

Sygn. akt: KIO 504/23

POSTANOWIENIE
z dnia 8 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2022 r. przez odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gdańskie Nieruchomości Samorządowy Zakład Budżetowy z siedzibą w Gdańsku** (ul. Partyzantów 74, 80-254 Gdańsk),

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) kwoty **18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 23 lutego 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gdańskie Nieruchomości Samorządowy Zakład Budżetowy z siedzibą w Gdańsku na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Remont, przebudowa i termomodernizacja wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków przy ul. Jaśkowa Dolina 7 i Pniewskiego 1 w Gdańsku w ramach projektu p.n. „Kompleksowa modernizacja energetyczna budynków mieszkalnych i użytkowych zlokalizowanych na terenie Gminy Miasta Gdańska w latach 2017-2020”. Nr referencyjny: TZ.250.5.2023.JR. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE nr 2023/S 032-095104 w dniu 14 lutego 2023 r.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu (...) polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” (dalej „Umowa”) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „Kc”). Wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. (...) art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 w zw. z art. 654 Kc poprzez zawarcie w treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz Wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych robót, a także odmowy dokonania przez Zamawiającego odbioru przedmiotu Umowy - w sytuacji wystąpienia w przedmiocie Umowy jakichkolwiek wad lub usterek tj.:

a) zawarcie w §8 ust. 3 lit. a) i c) treści wzoru Umowy postanowień:

„Podstawę do rozliczenia robót będą stanowiły następujące dokumenty:

a) protokoły odbioru częściowego potwierdzone przez inspektora nadzoru – bez zastrzeżeń,(...)

c) protokół ostateczny odbioru robót danej części potwierdzony przez inspektora nadzoru – bez zastrzeżeń”, które warunkują otrzymanie przez Wykonawcę należnego mu wynagrodzenia z tytułu wykonania robót budowlanych od dokonania protokolarnego odbioru częściowego lub ostatecznego bez zastrzeżeń, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru i tym samym zapłaty Wykonawcy umówionego wynagrodzenia powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych, uniemożliwiających, bądź znacząco utrudniających korzystanie z przedmiotu Umowy, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru

danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru i zapłacić umówione wynagrodzenie;

b) zawarcie w §12 ust. 5, 7 i 8 treści wzoru Umowy postanowień:

„5. Jeżeli Zamawiający uzna, że roboty zostały zakończone i nie będzie miał zastrzeżeń, co do kompletności i prawidłowości dokumentacji powykonawczej, w porozumieniu z Wykonawcą, wyznaczy datę odbioru końcowego robót. (...)

7. Jeżeli Zamawiający stwierdzi, że roboty nie zostały zakończone lub będzie miał zastrzeżenia, co do kompletności i prawidłowości dokumentacji powykonawczej, w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy termin ponownego złożenia przez Wykonawcę wniosku o dokonanie odbioru końcowego.

8. Zamawiający dokona odbioru końcowego robót i sporządzi protokół w terminie 5 dni kalendarzowych od spełnienia wymagań określonych w ust. 5 lub 7”,

które przyznają Zamawiającemu nieograniczone uprawnienie do odmowy odbioru przedmiotu Umowy w sytuacji dowolnego uznania, że roboty nie zostały zakończone, bądź też w sytuacji dowolnego uznania, że sporządzona przez Wykonawcę dokumentacja powykonawcza jest niekompletna/ nieprawidłowa podczas, gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia Umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

c) zawarcie w §12 ust. 10 lit. a) oraz ust. 12 treści wzoru Umowy postanowień: „10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone:

a) wady i usterki nadające się do usunięcia, to Zamawiający może odstąpić od czynności odbioru przedmiotu umowy. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wad i usterek i ponownego zgłoszenia przedmiotu umowy do odbioru (...)

12. Za datę odbioru końcowego uważać się będzie datę określoną w treści protokołu odbioru przedmiotu umowy podpisanego bez zastrzeżeń”,

które warunkują możliwość nieograniczonego odstępowania przez Zamawiającego od czynności odbiorowych i tym samym dokonanie przez Zamawiającego odbioru końcowego wyłącznie jeśli przedmiot Umowy nie ma żadnych wad, bądź usterek bez podziału na istotne czy nieistotne, usuwalne czy nieusuwalne, a jednocześnie sformułowanie „bez zastrzeżeń”

daje Zamawiającemu w zasadzie prawo do zgłoszenia jakichkolwiek uwag i zablokowania czy przedłużania w ten sposób odbioru końcowego – przy jednoczesnym obwarowaniu umownego terminu wykonania przedmiotu umowy karą umowną w wysokości 0,25% wynagrodzenia brutto (§ 14 ust. 1 lit. b) wzoru Umowy) podczas, gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych, uniemożliwiających, bądź znacząco utrudniających korzystanie z przedmiotu Umowy, zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru i zapłacić wykonawcy umówione wynagrodzenie;

2. (...) art. 16 Pzp, art. 8 ust. 1 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w związku z art. 353(1) Kc i art. 647 Kc w zw. z art. 484 §2 Kc w zw. z art. 483 Kc i art. 473 §1 Kc ze względu na zastrzeżenie w §14 ust. 1 lit. b), c), d), e), g), h), i), j) oraz §14 ust. 6 treści wzoru Umowy kar umownych rażąco wygórowanych oraz w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający Wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją Umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy tj.:

a) zastrzeżenie w §14 ust. 1 lit. b) wzoru Umowy kary umownej „z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,25% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, liczonego od dnia wyznaczonego na wykonanie roboty do dnia faktycznego odbioru przedmiotu umowy bez usterek i wad”, które to postanowienie narusza równowagę stron Umowy - gdyż w takim wypadku Zamawiający posiada pełną dowolność w ocenie czy przedmiot Umowy posiada wady, bądź usterki – bez wprowadzenia w tym zakresie żadnego podziału na usterki o charakterze istotnym, bądź nieistotnym, czy też usuwalnym, bądź nieusuwalnym. W konsekwencji, wystąpienie jakiegokolwiek - nawet najmniejszej - wady, bądź usterki uprawnia Zamawiającego nie tylko do odmowy odbioru przedmiotu Umowy, ale także do pozbawienia Wykonawcy wynagrodzenia w wysokości 0,25% jego wartości liczonej za każdy dzień zwłoki w usunięciu danej wady, bądź usterki. Tego typu zapis stwarza uzasadnione ryzyko jego nadużywania przez Zamawiającego, który poprzez żądanie usuwania nieistotnych wad, bądź usterek może celowo dążyć do odwołania przeprowadzenia procedury odbioru końcowego przedmiotu Umowy, aby w sposób bezpodstawny wzbogacić się kosztem Wykonawcy.

b) zastrzeżenie w §14 ust. 1 lit. c) wzoru Umowy kary umownej „z tytułu nieterminowego sporządzenia Harmonogramu rzeczowo – finansowego, o którym mowa w § 4 pkt. 1 lit. a niniejszej umowy lub nie usunięcia usterek i wad w wyznaczonym terminie w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień

zwłoki” która to kara – w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana, ponieważ kara zwłokę w sporządzeniu harmonogramu rzeczowo – finansowego nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji całego podstawowego zobowiązania umownego. Ponadto Zamawiający powtarza w tym zapisie karę umowną z tytułu nieusunięcia usterek i wad w wyznaczonym terminie, która to kara jest już zastrzeżona w §14 ust. 1 lit. d) wzoru Umowy powodując, że wykonawca może zostać w takim wypadku obciążony ryzykiem zapłaty podwójnej kary umownej z tego samego tytułu.

c) zastrzeżenie w §14 ust. 1 lit. d) wzoru Umowy kary umownej „z tytułu nie usunięcia usterek i wad w wyznaczonym terminie w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki”, która to kara – w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana, ponieważ kara zwłokę w usuwaniu usterek i wad nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji całego podstawowego zobowiązania umownego.

d) zastrzeżenie w §14 ust. 1 lit. e) wzoru Umowy kary umownej „z tytułu nie usunięcia usterek i wad w okresie rękojmi i gwarancji w wyznaczonym terminie w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki” która to kara – w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana ponieważ kara zwłokę w usuwaniu usterek i wad w okresie rękojmi i gwarancji nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego.

e) zastrzeżenie w §14 ust. 1 lit. g), h), i) oraz j) wzoru Umowy kar umownych związanych z naruszeniem przez Wykonawcę postanowień Umowy związanych z jego obowiązkami względem podwykonawców tj. brakiem, bądź nieterminową zapłatą wynagrodzenia, nieprzedłożeniem do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, nieprzedłożeniem poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umów o podwykonawstwo oraz brakiem zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty - w jednakowej wysokości – 1 % wynagrodzenia umownego brutto, która to wysokość ma charakter rażąco wygórowany, co powoduje, że kary nie mają charakteru dyscyplinującego, a wyłącznie represyjny oraz stwarzają ryzyko bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Kara w wysokości 1% wysokości wynagrodzenia jest też niezależna od skali uchybienia tj. w przypadku braku, bądź nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, to niezależnie od kwoty niezapłaconej jak i wielkości zwłoki w zapłacie Wykonawca zostaje pozbawiony 1% wynagrodzenia.

f) zastrzeżenie w §14 ust. 6 wzoru Umowy górnego limitu kar umownych naliczonych Wykonawcy na poziomie 40% wynagrodzenia umownego brutto, co jest poziomem wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, ponieważ limit kar umownych nie powinien przekraczać wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 14 ust. 1 lit. a) wzoru Umowy tj. wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto). Ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie przekraczającym wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego. Prowadzi to także do uniemożliwienia Wykonawcy prawidłowego oszacowania ryzyk związanych z realizacją Umowy, skoro ryzyko obarczenia Wykonawcy karami umownymi wynosi w niniejszym postępowaniu prawie połowę należnego temu Wykonawcy wynagrodzenia.

3. (...) art. 16 Pzp, art. 8 ust. 1 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w związku z art. 353(1) Kc, art. 58 Kc oraz art. 647 w zw. art. 656 i art. 636 §1 Kc ze względu na zastrzeżenie w §15 ust. 1 lit. c) w zw. z §15 ust. 6 oraz w §15 ust. 7 treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do dowolnego i natychmiastowego odstąpienia od Umowy, bądź też rozwiązania Umowy tj. uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadku „stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonywania przedmiotu umowy przez Wykonawcę”, co odbyć miałyby się w trybie natychmiastowym (§15 ust. 1 lit. c) w zw. z §15 ust. 6) oraz uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania Umowy „w przypadku rażącego naruszenia przez Wykonawcę jej postanowień bez ponoszenia skutków prawnych”, co stanowi nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez skonstruowanie postanowień umowy w sposób go uprzywilejujący i z naruszeniem zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego, gdyż uprawnienie do terminacji umowy powinno zostać poprzedzone wezwaniem Wykonawcy do usunięcia uchybień przed skorzystaniem z tego prawa w realnym i możliwym ze względów technologicznych do dotrzymania terminie.

4. (...) art. 433 pkt. 4) ustawy Pzp ze względu na brak określenia przez Zamawiającego minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia przez niego zakresu rzeczowego przedmiotu umowy tj. zastrzeżenie w §6 ust 11 Umowy, że „Wykonawca oświadcza, że zrzeka się prawa do odpowiadającej zmniejszonemu zakresowi prac części wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy oraz zrzeka się prawa do dochodzenia odszkodowania, w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego zakresu prac określonego w § 1 ust. 2 niniejszej umowy”, podczas gdy projektowane postanowienia Umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami prawa:

1. w zakresie zarzutu nr 1 powyżej Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa i wprowadzenie do niego postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać mu będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy). Ponadto Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru umowy w taki sposób, aby otrzymanie przez wykonawcę należnego mu wynagrodzenia nie było uzależnione od dokonania odbiorów częściowych (w przypadku płatności częściowych) oraz odbioru końcowego (w przypadku płatności końcowej) – bez zastrzeżeń.

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

– § 8 ust. 3 lit a) oraz c) otrzymują brzmienie:

„Podstawę do rozliczenia robót będą stanowiły następujące dokumenty:

a) protokoły odbioru częściowego potwierdzone przez inspektora nadzoru,(...)

c) protokół ostateczny odbioru robót danej części potwierdzony przez inspektora nadzoru”.

– §12 ust. 5, 7 otrzymują brzmienie:

„5. Jeżeli roboty zostaną zakończone, Zamawiający w porozumieniu z Wykonawcą, wyznaczy datę odbioru końcowego robót. (...)

7. Jeżeli roboty nie zostaną przez Wykonawcę zakończone, Zamawiający w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczy termin ponownego złożenia przez Wykonawcę wniosku o dokonanie odbioru końcowego.

– §12 ust. 10 lit. a) oraz ust. 12 otrzymują brzmienie:

„10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone:

a) wady i usterki nadające się do usunięcia, to Zamawiający dokona wówczas odbioru i w takim wypadku do protokołu odbioru końcowego zostanie załączona lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia (...)

12. Za datę odbioru końcowego uważać się będzie datę określoną w treści protokołu odbioru przedmiotu umowy”

2. w zakresie zarzutu nr 2 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy w zakresie kar umownych tak, aby kary te nie dawały Zamawiającemu dowolności w ustalaniu ich wysokości, nie były rażąco wygórowane oraz zostały powiązane z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie. W zakresie zarzutu dotyczącego wygórowanego maksymalnego limitu kar umownych – Odwołujący wnosi o dostosowanie przyjętego przez Zamawiającego limitu kar do przepisów prawa i realiów rynkowych poprzez jego zmniejszenie i dostosowanie do wielkości przyjętej jako kara za odstąpienie od Umowy.

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

– §14 ust. 1 lit. b) otrzymuje brzmienie:

„z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy dzień zwłoki, liczonego od dnia wyznaczonego na wykonanie roboty do dnia odbioru przedmiotu umowy”

– §14 ust. 1 lit. c) otrzymuje brzmienie:

„z tytułu nieterminowego sporządzenia Harmonogramu rzeczowo – finansowego, o którym mowa w § 4 pkt. 1 lit. a niniejszej umowy w wysokości 5 000 zł za każdy dzień zwłoki”

– §14 ust. 1 lit. d) otrzymuje brzmienie:

„z tytułu nie usunięcia usterek i wad w wyznaczonym terminie w wysokości 1000 zł za każdy dzień zwłoki”,

– §14 ust. 1 lit. e) otrzymuje brzmienie:

„z tytułu nie usunięcia usterek i wad w okresie rękojmi i gwarancji w wyznaczonym terminie w wysokości 1000 zł za każdy dzień zwłoki”

– §14 ust. 1 lit. g) otrzymuje brzmienie:

„z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Pzp – w wysokości 0,2 % niezapłaconego lub nieterminowo zapłaconego wynagrodzenia umownego brutto przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy za każdy dzień zwłoki”

– §14 ust. 1 lit. h) otrzymuje brzmienie:

„za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany w wysokości 5 000 zł”

– §14 ust. 1 lit. i) otrzymuje brzmienie:

„za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umów o podwykonawstwo, o których mowa § 9 ust. 10 i 13 lub ich zmian w wysokości 5 000 zł”

– §14 ust. 1 lit. j) otrzymuje brzmienie:

„za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 9 ust. 11 w wysokości 5 000 zł”

– §14 ust. 6 otrzymuje brzmienie:

„Łączna wysokość naliczonych Wykonawcy kar umownych nie może przekraczać 10 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust.1”

3.w zakresie zarzutu nr 3 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy poprzez wprowadzenie obowiązku wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień w realnym i możliwym ze względów technologicznych do dotrzymania terminie przed skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnienia do odstąpienia od Umowy oraz usunięcie uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy w przypadku rażącego jej naruszenia przez Wykonawcę bez ponoszenia skutków prawnych, które to uprawnienie stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego względem Wykonawcy, gdyż to Zamawiający posiada w takim wypadku pełną dowolność w ocenie czy Wykonawca narusza Umowę w sposób rażący czy też nie, a rozwiązanie Umowy w tym trybie odbywać miałyby się bez ponoszenia skutków prawnych przez Zamawiającego – czyli bez ponoszenia względem Wykonawcy jakiegokolwiek odpowiedzialności odszkodowawczej co stanowi naruszenie art. 471 Kc, czy też odpowiedzialności co do zapłaty Wykonawcy należnego mu wynagrodzenia, co stanowi obejście art. 647 Kc

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

– §15 ust. 6 otrzymuje brzmienie:

„W przypadkach określonych w ust. 1 lit. b i c odstąpienie od umowy przez Zamawiającego powinno zostać poprzedzone wezwaniem skierowanym do Wykonawcy, w którym Zamawiający udzieli mu dodatkowego, odpowiedniego terminu na naprawę naruszeń nie krótszego niż 14 dni”.

– §15 ust. 7 - wykreślony

4. w zakresie zarzutu nr 4 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy poprzez wprowadzenie stosownego limitu wyłączeń.

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 2 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

– § 6 ust. 11 otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca oświadcza, że zrzeka się prawa do odpowiadającej zmniejszonemu zakresowi prac części wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy oraz zrzeka się prawa do dochodzenia odszkodowania, w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego zakresu prac określonego w § 1 ust. 2 niniejszej umowy z zastrzeżeniem, że Zamawiający może ograniczyć zakres przedmiotu zamówienia o nie więcej niż 10% wartości przedmiotu umowy, przy czym o decyzji dotyczącej wyłączenia robót z zakresu Zamawiający musi powiadomić Wykonawcę z wyprzedzeniem co najmniej 30 dni, przed zaplanowanym w harmonogramie terminem ich wykonania”.

Wykonawca wskazał, że (...) Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności w załączniku nr 2 do SWZ „Projekt umowy” są niezgodne z Pzp, Kc i prawem budowlanym. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza swoje obowiązki, gdyż w sposób niezgodny z Kc zastrzega postanowienia uprawniające go do odmowy zapłaty na rzecz Wykonawcy należnego mu wynagrodzenia (zarówno częściowego jak i końcowego) w każdym przypadku wystąpienia w przedmiocie Umowy jakichkolwiek wad lub usterek, a ponadto zastrzega kary umowne w rażąco wygórowanej wysokości, przyznaje sobie prawo do natychmiastowego odstąpienia bądź rozwiązania Umowy bez ponoszenia konsekwencji prawnych - czyli w sposób go uprzywilejujący i z naruszeniem zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, czy też nie określa on minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów Pzp. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp oraz Kc, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. (...). Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady i przepisy

prawa, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiając w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 1/03/23 z datą wpływu: 6/03/23) wniósł o:

(1) odrzucenie odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony, nie posiadający interesu prawnego we wniesieniu odwołania oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym poniesionych udokumentowanych kosztów zastępstwa prawnego ewentualnie o (2) oddalenie odwołania (...).

W uzasadnieniu:

I. wniosku o odrzucenie odwołania wskazał w szczególności: (...)

(...) W przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący się na dzień złożenia Odwołania nie spełniał warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność tę uprawdopodabnia treść złożonego w dniu 24 lutego 2023 roku wniosku o zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawca zawnioskował o zmianę pkt. 23.1.1 SWZ kształtującego podmiotowe środki dowodowe w ten sposób, że Wykonawca miał wykazać się minimalnym doświadczeniem w zakresie robót budowlanych budynków objętych ochroną Konserwatora Zabytków oraz wykonania robót konserwatorskich doświadczeniem na wymaganą ilość wykonanych w okresie pięciu ostatnich lat robót budowlanych, w ten sposób by okres którego dotyczy warunek udziału w postępowaniu dotyczył ostatnich 12 lat. Zamawiający zgodnie z 9 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy nie uwzględnił wniosku Wykonawcy (wynikający z rozporządzenia maksymalny okres badanego doświadczenia wynosi bowiem 5 lat). Dowód: zapytanie Odwołującego się oraz projekt odpowiedzi Zamawiającego. Okoliczność ta rodzi uzasadnione przypuszczenie, że na dzień składania odwołania (tj. 23 lutego 2023 roku) Odwołujący się nie posiadał interesu prawnego w odwołaniu od SWZ. Skoro bowiem nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, nie mógł on także wziąć w nim udziału, a zatem jego prawa w żaden sposób nie mogły zostać ograniczone. W tym stanie rzeczy, wobec braku istnienia przesłanki interesu prawnego po stronie Wykonawcy, uzasadnione jest twierdzenie, że w niniejszej sprawie rozpatrzenie zarzutów stało się bezprzedmiotowe, a w konsekwencji odwołanie winno zostać odrzucone, bez rozpatrzenia zarzutów podniesionych przez odwołującego”.

II. Zarzuty naruszenia art. 16 pkt. 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 647 w zw. z art. 654 kodeksu cywilnego dotyczące zapisów odbiorów przedmiotu zamówienia, w szczególności zaś zapisów § 8 ust. 3 lit. a i c, § 12 ust. 5,7 i 8, § 12 ust. 10 lit. a oraz ust. 12 Umowy

Zamawiający kwestionuje ww. zarzut Wykonawcy. Zarzut ten oparty jest na błędnej i niczym nieuzasadnionej interpretacji zapisów Umowy sprowadzającej się do przypuszczenia, że Zamawiający przy dokonywaniu czynności odbioru robót wady nieistotne będzie traktował jako zastrzeżenia (o których mowa w § 8 ust. 3 lit. a i c) lub wady i usterki (o których mowa w art. 12 ust. 10 lit. a oraz ust. 12 Umowy). Taka interpretacja zapisów umowy jest niczym nieuzasadniona i nie wynika z wykładni gramatycznej ani przywołanych przez Odwołującego się zapisów umowy, ani z żadnych innych zapisów umowy. Zamawiający, jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem w prowadzeniu inwestycji budowlanych zna doskonale orzecznictwo Sadu Najwyższego dotyczące odbioru robót i płatności za roboty wykonane. Przywołane przez Odwołującego się orzeczenia m.in. Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 12 marca 2021 roku wydane w sprawie V CSKP 14/21, Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 22 czerwca 2007 w sprawie o sygn. akt. V CSK 99/07, Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 7 kwietnia 1998 roku w sprawie II CKN 673/97 oraz Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 7 marca 2013 w sprawie II CSK 476/12 w żadnej mierze nie są sprzeczne z tym, że Zamawiający może zastrzec nie dokonanie odbioru robót, w sytuacji gdy wady są istotne, praca nie jest wykonana zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, przedmiot zamówienia będzie wykonany niezgodnie z projektem zasadami wiedzy technicznej, a wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania. Odwołujący błędnie wywodzi o sprzeczności kwestionowanych zapisów umów z zaprezentowaną linią orzecniczą. Oczywistym bowiem tak dla Odwołującego, jak i Zamawiającego jest, że nie każde uchybienie, wada lub zastrzeżenie dotyczące przedmiotu umowy mogą stanowić podstawę do odmowy odbioru prac. Oczywistym jest także, że przy tym zakresie prac niemożliwym jest enumeratywne wyspecyfikowanie zakresu prac, które stanowią podstawę do odmowy odbioru. Postanowienia umowy w tym zakresie będą więc zawsze mniej lub bardziej ogólne, a subsumcji zapisu umowy, ocenianego przez pryzmat interpretacji prawa wynikającej z dorobku doktryny i orzecznictwa będzie każdorazowo dokonywał Zamawiający w konkretnym stanie faktycznym. Jedynie z ostrożności procesowej, Zamawiający wskazuje, że celem wyjaśnienia wątpliwości Wykonawcy zmieni postanowienia umowy w zakresie § 12 ust. 10 lit. a i § 12 ust. 12 i nada im następujące brzmienie:

§ 12 ust. 10 pkt. a wady i usterki nadające się do usunięcia i kwalifikowane jako wykonane niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania, to Zamawiający może odstąpić od czynności

odbioru przedmiotu umowy. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wad i usterek i ponownego zgłoszenia przedmiotu umowy do odbioru.

§ 12 ust. 12 Za datę odbioru końcowego/częściowego uważać się będzie datę określoną w treści protokołu odbioru przedmiotu umowy podpisanego bez zastrzeżeń. Zastrzeżenia mogą dotyczyć jedynie przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Wreszcie, omawiając zarzuty Odwołującego się, nie sposób zgodzić się z wnioskami dotyczącymi zapisów § 12 ust. 5,7,8 Umowy. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest podmiotem upoważnionym do dokonania odbioru prac. Czynności odbioru polegają na sprawdzeniu kompletności wykonanych prac, ich zgodności z umową oraz zasadami wiedzy technicznej. Protokół jest podpisywany przez obie strony umowy. Zamawiający, stwierdzając, iż zgłoszone prace są niezgodne w sposób kwalifikowany z umową, zasadami wiedzy technicznej (...) nie może być zmuszony do dokonania ich odbioru. Proponowane przez Odwołującego się zmiany w treści 12 ust. 5, 7, 8 Umowy sprowadzają się w istocie do zakwestionowania prawa Zamawiającego do sprawdzenia oddanego przedmiotu umowy. Zaproponowane zaś przez Odwołującego się zapisy są nielogiczne. Dokonując bowiem literalnej jego wykładni możemy dojść do absurdalnego wniosku, że w każdej sytuacji gdy Wykonawca zakończy prace, niezależnie czy w całości, czy w części Zamawiający jest zobowiązany do odbioru robót i podpisania protokołu. Zapisy Umowy należy interpretować w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, poglądami doktryny i aktualnym orzecznictwem, nie zaś filtrując je wyłącznie przez pryzmat podejrzeń, domysłów i nadinterpretacji.

III. Zarzuty naruszenia art. 16, art. 8 ust. 1, art. 134 ust. 1 pkt. 20 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego, art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 i art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 654 kodeksu cywilnego w zakresie dotyczącym kar umownych uregulowanych w S 14 ust. 1 lit. b-j oraz S 14 ust. 6 Umowy

Nie sposób się zgodzić z argumentami Odwołującego się wskazującego na rażące wygórowanie kar umownych. Przede wszystkim, Zamawiający powołuje się na wyrok (...) KIO 2293/21 w którym wskazano, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 p.z.p., Zamawiający zobowiązany jest podać w SWZ projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, a swoboda zamawiającego w tym zakresie ograniczona jest przepisami ustawy z 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w

szczegółności art. 433 p.z.p., a także przepisami k.c. dotyczącymi zobowiązań umownych. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o naruszeniu przepisów prawa. W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący się nie podjął nawet próby wykazania, na czym polega naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego, nie wskazał z jakim przepisem zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne miałyby być niezgodne. Klauzule niedozwolone w zakresie kar umownych określone zostały w art. 433 pkt 1, 2 i 3 ustawy prawa zamówień publicznych. Próżno w nim jednak szukać potwierdzenia dla tezy o braku podstaw prawnych do naliczenia kar umownych w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego się. Zaskarżone postanowienia umowne nie naruszają przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Nie odnoszą się one do odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie, a jedynie za zwłokę, czyli takie które ma charakter zawiniony przez Wykonawcę. Postanowienia nie określają także sankcji za zachowanie Wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, ale pozostają z przedmiotem umowy w ścisłym związku. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2022 r sygn. akt sprawy KIO 1088/22, że rolą Izby nie jest ocena stopnia ryzyka zastosowanych przez Zamawiającego rozwiązań, tak samo jak nie jest rolą Izby ocena postanowień wzoru umowy pod kątem ich racjonalności. Izba ocenia czynności i zaniechania zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazuje także za wyrokiem (...) KIO 2696/21, że w sprawie zamówienia publicznego zastrzeżenie kar umownych leży po stronie zamawiającego, który ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, a także obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany (...) Jeżeli wartości kar umownych dla wszystkich wykonawców będą takie same, to nie ma możliwości nierównego traktowania wykonawców. Po wtóre, Zamawiający wskazuje, że funkcją kar umownych jest nie tylko naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu (co wynika z art. 480 1 k.c.), ale także funkcja prewencyjna, motywując wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu umowy i minimalizując ryzyko niedotrzymania jej postanowień. Zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne pozwalają zrealizować te funkcje. Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu nie wykazał, aby kary te w jakimkolwiek aspekcie (rodzajowym czy kwotowym) były niezgodne ze wskazanymi wyżej przepisami ustawowymi. W tym miejscu za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wydanego w sprawie o sygn. akt I ACa 873/19 z dnia 23 lipca 2020 roku należy podkreślić, że „Kary umowne nie można postrzegać wyłącznie jako zryczałtowanego odszkodowania, lecz należy mieć na względzie także jej funkcję stymulującą oraz represyjną. Kara umowna ma zabezpieczać należyte wykonanie zobowiązania jako takiego. Owo szerokie ujęcie jej funkcji nakazuje ostrożne przenoszenie

argumentacji jednych spraw na inne. Za zastrzeżeniem jej mogą przemawiać nie tylko racje kompensacyjne, lecz także inne godne ochrony wartości, w tym także te trudniej uchwytnie ekonomicznie". Zamawiający wyjaśnia, że inwestycja polegająca na remoncie przebudowie oraz termomodernizacji wraz ze zmianą sposobu użytkowania obiektu przy ul. Jaśkowa Dolina 7 i Pniewskiego 1 realizowana jest w ramach zadania pn. „Kompleksowa modernizacja budynków mieszkalnych i użytkowych zlokalizowanych na terenie Gminy Miasta Gdańska — w latach 2017-2020” w ramach dofinansowania z Projektu Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020, oś priorytetowa 10. Energia, działanie 10.01. Efektywność energetyczna — mechanizm ZIT. Jak każde przedsięwzięcie współfinansowane ze środków unijnych, wskazane zadanie obwarowane jest terminem realizacji, dodatkowo aby zrealizować projekt niezbędne jest uzyskanie odpowiednich wskaźników efektywności energetycznej. W przypadku naruszenia terminów lub nie osiągnięcia odpowiednich wskaźników efektywności energetycznej w konsekwencji realizacji zadania niezgodnie z projektem, zasadami wiedzy technicznej zagrożone może być dofinansowanie projektu. Utrata zaś dofinansowania oznaczać zaś będzie konieczność pozyskania w szybkim czasie przez Miasto środków. Jak wiadomo im konieczność pozyskania środków finansowych pilniejsza, tym koszty takiego pozyskania są wyższe. Kalkulując wysokość kar umownych Zamawiający musi brać pod uwagę nie tylko bezpośrednio konsekwencje zwłoki Wykonawcy, ale także konsekwencje dalej idące takie jak ryzyko utraty dotacji, konieczność pozyskania środków w przypadku utraty dotacji. Nie bez znaczenia jest także fakt, że remontowanych budynkach mieszkalnych znajdują się lokale należące do gminnego zasobu z których wykwaterowano mieszkańców i użytkowników lokali użytkowych. Każde przedłużenie realizacji inwestycji to obciążające Zamawiającego koszty zakwaterowania lokatorów w lokalach zamiennych oraz utrata możliwości pobierania czynszu z tytułu najmu zarówno lokali mieszkaniowych jak i użytkowych. W tym miejscu należy wskazać, że projekty unijne rozliczane są i kontrolowane przez instytucje zarządzające, które każdorazowo przeprowadzają ocenę ex ante oraz ocenę ex post postępowań przetargowych. Wysokość przyjętych kar nigdy nie została zakwestionowana przez instytucję zarządzającą. Dodatkowo, należy zaznaczyć, że Zamawiający zobowiązany jest ramach projektu do zachowania 5-letniego okresu jego trwałości, tym samym utrzymanie niezmiennego poziomu korzystania z obiektu, stąd tak ważna jest terminowa realizacja napraw w okresie gwarancji i rękojmi. Podsumowując, zdaniem Zamawiającego wysokość kar umownych określonych w pkt 2 ppkt a), c), d), e) i f) jest adekwatna do rangi przedsięwzięcia (całego projektu w ramach RPO), którego wartość całkowita wynosi ponad 100 000 000 zł, z czego dofinansowanie stanowi blisko 25 000 000 zł. Restrykcje dotyczące zwrotu dofinansowania w przypadku nieterminowej realizacji lub nieosiągnięcia warunków realizacji przedsięwzięcia są dodatkowym argumentem

zastosowania kar we wskazanej wysokości. W tym stanie rzeczy Zamawiający wskazuje, że zarzut Odwołującego się opisany w pkt 2 ppkt a), c), d), e) i f) należy uznać za nietrafiony.

Zamawiający, przeanalizował zarzutu opisany w pkt 2 ppkt b) Odwołania i dokonał zmiany wysokości kary umownej w zakresie harmonogramu w ten sposób, że zaskarżone postanowienie otrzyma brzmienie „(...) z tytułu nieterminowego sporządzenia Harmonogramu rzeczowo — finansowego, o którym mowa w 5 4 pkt. 1 lit. a) niniejszej umowy w wyznaczonym terminie w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki lub nie usunięcia usterek i wad w wyznaczonym terminie w wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki. ”

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. Zastosowane przez zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych (vide: (...) KIO 1578/22).

Po trzecie, odnosząc się do zarzutów związanych z wysokością kar umownych, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, bowiem celem postępowania jest weryfikacja postanowień SWZ w świetle Pzp, a więc również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 § 1 kodeksu cywilnego strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiemu ograniczenia:

1) Zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, 2) Zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, 3) strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 134 ust. 1 pkt 19 pzp, który wskazuje na konieczność zawarcia w SWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w

sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku, sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku, sygn. akt II CSK 197/15). Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 1 KC), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny (vide: wyrok (...) KIO 1578/22). W przedmiotowym stanie faktycznym kary umowne zastrzeżone zarówno z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, zwłoki w usunięciu wad i usterek jak i te wynikające z uchybień w zakresie umów z podwykonawcami uzasadnione są wysokością potencjalnych negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego oraz funkcją dyscyplinującą i prewencyjną kary umownej.

Po czwarte, Zamawiający wskazuje za wyrokiem (...) KIO 2696/21, że Ocena instytucji kar umownych pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania następuje *de facto* na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Należy bowiem z całą mocą wskazać, że Wykonawca kwestionujący zasadność lub wysokość naliczonych kar umownych może na

zasadzie art. 484 S 2 Kodeksu cywilnego wystąpić do Sądu powszechnego z żądaniem zmniejszenia kary umownej. Nawet zatem w przypadku zastrzeżenia wysokiej kary umownej, Sąd powszechny na wniosek Wykonawcy może zmniejszyć jej wysokość. Sąd miarkuje karę umowną, jeśli okaże się, że jest ona rażąco wygórowana, ma niewielki związek z faktyczną realizacją zlecenia lub jeżeli wierzyciel nie poniósł szkody. W rozumieniu Sądu Najwyższego miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów, a katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty. Oceniając wysokość kary umownej w związku z podniesieniem zarzutu jej miarkowania, z uwagi na jej rażące wygórowanie, należy brać pod uwagę szereg kryteriów, w tym istnienie szkody oraz jej rozmiar. Względy aksjologiczne przemawiają bowiem za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Szkada spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej, a przewidziane w art. 484 § 2 KC miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela (IV CSK 621/17 - postanowienie SN - Izba Cywilna z dnia 29-052018).

IV. Zarzut naruszenia art. 16, art. 8 ust. 1, art. 134 ust. 1 pkt. 20 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353(1) kodeksu cywilnego, art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 656 kodeksu cywilnego w zw. z art. 636 SI kodeksu cywilnego w zakresie dotyczącym odstąpienia od umowy uregulowanego w § 15 ust. 1 lit. c oraz § 15 ust. 6 i 7 Umowy Zamawiający zmieni i nada im następujące brzmienie:

§ 15 ust. 6 Umowy w ten sposób, że nada mu brzmienie W przypadku określonym w ust. 1 lit.c Zamawiający może odstąpić od umowy po uprzednim bezskutecznym wezwaniu do usunięcia naruszeń wraz z wyznaczeniem terminu nie krótszego niż 7 dni kalendarzowych.

Zamawiający usunie § 15 ust. 7 Umowy

V. Zarzut naruszenia art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na brak określenia przez Zamawiającego minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia przez niego zakresu prac opisanego w § 6 ust. 11 Umowy Zamawiający zmieni § 6 ust. 11 umowy w ten sposób, że nada mu brzmienie: *Wykonawca oświadcza, że zrzeka się prawa do odpowiadającej zmniejszonemu zakresowi prac części wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 niniejszej umowy oraz zrzeka się prawa do dochodzenia odszkodowania, w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego zakresu prac określonego w § 1 ust. 2 niniejszej umowy z zastrzeżeniem, że Zamawiający może ograniczyć zakres przedmiotu zamówienia o nie więcej niż 40% wartości przedmiotu umowy,*

przy czym o decyzji dotyczącej wyłączenia robót z zakresu Zamawiający musi powiadomić Wykonawcę z wyprzedzeniem co najmniej 30 dni, przed zaplanowanym w harmonogramie terminem ich wykonania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie upływał w dniu 27 lutego 2023 r. Według informacji podanej przez zamawiającego (pismo z dnia 27/02/23) (...) kopia odwołania została na stronie prowadzonego postępowania w dniu 22.04.2023 r.”

Odwołujący w piśmie z dnia 7 marca 2023 r. wskazując na art. 520 ustawy Pzp oświadczył, że cofa odwołanie w sprawie KIO 504/23 i wniósł o dokonanie odpowiedniego zwrotu wniesionej opłaty od odwołania na rachunek Odwołującego (...).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 520 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: „1.Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. 2. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący piśmie z dnia 7 marca 2023 r., jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego. Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania w wysokości 20.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....