadzenie w § 8 ust. 4 i 10, 10 ust. 2 i 11 umowy oraz pkt 111.8 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) zasady, według której odbiór i fakturowanie, a w konsekwencji zapłata wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić dopiero po podpisaniu protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, co powoduje możliwość odmowy odbioru z powodu jakichkolwiek zastrzeżeń, bez ograniczenia tego prawa do sytuacji stwierdzenia podczas odbioru wad istotnych dostarczonych mebli, a także ograniczenia go do tej części mebli, której wady istotne dotyczą, co ponadto stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 450 K.c.;

b) wprowadzenie w § 7 ust. 1 umowy wymogu zawarcia oraz utrzymywania przez wykonawcę przez okres realizacji umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (kontraktowej i deliktowej w wysokości 10.000.000 złotych, w sytuacji gdy realizacja przedmiotu zamówienia ma następować sukcesywnie przez okres do 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, co powoduje, że na żadnym etapie wartość świadczeń realizowanych przez wykonawcę może nie osiągnąć wartości takich, jak żądana suma ubezpieczenia;

c) wprowadzenie w § 11 ust. 1 pkt 1 umowy kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w dostawie i montażu towaru względem terminów oznaczonych w III ppkt 1 i 2 oraz pkt IV ppkt 4 OPZ lub opóźnienie w dostawie i montażu towaru w wykonaniu zgłoszonej reklamacji, o której mowa w pkt III ppkt 6 OPZ, 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,

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 7% wynagrodzenia brutto za realizację zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty 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 P.z.p.;

d) wprowadzenie w 11 ust. 1 pkt 2 umowy kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w usunięciu wady towaru zgłoszonej przez Zamawiającego w ramach gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminu określonego w § 10 ust. 3 i 12, 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,

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 7% wynagrodzenia brutto za realizację zamówienia obejmującego wadliwy towar, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia,

co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473¹ 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 P.z.p.;

e) wprowadzenie w § 11 ust. 1 pkt 3 umowy kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w przypadku niedostarczenia towaru zastępczego w okolicznościach, o których mowa w § 10 ust. 4 i 15 lub dostarczenia towaru zastępczego o parametrach innych niż parametry równoważne bez zgody zamawiającego, 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,

- wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 7% wynagrodzenia brutto za realizację zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty 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 P.z.p.;

f) wprowadzenie w § 11 ust. 2 zdanie drugie umowy, zgodnie z którą kary umowne określone w § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy (dotyczące odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania) oraz 11 ust. 1 pkt 4 umowy (dotycząca odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania) podlegają kumulacji, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 5 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 P.z.p.;

g) zaniechanie wprowadzenia w § 11 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 11 ust. 1 pkt 4 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 P.z.p.

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) doprowadzenie treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy do stanu zgodnego z przepisami ustawy P.z.p. poprzez zamianę dotychczasowej treści pkt 6.1 s.i.w.z. na następującą:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, należycie wykonał - a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie:

- co najmniej dwa (2) zamówienia polegające na dostawie i montażu mebli i wyposażenia biurowego, każde obejmujące minimum 700 stanowisk pracy (min 300 szt. mebli), o łącznej wartości minimum 2 500 000 (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy) PLN brutto.

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągłe, Zamawiający dopuszcza nie tylko zamówienia wykonane (tj. zakończone), ale również wykonywane. W takim przypadku Zamawiający wymaga, by wartość części zamówienia wykonana przed upływem terminu składania ofert wyniosła nie mniej niż 2 500 000,00 (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy) PLN brutto.”

2) zmianę treści § 3 ust. 6 wzoru umowy, poprzez zastąpienie uzupełnienie go o zapis, zgodnie z którym w przypadku braku zrealizowania przez zamawiającego w okresie realizacji umowy zamówień na poziomie określonym w pkt I ppkt 2 OPZ, wykonawcy będzie

przysługiwało wynagrodzenie za gotowość do wykonania umowy w wysokości nie mniejszej, niż 2% maksymalnej wartości brutto wynagrodzenia za realizację zamówienia podstawowego, określonego w § 8 ust. 1 umowy, płatne w terminie zgodnym z § 8 ust. 5 wzoru umowy, liczonemu od dnia zakończenia realizacji umowy;

3) wprowadzenie do s.i.w.z. postanowienia, zgodnie z którym gdziekolwiek w s.i.w.z. postawiony jest wymóg posiadania przez towary certyfikatów potwierdzających zgodność z normami określonymi w OPZ, zamawiający będzie akceptował inne, równoważne środki dowodowe, w szczególności środki dowodowe przewidziane w art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. oraz w 13 ust. 4 rozporządzenia;

4) doprowadzenie postanowień s.i.w.z. w zakresie postanowień umownych do stanu zgodnego z przepisami ustawy P.z.p. i K.c, w szczególności poprzez dokonanie następujących zmian:

a) skreślenie w § 8 ust. 4 i 10, § 10 ust. 2 i 11 umowy oraz pkt 111.8 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) frazy „bez zastrzeżeń”;

b) w § 7 ust. 1 umowy zmianę wysokości ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 2.500.000 złotych;

c) w § 11 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 umowy:

zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”, zmianę stawki kar umownych na 0,5%

d) zmianę dotychczasowej treści § 11 ust. 2 na następującą: „Kary umowne podlegają sumowaniu, przy czym łączna kwota naliczonych kar nie może przekroczyć 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 7 umowy.

Odwołujący 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 podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i ustanowienie warunków umowy w sposób naruszający przepisy ustawy odwołujący 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 te naruszenia przepisów ustawy P.z.p., odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Korzyści tych został pozbawiony poprzez naruszające przepisy ustawy P.z.p. i

K.c. czynności zamawiającego zaskarżone odwołaniem. W zakresie postanowień s.i.w.z. 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 zakresie naruszenia przepisów w zakresie warunków udziału w postępowaniu — zarzut nr I – odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Dyrektywa ta powoduje, że kształtując warunki udziału Zamawiający powinni robić to w sposób gwarantujący weryfikację zdolności wykonawców z uwzględnieniem charakteru i specyfiki danego zamówienia, ustalając warunki na najniższym poziomie zapewniającym realizację ww. celu. Zamawiający nie są uprawnieni do kształtowania warunków nadmiernych, które ograniczają konkurencję ponad rozsądną miarę. Punktem odniesienia musi być tutaj przedmiot zamówienia tak, jak został on ukształtowany w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 6.1 s.i.w.z. ukształtował warunek dotyczący doświadczenia, przewidujący konieczność wykazania realizacji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej trzech zamówień polegających na dostawie i montażu mebli i wyposażenia biurowego, każde obejmujące minimum 400 stanowisk pracy (min 1200 szt. mebli), o łącznej wartości minimum 10 000 000 (słownie: dziesięć milionów) PLN netto.

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągłe, zamawiający dopuszcza nie tylko zamówienia wykonane (tj. zakończone), ale również wykonywane. W takim przypadku zamawiający wymaga by wartość części zamówienia wykonana przed upływem terminu składania ofert wyniosła nie mniej niż 10 000 000,00 (słownie: dziesięć milionów) PLN netto.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewiduje realizację sukcesywnych dostaw wyposażenia meblowego, które mają być realizowane na podstawie odrębnych zamówień składanych przez zamawiającego stosownie do pojawiających się po jego stronie potrzeb. Dostawy takie mogą być realizowane przez okres do 48 miesięcy od dnia podpisania umowy. Nie jest to więc zamówienie na jednorazową dostawę bardzo dużej partii mebli i wyposażenia. Sam zamawiający zakłada, że w cyklu realizacji jednego zamówienia (maks. 75 dni) realizacja zamówienia obejmie jedynie część mebli opisanych w s.i.w.z..

Odwołujący stwierdził, że wprowadzony w pkt 6.1 s.i.w.z. warunek udziału w postępowaniu narusza art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. co najmniej w następujących aspektach:

1) Zamawiający wymaga wykazania się zadaniami o bardzo dużych rozmiarach (minimum 400 stanowisk pracy, minimum 1200 szt. mebli, łączna wartość minimum 10.000.000 złotych netto). Zamawiający pomija przy tym fakt, że zamówienia tak znacznych rozmiarów spotykane są na polskim rynku zamówień publicznych bardzo rzadko, jeśli nie wcale. Dodając do tego ponadto fakt, że warunek wskazuje, że zadania te musiały być zrealizowane w ostatnich trzech latach, powoduje to istotne ograniczenie konkurencji, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie małym i średnim przedsiębiorcom, którzy w okresach takich, jak określone s.i.w.z. (48 miesięcy) realizują z powodzeniem dostawy mebli o ilościach i wartości większej niż w treści warunku, ale nigdy nie odbywa się to na podstawie jednej umowy.

Biorąc pod uwagę oszacowanie wartości zamówienia przez samego zamawiającego, dokonane na poziomie 11.793.612,00 zł brutto (ok. 9.588.302,44 zł netto) należy stwierdzić, że Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu nie proporcjonalny, ale tożsamy z przedmiotem zamówienia (a nawet na poziomie wyższym, niż wymagania przedmiotu zamówienia). Tym bardziej, że zamawiający zakłada osiągnięcie takich wartości przy założeniu realizacji dostaw przez okres 48 miesięcy, a warunek może zostać spełniony poprzez przedstawienie zadań zrealizowanych w okresie krótszym, tj. 3 lat. Ponadto, ze względu na sukcesywny charakter dostaw objętych przedmiotowym zamówieniem, które mają być uruchamiane na podstawie decyzji zamawiającego przez okres 4 lat od dnia podpisania umowy, jest prawdopodobne, że umowa nie obejmie mebli o ilości i łącznej wartości choćby zbliżonej do wartości wskazanej w pkt 6.1 s.i.w.z.

2) Warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.1 s.i.w.z. jest zupełnie oderwany od charakteru zamówienia, które obejmuje dostawy sukcesywne, realizowane przez okres 48 miesięcy stosownie do pojawiających się potrzeb zamawiającego. Tym samym jest zupełnie nieprzydatny dla celu, dla jakiego zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p. stawiane są warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 6.1 s.i.w.z. bada zdolność do wykonania olbrzymich dostaw, realizowanych jednorazowo i w ramach jednego stosunku prawnego. Tymczasem dostawy, jakie mają być zrealizowane w ramach przedmiotowego zamówienia, realizowane mają być sukcesywnie przez okres 48 miesięcy, co powoduje, że średniomiesięcznie wartość dostaw może oscylować na poziomie niespełna 200.000 zł netto (dzieląc oszacowanie zamawiającego przez 48 daje to ok. 199.756,30 zł). Produkcję i sprzedaż mebli biurowych na tym poziomie

może udźwignąć wiele małych i średnich przedsiębiorstw meblarskich funkcjonujących w Polsce. Jednak ze względu na strukturę polskiego rynku zamówień publicznych, nie zdarzają się w tym zakresie praktycznie żadne zamówienia, gdzie w ramach jednego stosunku prawnego ujęte są dostawy mebli o wartości przekraczającej 2.000.000 zł brutto.

3) Zamawiający formułuje wymóg wykazania się aż trzema zadaniami, które odpowiadałyby opisowi podanemu w pkt 6.1, który — jak przedstawił powyżej odwołujący — jest już sam w sobie nadmierny i nieprzydatny do weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia. Tym bardziej stawianie wymogu wykazania się aż trzema takimi zadaniami (nieproporcjonalnie dużymi pod względem ilości i wartości dostaw), prowadzi do nieuzasadnionej obiektywnymi potrzebami dyskryminacji wykonawców, jak odwołujący, którzy posiadają zdolność do realizacji przedmiotowego, ale nie mogą legitymować się doświadczeniem odpowiadającym treści pkt 6.1 s.i.w.z. Takie działanie nie znajduje usprawiedliwienia w żadnych obiektywnych potrzebach związanych z przedmiotowym zamówieniem. Przeciwnie, pomija ono zupełnie kontekst rynkowy, którego powinien być świadomy zamawiający, iż na przedmiotowym rynku niezwykle rzadko zdarzają się zadania odpowiadające treści pkt 6.1 s.i.w.z., co powoduje rażące ograniczenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Stanowi to więc tym bardziej naruszenie przepisu art. 22 ust. 1a ustawy pzp (por. np. 10.08.2016 r., KIO/KU 51/16).

W ocenie odwołującego, warunek określony przez zamawiającego w pkt 6.1 s.i.w.z. nie spełnia ani testu przydatności, ani też testu niezbędności. Zamawiający wymaga w pkt 6.1 s.i.w.z. doświadczenia przy realizacji zadania o odmiennym charakterze i istotnie różnej specyfice w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto poziom wymagań dotyczących doświadczenia wykonawców daleko przekracza to, co może być uznane za niezbędne dla zapewnienia, że zamówienie będzie udzielone wykonawcy dającemu rękojmię tego, że będzie w stanie podołać realizacji zamówienia. Tym samym kształtując w pkt 6.1 s.i.w.z. treść warunku udziału w postępowaniu zamawiający naruszył wymagania art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do naruszeń w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, odwołujący stwierdził, że dokonany w ramach s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia jest dotknięty wadami polegającymi na naruszeniu przepisów ustawy P.z.p., a to w szczególności art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., mogącym mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Podobnie w niezgodny z przepisami ustawy P.z.p. sformułowane są niektóre zapisy związane z żądanymi przez zamawiającego dokumentami potwierdzającymi zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p., przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Ponadto, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p., przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Odwołujący wskazał, że zamawiający mają oczywiście prawo do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom np. użytkowym, funkcjonalnym i technicznym. Opis ten nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wskazanej w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. Ma to miejsce w szczególności wtedy „gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta lub konkretny produkt, a także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu” (por. wyrok KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt KIO 1670/17). Ewentualne ograniczenia, które mogłyby zostać wprowadzone do OPZ, muszą być uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Wymogi inne, wykraczające poza uzasadnione potrzeby zamawiającego, a jednocześnie uniemożliwiające lub utrudniające możliwość złożenia oferty czy wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia danego rodzaju i skali, należy uznać za sprzeczne z art. 29 ust. 2 P.z.p. i jako takie powinny zostać one wyeliminowane względnie zastąpione innymi wymogami, które mieszczą się w granicach określonych w tym przepisie.

Także z zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, które wynikają z art. 7 ust. 1 pzp wynika konieczność kształtowania wymagań opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednocześnie zapewniający odpowiedni poziom konkurencji, nie zawężony bez obiektywnego uzasadnienia. Wiąże się z tym kształtowanie wymogów w sposób, który jest niezbędny dla osiągnięcia celu, jakim jest otrzymanie w wyniku przetargu prawidłowego i funkcjonalnego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie nie mogą być uznane za zgodne z przepisami ustawy P.z.p. wymogi ograniczające możliwość złożenia ofert obejmujących prawidłowe, zgodne z przeznaczeniem, w pełni trwałe i funkcjonalne meble, różniące się od wymagań s.i.w.z się jedynie drobnymi wartościami wymiarów czy parametrów technicznych.

Zarzucane zamawiającemu naruszenia albo uniemożliwiają odwołującemu konkurowanie w przedmiotowym przetargu na równych i uczciwych zasadach, albo też

utrudniają to istotnie, rodząc jednocześnie poważne problemy realizacyjne w razie udzielenia zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 2 - brak przewidzenia równoważnych metod dowodowych określonych w art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. i w § 13 ust. 4 rozporządzenia – odwołujący wskazał, że w s.i.w.z., w OPZ (załącznik nr 1), pkt 1 ppkt 2 pozycje 1, 4, 6, 8, 10, 12, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 58, 59, 60, 61, 64 zamawiający przedstawił wymogi posiadania przez niektóre towary (w zakresie określonym w OPZ) atestów lub certyfikatów potwierdzających zgodność z normami, które mają być wystawione przez „niezależną jednostkę posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub równoważną instytucję z jednego z państw Unii Europejskiej będącej członkiem EA wystawione przez akredytowaną jednostkę zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. Analogiczne zapisy nakazujące konieczność posiadania przez produkty certyfikatów zgodności wystawionych „przez niezależną instytucję posiadającą akredytację”. Dotyczą one pkt I ppkt 2 pozycje 1, 4, 6, 10, 12.

W ocenie odwołującego, wymogi s.i.w.z. w tym zakresie zostały jednak sformułowane z naruszeniem zaskarżonych przepisów ustawy i rozporządzenia, uniemożliwiając oferowanie przedmiotu zamówienia, który nawet spełniając obiektywnie wymagania s.i.w.z., potwierdza to w inny, równorzędny sposób np. poprzez dokumentację producenta lub dokument (certyfikat, atest itp.) innej organizacji, albo też poprzez inne, równorzędne środki dowodowe w rozumieniu art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. lub § 13 ust. 4 rozporządzenia. Takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia ma charakter dyskryminacyjny, ograniczając uprawnienia wykonawców, które wynikają wprost z przepisów ustawy P.z.p. (art. 30b ust. 4 P.z.p.) lub rozporządzenia (§ 13 ust. 4). Skorzystanie z tej procedury może być potrzebne w przypadku zamówienia w szczególności ze względu na bardzo szczegółowe określenie w s.i.w.z. opisu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych towarów, co może powodować konieczność ponownej certyfikacji niektórych produktów w związku z koniecznością ich dostosowania do wymogów zamawiającego (np. w zakresie wymiarów czy rodzajów zastosowanych materiałów). Ze względu na długi okres realizacji umowy (do 48 miesięcy) może pojawić się także konieczność zamiany produktów wskazanych w ofercie np. ze względu na zaprzestanie produkcji ich komponentów. W takim przypadku szybkie zastąpienie dotychczasowych produktów nowymi może być uniemożliwione, jeżeli nie będzie możliwe zastosowanie procedur określonych w art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. lub § 13 ust. 4 rozporządzenia. M.in. w takich sytuacjach może okazać się, że przeprowadzenie takiej certyfikacji nie jest możliwe w terminie, który pozwoliłby na przedstawienie certyfikatów zamawiającemu w wymaganym przez niego terminie. W takiej sytuacji nie można wykonawcom ograniczać uprawnień

określonych w art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. czy § 13 ust. 4 rozporządzenia (por. np. wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1578/17).

W zakresie zarzutu nr 3 — braku wprowadzenia zapisów zabezpieczających wykonawców na okoliczność niewykonania deklaracji zamawiającego do realizacji pełnego zakresu dostaw odwołujący podniósł, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. jest dokładne i jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia. Obowiązek ten ma fundamentalne znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika to z tego, że w oparciu o dokonany w s.i.w.z. opis przedmiotu zamówienia wykonawcy muszą sformułować swoje oferty. Aby proces przygotowania i skalkulowania oferty mógł być dokonany w sposób profesjonalny i dokładny wykonawcy muszą od zamawiającego otrzymać precyzyjne informacje nie tylko dotyczące szczegółów technicznych zamawianych mebli. Istotne dla podjęcia decyzji o udziale w przetargu, a następnie dla sporządzenia prawidłowej kalkulacji, konieczna jest także wiedza na temat zakresu ilościowego przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że rozumie, że przedmiotowe zamówienie ma być związane z dostawami sukcesywnymi, realizowanymi stosownie do pojawiających się po stronie Zamawiającego potrzeb, co powoduje brak możliwości określenia ilości poszczególnych rodzajów mebli z dokładnością do jednej sztuki. Nie może to być jednak usprawiedliwieniem dla zupełnej dowolności w tym zakresie. Narusza ona bowiem w sposób fundamentalny zasadę uczciwej konkurencji, uzupełnianej na etapie realizacji zamówienia przez zasady lojalności kontraktowej i uczciwości kupieckiej wynikające z przepisów prawa cywilnego, w tym art. 354 § 2 K.c.

Odwołujący wskazał, że zamawiający co prawda deklaruje w 4 ust. 1 wzoru umowy, że gwarantuje w okresie obowiązywania umowy dostawę i montaż mebli w wymiarze wskazanym w pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 2 do umowy (OPZ). Nie zmienia to jednak ogólnego charakteru umowy, jako umowy obejmującej dostawy sukcesywne, realizowane stosownie do pojawiających się zamówień wykonawczych zamawiającego. Dostawy te będą determinowane pojawianiem się po stronie zamawiającego potrzeb w zakresie dostaw mebli biurowych. Żaden racjonalnie działający zamawiający nie będzie kierować do wykonawcy zamówień wykonawczych, jeśli nie ujawni się po jego stronie taka potrzeba. Powyższe powoduje, że występuje po stronie wykonawców poważne ryzyko niewykonania przez zamawiającego zobowiązania wynikającego z § 4 ust. 1 umowy. Tymczasem deklaracji zawartej w 4 ust. 1 umowy nie towarzyszą jednak żadne zapisy umowne, które zabezpieczyłyby interesy wykonawców na okoliczność niewykonania tego zobowiązania zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy zawierając umowę o tak znacznej wartości ponoszą istotne koszty i ryzyka. Po stronie wykonawcy leżą wszystkie obowiązki, w tym obowiązek pozostawiania przez okres 48 miesięcy w nieustannej gotowości do realizacji dostaw na rzecz zamawiającego, z czym wiąże się potencjalna odpowiedzialność wykonawcy np. z tytułu kar umownych, a z drugiej strony wykonawcy nie będzie przysługiwać żadne sprecyzowane roszczenie w sytuacji, w której zamawiający nie wykona swojego zobowiązania wynikającego z § 4 ust. 1 umowy.

Wykonawcy ponoszą koszty ubiegania się o zamówienie, a w razie jego realizacji, wszelkiego rodzaju koszty mające na celu utrzymanie gotowości do realizacji zamówień wykonawczych zamawiającego, które mogą być sformułowane w dowolnym czasie. Wykonawcy ponoszą także ryzyko sprostania wymaganiom zamawiającego, w tym bardzo krótkiemu terminowi danej dostawy, który został określony w s.i.w.z. na nie więcej niż 75 dni od dnia doręczenia pisemnego zamówienia. To powoduje, że przez cały okres realizacji umowy wykonawca zmuszony jest ponosić koszty, takie jak utrzymanie w produkcji modeli oferowanych mebli, koszty utrzymania pracowników, koszty zabezpieczenia i magazynowania tapicerek, płyt, komponentów meblowych. Przy obecnej konstrukcji s.i.w.z. może się okazać, że koszty te nie zostaną pokryte z wynagrodzenia, jeśli zamawiający nie zrealizuje w ciągu 48 miesięcy od dnia podpisania umowy zamówień na deklarowanym zakresie. Powoduje to po stronie wykonawców niepewność co do tego, jakie będą faktyczne ilości dostaw. Niepewność ta ma miejsce w takiej skali, że w praktyce uniemożliwia należyte oszacowanie ceny oferty, a także uniemożliwia racjonalne oszacowanie ryzyk, które wykonawca ma wziąć na siebie w razie uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że co prawda wykonawcom w razie naruszenia przez zamawiającego § 4 ust. 1 umowy mogą służyć roszczenia odszkodowawcze na zasadach ogólnych art. 471 i nast. K.c., jednak wymagają one udowodnienia w postępowaniu sądowym m.in. wysokości szkody, co w przypadku ponoszenia przez wykonawców kosztów o charakterze rozproszonym będzie niezwykle utrudnione. Jest to dodatkowo obciążone dodatkowymi kosztami (koszty procesu), a także jest związane z długim czasem niezbędnym na dochodzenie przed sądem nie ustalonej dokładnie w kontrakcie wartości odszkodowania. Z tego powodu zarzut odwołania zasługuje na uwzględnienie, a s.i.w.z. powinna zostać zmodyfikowana poprzez wprowadzenie zapisu, który gwarantuje wykonawcom uzyskanie wynagrodzenia za pozostawianie w gotowości do wykonania zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w przypadku, w którym zamawiający nie zrealizuje deklaracji wskazanej w § 4 ust. 1 umowy tj. w sytuacji niezrealizowania przez zamawiającego zamówień na gwarantowanym poziomie. Służyłoby ono pokryciu kosztów, jakie wykonawca zmuszony byłby ponosić przez okres realizacji umowy w sytuacji, gdy koszty te nie mogłyby zostać pokryte z

wynagrodzenia za realizowane dostawy (ze względu na ich ograniczenie ilościowe w stosunku do ilości podanych w s.i.w.z., stanowiących podstawę wyliczenia ceny).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia w zakresie ukształtowania istotnych postanowień umowy Zarzut nr 4 lit. a zapisy odnoszące się do odbiorów i fakturowania, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 535 K.c., zamawiający jest zobowiązany odebrać przedmiot umowy, 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 wydawanych rzeczach. Może ona być uzasadniona wyłącznie w przypadku, gdy rzeczy są dotknięte wadami istotnymi, czyli takimi, które powodują, że nie daje ono możliwości korzystania z niego zgodnie z przeznaczeniem.

Ustalone w § 8 ust. 4 i 10, § 10 ust. 2 i 11 umowy oraz pkt 111.8 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) prawo zamawiającego, zgodnie z którym odbiory mogą zostać dokonane jedynie bez żadnych zastrzeżeń, a więc także w razie stwierdzenia wad lub usterek nieistotnych, zaburza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem przepisów prawa i zasad współżycia społecznego, w tym zasady uczciwości kupieckiej.

W ocenie odwołującego narusza to zasadę uczciwej konkurencji w przypadku przedmiotu świadczenia mającego charakter podzielny, gdzie każdy mebel jest odrębną rzeczą i jego dostarczenie zapewnia możliwość korzystania z niego w oderwaniu od pozostałych mebli objętych umową. Wykonawca zgadza się z tym, że w ramach danego zamówienia wystawienie faktury i zapłata mogą nastąpić po dostawie wszystkich mebli objętych tym zamówieniem. Jednak sformułowania wzoru umowy umożliwiają zamawiającemu odmowę przyjęcia częściowego świadczenia, czyli dostawy części mebli objętych zamówieniem, nawet jeżeli meble te są zgodne z wymaganiami s.i.w.z. i ofertą. Zapis ten w zaskarżonym zakresie jest sprzeczny z art. 450 K.c., zgodnie z którym wierzyciel nie ma prawa odmowy przyjęcia świadczenia częściowego.

W ocenie odwołującego, wystarczającym mechanizmem ochrony interesów Zamawiającego w tym zakresie jest rękojmia za wady określona w art. 556-576 K.c. i doprecyzowana w zapisach § 10 wzoru umowy oraz gwarancja, uregulowana w art. 577-581 K.c. i § 10 wzoru umowy. Te mechanizmy zapewniają zamawiającemu szerokie spektrum uprawnień zmierzających do uzyskania towaru pełnowartościowego, posiadającego wszystkie cechy wymagane zapisami s.i.w.z. i oferty, w szczególności takie, jak prawo do żądania (1) usunięcia wady, (2) wymiany rzeczy na pozbawioną wad, (3) obniżenia ceny ze względu na wadę, a w razie wady istotnej także (4) odstąpienia od umowy co do części dotkniętej wadą. Uprawnienia te wynikają z art. 560 K.c. i są dodatkowo potwierdzone w zapisach § 10 wzoru umowy. Prawdliwość i terminowość wykonania obowiązków wynikających z rękojmi za wady

jest dodatkowo zabezpieczona przez zamawiającego poprzez kary umowne uregulowane w § 11 umowy.

W ocenie odwołującego, możliwość odmowy odbioru w razie stwierdzenia jakichkolwiek wad, w tym wad nieistotnych, stanowi naruszenie art. 535 K.c. i naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa sprzedaży. Tym bardziej godzi to w zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, że w połączeniu z innymi zapisami wzoru umowy m.in. § 11 (kary umowne), grozi to wykonawcy zapłatą kar umownych w kwotach rażąco przewyższających ew. dolegliwości, które mogłyby dla zamawiającego wynikać z określonego w umowie, rozsądnego czasu oczekiwania na usuwanie wad nieistotnych przez określony w umowie.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 lit. b zapisy dotyczące obowiązku zapewnienia ubezpieczenia OC, odwołujący wskazał, że zamawiający w § 7 ust. 1 umowy wprowadził wymóg zawarcia oraz utrzymywania przez wykonawcę przez cały okres realizacji umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (kontraktowej i deliktowej) w wysokości 10.000.000 złotych.

W ocenie odwołującego, wymóg ten jest wymogiem rażąco wygórowanym, oderwanym od potrzeb rzeczowych, które są związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. W zakresie wartości zamówienia i zakładanego przebiegu jego realizacji znajdują zastosowanie wszystkie wywody odwołującego przedstawione powyżej w zakresie zarzutu nr 1. Z ich uwzględnieniem należy stwierdzić, że postawiony przez zamawiającego wymóg jest nadmierną i nieuzasadnioną ingerencją zamawiającego w sposób prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę, nie zapewniając jednocześnie zamawiającemu żadnych konkretnych i uzasadnionych korzyści. W szczególności zamawiający nie wymaga ubezpieczenia realizacji danego zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający postawił ww. wymóg § 7 ust. 1 umowy na tak wysokim poziomie, z koniecznością jego utrzymania przez cały okres realizacji zamówienia, pomimo iż jego interes jest już dostatecznie zabezpieczony poprzez żądane zgodnie z 7 ust. 4 umowy zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Dlatego wprowadzona przez Zamawiającego klauzula § 7 ust. 1 umowy stanowi naruszenie art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ K.c.

Odnosząc się do zarzutów nr 4 lit. c – g, odwołujący podniósł, że zamawiający stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. 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. 353¹ kc znajduje zastosowanie w zamówieniach publicznych na zasadzie odesłań określonych w art. 14 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, nie stanowi dowolności kształtowania postanowień umowy.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jest przede wszystkim zobowiązany do zachowania wynikającej z art. 353¹ 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 s.i.w.z. 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 P.z.p., 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 s.i.w.z. 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.

Jak podnosi się w orzecznictwie Sądu Najwyższego: „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody.” (por. wyrok SN z dnia 29 listopada 2013 r., I CSK 124/13)

W konsekwencji orzecznictwo KIO przyjmuje, że nie jest zgodne z przepisami ustawy P.z.p. ustalenie kar umownych rażąco wygórowanych w stosunku do czynników takich, jak potencjalna szkoda po stronie Zamawiającego czy waga naruszenia zapisu umowy: „Zdaniem Izby rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia.” (por. wyrok KIO z dnia 2015-07-31, KIO 1519/15). Orzecznictwo KIO wskazuje także, że tak ukształtowana kara: „może wypaczać cel kary umownej, jakim ma być naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego” (por. 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 s.i.w.z. 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 s.i.w.z. 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 P.z.p.

Odwołujący wskazał, że z związku z powyższym postanowienia s.i.w.z., 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 P.z.p. i powinny zostać wyeliminowane.

Powyższym wymaganiom uchybiają zapisy § 11 ust. 1 pkt 1-3 oraz § 11 ust. 2 umowy. Nie można także nie zwrócić uwagi, 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 § 11 ust. 3 wzoru umowy 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 potrącenie z wierzytelnościami wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. To również przemawia za uznaniem, że kształtując postanowienia § 11 wzoru umowy w zakresie kar umownych zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów mającego lub co najmniej mogącego mieć wpływ na wynik postępowania.

Uregulowanie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w 11 ust. 1 pkt 1-3 oraz 5 11 ust. 2 umowy stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współzycia 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.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że te zapisy wzoru umowy naruszają przepisy art. 353¹ i art. 5 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., a także szczegółowe przepisy K.c., art. 473 § 1, 483 i 484 k.c. W konsekwencji naruszają one także art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez ukształtowanie zapisów s.i.w.z. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieproporcjonalny, gdzie zamawiający kształtuje postanowienia umowne z rygoryzmem, który nie znajduje uzasadnienia w interesie zamawiającego, ani interesie publicznym związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia. Naruszenia te mają w konsekwencji istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji zaskarżone zapisy s.i.w.z. powinny zostać zmienione zgodnie z żądaniami odwołania, co pozwoli na doprowadzenie zaskarżonych zapisów s.i.w.z. do stanu zgodnego z prawem, czyli s.i.w.z. zawierającego postanowienia nienaruszające zasady swobody umów, w tym zasad współżycia społecznego, ani nie naruszające zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w sposób godzący w uzasadnione interesy wykonawców.

Co więcej, kary umowne określone we wzorze umowy są karami ustalonymi w wysokości, która jest rażąco wygórowana względem wartości przedmiotowego zamówienia. Kary umowne są bowiem ukształtowane w pełnym oderwaniu od oceny istotności ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie.

W zakresie zarzuty nr 4 lit. c — e — Kary za zwłokę w wykonaniu zamówienia, zamawiający stwierdził, że zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy ukształtował kary umowne, jako kary za opóźnienie odpowiednio w: dostawie i montażu mebli (pkt 1), opóźnienie w usunięciu wad mebli (pkt 2) oraz naruszenia umowy w zakresie wymogu dostarczenia towaru zastępczego (pkt 3). Kary te mają być liczone jako 7% wartości zamówienia, którego dotyczy opóźnienie, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

W ocenie odwołującego, 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.

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 § 7 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 780/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone” (por. wyrok SN z dnia 27.09.2013 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. 353¹ 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” (por. wyrok SN z dnia 27.09.2013 r., I CSK 748/12).

Podkreśla się także, iż „przepis art. 473 § 7 k.c. zezwalający na umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika na takie oznaczone okoliczności, za które na mocy ustawy nie ponosi on odpowiedzialności, nie może być rozumiany w ten sposób, aby dopuszczalne było przerzucenie w całości na dłużnika odpowiedzialności za kary umowne, do których powstania przyczyniła się strona przeciwna. Umowa taka jako sprzeczna z zasadami współzycia społecznego byłaby nieważna (art. 58 § 2 k.c.)” (por. wyrok SN z 06.05.1970 r., I CR 145/70).

W ocenie odwołującego, uregulowanie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych określonych w § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy stanowi przekroczenie granic swobody umów, w tym sprzeciwia się naturze stosunku prawnego i zasadom współzycia 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.

Odwołujący wskazał, że zapisy § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy uniemożliwiają także też 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.

W ocenie odwołującego, zapisy § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy naruszają przepisy art. 353¹ i art. 5 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., a także szczegółowe przepisy K.c., art. 473 § 1, 483 i 484 k.c. W konsekwencji naruszają one także art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez ukształtowanie zapisów s.i.w.z w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz nieproporcjonalny, gdzie zamawiający kształtuje postanowienia umowne z rygoryzmem, który nie znajduje uzasadnienia w interesie zamawiającego, ani interesie publicznym związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia. Naruszenia te mają w konsekwencji istotny wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji zaskarżone zapisy s.i.w.z. powinny zostać zmienione zgodnie z żądaniami odwołania, co pozwoli na doprowadzenie zaskarżonych zapisów s.i.w.z. do stanu zgodnego z prawem, czyli s.i.w.z. zawierającego postanowienia nienaruszające zasady swobody umów, w tym zasad współzycia społecznego, ani nie naruszające zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w sposób godzący w uzasadnione interesy wykonawców.

Co więcej, kary umowne określone w § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy są karami ustalonymi w wysokości, która jest rażąco wygórowana względem wartości przedmiotowego zamówienia. Kary umowne za opóźnienie w realizacji określonych w tych zapisach obowiązków Wykonawcy są bowiem ukształtowane w pełnym oderwaniu od oceny istotności ewentualnego naruszenia umowy w tym zakresie. Już 14-dniowe opóźnienie w wykonaniu danego obowiązku powoduje obowiązek zapłaty kar na poziomie większym, niż wartość wynagrodzenia wykonawcy za dostawy w tym zakresie. A takie opóźnienie stanowi jedynie

opóźnienie o ok. 18% w stosunku do wymaganego przez zamawiającego terminu realizacji zamówienia cząstkowego (maks. 75 dni). W kontekście obecnej treści 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy dwutygodniowe opóźnienie w realizacji danego świadczenia powodować może po stronie wykonawcy konieczność realizacji danego świadczenia bez żadnego wynagrodzenia. Są to kary ustalone na poziomie czternastokrotnie większym niż najczęściej przyjmowane wartości kar za podobne naruszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. S.i.w.z. nie przedstawia żadnych obiektywnych przesłanek, które uzasadniałyby wprowadzenie przez zamawiającego tak drastycznie wysokiego poziomu kar umownych.

Prowadzi to w konsekwencji do niemożliwego do oszacowania przez wykonawcę ryzyka utraty znacznej części wynagrodzenia za dostarczone meble, nawet w razie jedynie kilkudniowej zwłoki w jego wykonaniu, nawet gdy zwłoka dotyczy jedynie niewielkiej liczby mebli. Tak ukształtowane zapisy prowadzą de facto, przy uwzględnieniu prawa zamawiającego do potrącania kar z wynagrodzenia, do możliwości wymuszenia na wykonawcy dostawy mebli znacznie poniżej ich wartości rynkowej, w tym kosztów ich wytworzenia. Takie uprawnienia zamawiającego nie dają się uzasadnić żadnym rozsądnie rozumianym interesem zamawiającego, który miałby być chroniony przez kary umowne w tak drastycznej wysokości.

W połączeniu z postanowieniami umowy takimi, jak te dające zamawiającemu możliwość odmowy odbioru z powodu jakichkolwiek zastrzeżeń (por. uzasadnienie zarzutu nr 4 lit. a). Prowadzić może to nieuczciwego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy. Zaprzecza to zarówno naturze instytucji kary umownej, mającej stanowić surogat odszkodowania, a nie podstawę do uzyskiwania przez zamawiającego korzyści finansowych czy darmowych dostaw, jak i zasadzie uczciwej konkurencji i proporcjonalności wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego, należy uznać to za działanie niezgodne z art. 353¹ i 5 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 K.c. poprzez ukształtowanie zapisów dot. kar umownych w sposób naruszający naturę stosunku prawnego, a także naruszający zasady współzycia społecznego, w tym zasadę uczciwości kupieckiej. W konsekwencji zapisy te utrudniają ubieganie się o przedmiotowe zamówienie na uczciwych zasadach, co stanowi naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 lit. f — wprowadzenie w § 11 ust. 2 umowy możliwości kumulowania kar umownych za nienależyte wykonanie umowy oraz za niewykonanie umowy, odwołujący podtrzymał w całości zarzuty dotyczące § 11 ust. 1 pkt 1-3 oraz § 11 ust. 2 umowy, Odwołujący wskazał ponadto, że 11 ust. 2 umowy, zdanie drugie, zamawiający z naruszeniem przepisów prawa wprowadził uprawnienie do kumulowania kar umownych z tytułu

niewykonania zamówienia (§ 11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy), z karami umownymi za liczne przypadki nienależytego wykonania zamówienia (§ 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy, ale także § 7 ust. 2 i 7).

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” (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 39/1 2, podobnie np. wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 31 5/10, wyrok SN z dnia 28 czerwca 2017 r., IV CSK 525/16).

Stanowisko takie akceptuje również na gruncie zamówień publicznych orzecznictwo KIO: (...) żadna ze stron stosunku umownego w przypadku odstąpienia od umowy nie może żądać roszczeń akcesoryjnych to jest kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, z tytułu wadliwości umowy. Natomiast zamawiający ma prawo dochodzić kar umownych lub odszkodowania z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.” (por. wyrok KIO z dnia 01.09.2009 r., KIO/UZP 1070/09).

W ocenie odwołującego, należy uznać, że kształtując treść § 11 ust. 2 wzoru umowy, zdanie drugie, zamawiający dopuścił się także naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, w tym art. 353¹ K.c., kształtując uprawnienie do kumulowania kar umownych w sposób niezgodny z naturą tej instytucji.

W zakresie zarzut nr 4 lit. g — wprowadzenie w § 11 ust. 2 umowy górnego limitu kar umownych na poziomie naruszającym przepisy, odwołujący wskazał, że 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 wzoru umowy 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.

Zamawiający w § 11 ust. 2 umowy wprowadził ograniczenie kar umownych do całkowitej wartości umowy. Takie rozwiązanie ma jednak charakter działania pozornego, nie zabezpieczającego wykonawców przed nadużyciem uprawnień zamawiającego w zakresie naliczania kar umownych w stopniu prowadzącym do możliwego nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawców.

Tymczasem uwzględniając zapisy 11 ust. 1 pkt 1-3 i 5 1 1 ust. 2 (podtrzymując wszystkie odnoszące się do nich zarzuty) odwołujący wskazał dodatkowo, że poziom wprowadzonego w § 1 ust. 2 górnego limitu ich łącznej wysokości 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 (§ 11 ust. 1 pkt 4 umowy), które zostały zastrzeżone w wysokości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1.

Zdaniem odwołującego powoduje to rażącą dysproporcję między odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania, a sytuacją w której zobowiązanie zostałoby wykonane, ale ze stwierdzeniem naruszenia przez zamawiającego pewnych zapisów umowy np. z przekroczeniem terminu realizacji zamówienia. Zważywszy na to, że w sytuacji, w której zamawiający w ogóle nie uzyskałby świadczenia zgodnego z umową zamawiający żąda zapłaty kary umownej w wysokości 20% 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.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 grudnia 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także dyskryminacyjny i nieprzydatny dla potrzeb oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, zamawiający wskazał, że:

- zarzut sformułowano o w oparciu o błędną interpretację postanowień dokumentacji przetargowej — zamówienie podstawowe należy zrealizować w pierwszym kwartale 2020 r.
- szeroko opisywane przez odwołującego 48 miesięcy od zawarcia umowy to termin na ewentualną realizację zamówienia w ramach prawa opcji.
- teza o sukcesywnym charakterze dostaw, nie znajduje potwierdzenia w SIWZ.

Zamawiający wskazał, że warunek sformułowano w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza dopuszczenia do zamówień wszystkich wykonawców działających w danej branży.

W ocenie zamawiającego, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie i opiera się na błędnych założeniach odwołującego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt III ppkt 1 OPZ wymagany jest czas dostawy i montażu zamówienia nie dłuższy niż 75 dni od daty złożenia zamówienia, o którym mowa w pkt II ppkt 1 OPZ. Ponadto, czas realizacji zamówienia (dostawa i montaż) stanowi jedno z kryteriów oceny ofert (waga: 20%). Nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych opis powyższego kryterium (Rozdz. XIII, pkr 12.2 lit. b) s.i.w.z., w szczególności: „W ramach niniejszego kryterium oceniony zostanie zaoferowany przez Wykonawcę termin dostawy mebli oraz ich montażu. Maksymalny dopuszczony przez Zamawiającego termin wynosi 75 dni od dnia złożenia zamówienia na meble. W sytuacji, gdy wykonawca zaoferuje termin dłuższy niż 75 dni zamawiający odrzuci ofertę.”

W ramach udzielonych wyjaśnień treści s.i.w.z. z 25.11.2019 r. (nr pisma: DZZK.26.1218.MC.2019), w odpowiedzi na pytanie nr 46: „Zamawiający w treści SIWZ określił termin wykonania zamówienia (zamówienie podstawowe i zamówienie w ramach opcji) na 48 miesięcy od podpisania umowy. Jednocześnie Zamawiający określił, że czas dostawy i montażu zamówienia nie może być dłuższy niż 75 Dni, Nie jest więc w jakikolwiek sposób nawet w przybliżeniu określony szacowany termin złożenia przez Zamawiającego zamówienia podstawowego. Wiadomo jedynie, że termin wykonania nie może przekroczyć 48 miesięcy od podpisania umowy. Taka sytuacja znacznie utrudnia sporządzenie oferty. Oferent nie ma możliwości nawet przybliżonego planowania mocy produkcyjnych, dostępności i czasu dostawy materiałów i podzespołów, kalkulacji cen itp. Taka sytuacja może więc doprowadzić do konieczności stosowania przez oferentów bardziej ostrożnych wycen uwzględniających ryzyko związane z okresem w którym może nastąpić złożenie zamówienia podstawowego. Prosimy o uwzględnienie wniosku o określenie przez Zamawiającego przewidywanego (szacowanego) terminu złożenia zamówienia podstawowego, np. od miesiąca X/roku do miesiąca Y/roku Z uwagi na fakt, iż odpowiedzi na powyższe pytania mają wpływ na wysokość ceny oferty, Wykonawca prosi o udzielenie na te pytania odpowiedzi.”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający przewiduje złożenie zamówienia na przełomie IV kwartału 2019 i I kwartału 2020 roku.”

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołujący sformułował przedmiotowy zarzut z pominięciem istotnego elementu, który bezpośrednio odnosi się do terminu realizacji zamówienia podstawowego. Uzasadnione wątpliwości budzi także szeroko opisywana teza, zgodnie z którą dostawy mają być realizowane sukcesywnie, co nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Co więcej, termin realizacji zamówienia w zakresie

podstawowym stanowi kryterium oceny ofert, zaś jego skrócenie jest premiowane przez zamawiającego.

Zamawiający wymaga wyposażenia 1200 stanowisk pracy, niezbędnych obecnie do obsługi pracowników w związku z relokacją aktualnej siedziby Banku Gospodarstwa Krajowego. Zamawiający podkreślił skalę i złożony charakter ww. relokacji. Warunkiem koniecznym dla zapewnienia ciągłości operacyjnej Banku jest konieczność szybkiego wyposażenia m.in. stanowisk pracy w liczbie 1200.

W celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy wykazać doświadczenie w zakresie wyposażenia 400 stanowisk, co stanowi 1/3 zakresu zapotrzebowania zamawiającego. Szacowana wartość zamówienia, które w części podstawowej zamawiający planuje zrealizować jednorazowo, przekracza 13 mln.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący odwołując się do terminu 48 miesięcy z pkt 4b mylnie odczytał treść dokumentacji, jakoby dostawa towaru miała być realizowana sukcesywnie. Okres 48 miesięcy określa termin, w jakim zamawiający zastrzega możliwość skorzystania z prawa opcji. Zamówienie podstawowe w zakresie wskazanym w dokumentacji postępowania zostanie zlecone do realizacji wykonawcy w pierwszym kwartale 2020 r. i ma charakter jednorazowego świadczenia (taki jest też charakter dokonywanego obioru) Zamówienie opcjonalne dodatkowo podwyższa wartość zamówienia o ponad 5 mln. Skala oraz wartość zamówienia wymaga jednak zabezpieczenia prawidłowości wykonania przez wykonawcę, stąd określenie wymogów wobec wykonawców na poziomie określonym przez zamawiającego gwarantującym, iż wykonawca podoła ciężącemu obowiązkowi jednorazowej dostawy wraz z montażem znacznej ilości mebli będących wyposażeniem stanowisk pracy. Biorąc pod uwagę reżim czasowy oraz skalę przedsięwzięcia w przedmiotowej sprawie, mamy do czynienia z sytuacją szczególną, w której poprzez takie ustalenie warunków weryfikowana jest zdolność wykonawcy do realizacji znaczącego pod względem ilości (i montażu) zamówienia w stosunkowo krótkim terminie.

Zamawiający podzielił argumentację odwołującego, iż w przypadku, gdyby dostawy były realizowane sukcesywnie w długim terminie, istotnym mogłaby być wartość pojedynczej dostawy. Argumentacja ta nie przystaje jednak do stanu faktycznego w postępowaniu którego dotyczy odwołanie. Zamawiający jest w sytuacji szczególnej, która wymusza ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób symetryczny do zobowiązań zamawiającego związanych z prowadzoną relokacją siedziby i koniecznością zapewnienia płynnej działalności operacyjnej instytucji zaufania publicznego, jaką jest Bank Gospodarstwa Krajowego.

Zamawiający nadmieniał, że odwołujący w pierwszym (unieważnionym) postępowaniu dotyczącym tożsamego zamówienia, przewidującym tożsame warunki jak w obecnym postępowaniu, złożył ofertę, zatem nie uznał ich za dyskwalifikujące go z udziału w przetargu.

Zamawiający wskazał ponadto, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą — poszanowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza dopuszczenia do zamówień wszystkich wykonawców. Potwierdza to m.in. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku XII Ga 143/09 z dnia 6 maja 2009 roku, stwierdzając m.in. że przepisy ustawy P.z.p. nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku.

Odnosząc się do naruszenia art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. oraz 13 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. — poprzez sformułowanie w treści s.i.w.z. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wymogu posiadania przez towary (w zakresie określonym w opisie dokumentacji projektowej) certyfikatów potwierdzających zgodność z normami, świadectw jakości, deklaracji zgodności, atestów higienicznych i innych atestów, bez przewidzenia możliwości potwierdzenia posiadania przez oferowany towar takich cech przez inne, równorzędne środki dowodowe, zamawiający stwierdził, że art. 30b ust. 4 ma charakter bezwzględnie obowiązujący oraz że zastosowanie art. 30b ust. 4 ma miejsce w określonych przypadkach.

Zamawiający wskazał, że ma prawo wymagać przedstawienia certyfikatów potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy P.z.p.). Wskazanie jednostek certyfikujących posiadających akredytację PCA (Polskie Centrum Akredytacji) ma na celu uzyskania gwarancji jakości i rzetelności jednostki certyfikującej. Wykonawca, którego produkty nie posiadają certyfikatów potwierdzających jakość oferowanych produktów, wystawionych przez jednostkę certyfikującą posiadającą akredytację PCA, ma prawo przedstawić certyfikaty równoważne certyfikatom wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający bowiem nie ograniczył kręgu podmiotów, których certyfikaty uzna w sposób zamknięty poprzez wskazanie jedynie konkretnych certyfikatów bez dopuszczenia innych odpowiednio równoważnych odpowiedników zagranicznych. Powyższe nie jest kwestionowane przez Odwołującego.

Zamawiający stwierdził, że obowiązek wymagania dokumentów potwierdzających jakość i przede wszystkim bezpieczeństwo dostarczanych produktów wynika z obowiązków zamawiającego jako pracodawcy i znajduje swoje źródło w odpowiednich przepisach i regulacjach z obszaru b.h.p. i K.p. Zamawiający wymaga stosownych certyfikatów i atestów

ze względów bezpieczeństwa użytkowników, określanych m.in. przez przepisy b.h.p., które jest najważniejszym dobrem dla pracodawcy. Nie może też i nie uczynił tego, wbrew twierdzeniom odwołującego, sformułować wymogów wbrew brzmieniu obowiązujących przepisów.

Ponadto zamawiający podniósł, że odwołujący na poparcie naruszenia art. 30b ust. 4 nie przytoczył żadnych okoliczności świadczących o braku możliwości uzyskania przez siebie odpowiednich certyfikatów/atestów. Zamawiający podkreślił, że wymaga certyfikatów/atestów na etapie podpisania umowy, a nie składania ofert, co daje potencjalnemu wykonawcy możliwość ich uzyskania w późniejszym (uzgodnionym z zamawiającym) terminie. Nie eliminuje tym samym wykonawców, którzy na etapie decyzji w zakresie składania oferty, przystąpienia do przetargu oferują produkty nieposiadające wspomnianych certyfikatów. Obowiązek ich złożenia zamawiający przewidział na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed zawarciem umowy. Tym samym zamawiający dopuszcza możliwość uzyskania przez oferowane przez wykonawcę produkty stosownych certyfikatów w okresie poprzedzającym zawarcie umowy. Zamawiający podkreślił, iż tym samym postanowienia w zakresie wymagalności certyfikatów nie mają wpływu na wybór oferty wykonawcy a tym samym na uznanie iż brak tych certyfikatów na dzień złożenia przez wykonawcę oferty będzie skutkowało jego wykluczeniem alternatywnie odrzuceniem oferty przez niego złożonej.

Zamawiający wskazał, że 30b ust. 4 ustawy P.z.p. ma zastosowanie w sytuacji, w której wykonawca nie ma dostępu do certyfikatów lub możliwości uzyskania ich w odpowiednim terminie. Sam odwołujący nie wskazał w treści wystąpienia żadnych argumentów, przesłanek które mogłyby stanowić podstawę do uznania, iż certyfikacja produktów stanowiących przedmiot zamówienia jest długotrwała, kosztowna lub z innych przyczyn pozostająca poza zasięgiem wykonawcy. Przeciwnie, przedmiot zamówienia w postaci mebli dostarczanych na potrzeby wyposażenia biur jest produktem, który standardowo na potrzeby biznesu podlega certyfikacji. Zaś legitymowanie się oferowanych produktów certyfikatem jakości w tym przypadku jest standardem rynkowym, i nie może być postrzegany jako nadmierne wymaganie zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że nie wymaga certyfikatów w stosunku do wszystkich elementów wchodzących w zakres zamówienia (wszystkich mebli) a jedynie dla niektórych, które w ocenie zamawiającego są kluczowe z uwagi na uwarunkowania BHP. Certyfikaty nie stanowią ponadto dokumentów weryfikowanych na etapie złożenia oferty, a stanowią jedynie jeden z elementów poprzedzających zawarcie umowy. Przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a jego zastosowanie następuje w przypadku stwierdzenia braku możliwości posłużenia się nim przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób powiązać

braku informacji wynikającej z art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. w treści s.i.w.z. i jej nawet potencjalnego wpływu na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień.

W ocenie zamawiającego dodanie informacji zgodnie z żądaniem odwołującego mogłoby wskazywać na to, iż z wyjątku przewidzianego w art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. czyni się zasadę, konsekwencją której będzie uchylanie się wykonawcy od poddania towaru wymaganej certyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 3 i ust. 2 pkt. 1 ustawy P.z.p., a także art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, na skutek nieuwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a polegającego na nieokreśleniu w s.i.w.z. uprawnień wykonawców w przypadku niedotrzymania przez zamawiającego w całym okresie trwania umowy realizacji zamówienia w pełnym zakresie określonym w pkt I ppkt 2 OPZ (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) gwarantowanego, co powoduje, że:

- a) nie zostały w sposób dostateczny określone warunki stanowiące podstawę skalkulowania ceny i złożenia oferty;
- b) ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego narusza jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzi do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego; zamawiający wskazał, że:

- Zarzut nie został poparty uzasadnieniem.
- Teza zarzutu stoi w sprzeczności z zasadami rozliczeń wynikającymi z ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z Rozdziałem XI pkt 11.4 s.i.w.z., zamawiający gwarantuje wykonawcy realizację w okresie obowiązywania umowy dostawy i montaż mebli o w wymiarze wskazanym w Opisie przedmiotu zamówienia w kolumnie nr 5 (ilość gwarantowana), natomiast zlecenie dostawy i montażu dodatkowej ilości mebli (opcja) zależy tylko od decyzji zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący sformułował zarzut braku dostatecznego określenia warunków stanowiących podstawę skalkulowania ceny, nie popierając go rzeczowym uzasadnieniem.

Zamawiający podkreślił, że w przypadku braku jednoznacznego uregulowania danej kwestii w umowie, każda ze stron umowy odpowiada za naruszenie zobowiązań umownych

na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej, określonych przepisami kodeksu cywilnego. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 maja 2016 r., KIO 654/16, wprost stwierdziła, że zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego.

W ocenie zamawiającego, proponowana przez Odwołującego zmiana na postanowienie wprowadzające obowiązek zapłaty wykonawcy „za gotowość do świadczenia” stoi w sprzeczności z wynikającą z poszczególnych przepisów ustawy zasadą, iż płatność należy się za zrealizowane usługi (patrz art. 145 ust. 2). Należy pamiętać, że zamówienia publiczne są finansowane ze środków publicznych, które mogą być wydatkowane w ściśle określonych warunkach i podlega to kontroli, stosownie do ustawy o finansach publicznych. Podmioty zobligowane do stosowania ustawy nie mogą przeznaczać środków finansowych dla kontrahentów, którzy niczego nie świadczą. Brak świadczenia wzajemnego oznaczałby de facto finansowanie działalności danego podmiotu ze środków publicznych — co również podlega stosownym rygorom i z pewnością nie może odbywać się drogą przetargu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego (dalej: kc) 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) wprowadzenie w § 8 ust. 4 i 10, 10 ust 2 i II umowy oraz pkt 111.8 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) zasady, według której odbiór i fakturowanie, a w konsekwencji zapłata wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić dopiero po podpisaniu protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, co powoduje możliwość odmowy odbioru z powodu jakichkolwiek zastrzeżeń, bez ograniczenia tego prawa do sytuacji stwierdzenia podczas odbioru wad istotnych dostarczonych mebli, a także ograniczenia go do tej części mebli, której wady istotne dotyczą, co ponadto stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 450 K.c., zamawiający wskazał, że zarzut oparty został na błędnym założeniu, iż zamawiający zakłada możliwość odmowy odbioru towaru (całości) bez względu na charakter stwierdzonej wady.

Zamawiający podniósł, że uzasadnienie zarzutu oparte zostało na błędnym założeniu, że usługa ma być świadczona sukcesywnie przez 48 miesięcy, a świadczenie objęte umową będzie/jest świadczeniem podzielnym.

Zamawiający wskazał, że zarzut ukształtowania 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 został zbudowany na założeniu, że ukształtowanie systemu płatności narusza w sposób nieuprawniony interesy wykonawcy, gdyż przy usłudze świadczonej sukcesywnie przez 48 miesięcy, wykonawca może w rzeczywistości zostać pozbawiony wynagrodzenia za świadczone latami usługi.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż założenie to jest błędne i stwierdził, że wbrew zarzutowi, treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego na wskazanych przez odwołującego płaszczyznach jest zgodna z powszechnie obowiązującym prawem.

W ocenie zamawiającego, przywołany w odwołaniu art. 450 k.c. wprost wskazuje, że wierzyciel (Zamawiający) ma prawo odmówić częściowego przyjęcia świadczenia, jeżeli naruszałoby to jego uzasadniony interes. Jak wskazano powyżej, jedynie spełnienie całości świadczenia ma dla zamawiającego wartość gospodarczą, związaną z uruchomieniem procesu pracy w kluczowych komórkach organizacyjnych. Struktura organizacyjna zamawiającego uniemożliwia przy tym oderwanie działania komórek odpowiedzialnych za działalność transakcyjną od działania innych komórek. Konieczne jest jednoczesne działanie kompletnej struktury. Przyjęty przez zamawiającego system odbioru towaru i jego montażu niezbędnego do wykorzystania dostarczonego towaru, jest przejawem zabezpieczenia tegoż interesu. Niewyobrażalne dla prawidłowego funkcjonowania dużej instytucji, zatrudniającej ponad tysiąc osób do pracy biurowej, jest uruchomienie placówki wyposażonej np. jedynie w część krzeseł lub w krzesła, lecz bez biurek. Mając na uwadze gospodarcze znaczenie czynności podejmowanych przez pracowników i konieczność dostosowania systemu bezpieczeństwa do poszczególnych stanowisk pracy, przyjęcie części towaru co do zasady nie spełnia wymogów zamawiającego.

Zamawiający zauważył ponadto, że przepis art. 450 k.c. dotyczy świadczeń podzielnych, bo to one mogą być spełniane częściami.

Zamawiający podkreślił, że świadczenie objęte przedmiotem zamówienia ma charakter świadczenia jednorazowego i niepodzielnego. Okoliczność, że przedmiotem świadczenia jest zbiór rzeczy określonych co do gatunku nie ma wpływu na ocenę podzielności ani jednorazowości świadczenia. W umowie można nadać świadczeniu podzielnemu z natury charakter niepodzielny, np. gdy z przyczyn gospodarczych spełnienie częściowe świadczenia nie będzie miało dla odbiorcy świadczenia wartości ekonomicznej. Zamawiający nie przewidział w s.i.w.z. płatności częściowych za ewentualne etapy realizacji umowy. Wykonawca nie może zatem, zdaniem zamawiającego, domagać się przyjęcia świadczenia w częściach. Przeczyłoby to bowiem jednorazowemu (i niepodzielnemu w danych okolicznościach) charakterowi świadczenia. (patrz: J. Rajski „Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym” Wydawnictwo Naukowe PWN 1994, str. 129-133)

Ponadto, wbrew treści zarzutu, w cz. III ppkt 8 OPZ zamawiający sprecyzował, że odmowa przyjęcia dotyczy tylko wadliwej części towaru i tylko od tej części naliczane są kary umowne. Ponadto, mając na uwadze termin dostarczenia niewadliwych, nowych mebli i termin płatności za fakturę VAT, wystawianą na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego podpisanego bez zastrzeżeń, ewentualne odsunięcie w czasie płatności za całość usługi, spowodowane oczekiwaniem na dostarczenie pozostałej części towaru po przeprowadzeniu reklamacji, nie powinno przekroczyć 7 dni kalendarzowych.

b) wprowadzenie w 7 ust. 1 umowy wymogu zawarcia oraz utrzymywania przez wykonawcę przez okres realizacji umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (kontraktowej i deliktowej w wysokości 10.000.000 złotych, w sytuacji gdy realizacja przedmiotu zamówienia ma następować sukcesywnie przez okres do 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, co powoduje, że na żadnym etapie wartość świadczeń realizowanych przez wykonawcę może nie osiągnąć wartości takich, jak żądana suma ubezpieczenia, zamawiający stwierdził, że uzasadnienie zarzutu oparte zostało na błędnym założeniu, że usługa ma być świadczona sukcesywnie przez 48 miesięcy.

Zamawiający przypomniał, że zamówienie gwarantowane zrealizuje nie sukcesywnie, a jednorazowo i zapłaci za nie kwotę powyżej 13 mln złotych. Ubezpieczenie wykonawcy ma zabezpieczyć szkody powstałe w wyniku realizacji zamówienia, które mogą powstać w wyposażonym lokalu oraz w samym sprzęcie. Skoro wartość dostawy opiewa na kwotę ok. 15 mln, ubezpieczenie nie pokryje *de facto* globalnej straty, jaką może ponieść zamawiający. Należy mieć na uwadze, że usługa objęta umową obejmuje także okres gwarancji i rękojmi na towar o wskazanej wartości. Żądana polisa 10 mln nie dotyczy ponadto jedynie przyszłej umowy z zamawiającym, a ubezpieczenia całości działalności przyszłego wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że ma świadomość, że opłacenie składki będzie stanowiło dodatkowe obciążenie finansowe dla wykonawcy. Wymóg ten będzie miał jednak zastosowanie wyłącznie wobec wykonawcy, który zawrze umowę z zamawiającym. Taki sposób sformułowania wymogu pozostaje bez wpływu na poziom konkurencji, a weryfikacja polisy nastąpi przed zawarciem umowy. Biorąc pod uwagę w szczególności zobowiązania zamawiającego wobec wynajmującego powierzchnię biurową, poziom ewentualnych szkód i wartość zamówienia wymaganie jest uzasadnione, nawet jeśli będzie miało wpływ na poziom ceny oferty.

c) wprowadzenie w § 11 ust. 1 pkt 1 umowy kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w dostawie i montażu towaru względem terminów oznaczonych w III ppkt 1 i 2 oraz pkt IV ppkt 4 OPZ lub opóźnienie w dostawie i montażu towaru w wykonaniu zgłoszonej reklamacji, o której mowa w pkt III ppkt 6 OPZ, 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, wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 7% wynagrodzenia brutto za realizację zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471, art. 473 § 1 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 P.z.p.;

Zamawiający wskazał, że zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności z art. 471 K.c., wprowadzenie kary umownej nie oznacza *a limine* wprowadzenia odpowiedzialności za zdarzenia, za które dłużnik odpowiedzialności w ogóle nie ponosi. Odwołanie się do opóźnienia bądź zwłoki dłużnika określa jedynie reżim odpowiedzialności — na zasadzie ryzyka bądź na zasadzie winy, a nie przeniesienie odpowiedzialności z wierzyciela na dłużnika. Wysokość kary umownej nie jest wymaganiem względem wykonawcy, stawianym przez zamawiającego w s.i.w.z., a ewentualną sankcją za nieprawidłowe wykonanie zlecenia, nie może zatem naruszać zasad wskazanych w art. 7 P.z.p. Kara umowna jest instrumentem, którego istota polega na uproszczeniu dochodzenia rekompensaty przez uprawnioną stronę umowy od drugiej strony, która nie wykonała zobowiązania określonego w umowie. Powszechnie przyjmuje się, że uprawniony do naliczenia kary nie musi wykazywać faktu poniesienia szkody ani jej wysokości (uchwale składu 7 sędziów SN z 6.11.2003 r., sygn. III CZP 61/03). Umawiające się strony określają karę niejednokrotnie także w oderwaniu od zawinienia zobowiązanego do zapłaty kary. Brak powiązania obowiązku zapłaty kary umownej z zawinieniem naruszenia zobowiązania umownego objętego tą karą, czyli odniesienie kary do opóźnienia, a nie zwłoki dłużnika, nie oznacza *a limine* naruszenia przepisów. W orzecznictwie sądowym wyraźnie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych za opóźnienie, tj. niezależnie od istnienia winy po stronie dłużnika (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 791/98), a zasada ta jest akceptowana również przez Krajową Izbę Odwoławczą (np. wyrok z dnia 18 maja 2015 r., KIO 897/15

Zamawiający zwrócił uwagę na określoną w art. 353¹ K.c. zasadę swobody umów. Zgodnie z tym przepisem, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przepisy kodeksu zabraniają jedynie określenia kary umownej z tytułu naruszenia zobowiązania pieniężnego. Przepis art. 473 K.c. przewiduje za to, że strony mogą szerzej określić okoliczności, za które dłużnik odpowiada. W ramach swobody umów strony mogą zatem tak ułożyć treść stosunku prawnego, aby dłużnik

był zobligowany do zapłaty kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania będącego następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności wedle ogólnych zasad wynikających z art. 471 k.c. (por. Jacek Jastrzębski „Nietypowe kary umowne swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika” komentarz praktyczny, PPH, wyd. ABC). W przywoływanym już wyroku z dnia 10 maja 2016 r., KIO 654/16, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła zaś, że „zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy”

Zamawiający podkreślił, że możliwość stosowania kar umownych za opóźnienie w świadczeniu potwierdza *de facto* ustawodawca, wprowadzając w nowej ustawie o zamówieniach publicznych, która wejdzie w życie 1 stycznia 2021 r., pojęcie katalog niedozwolonych klauzul umownych. Art. 433 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. przewiduje, że dopuszczalne jest określenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia

Zamawiający poinformował, że powołując się na przedstawiony już opis zakresu zamówienia i jego znaczenia ekonomiczne dla zamawiającego, zastosowanie kary umownej za opóźnienie w tym przypadku jest jak najbardziej zasadne, zwłaszcza że skala reperkusji finansowych i wizerunkowych dla zamawiającego w przypadku zachwiania płynności działania jest obecnie nawet trudna do oszacowania. Skoro skutki procesu inwestycyjnego i reorganizacyjnego, którego elementem jest wyposażenie siedziby, rodzą dla zamawiającego wiele ryzyk, nie jest nadmiernym oczekiwanie od wykonawców ponoszenia odpowiedzialności za swoje działania lub zaniechania na zasadzie tegoż ryzyka.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób wysokość 7% kary umownej miałyby naruszyć zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Ponadto, zasada uczciwej konkurencji, o której mowa w ww. przepisie, oznacza konieczność traktowania przez zamawiającego wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy. W uchwale z 19.05.2016 r. (KIO/KD 34/16, LEX nr 2110662) KIO stwierdziła, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko bezpośrednio poprzez wskazanie konkretnego produktu lub wykonawcy, ale także przez takie dokonanie opisu, które umożliwia dostęp do zamówienia jednemu lub kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu

określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5—17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 u.o.k.k. (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej). (Nowicki Józef Edmund, Kotecki Mikołaj „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. IV)

W ocenie zamawiającego, zarzut powyższy, pomijający wszelkie wyjaśnienia wpływu wysokości kary umownej na ocenę konkurencyjności postępowania, nie zasługuje na uwzględnienie.

Z kolei zasada proporcjonalności, jak wynika m.in. z orzeczenia ETS z 23.12.2009 r. (sprawa C 376/08) jest równoznaczna z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. niezbędnym do osiągnięcia celu postępowania. Chodzi o równowagę interesu zamawiającego, polegającego na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesu potencjalnych wykonawców, których nie można eliminować z udziału w postępowaniu przez wprowadzenie nadmiernych wymagań.

Zamawiający wskazał, że wysokość kary umownej nie jest wymaganiem względem wykonawcy, stawianym przez zamawiającego w s.i.w.z., a ewentualna sankcją za nieprawidłowe wykonanie zlecenia.

W ocenie zamawiającego, powyższe dowodzi również bezzasadności zarzutu nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego, gdyż nie wzbogacenie jest celem stosowania kar umownych, lecz uzyskanie rekompensaty za przeszkody/straty wynikające z niewykonania zobowiązań umownych przez kontrahenta. *De facto* brak stanowisk pracy osób odpowiedzialnych za prowadzenie bieżącej działalności banku może generować szkody o wartości nieporównywalnie wyższej od zastrzeżonych kar umownych.

Zgodnie z § 11 IPU karę umowną 7 % stosuje się do wynagrodzenia brutto należnego za realizację zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. W przypadku, gdy opóźnienie dotyczy jedynie części zamówienia, kara będzie naliczana od wartości mebli, jakich ono dotyczy. Zamawiający wyjaśnia, że ponosi duże ryzyko, że dostawca opóźni się z dostawą i montażem mebli, a pracownicy z 3 lokalizacji nie będą mogli wyprowadzić się z budynków zajmowanych obecnie przez zamawiającego. Konsekwencją będzie opóźnienie procesu modernizacji budynku Centrali oraz poniesienia kosztów/kar przedłużenia wynajmu. Wobec powyższego wysokość kary umownej nie może być traktowana

jako nieuzasadnione wzbogacenie, gdyż *de facto* może nawet nie pokryć rzeczywistych szkód poniesionych przez zamawiającego.

d) wprowadzenie w § 11 ust. 1 pkt 2 umowy kary umownej, która:

- obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w usunięciu wady towaru zgłoszonej przez Zamawiającego w ramach gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminu określonego w § 10 ust. 3 i 12, 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, wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 7% wynagrodzenia brutto za realizację zamówienia obejmującego wadliwy towar, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471, art. 473 § 1 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 P.z.p., oraz

e) wprowadzenie w § 11 ust. 1 pkt 3 umowy kary umownej, która obejmuje odpowiedzialność za opóźnienie w przypadku niedostarczenia towaru zastępczego w okolicznościach, o których mowa w § 10 ust. 4 i 15 lub dostarczenia towaru zastępczego o parametrach innych niż parametry równoważne bez zgody zamawiającego, 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, wprowadza rażąco wygórowaną stawkę kar umownych w wysokości 7% wynagrodzenia brutto za realizację zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471, art. 473 § 1 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 P.z.p., zamawiający podtrzymał stanowisko prezentowane wyżej w zakresie analogicznych zarzutów.

f) wprowadzenie w § 11 ust. 2 zdanie drugie umowy, zgodnie z którą kary umowne określone w § 11 ust. 1 pkt 1-3 umowy (dotyczące odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania) oraz § 11 ust. 1 pkt 4 umowy (dotycząca odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania) podlegają kumulacji, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471, art. 473 § 1 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 P.z.p., zamawiający wskazał, że

obowiązujące przepisy, w szczególności powołane w odwołaniu art. 483 § 1 ani art. 483 i art. 484 K.c., nie regulują kwestii zakazu kumulowania kar umownych.

Zamawiający stwierdził, że powołane w odwołaniu przepisy, które zdaniem odwołującego zostały naruszone poprzez wprowadzenie postanowienia o możliwości kumulacji kar umownych, nie regulują kwestii zakazu kumulowania kar umownych. Nie mogło zatem dojść do ich naruszenia.

Zamawiający przywołał orzecznictwo Sądu Najwyższego (sygn. III CZP 39/12) istotnie dotyczy sytuacji, gdy kumulacja dotyczy kar za nienależyte wykonanie zobowiązania i kary za jego niewykonanie będące skutkiem odstąpienia. Sąd orzekł mianowicie, iż kary umowne nie mogą być kumulowane, ale dotyczy to sytuacji, gdy dochodzi do zbiegu przewidzianych umową kar: za nienależyte wykonania zobowiązania — zastrzeżonej na wypadek zwłoki lub opóźnienia za okres poprzedzający odstąpienie od umowy oraz za niewykonanie zobowiązania — zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy. Zasada ta nie ma jednak zastosowania, jeśli jednocześnie strony w umowie zastrzegą możliwości kumulowania (sumowania) kar umownych. (por. wyrok SN w sprawie o sygn. V CSK 260/11). Podsumowania powyższej zasady dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w sprawach o sygn. KIO 980/18, KIO 983/18, rozpoznanych 6 czerwca 2018 r., opowiadając się za możliwością zastrzeżenia w umowie kumulacji powyższych kar.

g) zaniechanie wprowadzenia w § 11 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 11 ust. 1 pkt 4 na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471, art. 473 § 1 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 P.z.p., zamawiający wskazał, że zgodnie z § 11 ust. 2 zdanie 1 umowy, kary umowne podlegają sumowaniu, przy czym łączna kwota naliczonych kar nie może przekroczyć całkowitej wartości przedmiotu umowy.

Wskazane przepisy, które miałyby podlegać naruszeniu, nie regulują limitu naliczonych kar umownych.

W ocenie zamawiającego nie mogłoby dojść do naruszenia wskazanych w omawianym zarzucie przepisów, ponieważ nie dotyczą ustalania limitu kar umownych, jakie mogą zostać naliczone w ramach jednej umowy. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że proponowany przez odwołującego limit kar umownych w wysokości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia brutto, nie spełniałby w okolicznościach sprawy swojej funkcji rekompensacyjnej. Limit na poziomie równowartości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia brutto określonego w

IPU nie zaspokaja bowiem roszczeń wynikających ani z rzeczywistej szkody, ani ryzyka dla zamawiającego, związanych z brakiem wyposażenia meblowego w centralnej siedzibie. Niedostarczenie mebli w terminie do siedziby tymczasowej spowoduje niemożliwość wprowadzenia się na najmowaną powierzchnię biurową i rozpoczęcie/kontynuację pracy całej instytucji. Zamawiający podkreślił, że opóźnienie w dostawie mebli doprowadzi do tego, że pracownicy z lokalizacji, z których zamawiający musi się wyprowadzić, nie będą mogli objąć stanowisk pracy. Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że kara wskazana w umowie nie jest rażąco wygórowana jest fakt, że brak mebli w siedzibie tymczasowej zamawiającego doprowadzi również do opóźnień w remoncie obecnie siedziby Centrali Zamawiającego, w Alejach Jerozolimskich, co w konsekwencji przyniesie dla zamawiającego ogromne koszty związane z innymi wiążącymi go kontaktami.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 roku odwołujący cofnął zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także dyskryminacyjny i nieprzydatny dla potrzeb oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 pkt 1, a także art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, na skutek nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu.

Odnosząc się do zarzutu dot. braku przewidzenia równoważnych metod dowodowych określonych w art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. i w § 13 ust. 4 rozporządzenia, Izba ustaliła, że w s.i.w.z., w OPZ (załącznik nr 1), pkt 1 ppkt 2 pozycje 1, 4, 6, 8, 10, 12, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 58, 59, 60, 61, 64 zamawiający przedstawił wymogi posiadania przez niektóre towary (w zakresie określonym w OPZ) atestów lub certyfikatów potwierdzających zgodność z normami, które mają być wystawione przez „niezależną jednostkę posiadającą akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub równoważną instytucję z jednego z państw Unii Europejskiej będącej członkiem EA wystawione przez akredytowaną jednostkę zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r.

Analogiczne zapisy nakazujące konieczność posiadania przez produkty certyfikatów zgodności wystawionych „przez niezależną instytucję posiadającą akredytację”. Dotyczą one pkt 1 ppkt 2 pozycje 1, 4, 6, 10, 12.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający może wymagać od wykonawców przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

W myśl ust. 2, przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

Stosownie do ust. 3, w przypadku wymagania przedstawienia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

Zgodnie z ust. 4, zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

W myśl § 13 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich.

Izba wskazuje, że brak w treści s.i.w.z. odwołania do art. 30b ust. 4 ustawy P.z.p. nie oznacza, że zamawiający nie jest obowiązany do jego stosowania. Wskazany przepis jest bowiem przepisem bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), zawierającym nakaz, od wypełnienia którego nie można się uchylić. Zamawiający, do którego przytoczona norma jest skierowana, zobowiązany jest zachować się zgodnie z jej treścią.

Zamawiający nie ma obowiązku przytaczania w treści s.i.w.z. przepisów bezwzględnie obowiązujących, które mają zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Niemniej jednak jest obowiązany je stosować. Dopiero w przypadku niezastosowania lub naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu, wykonawcy, którego interes w uzyskaniu zamówienia zostanie przez to naruszony lub zagrożony, przysługiwać będzie uprawnienie do jego obrony poprzez skorzystanie z przewidzianych ustawą P.z.p. środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutu odnoszącego się do odbiorów i fakturowania, Izba ustaliła, że zgodnie z § 8 ust. 4 projektu umowy wynagrodzenie za wykonanie każdego zamówienia płatne będzie na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT. Podstawą wystawienia faktury będzie protokół zdawczo-odbiorczy Towaru podpisany bez zastrzeżeń przez Koordynatorów Umowy, o których mowa w § 17. Zgodnie z ust. 10 wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie zrealizowane zamówienia odebrane protokołem bez zastrzeżeń. W myśl § 10 ust. 2 wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości Towaru. Okres gwarancji na dostarczony Towar i prace montażowe wykonane w ramach Umowy wynosi 60 miesięcy i rozpoczyna się w dniu podpisania przez Koordynatorów Umowy, o których mowa w § 17, protokołu zdawczo-odbiorczego podpisanego bez zastrzeżeń. Jeżeli na dany Towar udzielona jest gwarancja przez producenta i jest ona dłuższa od ww. okresu, obowiązuje gwarancja producenta. Wykonawca wraz z Towarem przekaże Zamawiającemu dokument gwarancyjny producenta. Okres gwarancji biegnie od podpisania ww. protokołu. Stosownie do ust. 11 bieg terminu rękojmi rozpoczyna się z dniem podpisania przez uprawnionych przedstawicieli obu Stron protokołu zdawczo-odbiorczego bez zastrzeżeń. Zgodnie z pkt III.8 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.), za datę realizacji zamówienia uznaje się datę podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego stanowiącego załącznik nr 2 do OPZ, o którym mowa w ppkt 4, bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ppkt 5, jedynie względem części dostarczonych Mebli, Zamawiający i Wykonawca podpisują protokół, w którym określają, która część Towaru została dostarczona i zamontowana bez zastrzeżeń, a która podlega reklamacji. Zgodnie z pkt III.5 OPZ, jeżeli w trakcie sprawdzenia zostaną stwierdzone:

- a) braki ilościowe w dostawie;
- b) niezgodność dostarczonych Mebli ze specyfikacją określoną w pkt. I ppkt 2 OPZ;

- c) niezgodność z próbkami;
- d) wady fizyczne Mebli;
- e) wady w montażu Mebli.

Wykonawca zobowiązany jest do nieodpłatnego usunięcia wad, bądź wymiany Towaru na wolny od wad (według wyboru Zamawiającego) w terminie 7 dni kalendarzowych od daty stwierdzenia niezgodności, z zastrzeżeniem ppkt. 6 (Reklamacja). Na czas usunięcia wad bądź wymiany Towaru Wykonawca zapewni meble zastępcze, o nie gorszych parametrach i zbliżonej kolorystyce i estetyce.

Analiza wskazanych wyżej postanowień projektu umowy oraz OPZ przeczy stanowisku odwołującego, jakoby odbiór i fakturowanie, a w konsekwencji zapłata wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić dopiero po podpisaniu protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, co powoduje możliwość odmowy odbioru z powodu jakichkolwiek zastrzeżeń, bez ograniczenia tego prawa do sytuacji stwierdzenia podczas odbioru wad istotnych dostarczonych mebli, a także ograniczenia go do tej części mebli, której wady istotne dotyczą, co ponadto stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 450 K.c. Treść pkt III.5 i III.8 OPZ jednoznacznie wskazuje, że zamawiający może odmówić odbioru mebli i podpisania protokołu bez zastrzeżeń nie w przypadku stwierdzenia, że meble posiadają jakiekolwiek wady, lecz jedynie wady wskazane w pkt. III.5 OPZ. Ponadto odmowa odbioru mebli i podpisania protokołu bez zastrzeżeń nie dotyczy całej dostawy, lecz jedynie tej jej części, wobec której stwierdzono wady.

Izba nie dopatrzyła się w zakwestionowanych postanowieniach również naruszenia art. 450 K.c., zgodnie z którym wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chociażby cała wierzytelność była już wymagalna, chyba że przyjęcie takiego świadczenia narusza jego uzasadniony interes. Izba ponownie podkreśla, że zgodnie z pkt. III.8 OPZ zamawiający obowiązany jest odebrać i podpisać protokół zdawczo-odbiorczy bez zastrzeżeń wobec tej części zamówienia, wobec której nie stwierdzono wad wskazanych w pkt. III. 5.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wprowadzenia w § 7 ust. 1 umowy wymogu zawarcia oraz utrzymywania przez wykonawcę przez okres realizacji umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (kontraktowej i deliktowej w wysokości 10.000.000 złotych, w sytuacji gdy realizacja przedmiotu zamówienia ma następować sukcesywnie przez okres do 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, co powoduje, że na żadnym etapie wartość świadczeń realizowanych przez wykonawcę może nie osiągnąć wartości takich, jak żądana suma ubezpieczenia, Izba wskazuje, że zarzut został oparty na błędnym założeniu, iż przedmiot zamówienia ma być świadczony sukcesywnie przez 48 miesięcy. Tymczasem, zgodnie z pkt.

III.1 OPZ, dostawa wraz z montażem ma być jednorazowa i zrealizowana w terminie nie późniejszym niż 75 dni od daty złożenia zamówienia, przy czym zamawiający zapłaci za zamówienie kwotę nie niższą niż 13 mln zł.

Wskazać należy, że skoro zamawiający brał pod uwagę istotne ryzyko zaistnienia szkód przy realizacji kontraktu, był uprawniony do wprowadzenia obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana.

Odnosząc się do wymaganej kwoty ubezpieczenia, Izba wskazuje na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 24 listopada 2015 r., III SA/Lu 510/15. Wyrok ten dotyczy co prawda obowiązku posiadania ubezpieczenia OC we wskazanej wysokości jako warunku udziału w postępowaniu, niemniej jednak wynikające z niego konstatacje pozostają aktualne również mając zastosowanie również w rozpoznawanej sprawie. Powołując się przepis art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p. (aktualnie art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p.) organ kontrolny wywiódł, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zatem wysokość sumy gwarancyjnej polisy OC winna pozostawać w korelacji kwotowej z wartością przedmiotu zamówienia, gdyż taka zależność zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców, wyłączając tym samym podmioty niezdolne do jego realizacji. Jeżeli więc wartość przedmiotu zamówienia miała wynieść ok. 3.000.000 zł brutto, a wymagana kwota minimalna suma ubezpieczenia została określona w s.i.w.z. na to należało stwierdzić, iż sformułowane wymagania wobec polisy OC są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wartość polisy OC ustalona na kwotę 5.000.000,00 zł., niewspółmiernie przewyższała wartość szacunkową zamówienia, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wykładając *a contrario* przytoczony wyrok stwierdzić należy, że wymagana w przedmiotowym postępowaniu wartość polisy, ustalona na poziomie niższym niż wartość przedmiotu zamówienia, nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów prawa, tj. art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i 353¹ K.c.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty ustalenia obowiązku zapłaty kar umownych za opóźnienie, nie za zwłokę.

Zgodnie z § 11 projektu umowy:

1. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kary umownej:
 - 1) w przypadku opóźnienia w dostawie i montażu Towaru w stosunku do terminu określonego w pkt III ppkt 1 i 2 oraz pkt IV ppkt 4 OPZ lub opóźnienia w dostawie i montażu

Towaru w wykonaniu zgłoszonej reklamacji, o której mowa w pkt III ppkt 6 OPZ – w wysokości 7% wynagrodzenia brutto należnego za realizację Zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. W przypadku, gdy opóźnienie dotyczy jedynie części zamówienia, kara będzie naliczana od wartości Mebli, jakich ono dotyczy,

2) w przypadku opóźnienia w usunięciu wady Towaru zgłoszonej przez Zamawiającego w ramach gwarancji lub rękojmi w stosunku do terminu określonego w § 10 ust. 3 i 12 – w wysokości 7% wynagrodzenia brutto należnego za realizację Zamówienia obejmującego wadliwy Towar, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. W przypadku, gdy opóźnienie dotyczy jedynie części zamówienia, kara będzie naliczana od wartości Mebli, jakich ono dotyczy,

3) w przypadku niedostarczenia towaru zastępczego w okolicznościach, o których mowa w § 10 ust. 4 i 15 lub dostarczenia towaru zastępczego o parametrach innych niż parametry równoważne bez zgody Zamawiającego – w wysokości 7% wynagrodzenia brutto należnego za realizację Zamówienia obejmującego wadliwy Towar, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. W przypadku, gdy opóźnienie dotyczy jedynie części zamówienia, kara będzie naliczana od wartości Mebli, jakich ono dotyczy,

4) w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy lub jej wypowiedzenia z winy Wykonawcy – w wysokości 20% maksymalnego łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 1 Umowy.

2. Kary umowne podlegają sumowaniu, przy czym łączna kwota naliczonych kar nie może przekroczyć całkowitej wartości przedmiotu Umowy. Naliczenie przez Zamawiającego kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy lub jej wypowiedzenia nie wyłącza prawa do naliczenia kary umownej z innego tytułu.

3. Skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnień określonych w niniejszym paragrafie nie wyłącza możliwości żądania odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.

W przypadku, gdy szkoda jaką poniesie Zamawiający w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę postanowień niniejszego Paragrafu przewyższy wysokość kary umownej, Wykonawca jest zobowiązany do naprawienia szkody w pełnej wysokości.

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną s.i.w.z. Zasada swobody

kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przewidziana w tym przepisie kara umowna jest swego rodzaju odszkodowaniem służącym naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że kara umowna przysługuje także w takim przypadku gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z powodu nienależytego wykonania umowy mimo, że przepis mówi o prawie do kary „bez względu na wysokość poniesionej szkody” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 lutego 2015 r., I ACa 967/14). Jeśli uchybienie wykonawcy polega na niedotrzymaniu terminu wykonania zamówienia publicznego, kara umowna, w razie jej zastrzeżenia, typowo należna jest za opóźnienie albo za zwłokę wykonawcy.

Nie ma przeszkód prawnych, aby wykonawca, na podstawie art. 473 § 1 k.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. Możliwość rozszerzenia (zaostrzenia) zakresu

odpowiedzialności wykonawcy jest nieograniczona, ponieważ art. 473 § 1 k.c. w tym zakresie nie określa żadnych granic. Strony w umowie mogą więc przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy uznać także możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy. Jeżeli postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego określają rozszerzony zakres odpowiedzialności w stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegają karę umowę z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy.

Wskazać również należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 roku sygn. akt I CSK 331/12, LEX nr 1293724, z którego wynika, że brak jest podstawy do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika.

Izba wskazuje ponadto, że przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownym, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353[1] k.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1706/13).

Wskazując na powyższe, Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień umownych w tym zakresie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący nieuprawnionego wprowadzenia w § 11 ust. 2 projektu umowy możliwości kumulowania kar umownych za nienależyte wykonanie umowy oraz niewykonanie umowy.

Izba wskazuje na wnioski płynące z uchwały Sądu Najwyższego z 18 lipca 2012 r. (sygn. akt III CZP 39/12). Sąd Najwyższy rozstrzygnął, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy. Oznacza to, że w przypadku skutecznego odstąpienia od umowy, powód jest uprawniony wyłącznie do domagania się od pozwanego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, a nie kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji robót będących jej przedmiotem. Sąd Najwyższy wskazał, że żądanie kary umownej zastrzeżonej w związku z odstąpieniem oraz kary umownej zastrzeżonej w związku ze zwłoką bądź opóźnieniem stanowią roszczenia oparte na dwóch różnych źródłach. Jednocześnie dopuszczalne jest – w ramach zasady swobody umów wynikającej z art. 353¹ K.c. - aby strony przewidziały w umowie wprost możliwość kumulacji kar umownych z tytułu opóźnienia (zwłoki) i odstąpienia od umowy, co także potwierdził Sąd Najwyższy w powołanej wyżej uchwale.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, iż postanowienie umowne, z którego wynika możliwość kumulowania kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy oraz z tytułu odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia z winy wykonawcy nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów prawa.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty dotyczące wysokości kar umownych oraz wprowadzenia w § 11 ust. 2 projektu umowy górnego limitu kar umownych na poziomie naruszającym przepisy.

Podkreślenia wymaga, że przepisy Kodeksu cywilnego o karach umownych nie ustalają wysokości kar umownych ani nie wskazują poziomu kar umownych, powyżej którego karę umowną można by uznać za rażąco wygórowaną. Wskazywane przez odwołującego jako podstawa zarzutów przepisy Kodeksu cywilnego, tj. art. 471, 473, 483 i 484 § 1 w żaden sposób nie odnoszą się do wysokości kary umownej. Jedynie art. 484 § 2 K.c. stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Izba wskazuje, że kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Na gruncie ustawy P.z.p. kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że samo ustalenie wysokości kary umownej na wysokim poziomie nie stanowi samo w sobie o tym, że kara jest rażąco wygórowana. Kompetencja do

ustalenia, czy tak jest w istocie, należy do sądu powszechnego, który – dokonując tej oceny – winien wziąć pod uwagę szereg okoliczności, takich jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika zobowiązań umownych oraz wagę tych naruszeń.

Miarkowanie kary umownej polega na jej zmniejszeniu dla wyeliminowania dysproporcji między wysokością kary a odpowiadającym jej interesom wierzyciela. Zgodnie z art. 484 § 2 K.c. sądom przysługuje samodzielna kompetencja ukształtowania kary umownej w oparciu o dwie przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej części lub rażącego wygórowania kary (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2017 r., VI ACa 1869/15).

„Rażąco wygórowanie” jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej, a o stanie rażącego wygórowania można natomiast mówić w sytuacji, gdy kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania. Celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, ażeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Przyjmuje się, że stan „rażącego wygórowania” istnieje m.in. wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależycie, a wierzyciel nie poniesie szkody (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 października 2018 r., I AGa 111/18).

Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie kary umowne zostały ustalone na poziomie 7% wynagrodzenia brutto należnego za realizację zamówienia, którego opóźnienie dotyczy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Jednakże w przypadku, gdy opóźnienie dotyczy jedynie części zamówienia, kara będzie naliczana jedynie od wartości mebli, jakich ono dotyczy. W istocie więc kara może być naliczona na niewielkim poziomie, jeżeli będzie dotyczyła opóźnienia w dostawie czy usunięcia wad lub dostarczenia mebli zastępczych w odniesieniu do niewielkiej ilości asortymentu.

Odnosnie ustalonego przez zamawiającego górnego limitu kar umownych wskazać należy, że limit ten nie dotyczy kary umownej naliczonej za pojedynczy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ale kumulacji kar umownych z tytułu rozmaitych okoliczności, za które – zgodnie z umową – zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną. W przypadku sporu pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do wysokości kary umownej, kwestię tę będzie rozstrzygał sąd powszechny biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy.

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, a brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastycznienie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ocenie Sądu najbardziej ogólnym kryterium oceny jest „stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego i dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Sąd zwrócił również uwagę, że dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, z zastrzeżeniem, iż zarzuty wskazane w pkt. 1 sentencji wyroku podlegały umorzeniu ze względu na ich cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019 roku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....